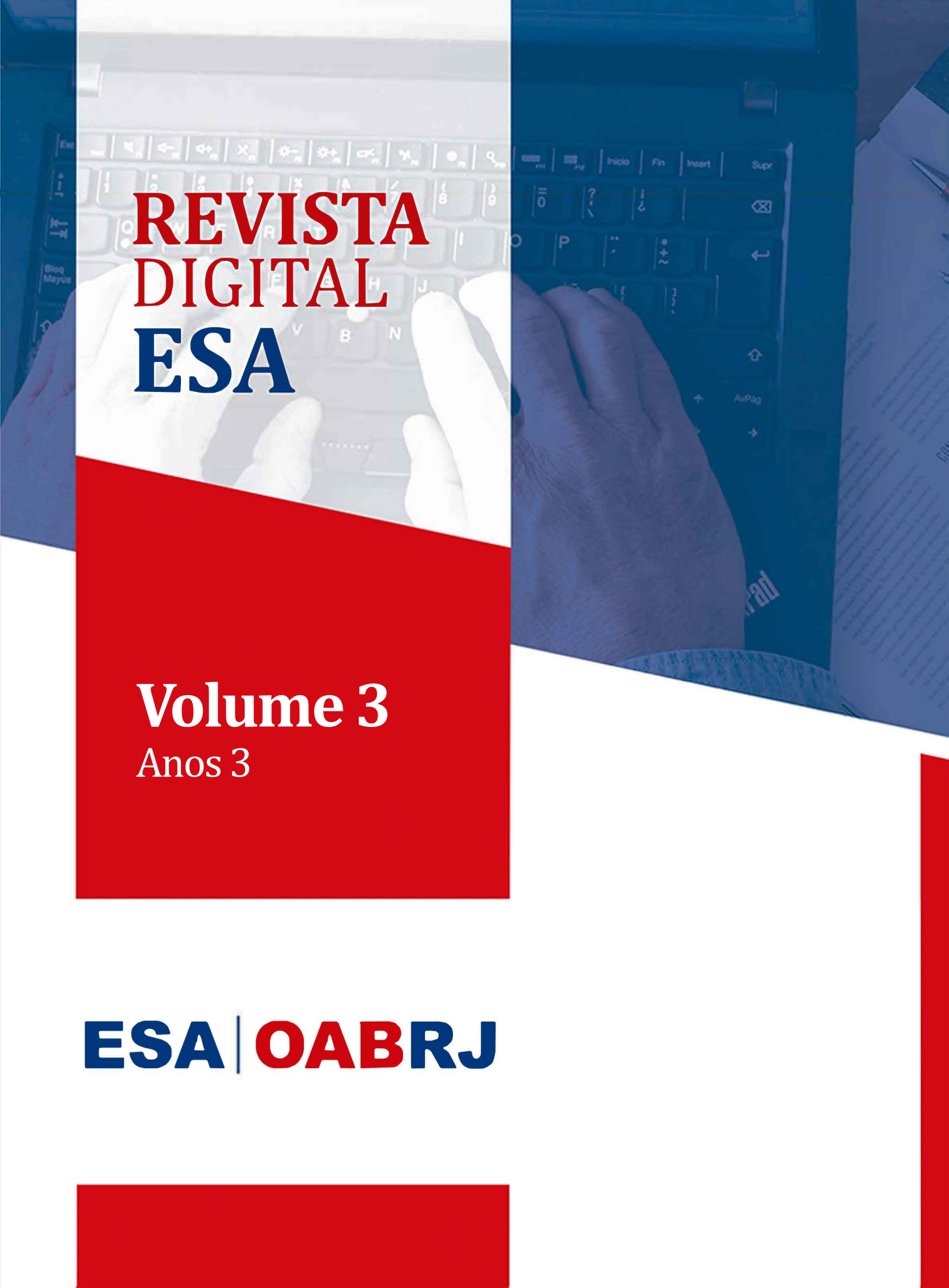




REVISTA DIGITAL ESA

Volume 3
Anos 3

ESA | OABRJ



REVISTA DIGITAL DA ESA OAB-RJ

VOLUME 3

ANO 3

2021



FELIPE SANTA CRUZ

Presidente do Conselho Federal da OAB

2

LUCIANO BANDEIRA

Presidente da OAB-RJ

SERGIO COELHO

Diretor-Geral da ESA OAB-RJ

FERNANDO CABRAL FILHO

Vice Diretor-Geral da ESA OAB-RJ

THAÍS MARÇAL

Coordenadora Acadêmica da ESA OABRJ

Editora-Chefe da Revista Digital da ESA OAB-RJ



CONSELHO EDITORIAL

Adilson Rodrigues Pires

Alex Braga Muniz

Alexandre Freitas Câmara

Alexandre Santos de Aragão

Ana Carolina Bastos

André Gustavo Correa de Andrade

Anna Amélia Menna Barreto

Antônio Dahia

Antônio Nóbrega

Carlos Eduardo de Campos Machado

Carlos Enrique Arrais Bastos

Carlos Gustavo Direito

Christiano Taveira

Cristiane Iwakura

Daniel Sarmento

Daniela Brandão

Décio Alonso Gomes

Diogo Fabiano Mendes

Diogo Mentor

Diogo Rezende de Almeida

Diogo Tebet

Eduardo Maneira

Eduardo Rodrigues

Fábio Azevedo

Fabício Dantas

Felipe Renault

Flavio Amaral Garcia

Flávio Willemann

Gabriel Leonardos



Geraldo Prado
Gustavo André Muller Brigagão
Gustavo Binenbojm
Gustavo Kloh
Gustavo Sampaio Telles Ferreira
Henrique Rocha
Humberto Dalla B. de Pinho
Jessé Torres Pereira Junior
João Pedro Pádua
José Guilherme Vasi Werner
José Roberto de Castro Neves
Kerlly Hurback
Leonardo Dias Borges
Leonardo Rocha de Almeida
Luiz Fernando Basto Aragão
Luiz Gustavo Bichara
Marcelo Dickstein
Marco Aurélio Bezerra de Mello
Mariana Maduro
Marianna Willemann
Patrícia Serra
Rachel Delmás Leoni de Oliveira
Rita Cortez
Rodrigo Gomes
Samantha Pelajo
Sergio Coelho
Thiago Cardoso Araujo
Thaís Marçal
Vólia Bomfim



SUMÁRIO

EDITORIAL.....

O Estado Social e a Tributação

Adilson Rodrigues Pires

Fungibilidade da atuação direta do Estado na economia com a regulação e o fomento

Alexandre Santos de Aragão.....

Responsabilidade civil por dano resultante da efetivação da tutela de urgência

Alexandre Freitas Câmara.....

Acordo de não persecução cível

Alexandra Fuchs de Araujo e Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho.....

Breves notas sobre a fase preparatória na nova Lei de Licitações e o planejamento administrativo

Aline Paola Corrêa Braga Camara de Almeida.....

A nova Agência Nacional de Águas e as normas de referência: *soft law* federativo?

André Cyrino

A disciplina da alienação de bens públicos imóveis na nova lei de licitações

André Luiz dos Santos Nakamura

Rent-seeking, mercado e orçamento público

Andrea Siqueira Martins

O Federalismo por Cooperação no Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico: Saudades do que ainda não vivemos

Augusto Neves Dal Pozzo e Thaís Marçal.....

Ressarcimento baseado em decisão do TCU

Benjamin Zymler e Daniel Miranda Barros Moreira.....

Análise dos regimes de contratação de obras e serviços de engenharia na Lei das Estatais

Bernardo Strobel Guimarães e Caio Augusto Nazário de Souza.....

Alcance global das *class actions*: decadência da tutela coletiva e ascensão da tutela pluri-individual

Bruno Dantas e Carlos Victor Ribeiro dos Santos

Reforma jurídica para o desenvolvimento da governança da ordenação pública econômica no Brasil

Carlos Ari Sundfeld.....

Algumas notas sobre a tormentosa questão do abuso de autoridade

Carlos Raymundo Cardoso

A ANA – Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico e as Normas de Referência Nacionais

Cesar Pereira.....

O contrato de *facilities* da Lei nº 14.011/2020

Christianne de Carvalho Stroppa e Rafael Sérgio de Oliveira.....

Obras públicas inacabadas e seguro-garantia: qual a sua importância e o que esperar da nova Lei de Licitações

Cristiana Fortini e Rafael Amorim de Amorim.....

Boa-fé como baliza da relação jurídico-administrativa

Edilson Pereira Nobre Júnior.....

Elementos para configuração do ato de improbidade administrativa

Edgar Guimarães

The three dimensions of administrative law

Eduardo Jordão.....

Um problema estrutural que potencializa a má qualidade do gasto público: planejamento estatal genérico e padronizado

Élida Graziane Pinto.....

O direito sancionador e a consensualidade por meio do acordo de não persecução cível

Fabrício Rocha Bastos.....

Logística reversa de embalagens no Estado do Rio de Janeiro

Fabrício Dorado Soler.....

Parecer: Percepção de subsídio por vereador submetido a processo criminal e a prisão cautelar

Felipe Deiab.....

Soluções alternativas de conflitos e a arbitragem no Direito Tributário: breves reflexões

Felipe Kertrsz Renault Pinto

A compreensão do contrato administrativo em função de seu objeto: retomando as origens históricas da ideia

Fernando Menezes de Almeida

O que é preciso mudar no regime das concessões



Fernando Vernalha Guimarães.....

COVID-19, contratos de serviços e shutdown administrativo

Flávio Amaral Garcia e Henrique Bastos Rocha

Contornos contemporâneos da requisição administrativa

Flávio Amaral Garcia e Rodrigo Crelier Zambão da Silva

Medidas cautelares, duração razoável do processo e responsabilidade civil do Estado pelo risco estatal judicial anormal

Flavio de Araújo Willeman

O ainda polêmico fracionamento ilegal

Gilberto Bernardino de Oliveira Filho

A duração razoável do processo administrativo de responsabilização (PAR) na Lei Anticorrupção: até onde vai o poder regulamentar da Controladoria-Geral da União

Guilherme Carvalho e Raphael Guimarães.....

A Contribuição do Desembargador Jessé Torres Pereira Junior para a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro sobre ICMS

Gustavo da Gama Vital de Oliveira

Análise de impacto regulatório no Brasil: princípio, pragmatismo e desenvolvimento nacional

Humberto E. C. Mota Filho.....

Ética na Administração Pública e a influência dos filósofos como base substancial no poder público

Inês da Trindade Chaves de Melo.....

Crises, pandemia e direitos fundamentais: o perigo nas interseções

José dos Santos Carvalho Filho.....

O interesse público e a retrocessão

José Roberto de Castro Neves.....

Segurança jurídica, limites à discricionariedade e LINDB

José Roberto Pimenta Oliveira.....

Devido processo legal de negociação dos acordos administrativos

Juliana Bonacorsi de Palma.....

Epítome de uma parte muito maior no Direito Administrativo Brasileiro

Juliano Heinen.....

A multiplicação do interesse e a composição da caixa de ferramentas de Direito Administrativo

Leonardo Coelho Ribeiro.....

A sustentabilidade da atividade judiciária – o futuro do operador do direito

Leonardo Rocha de Almeida.....

A dinamização da prova no novo Código de Processo Civil, o processo administrativo disciplinar e questão da verdade material

Luana Aita.....

O processo administrativo perante as agências reguladoras e o atual CPC

Luiz Felipe Hadlich Miguel.....

Parcerias para habilitação

Maís Moreno.....

A indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade dos direitos subjetivos da Administração Pública

Marçal Justen Filho.....

Regulação contratual: uma revisita contemporânea à Teoria do Ato-Condição

Marcio Monteiro Reis.....

Assimetrias de informação na nova lei de licitação e o problema da seleção adversa

Marcos Nóbrega e Diego Franco de Araujo Jurubeba.....

Profissionalização de cargos e funções no âmbito da Administração Pública

Marinês Restelatto Dotti.....

Da fundamentalidade do direito à alimentação

Maurício Caldas.....

Falta de comprovação da dependência econômica do cônjuge ou de familiar impede a presunção de enriquecimento ilícito do agente

Mauro Roberto Gomes de Mattos.....

Contratualização na atividade administrativa

Odete Medauar.....

O artigo 28 da Lei das Estatais e as hipóteses de contratação vinculadas ao objeto social da empresa estatal e às oportunidades de negócios

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio e Carolina Fidalgo

O mito do “quanto mais controle, melhor” na Administração Pública

Rafael Carvalho Rezende Oliveira e Erick Halpern.....

Os parques e os imóveis não desapropriados: uma proposta para a prática de atividades temporárias e de baixo impacto

Rafael Lima Daudt D'Oliveira.....

ESG e o Projeto de Nova Lei de Licitações

Rafael Maffini e Thaís Marçal.....

Incompletude em contratos de concessão: ainda a teoria da imprevisão?

Rafael Vêras.....

A equalização de propostas na participação de estrangeiros em licitações: um falso problema e seu tratamento pelo projeto de nova lei de licitações

Rafael Wallbach Schwind

O direito administrativo antes da Constituição de 1988 – a formação de uma escola nacional

Robertônio Pessoa.....

Estruturas de governança interfederativa no novo marco legal do saneamento básico

Rodrigo de Pinho Bertocelli.....

A liberdade contratual das empresas estatais



Saulo Benigno Puttini e Pedro Ivo Peixoto.....

A equidade no Código do Consumidor

Sérgio Cavalieri Filho.....

Influência do Estado Administrativo Estadounidense no Brasil

Sérgio Guerra.....

Consensualidade e controle: em busca de um discurso em comum – uma prognose sobre alguns aspectos da nova lei de licitações

Thiago C. Araujo e Bruna Esposito.....

Jessé Torres: uma inspiração pessoal e profissional

Thiers Montebello.....

Diálogo com o professor Jessé Torres Pereira Junior em “Revisitando a teoria da separação dos poderes”

Vanessa Cerqueira Reis de Carvalho.....

Tecnologia a favor da integridade nas contratações públicas

Vera Monteiro.....

EDITORIAL

No ano de 2021, o professor Jessé Torres Pereira Junior deixa de exercer a magistratura e volta a integrar a advocacia. Grande perda para a magistratura e enorme ganho para a advocacia. A trajetória do professor é marcada por grandes feitos, seja no prisma profissional, seja no trato pessoal.

Exerceu a magistratura por 37 anos com produtividade impressionante. Na vida acadêmica atingiu marcas impressionantes: 255 publicações em revistas e periódicos; 21 livros publicados de sua autoria ou organização; 20 capítulos de livros. Em resumo: um total de mais de 500 inclusões no Currículo Lattes. Marca impressionante de ser atingida (e lançada no Lattes! Entendedores, entenderão...)

Não há quem milite no tema de licitações públicas que não conheça o seu clássico livro de Comentários. Leitura obrigatória e consulta cotidiana para todos os profissionais da área.

Suas lições se exproiam em todo território nacional. Não à toa que este terceiro volume da Revista conta 67 artigos, em mais de mil páginas escritas por 80 profissionais do Direito de 8 Estados brasileiros.

Autores com as mais diversas atuações profissionais: ministros do Tribunal de Contas da União, Desembargadores, Juízes, Conselheiros de Tribunais de Contas, Procuradores Públicos, Promotores de Justiça, Procuradores da República, Professores e Advogados.

A união destes profissionais congregados demonstra o poder de agregar que o homenageado irradia, sempre compartilhando conhecimento com generosidade e humildade.

Muito obrigada por suas lições de ontem, hoje e sempre, Professor Jessé Torres Pereira Junior. Bem-vindo de volta à advocacia!

Thaís Marçal

Editora-Chefe da Revista Digital da Escola Superior da Advocacia da OABRJ

Coordenadora Acadêmica da Escola Superior da Advocacia da OABRJ



O ESTADO SOCIAL E A TRIBUTAÇÃO

16

Adilson Rodrigues Pires

Doutor em Direito pela UGF

Professor Adjunto (aposentado) de Direito Financeiro da UERJ

Advogado no Rio de Janeiro

Ao nosso homenageado

Ao se aposentar, após relevantes serviços prestados à Magistratura, não é demais prestar-se uma singela, porém merecida, homenagem a Jessé Torres Pereira Júnior, seja por sua trajetória como juiz e desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, seja como acadêmico, função a que se dedicou com muito amor e que, certamente, não abandonará, dotado que é grande conhecimento jurídico no âmbito do Direito Administrativo e de outros dos chamados ramos do Direito.

Em seus votos e nas decisões que proferia, Jessé Torres sempre mostrou firmeza em suas convicções, sem se descuidar, no entanto, da sensibilidade que todo magistrado deve ter em relação às questões sociais que se apresentavam para julgamento. Isto gerava no jurisdicionado a certeza de um posicionamento justo e coerente diante das questões que a ele se apresentavam.

No campo acadêmico, Jessé Torres deixa uma obra monumental e valiosa, composta de livros e artigos, que até hoje são conhecidas e recomendadas a todos os estudantes de universidades e profissionais da área jurídica. Suas aulas, didáticas e objetivas, eram assimiladas com prazer por seus alunos.

Mais do que todos esses atributos, soma-se, talvez, o mais importante de todos. Jessé Torres é um homem simples, doce, acessível e sempre acessível a todos aqueles que o procuravam, seja para esclarecer detalhes de algum processo em seu gabinete ou para tirar dúvida sobre algum ponto da disciplina que leccionava.

Tudo o que se diga sobre Jessé Torres Pereira Júnior é insuficiente para definir um ser humano afável e digno das múltiplas homenagens que, como esta, estará recebendo de tantos quantos com ele tiveram o prazer e a honra de conviver.

Muito obrigado por tudo, amigo Jessé. Continue conosco.

Características do Estado Democrático Social de Direito

O Estado Social Democrático de Direito compreende o poder estatal exercendo a missão de garantir a paz entre os cidadãos e uma vida digna ao seu povo, respeitados os direitos humanos e assegurados os meios necessários à manutenção do indivíduo. Por seu turno, a forma de governo democrático expressa a noção de soberania popular, em que seus governantes, escolhidos pelo povo, em seu nome exerce o seu poder. Significa dizer que em um legítimo Estado de Direito a eleição não confere ao governante a supremacia sobre a vontade do povo. Pelo contrário, o voto apenas legitima o poder de falar e de agir em nome daqueles que depositaram seu voto nas urnas.

Daí se permitir dizer que a estrutura social fundada na democracia visa à concretização dos princípios constitucionais, sejam eles expressos ou implícitos na Lei Maior, podendo concluir-se que o Estado Democrático de Direito é aquele que tem por escopo a fixação dos princípios democráticos no âmbito da sociedade que administra.

Segundo o ensinamento de Dalmo Dallari, três pilares sustentam o Estado Democrático de Direito. Diz o autor que

A supremacia da vontade popular, que colocou o problema da participação popular no governo, (...), como o “poder de fazer tudo o que não incomodasse o próximo e como o poder de dispor de sua pessoa e de seus bens, sem qualquer interferência do Estado” e, por fim, como “a igualdade de direitos, entendida como a proibição de

*distinções de direitos, sobretudo por motivos econômicos ou de discriminação entre classes sociais.*¹

Tendo em vista que a Constituição de 1988 inaugurou nova ordem jurídica pautada nos princípios da democracia participativa, conforme disposto em seu art. 1º, *caput*, resta salientar que a Carta Magna tratou da criação de um novo Estado com o fim de consolidar os princípios informadores dessa nova organização política e das garantias e dos direitos dos contribuintes.

Todo um elenco de direitos fundamentais pode ser encontrado em diversos artigos da nossa Constituição, a começar pelo artigo que inaugura o texto, segundo o qual a República Federativa do Brasil tem como fundamentos, entre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Segue-se o art. 5º, o mais extenso de todos, que enumera direitos e deveres individuais e coletivos, destinados a garantir a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade privada. Ao longo de seus 78 incisos, o artigo dispõe sobre diversos meios de se assegurar a paz, a solidariedade, a liberdade de pensamento e de expressão, a defesa a qualquer tipo de agressão na proporção do agravo sofrido, assim como o direito de reunião e muitos outros da maior importância para um convívio harmônico e pacífico entre os indivíduos.

O Dirigismo Estatal e a Busca dos Fins Sociais

É inegável a participação do Estado na vida dos cidadãos, característica visível nas democracias modernas, expresso no caráter interventivo das medidas legais e administrativas adotadas com vistas a proporcionar o bem estar aos membros de uma dada sociedade. A intervenção do Estado na sociedade pode dar-se mediante a incidência de tributos, que se

¹. DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 128.

reflete na manutenção do próprio Estado, como através da concessão de incentivos, as chamadas renúncias fiscais.

A intervenção do Estado é percebida ao atingir os principais alicerces da sociedade, quais sejam, o Direito, a Política e a Economia. Em todos esses casos, a atuação do Estado tem em vista a arrecadação de tributos, o estímulo aos investimentos produtivos e o desestímulo às práticas nocivas à sociedade, entre outros objetivos. Cabe, no entanto, ponderar que os recursos orçamentários são limitados, uma vez que dependem da capacidade financeira dos contribuintes, responsáveis pela parcela mais significativa da arrecadação

Para melhor compreender essa intervenção na vida individual ou coletiva, é válido lembrar que a independência e a liberdade de investir são pressupostos de um sistema tributário e progressivo, porém na medida em que essa progressividade não seja tão acentuada a ponto de desestimular a aplicação do capital em atividades econômicas, sobretudo quando se fala em produção industrial.

Cabe salientar que, de outra sorte, a tributação dos indivíduos de forma desproporcional à capacidade de sobrevivência digna implica a redução do poder de poupança da população, do que resulta menor consumo de bem e serviços e, conseqüentemente, maior risco nos investimentos de capitais. A incidência de tributos sobre empresas e indivíduos deve respeitar o mínimo necessário à sobrevivência, bem como deve servir como estímulo à poupança e às atividades econômicas.

De todo modo, é imprescindível que o Estado disponha de recursos suficientes para o cumprimento da sua função de assistência aos administrados e de atendimento de suas necessidades básicas. Segundo Baleeiro, o financiamento do Estado é possibilitado pelas seguintes ações empreendidas pelos governos:

- a) realizam extorsões sobre outros povos ou deles recebem doações voluntárias;*
- b) recolhem as rendas produzidas pelos bens e empresas do Estado;*
- c) exigem coativamente tributos ou penalidades;*

- d) *tomam ou forçam empréstimos;*
- e) *fabricam dinheiro metálico ou de papel.*²

Numa sociedade organizada com base em princípios democráticos, como a nossa, não é possível prever-se receitas derivadas como o descrito na alínea “a” da citação. De todas, no entanto, a possibilidade contida na letra “c”, sem dúvida, constitui a principal fonte de ingressos públicos.

Aí reside a força motriz que viabiliza os fins perseguidos pela sociedade moderna. Embora não seja o único sustentáculo do Estado, a arrecadação de tributos assume maior destaque entre os meios de financiamento público.

O tributo é manifestação de poder e, ao mesmo tempo, resultado da força coercitiva pela qual o Estado impõe um dever social aos seus governados. Assim, intui-se que o tributo emana do dirigismo estatal no sentido da verificação da expressão de riqueza dos administrados, seja oriunda do trabalho, da propriedade ou da circulação de riquezas.

A história nos mostra, porém, que a intervenção na esfera econômica foi sempre marcada pelo arbítrio e pela discriminação, sem levar em conta o verdadeiro poder de contribuir do indivíduo. Como resultado, as relações fisco/contribuinte se deterioraram a ponto de não mais coadunar-se o recolhimento de tributos com o dever social de contribuir para o bem estar de todos.

Em que pese essa distorção, o tributo se coloca para os administrados como a força propulsora das atividades dos particulares desenvolvida pelo Estado. Em contrapartida, ao indivíduo cabe o dever de antecipar ao Estado o suporte necessário ao alcance das finalidades públicas.

Neste sentido, vale recordar o ilustre autor José Casalta Nabais, para quem

² BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*, 15. ed. (ver./atual. Dejalma de Campos). Rio de Janeiro: Forense, 1998, pág. 125.

(...) qualquer comunidade organizada, mormente uma comunidade organizada na forma que mais êxito teve até o momento, na forma de estado moderno, está necessariamente ancorada em deveres fundamentais, que são justamente os custos lato sensu ou suportes da existência e funcionamento dessa mesma comunidade. Comunidade cuja organização, justamente porque visa realizar uma cidadania de liberdade, isto é, um determinado nível de direitos fundamentais, sejam os clássicos direitos e liberdades, sejam os mais modernos direitos sociais, não pode deixar de ter custos compatíveis com essa liberdade”.³

Aqui se pode destacar importante questão relacionada à tributação do lucro das empresas ou da renda líquida do cidadão em proporção à capacidade produtiva de um ou de outro. Melhor dizendo, e com o intuito de complementação, o tributo sobre a renda, principal instrumento de estímulo ou, mesmo, de desestímulo à sadia atividade econômica, deve ser proporcional ao porte da empresa, como, também, à capacidade contributiva do contribuinte.

A tributação progressiva, condicionada à capacidade de contribuir, se contrapõe à injustiça dos impostos simplesmente proporcionais ou de capitação. Em resumo, pode-se afirmar que se trata da forma mais justa de se tributar, e que predomina no sistema jurídico da maioria dos países de base social democrática.

Infere-se, do exposto, que a função do Direito Tributário como indutor da política pública voltada para a promoção da justiça fiscal fica limitada à disponibilidade de recursos, o que leva a se considerar a cláusula da reserva do possível como um fator inibidor da igualdade social. Contudo, essa não é a realidade. Pelo contrário, o direcionamento dos gastos públicos, segundo prioridades previamente estabelecidas, permite a adoção de uma política

³ NABAIS, José Casalta. Por um Estado Fiscal Suportável. In: *Estudos de Direito Fiscal*. Portugal: Coimbra: Almedina, 2005, p. 20.

desenvolvimentista, sem que se acuse prejuízo para o respeito aos direitos fundamentais do cidadão.

A análise, ainda que breve, da atividade estatal direcionada para a realização dos fins perseguidos pela sociedade revela, de toda forma, a importância da tributação, o que permite refletir sobre a questão do próprio poder de tributar atribuído aos entes dotados de competência tributária e suas limitações, o que se fará a seguir.

O Dever Fundamental de pagar Impostos

A fim de suportar todos os encargos atribuídos ao ente estatal, o poder público não dispõe de tantos e variados mecanismos. Ives Gandra, no entanto, guarda sérias reservas quanto à eficácia da tributação como expressão da solidariedade dos indivíduos em face da responsabilidade social de cada um. Diz o mestre:

"O Tributo é norma de rejeição social. Assim deve ser estudado pela Economia, Finanças Públicas e Direito, ofertando os especialistas dessas áreas o modelo ideal para o político, a fim de que a norma indesejável tenha sua carga de rejeição reduzida à menor expressão possível".⁴

Afirmar, portanto, que “o tributo é uma norma de rejeição social”ⁱⁱ é analisar somente parte do fenômeno tributário. De certa forma, pode-se dizer que se trata de uma visão restrita à ótica da sociologia tributária. Por justiça, não se deve esquecer do complemento, muitas vezes omitido por quem citar o renomado autor, no sentido de que a decisão por impor um tributo não é decisão isolada da ciência do Direito, mas resultado de um conjunto de considerações, que envolve outros setores do conhecimento.

⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Curso de Direito Tributário*, v. 1, 2. ed. (org). Belém: CEJUP, 1993, p. 18.

Sobre o tema, registre-se o pensamento de Ricardo Lobo Torres, para quem

"Tributo é o dever fundamental, consistente em prestação pecuniária, que, limitado pelas liberdades fundamentais, sob a diretiva dos princípios constitucionais da capacidade contributiva, do custo/benefício ou da solidariedade do grupo e com a finalidade principal ou acessória de obtenção de receita para as necessidades públicas ou para atividades protegidas pelo Estado, é exigido de quem tenha realizado o fato descrito em lei elaborada de acordo com a competência específica outorgada pela Constituição".⁵

Deduz-se, da louvável visão de Ricardo Lobo Torres, que, apesar da aparente “rejeição”, o tributo decorre, entre outras razões, da solidariedade que aproxima os indivíduos em torno de um bem comum consistente na garantia de uma sobrevivência digna dentro de uma sociedade cada vez mais complexa, em que a desigualdade entre os cidadãos se manifesta de maneira mais severa.

De certa forma, Heleno Taveira Tôrres também compartilha desse ponto de vista:

Como é sabido, no Brasil, o dever de pagar tributos deriva da repartição constitucional de competência tributária, porquanto cabe o dever legislativo de cobrá-los, com o objetivo de cumprir suas funções constitucionais, ao cidadão vige o dever de contribuir ao sustento de tais gastos, em favor da coletividade.⁶

⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*, 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 371.

⁶ TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário e Direito Privado*. São Paulo: RT, 2003. p. 16.

Como se vê, os autores citados conferem ao tributo o caráter de contribuição destinada à satisfação do bem comum do corpo social. No mesmo diapasão, apresenta-se Casalta Nabais, que desenvolve em seus estudos a idéia de cidadania fiscal, que para o autor consiste

“(...) no dever fundamental de pagar impostos, um dever que, (...), constitui o preço a pagar por termos uma comunidade organizada baseada na idéia de liberdade”.⁷

Não se pode esquecer, todavia, que, ao mesmo tempo em que se torna de extrema importância a instituição de tributos como meio de dotar o Estado de suporte capaz de suprir os anseios sociais fundamentais, é de igual magnitude a necessidade de impor limites à arrecadação. Em que pese o fato de que o orçamento público consiste em uma soma de gastos governamentais, segundo as necessidades do Estado, contraposta à capacidade das pessoas físicas e jurídicas de contribuir, há que se respeitar os limites financeiros e econômicos estabelecidos pelo próprio mercado ou por circunstâncias prejudiciais ao planejamento estatal.

Vale dizer, desvios imprevistos nas políticas públicas ou créditos para casos excepcionais têm que ser levados em conta, uma vez que podem, ao longo do ano fiscal, distorcer a previsão dos recursos orçamentários implicando em restrições dos gastos, do que resulta um achatamento do Produto Interno Bruto, o aumento do desemprego e a queda da produção, além de outras consequências nefastas para a economia.

Assim, passa-se adiante a uma ligeira análise dos limites que devem permear o exercício da competência tributária, de forma que a arrecadação atinja o montante suficiente ao atendimento das despesas públicas, sem o desprezo das garantias fundamentais da coletividade.

⁷ *Id.*, *ibid.*, p. 35.

Limites à Tributação

As limitações à tributação têm seus contornos bem definidos, conforme expõe Ricardo Lobo Torres, a partir da dialética tributo *versus* liberdade. Neste ponto, valiosa é a lição do jurista ao tratar desta relação, como abaixo se expõe.

Com o advento do Estado Fiscal de Direito, que centraliza a fiscalidade, tornam-se, e até hoje se mantêm, absolutamente essenciais as relações entre liberdade e tributo: o tributo nasce no espaço aberto pela autolimitação da liberdade e constitui o preço da liberdade, mas por ela se limita e pode chegar a oprimi-la, se o não contiver a legalidade.⁸

Tendo em vista que as liberdades estão compreendidas no campo dos direitos naturais, é válido concluir que os tributos nascem a partir dos direitos fundamentais do homem, buscam a sua garantia, e são por estes limitados. Dessa forma se vislumbram as margens em que se contém a tributação, assecuratórias de direitos, positivados ou não, inerentes à própria natureza humana.

Complementarmente, Ricardo Lobo Torres refere-se à doutrina dominante, hoje, no que toca quanto aos direitos naturais, como adiante se transcreve.

“Os direitos naturais são sinônimos dos direitos humanos, ou direitos fundamentais, ou direitos individuais, ou direitos civis, ou liberdades públicas. A doutrina moderna a mais influente assim os compreende.

(...)

⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *Os Direitos Humanos e a Tributação. Imunidades e Isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 3.

Assim é que os direitos humanos se aproximam do conceito de direito natural, posto que se referem aos direitos decorrentes da própria natureza dos homens

(...)

São direitos preexistentes à ordem positiva, imprescritíveis, inalienáveis, dotados de eficácia erga omnes, absolutos e auto aplicáveis.”.⁹

Por sua vez, os direitos humanos se expressam, sobretudo, através de princípios, admitindo-se concluir que o estudo desses princípios vai mostrar as fronteiras que limitam a tributação desenfreada e desproporcional à capacidade econômica dos contribuintes.

O Princípio da Vedação ao Confisco

Como indica a temática do presente artigo, este se volta à proposição de que o princípio da vedação ao confisco, ou do não-confisco, pode ser utilizado como fator limitador da carga tributária imposta aos contribuintes.

O princípio, por óbvio, veda a utilização do tributo com efeito de confisco, conforme dispõe o art. 150, inc. IV, da Constituição da República. Resta, então, estabelecer a definição do que seja confisco. Neste particular, pede-se vênua para transcrever, mais uma vez, os ensinamentos de Ives Gandra:

Não é fácil definir o que seja confisco, entendo eu que sempre que a tributação agregada retire a capacidade de o contribuinte se sustentar e se desenvolver (ganhos para suas necessidades essenciais e ganhos a

⁹ TORRES, Ricardo Lobo, *op. cit.*, p. 8 / 9 e 13.

mais do que estas necessidades para reinvestir ou se desenvolver), estaremos diante do confisco.¹⁰

Por sua vez, cabe aqui, por oportuno, trazer a cátedra de Regina Helena Costa¹¹, para quem o confisco, em matéria tributária, “é a absorção total ou substancial da propriedade privada, pelo Poder Público, sem a correspondente indenização.” Complementa a autora afirmando o tributo é considerado confiscatório quando excede a capacidade contributiva do indivíduo.

A carga tributária, como se viu, exerce notável influência sobre a dignidade humana. Uma carga sufocante, que atinge percentual significativo do Produto Interno Bruto (PIB), oprime o cidadão e chega a provocar reações por vezes violentas. A história das civilizações está repleta de exemplos dessa natureza¹². Ela deve, portanto, ser equilibrada, a fim de evitar excessos, tanto para um lado quanto para o outro, evitando-se, assim, que os males causados pelo tributo superem os benefícios que a contribuição solidária pode trazer.

Diagnóstico da Exclusão Social em Função da Tributação no Brasil

Em uma sociedade organizada sob o signo de princípios democráticos, é desalentador verificar-se o crescimento do número dos excluídos, acentuando a heterogeneidade das classes sociais.

São chamados excluídos aqueles que não estão incluídos em classe social alguma, que carecem das condições mínimas de sobrevivência por lhes faltar trabalho e que, por via de consequência, estão excluídos do mínimo necessário à própria subsistência, que não desfrutam de assistência social, de direitos políticos, do acesso à saúde pública e, muitas vezes, do registro

¹⁰ Martins, Ives Gandra da Silva. Sistema Tributário Nacional na Constituição de 1988, Saraiva, 1998, págs. 125 / 126.

¹¹ COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário. Constituição e Código Tributário Nacional*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 95.

¹² Neste sentido, v. ADAMS, Charles. *For Good and Evil: The Impact of Taxes on the Course of Civilization*. London: Madison, 1993, especialmente p. 49 / 227 / 323, dentre muitas outras.

civil, não sendo, por isso mesmo, reconhecidos como cidadãos em um Estado Democrático de Direito. Exclusão social, enfim, significa privação de direitos fundamentais.

Em face da exclusão social, os governantes assumem a pesada responsabilidade de repensarem as estratégias político-administrativas e econômicas para a efetiva aplicação do texto constitucional. Política econômica e política social não se conflitam, desde que esta seja o objetivo daquela. Em vista disso, a governabilidade pressupõe a busca da retomada do desenvolvimento e de nova dimensão social mediante a ampliação da oferta de emprego, a melhoria na distribuição da renda, a reabilitação do poder aquisitivo do salário mínimo, bem como o tratamento digno da criança, do idoso, das mulheres, dos deficientes e dos enfermos.

O processo de efetiva construção de uma nação socialmente justa é demasiadamente lento. Muitas das metas sobre inserção social previstas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ainda não foram atingidas e muitas outras sequer foram iniciadas.

O sistema tributário tem muito com que contribuir para a inclusão social e para políticas afirmativas dos cidadãos. Não se cogita, aqui, todavia, de substituir o esforço humano pelo Estado, como provedor das satisfações individuais. Ao Estado compete o poder-dever de criar as oportunidades de trabalho no mercado profissional, proteger o trabalhador e garantir a sua saúde e assistência social.

Ao Estado compete, ainda, a manutenção dos serviços públicos, o que é assegurado pelo exercício de atividades de natureza financeira e econômica. A primeira visa à captação de recursos, sejam tributários ou não. Contudo, transformar a obtenção desses recursos em castigo para toda a nação acaba criando mais e mais camadas de "excluídos".

A segunda, atividade econômica, é realizada por entidades especialmente criadas pelo Estado, como as empresas públicas e as sociedades de economia mista, cuja finalidade consiste em produzir bens e serviços, em regime de concorrência com a iniciativa privada.

Veja-se como o sistema tributário pode contribuir para o atendimento de todas essas exigências.

Promoção da Justiça Social através da Tributação

O adiamento da reforma do sistema tributário vigente no Brasil tem agravado a situação dos menos favorecidos, desencadeando uma comoção social não desejável. Uma reforma justa deve ser equilibrada a ponto de garantir a isonomia de tratamento entre contribuintes que se encontrem em uma mesma situação financeira e econômica. É preciso abandonar a fórmula segundo a qual a lei é justa nas palavras e injusta na aplicação.

Uma medida eficaz consiste no incentivo à criação das micro e pequenas empresas, responsáveis pela criação de milhões de empregos formais. No campo e na cidade, o regime tributário diferenciado e livre da burocracia estatal incentiva o surgimento de novas empresas, que, no futuro, ocuparão espaço dentre as grandes e produtivas empresas. Hoje, a abertura de uma empresa demanda o preenchimento de inúmeros documentos e meses de caminhada por repartições públicas até o seu funcionamento efetivo.

Um sério obstáculo à transformação das micro e pequenas empresas reside na forte sobrecarga tributária a que se submetem ao superarem o limite da tributação simplificada. A passagem do sistema Simples para a tributação normal impõe ao empresário um ônus que desestimula o crescimento ou estimula a sonegação. Há que ser examinada a possibilidade de adoção de um sistema progressivo, pelo qual se evite que o crescimento seja punido pela tributação.

Diga-se, ainda, que o setor enfrenta outros obstáculos, como, por exemplo, a própria dificuldade de conceituação. Não há critério real que permita definir o que são micro e pequenas empresas. Os limites de valores que estabelecem a fronteira entre as empresas desse segmento e as de médio e grande porte são puramente arbitrários e irrealistas. Não basta a elevação dos limites. Convém que a adoção dessa medida seja acompanhada de outras mais eficazes, nos planos federal, estadual e municipal, destinadas a estimular a transformação de empresas informais em contribuintes de verdade. Como se costuma dizer, o grande empresário é patrão, enquanto o pequeno é empregador. Logo, o aspecto social das pessoas jurídicas é exercido primordialmente pelas micro, pequenas e médias empresas.

Se o tributo não pode ser utilizado como incentivo ao desenvolvimento, por outro, se mal direcionado, pode significar um instrumento de desestímulo ao exercício de atividade produtiva. O tributo deve ser neutro, ou seja, não deve interferir na atividade econômica. Admite-se, no entanto, a destinação do tributo à acumulação de poupança, imprescindível à formação de capitais que deverão ser aplicados em regiões ou setores de atividade econômica menos favorecidos. O incentivo, sob a forma de isenção, redução ou qualquer outra que seja, acompanhado de subvenções, empréstimos ou investimentos diretos, não assegura o desenvolvimento pleno da região, ou do setor, mas, sem dúvida, promove a sua expansão econômica e, em vista disto, gera empregos.

Conclusões

A União e as demais unidades da federação estão sempre em busca de novas formas de aumentar sua receita tributária. Poucas vezes se extingue algum tributo ou se reduz o nível de incidência. É, por isso, salutar a preocupação com o estabelecimento de critérios para a fixação de um limite a partir do qual não possa mais sujeitar-se o contribuinte ao poder estatal.

O tema suscita uma série de considerações. Imagine-se, por exemplo, que este controle seja feito exclusivamente pelo Legislativo. Este controle pode falhar, como no caso, por exemplo, de um tributo que recaia sobre determinada espécie de contribuintes que, no cômputo geral, venha a comprometer, seja direta ou indiretamente, por hipótese, 80% (oitenta por cento) dos seus rendimentos. Seria legítima esta exação? Respeitou-se a relação entre a capacidade contributiva e o nível de contribuição individual? O poder público se deu conta da sincronia que deve existir entre o montante arrecadado e as verdadeiras necessidades sociais?

É preciso cogitar-se da criação de meios objetivos através dos quais se torne viável a proteção do contribuinte em face de situações dessa natureza, passíveis de ocorrerem na prática.

A efetiva aplicação do princípio da vedação ao confisco constitui instrumento hábil para barrar a excessiva carga tributária, e diante de tal constatação, é válido destacar várias conclusões, que vão aqui relacionadas.

Primeiramente, é de se dizer que o princípio da vedação ao confisco pode ser utilizado, não só para barrar a criação de novos tributos, considerando-os individualmente, e a majoração dos já existentes, como para limitar a carga tributária como um todo quando esta se mostrar excessiva.

Em seguida, destaca-se que a interferência do Poder Judiciário no sentido de limitar a carga tributária, além de não configurar uma agressão aos outros poderes da República, constitui-se um legítimo dever constitucional. É papel do Judiciário estabelecer em suas decisões a ponderação entre o provimento das necessidades do Estado e a efetiva carga tributária que pesa sobre os cidadãos.

Na sequência, afirma-se que a vedação ao confisco, apesar da característica subjetivista de que se reveste, deve ser obedecida. Daí a conveniência do estabelecimento de parâmetros precisos para a investigação de possível violação do princípio, não esquecendo que o princípio não se aplica, apenas, ao tributo isoladamente considerado, mas em seu conjunto, isto é, somado às demais exações impostas aos contribuintes, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas.

Diz-se, mais, que compete ao Poder Judiciário assumir posição mais jurídica do que política quanto à apreciação das questões constitucionais-tributárias, posto que “necessidade econômica” ou “razões de Estado” não são argumentos suficientemente válidos para afastar as limitações impostas pela Carta Magna quando a norma imponha à sociedade o confisco.

E, ainda, considera-se que é de todo conveniente para a economia e para a sociedade o desenvolvimento de estudos com vistas a integrar as empresas informais ao campo das empresas constituídas sob a forma legal.

No campo dessas conclusões, entende-se, também, cabível a criação de políticas públicas que visem integrar o território nacional, procurando reduzir as distâncias econômicas que segregam regiões menos desenvolvidas desse imenso país.

E, para finalizar, acredita-se inevitável a constatação de que o tema comporta estudo científico-jurídico mais profundo. Não restam dúvidas de que ainda há muito por fazer até que



se atinja uma legislação tributária realmente comprometida com o crescimento sustentável dos administrados.

FUNGIBILIDADE DA ATUAÇÃO DIRETA DO ESTADO NA ECONOMIA COM A REGULAÇÃO E O FOMENTO

Alexandre Santos de Aragão

Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP, Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

Já são clássicas no direito administrativo as reflexões sobre a fungibilidade ou intercambialidade das diversas modalidades de atividades estatais.

Referimo-nos à clássica divisão tripartite das atividades administrativas cunhada por LUIS JORDANA DE POZAS entre fomento, polícia administrativa e serviço público. A doutrina que lhe seguiu (entre outros ERNESTA CUENTA, BAENA DE ALCÁZAR, JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ e MARTÍN-RETORTILLO Y BAQUER), sem abrir mão da utilidade metodológica e pedagógica da classificação, passou a criticá-la em razão de o Estado poder se valer de técnicas diversas para o mesmo objetivo. Por exemplo, as cotas obrigatórias de produção nacional no cinema e na TV a cabo são típicos instrumentos coercitivos de poder de polícia que servem para incentivar a produção brasileira de audiovisual.¹³

Apesar das diferenças conceituais em seus traços mais típicos, cada uma das atividades estatais pode também ser instrumento da realização de objetivos e estratégias que seriam típicos

¹³ Cf. seminal artigo na doutrina brasileira de MENDONÇA, José Vicente Santos de. Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 65, p. 133-135, 2010.

de outra modalidade de ação estatal, não havendo conceitos e classificações absolutamente estanques.¹⁴

Os diferentes objetivos públicos não possuem um único e absoluto instrumento que, digamos assim, seja inato a eles. O Estado, desde o Constituinte até o administrador, e, sobretudo, o legislador, que intermedeia aqueles dois momentos da dinâmica jurídica,¹⁵ tem em regra ampla margem de escolha dos meios a serem adotados para a realização dos objetivos constitucionais.

A mesma fungibilidade se aplica à distinção entre atuação direta e indireta do Estado na economia. Na verdade essas duas noções são paralelas com a tripartite de LUIS JORDANA DE POZAS: a atuação direta corresponde em grande parte aos monopólios e serviços públicos quando exercidos por órgãos ou entidades do Estado e a atuação indireta à polícia administrativa e ao fomento.

Apesar de a atuação direta e a atuação indireta constituírem técnicas bem distintas (naquela operações econômicas e nessa emissão de atos jurídicos ou de apoios), os mesmos objetivos públicos podem por vezes ser alcançados por uma ou outra técnica. É possível inclusive que objetivos típicos da atuação indireta, de tentar influenciar o comportamento de agentes privados, sejam melhor alcançados através da atuação direta do Estado como agente

¹⁴ Na pós-modernidade, verifica-se que os processos de definição e classificação dos conceitos, nas mais diversas áreas de conhecimento, são dotados de indeterminação e relativismo. Esse fenômeno não é isolado, sendo resultado dos aspectos de incerteza, indeterminação, desordem e complexidade que marcam a sociedade pós-moderna. V. a respeito CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, e SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 54-66. Na filosofia, LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. 5. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998. Para uma crítica ao movimento v. HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Trad. Luiz Sérgio Repa. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹⁵ “O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou – o que significa o mesmo – uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental”. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 219.

econômico. Pode até mesmo ocorrer que tais objetivos indiretos só possam, por razões econômicas ou jurídicas, ser alcançados com verdadeira efetividade através da atuação direta.¹⁶

Basta imaginarmos casos em que seja muito fácil aos agentes privados se evadirem do cumprimento das normas impostas pelo Estado, mas que mercadologicamente acabem tendo que se adaptar às consequências de uma atuação empresarial do Estado. Por exemplo, o Estado impõe normas de qualidade de determinado serviço de muito difícil fiscalização dada a sua complexidade técnica; diante disso o Estado decide criar uma empresa estatal para prestar em larga escala o mesmo serviço observando essas normas de qualidade; presumindo a eficiência da empresa estatal nesse mister e a relevância de tais características do serviço para seus consumidores, o empresário privado recalcitrante no cumprimento das normas de qualidade vai acabar tendo que “voluntariamente” se adequar a elas para não perder a sua clientela para a empresa estatal.

Este é um exemplo de razão econômica para a intercambialidade das técnicas de atuação estatal.

Mas essa razão também pode ser jurídica, como quando o Estado desejar controlar preços praticados pelo mercado, medida que representaria uma violação desproporcional da livre iniciativa, ou pretender impor um planejamento obrigatório à iniciativa privada, o que é expressamente vedado pelo art. 174 da Constituição Federal.¹⁷ Frente a isso o Estado pode se valer da sua empresa estatal atuante no setor para, cobrando preços mais baixos, trazer o preço dos seus concorrentes – e consequentemente de todo o mercado – para os patamares desejados.

¹⁶ “A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003. p. 85.

¹⁷ Sobre o tema, v. BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, nº 14, p. 14, jun.-ago. 2002, disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>, acesso em 22 ago. 2014. O autor destaca que o papel do Estado, com base no art. 174, CF, é de influir de forma legítima na conduta dos agentes econômicos, por meio de funções de incentivo e planejamento.

Relevante questão é indagar se o Estado poderia alcançar através de operações econômicas (atuação direta) o que não poderia alcançar através de normas jurídicas (atuação indireta). Cumpre investigar se, por exemplo, o objetivo de controle de preços através da regulação poderia, nos casos em que essa não fosse permitida,¹⁸ ser alcançado através da atuação direta.

Se o alcance daquele objetivo por um meio (atuação indireta) é vedado, poderia ele ser alcançado por outro meio (atuação direta)? Haveria um desvio de finalidade em tal estratégia estatal?

A violação do princípio da finalidade, também chamada de desvio de finalidade, ocorre, não apenas quando uma competência administrativa é exercida para interesses individuais não republicanos de benefício ou prejuízo de alguém, mas também quando, mesmo que exercida para atender a algum interesse público, esse não é aquele para o qual a competência foi criada (ex.: não se pode usar as competências da vigilância sanitária para proteger a saúde pública, como meio de combate à sonegação de impostos por determinado estabelecimento).¹⁹

A primeira questão é, então, saber se o objetivo de interferir em preços dos agentes privados (assim como vários outros objetivos mais típicos da regulação jurídica) é objetivo público que só possa ser buscado através da atuação indireta do Estado na economia, ou se, ao

¹⁸ O Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, tratando da constitucionalidade do controle estatal sobre o valor das mensalidades escolares, afirmou: “Senhor Presidente, temos, ao menos desde 1934, e marcadamente no texto de 88, uma típica Constituição compromissória, como de resto, sói serem quase todas as Constituições contemporâneas. De tal modo que é sempre arbitrário que a afirmação de um dos valores, de um dos vetores axiológicos do projeto de sociedade veiculado pela Constituição, se faça com a abstração de outros valores, de outros vetores axiológicos... Um instrumento constitucional de concretização desta função permanente de ponderação de valores que, em termos absolutos, se contradiriam, Senhor Presidente, é precisamente, na ordem econômica, a competência do Estado para intervir como agente normativo e regulador da atividade econômica”“. A Ementa do acórdão foi assim redigida: ““Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e serviços, abusivo que é o poder econômico que visa o aumento arbitrário de lucros. Logo, determinada lei não é inconstitucional pelo só fato de dispor sobre critérios de reajuste de mensalidades das escolas particulares””. (ADIN nº 319-DF, RTJ, 149:666/692).

¹⁹ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 82.

revés, pode também ser alcançado pela sua atuação direta, na maioria dos casos através de empresas estatais em atuação no mesmo mercado.

A indagação mais geral que se coloca é: pode a tentativa de influenciar o comportamento econômico dos agentes privados ser o móvel da atuação direta do Estado?

Como estamos aqui tratando de um mercado em que há empresas privadas atuando por direito próprio,²⁰ o dispositivo constitucional que rege a espécie é o art. 173, que admite genericamente como objetivo para a atuação direta do Estado na economia a realização de algum “relevante interesse coletivo”.

Dada a largueza dos termos utilizados pelo Constituinte entendemos que tais objetivos podem dizer respeito não só às consequências da atuação econômica em si do Estado, mas, também, aos reflexos que ela pode ter na atuação econômica dos agentes privados atuantes no mesmo setor, enquadrando-se assim no permissivo genérico do art. 173, CF.

Ademais o art. 174 da CF admite o planejamento estatal “determinante” para o setor público, mas assegura que ele seja apenas “indicativo” para o setor privado, adotando um sentido eminente jurídico para esta distinção, já que a acepção do termo “determinante” é vinculada à ideia de obrigatoriedade, de cogência, o que só pode ser atingido propriamente através da coação **jurídica**.²¹

Sendo assim, quando o Estado realiza as suas próprias operações econômicas, por exemplo, determinando o preço de seus produtos e serviços com vistas a influenciar os preços

²⁰ Não por delegação do Estado (arts. 175 e 177, CF), caso em que não haveria tantas dificuldades jurídicas para a fixação das tarifas ou de outras regras, bastando elas serem colocadas no respectivo edital de licitação ou posteriormente estabelecidas, desde que restabelecido o equilíbrio econômico-financeiro.

²¹ As relações conceituais entre obrigatoriedade e direito podem ser organizadas em dois planos diferentes. Em um primeiro nível, é possível relacionar ideias como as de imperatividade e impositividade ao próprio conceito de *norma*. A respeito, FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 99. Em um segundo nível, de debates mais profundos e controvertidos, as relações entre obrigatoriedade e direito levam ao questionamento a respeito da vinculação necessária entre a ideia de direito e coerção. Hart desvincula do conceito de direito a ideia de coerção, mesmo tendo um destaque grande quando se fala na vivência do direito. O próprio Schauer, no entanto, problematiza esse papel menor e defende que, mesmo não sendo uma propriedade necessária do conceito de direito, a noção de coerção deve ter o necessário destaque no seu estudo. SCHAUER, Frederick. The best laid plans. *The Yale Law Journal*, nº 120, p. 586-621, especialmente p. 610 e segs., 2010.

praticados pelos agentes privados, não está emitindo nenhuma determinação em relação aos preços destes, não violando, assim, o art. 174, CF. Atua, nesses casos, como regulador *lato sensu*, por uma regulação que chamamos de regulação operativa ou material (através de operações econômicas), em oposição à regulação jurídica (através de atos ou normas jurídicas).

Não podemos confundir o fato de alguns instrumentos serem usualmente adotados pelo Estado para a consecução de determinados objetivos, com a obrigatoriedade de apenas eles poderem ser adotados para os objetivos que lhe são mais típicos (regulação jurídica ou fomento – influenciar particulares; atuação direta – alcançar objetivos diretamente pela atividade econômica estatal em si).

O objetivo mais típico da atuação direta do Estado na economia é realmente atender de forma imediata, através de suas próprias operações econômicas, determinados objetivos públicos, por exemplo, levar serviços essenciais até comunidades que a iniciativa privada não teria interesse de alcançar; manter sob o domínio direto do Estado atividades econômicas especialmente sensíveis para a segurança nacional etc. A relação de atendimento ao objetivo público se dá aqui diretamente entre a atividade do Estado e o seu fim, não tendo relação alguma com qualquer outro agente econômico que eventualmente também atue no setor.

Já o objetivo típico da atividade regulatória jurídica é determinar o comportamento de agentes privados, e estes, obedecendo às normas do Estado, estarão atendendo o interesse almejado pelo Estado com aquela norma. Ou seja, nesses casos, da mesma forma que no fomento, a relação de atendimento ao interesse público é apenas mediata. Não se dá através da ação do Estado em si. Este coage (na regulação) ou incentiva (no fomento) o particular para que este, sim, tenha comportamentos de acordo com os objetivos públicos, ou que pelo menos não os viole.

Essa distinção típica não impede que haja uma intercambialidade, uma fungibilidade entre tais instrumentos, havendo situações concretas, como as exemplificadas acima, em que um deles pode ser um meio mais eficiente, ou até mesmo o único possível, para se atender um

objetivo que na maioria dos casos (mas não em todos) seria alcançado através de um outro meio de ação estatal.²²

A prática e a tradição institucional brasileiras depõem no sentido do que estamos sustentando. Basta lembrarmos os vetustos estoques reguladores, instrumentos da ação direta do Estado na economia – é o próprio Estado que compra e vende tais bens –, mas com o objetivo precípua de influenciar os preços dos agentes privados. Isso ocorre, por exemplo, quando a Administração coloca os produtos no mercado para aumentar a sua oferta e consequentemente reduzir o seu preço por todos os agentes do mercado.

Em seguida, analisaremos em dois tópicos as hipóteses mais relevantes dessa intercambialidade.

1 – ATUAÇÃO DIRETA REGULADORA.

Já percebemos as fortes relações que a atuação direta do Estado na economia pode possuir com a regulação, **além de uma visão dicotômica de “Estado-empresário” versus “Estado-regulador”**, havendo importantes vasos comunicantes entre essas duas formas de atuação do Estado em relação à economia, gerando a já analisada regulação material ou operacional em contraposição à regulação em seu sentido mais tradicional, como regulação estritamente jurídica (através de atos e normas jurídicas).²³

Ao exercer diretamente atividades econômicas, ou seja, ao atuar como agente econômico, o Estado pode visar não apenas a atender imediatamente os cidadãos, mas também

²² Essa intercambialidade pode estar relacionada às diferentes razões que justificam a própria atividade regulatória do Estado. A respeito, v. BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 22-24.

²³ Apesar de esse tópico se voltar precipuamente à fungibilidade entre a atuação direta do Estado e a sua atuação indireta pela regulação, muitas das assertivas (mas nem todas) incluíram também o fomento. No tópico seguinte trataremos dos pontos específicos entre essa modalidade de atuação indireta do Estado e a sua atuação direta.

a influenciar outros agentes econômicos, sejam eles do mesmo setor, de setores a montante (fornecedores de insumos para a atividade econômica estatal) ou a jusante (adquirentes das matérias-primas e insumos produzidos pela atividade econômica estatal), ou até mesmo da economia em geral.

Os aspectos regulatórios que a atuação direta do Estado na economia pode possuir podem ser classificados da seguinte forma:

– Quanto à relevância do aspecto regulatório no conjunto da atuação direta desenvolvida:

- A regulação é o objetivo principal da atuação direta na economia: Aqui a razão da atuação direta do Estado na economia é exclusiva ou preponderantemente influenciar o comportamento dos agentes privados, não sendo para esse efeito muito relevante as consequências que a ação estatal, em si, trará de forma direta e imediata para a coletividade. O principal exemplo dessa modalidade são os estoques reguladores, armazenamentos estatais de bens em circulação no mercado, geralmente alimentos ou combustíveis, com o Estado adquirindo-os quando deseja aumentar ou evitar a queda do seu preço, e alienando-os para impedir a alta do preço do produto ou forçar a sua queda, já que assim se coloca mais bens no mercado, aumentando a sua oferta.²⁴ Trata-se de atuação direta do Estado (comprador e vendedor de bens) na economia com objetivo regulatório claro, como substituta da regulação jurídica de tabelamento ou de controle de preços, que só se admite para bens de primeira necessidade (Lei Delegada nº 4/62, art. 6º, III e IV), sendo um outro instrumento à disposição do Estado para o mesmo objetivo.

²⁴ Os estoques reguladores estão inseridos nas políticas de garantia de preços mínimos e visam, sobretudo, estabilizar os preços e manter a regularidade do abastecimento, além de garantir a renda dos agricultores em caso de excesso de oferta no mercado interno. Aspectos macroeconômicos, como a abertura do mercado e o câmbio fixo/flexível, além de preferências econômicas liberais ou heterodoxas condicionam as políticas de preços mínimos e, conseqüentemente dos estoques reguladores. DELGADO, Guilherme C. *Estoques Governamentais de Alimentos e Preços Públicos*. Brasília: IPEA, p. 7, dez. 1995.

No âmbito da União os estoques reguladores agrícolas são geridos por uma estatal, a Companhia Nacional de Abastecimento – CONAB, empresa pública criada pela Lei nº 8.029/90.²⁵

Apesar de regido por legislação completamente distinta, entendemos que a gestão das reservas cambiais brasileiras pelo Banco Central possui a mesma natureza. O Banco Central, nessa situação, atua como gestor de um estoque regulador de moedas estrangeiras.²⁶

Outro exemplo de atuação direta do Estado na economia de caráter regulatório precípua ocorre quando ele se torna sócio minoritário de empresa que receberá uma delegação de serviços públicos, geralmente como exigência do edital de licitação para a PPP ou concessão de serviço público. O tema denota o que podemos chamar de regulação intrassocietária, com o Estado rompendo a assimetria informacional via de regra existente entre concessionário e Poder Concedente/regulador, sendo ele próprio sócio da concessionária, ainda que minoritário, facilitando assim o acesso a informações, sua fiscalização e regulação, por dentro da própria concessionária, por vezes até mesmo através de uma ação de classe especial.

• Objetivo regulatório concomitante ou acessório da atuação direta do Estado na economia: Nesses casos, a atuação direta visa a atender, ela própria,

²⁵ “Art. 19, parágrafo único: Constituem-se em objetivos básicos da Companhia Nacional de Abastecimento: (...) d) formar estoques reguladores e estratégicos objetivando absorver excedentes e corrigir desequilíbrios decorrentes de manobras especulativas”.

²⁶ Lei nº 4.595/1964: “Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil: VIII – Ser depositário das reservas oficiais de ouro e moeda estrangeira e de Direitos Especiais de Saque e fazer com estas últimas todas e quaisquer operações previstas no Convênio Constitutivo do Fundo Monetário Internacional; art. 11, III – Atuar no sentido do funcionamento regular do mercado cambial, da estabilidade relativa das taxas de câmbio e do equilíbrio no balanço de pagamentos, podendo para esse fim comprar e vender ouro e moeda estrangeira, bem como realizar operações de crédito no exterior, inclusive as referentes aos Direitos Especiais de Saque, e separar os mercados de câmbio financeiro e comercial”.

interesses coletivos, mas, junto com isso, também deseja influenciar em elementos das operações econômicas realizadas pelos agentes privados, para que eles, regulatoriamente, atendam interesses públicos ou pelos menos não os firam.²⁷ As estatais petrolíferas, por exemplo, mundialmente têm a tarefa precípua de garantir o abastecimento nacional de hidrocarbonetos, mas é muito comum que sejam igualmente empregadas com objetivos macroeconômicos desenvolvimentistas ou de controle inflacionário.²⁸

No Brasil, por exemplo, em face do poder de mercado e da capilaridade da Petrobras, o preço que ela cobrar pelos combustíveis derivados de petróleo, se abaixo do que os agentes privados normalmente cobrariam, acaba na prática se impondo a eles de forma muito mais efetiva do que os resultados práticos que seriam alcançados por uma regra jurídica de controle de preços emitida pelo Estado por exemplo.²⁹

Em outro caso, os bancos públicos podem, acessoriamente aos seus objetivos principais, baixar o *spread* bancário por eles cobrados para induzir a concorrência³⁰ em um mercado concentrado.³¹

²⁷ Adotamos a nomenclatura dúplice de objetivo “concomitante ou acessório” por ser muito difícil verificar o *quantum* de um ou outro objetivo (regulatório ou relacionado diretamente à operação econômica estatal) está presente, o que inclusive tende a quantitativamente variar bastante de acordo com políticas de cada Governo para determinado setor. Quanto mais liberal o Governo for, mais ele tende a empregar a atuação direta do Estado na economia apenas para seus objetivos típicos, não para influenciar os agentes do mercado; e vice-versa.

²⁸ A presença do Estado no setor de energia exerce grande impacto macroeconômico nos diversos países. Na Rússia, por exemplo, nas décadas de 1990 e 2000, a política conhecida como nacionalismo de recursos viabilizou grande oferta interna de petróleo, sobretudo por meio de investimentos da estatal Gazprom, repercutindo na baixa dos preços de derivados de petróleo e contenção da inflação. SCHUTTE, Giorgio Romano. Economia Política de Petróleo e Gás: a Experiência Russa. In: ALVES, André Gustavo de Miranda Pineli (org.). *Uma Longa Transição: Vinte Anos de Transformações na Rússia*. Brasília: IPEA, 2011. p. 81-136, p. 113.

²⁹ No Brasil, o preço do petróleo de fato não decorre só do mercado, mas principalmente do Estado através da Petrobras. O governo federal tenta controlar a inflação contendo o preço do petróleo e derivados, definindo preços abaixo do que os agentes privados cobrariam, gerando para a Petrobras saldos negativos recorrentes em torno de US\$ 19,6 bilhões em 2013. ZAFALON, Mauro. Correção da gasolina deveria ser trimestral. *Folha de S. Paulo*. 18.10.2013. Acesso em 09 fev. 2015. <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/vaivem/2013/10/1358336-correcao-da-gasolina-deveria-ser-trimestral.shtml>>.

³⁰ O Direito da concorrência integra nesse ponto a noção ampla de regulação ou disciplina da economia pelo Estado.

³¹ Em 2012, a Caixa Econômica Federal e o Banco do Brasil diminuíram o *spread* bancário e os juros de modo a levar seus concorrentes privados a baixar os juros por eles aplicados, aumentando o crédito disponível no mercado.

- Objetivo regulatório meramente reflexo da atuação direta do Estado na economia: São casos muito semelhantes àqueles em que a atuação direta do Estado não possui quaisquer objetivos regulatórios. Neles existem objetivos regulatórios, mas considerados apenas como uma externalidade positiva,³² indireta, da atuação direta do Estado. Por exemplo, uma estatal prestadora de serviços públicos sem exclusividade que vise, essencialmente, a atender aos usuários mais carentes, mas que, pelos seus procedimentos fiscais mais transparentes e corretos, acaba dando elementos comparativos para o Fisco fiscalizar melhor os concessionários privados atuantes no mesmo setor, reduzindo a assimetria informacional.

– Quanto aos instrumentos de implementação dos objetivos regulatórios na atuação direta do Estado na economia, podem ser:

- De cunho contratual, quando a influência sobre os agentes privados se der por meio de operações econômicas contratualizadas diretamente pelo Estado com os agentes privados que ele visa a influenciar. Essa espécie é taxonomicamente complexa, pois fica bem próxima a uma simples atuação direta do Estado na economia, pois é o próprio Estado que realiza a operação econômica, mas, por outro lado, se assemelha à atuação indireta, pois se dá através de normas criadas especificamente para o particular cujo comportamento se pretende determinar. Entretanto, essas normas são de caráter contratual e, portanto, voluntárias, sendo assim também concretas, e não gerais e abstratas como costumam ser as normas

O governo federal conseguiu, reduzindo o *spread* bancário do BB e da CEF, reduzir também os dos demais bancos. GLENIA, Fabiola. Sob Pressão, Bancos Reduzem Juros. *Globo*. 29.09.2012. Acesso em: 09 fev. 2015. <<http://g1.globo.com/economia/seu-dinheiro/noticia/2012/09/sob-pressao-bancos-reduzem-juros-veja-taxas-medias-cobradas.html>>.

³² Externalidades são os efeitos, positivos ou negativos, de certa decisão sobre terceiros que não participaram do processo decisório. BUCHANAN, James M.; STUBBLEBINE, W. Craig. Externality. *Economica*, v. 29, p. 371-84, p. 372, nov. 1962.

regulatórias. Um importante exemplo dessa modalidade é dado pela VALEC, criada pela Lei nº 11.772, de 17 de setembro de 2008, cuja função principal é a venda de capacidade ferroviária a agentes privados – art. 8º, § 1º.

- De cunho contratual-societário, na verdade uma subespécie da anterior, em que a influência regulatória do Estado se dá através da celebração de um contrato de sociedade, seja de uma empresa a ser fomentada, seja uma empresa vencedora de licitação, geralmente para a delegação de serviço público, constituindo-se uma nova empresa, com a participação minoritária do Estado. É o que ocorreu em diversos contratos de concessão de aeroportos, em que o Estado, através da Infraero, se tornou sócio minoritário da empresa privada vencedora da licitação para constituir a empresa concessionária. Esses casos geralmente ocorrem porque a Administração julga que assim tem como melhor fiscalizar a empresa e, ao mesmo tempo, compartilhar os seus resultados.

- Mecanismos não-contratuais, que constituem a grande maioria dos casos em que o Estado implementa objetivos regulatórios ou de fomento através da sua atuação direta na economia, sem nenhuma relação contratual direta com os agentes aos quais visa a influenciar. A própria atuação estatal, em si, influencia os particulares. Naturalmente que as operações das quais o Estado faz parte, como qualquer operação econômica, geralmente estão lastreadas em contratos, mas nessa espécie os contratos não são firmados com os agentes econômicos cuja ação o Estado deseja influenciar. No exemplo dos *spreads* bancários com menor margem de lucro feito por um banco estatal, o Estado não deseja influenciar os seus clientes, tomadores do crédito, mas, sim, os outros agentes econômicos que também atuam no setor, com os quais não firmou qualquer contrato, a também diminuïrem os seus *spreads* bancários.

Procuramos demonstrar como a distinção que se faz entre “Estado Empresário” e “Estado Regulador” não pode ser considerada de forma absoluta e estanque, uma vez que, tanto a atuação direta do Estado na economia, como o fomento e a regulação jurídica (atuação indireta do Estado na economia), são instrumentos que estão à disposição do ordenamento jurídico, havendo considerável margem para se determinar que instrumento será mais adequado e eficiente para alcançar esses objetivos, observados os seus limites e disciplinas próprias.

Por um lado, o fomento e a regulação jurídica devem obedecer ao art. 174 da CF, não constituindo um planejamento juridicamente obrigatório para os particulares;³³ por outro lado, a atuação direta do Estado na economia pode faticamente impor aos particulares, por razões econômicas, ações que através de normas jurídicas não poderiam ser cogentemente prescritas, mas apenas se tal objetivo for de relevante interesse coletivo, nos termos do art. 173, CF.

Em outras palavras, o fomento e a regulação jurídica têm um âmbito potencial de incidência maior que as possibilidades de atuação direta do Estado: basta para a regulação jurídica existir algum interesse coletivo, não precisando ser um **relevante** interesse coletivo, como nos casos do art. 173 da Constituição (de atuação direta em concorrência com os particulares). Entretanto, os limites para sua intensidade são mais restritos, já que o Estado não pode coativamente, ou seja, juridicamente, planejar de maneira impositiva a atuação econômica dos agentes privados (art. 174, CF). Já na influência propiciada pela atuação direta, não há imposições em sentido jurídico aos particulares, mas apenas um constrangimento material, de índole econômica, não se aplicando os limites do art. 174.

O presente tópico se voltou à fungibilidade entre a atuação direta do Estado e a sua atuação indireta pela regulação, ainda que por vezes tenhamos incluído acessoriamente também o fomento. No tópico seguinte, trataremos dos pontos específicos entre essa modalidade de atuação indireta do Estado e a sua atuação direta.

³³ O art. 174 da CF determina que o planejamento é meramente indicativo para a iniciativa privada, assim, o Estado pode regular, mas a regulação não pode constituir uma planificação ou direção. ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 209 e segs.

2 – ATUAÇÃO DIRETA FOMENTADORA.

No tópico anterior, vimos as hipóteses em que a atuação direta do Estado na economia tem objetivos regulatórios, ou seja, de tentar influenciar pelo constrangimento econômico o comportamento de particulares para levá-los a se comportarem de acordo com alguma diretriz de interesse público.

Nos casos que passaremos a tratar, também teremos uma atuação direta do Estado na economia visando a influenciar particulares, mas sem constrangê-los nesse sentido, e sim os incentivando a ter as posturas desejadas pelo Estado. Por exemplo, quando uma grande estatal se fixa em determinada região para atrair outras empresas; quando ela prioriza a aquisição de produtos e serviços produzidos no Brasil; quando vende energia a preços subsidiados a indústrias instaladas em regiões carentes do país; quando dá preferência a produtos ambientalmente corretos etc.

Poderíamos dividir a atuação estatal direta fomentadora em duas principais espécies:

- As hipóteses em que o aspecto de fomento da atividade estatal é acessório ou reflexo aos objetivos da atividade em si desenvolvida pelo Estado. Por exemplo, quando uma empresa estatal de fabricação de defensivos agrícolas tem como política instalar os seus estabelecimentos em áreas carentes de investimentos para fomentar o desenvolvimento nesses locais: o fomento não é a sua atividade-fim, que é o suprimento de defensivos aos agricultores, que foi apenas funcionalizado, parcialmente, para um objetivo de fomento (o desenvolvimento de localidades pouco desenvolvidas). Também seria o exemplo das licitações e contratações públicas com objetivos extraeconômicos.

- Na outra modalidade de atuação direta fomentadora, o fomento constitui em si a atividade-fim da atuação direta do Estado. O exemplo mais relevante é o do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, fundado em 1952, pela Lei nº 1.628, inicialmente como BNDE, cujo objetivo original era disponibilizar crédito de longo prazo para os setores de energia e transporte. Ao longo da década de 1960, seus objetivos foram ampliados para as indústrias de base, principalmente aquelas priorizadas pelo governo federal. Os objetivos do BNDE, como banco de fomento, foram mais uma vez ampliados, em 1982, adicionando-se aos seus objetivos o desenvolvimento social, passando a se chamar BNDES.³⁴

Caso capaz de ilustrar a distinção entre as duas modalidades de atuação direta fomentadora, justamente por ser um caso limítrofe, é o dos bancos públicos com objetivos gerais, não bancos especificamente de fomento como o BNDES, mas bancos comuns que eventualmente pratiquem atos com objetivos também fomentadores. Por exemplo, o de um banco público que empresta a juros subsidiados a pequenos agricultores com o objetivo de fomentar a agricultura familiar.

Entendemos que nesses casos podem até existir operações econômicas do banco com objetivos exclusivamente de fomento, sendo essas operações econômicas isoladamente consideradas em si como sendo de fomento *tout court*. Porém, tendo em vista a atividade econômica exercida por esse banco público como um todo, as operações especificamente de fomento tendem a ser apenas uma parte dela,³⁵ razão pela qual, apesar de o caso ser limítrofe, o classificaríamos na primeira modalidade de atuação direta fomentadora.

³⁴ “O BNDE foi criado em 1952 para fornecer crédito de longo prazo aos investimentos de energia e transporte, tendo em seguida os seus objetivos ampliados para dar crédito à indústria de base, a qual o governo queria desenvolver, como as de metais, óleo, química e de cimento. Em 1982, o BNDE trocou o seu nome para BNDES, quando então o termo ‘desenvolvimento social’ foi adicionado à sua missão”. MUSACCHIO, Aldo; LAZZARINI, Sergio G. *Reinventing State Capitalism: Leviathan in Business Brazil and Beyond*. Massachusetts: Harvard University Press, 2014. p. 240.

³⁵ Até porque, ainda mais em se tratando de uma sociedade de economia mista, as operações exclusivamente de fomento não podem tomar uma proporção a ponto de comprometer o caráter lucrativo da entidade, casos em que a entidade, convolvendo-se apenas em entidade meramente fomentadora, deveria adotar a forma de autarquia, fundação pública ou empresa pública, a exemplo do que ocorre com o próprio BNDES. O art. 1º da Lei nº 5.662,

Note-se que não estamos equiparando todo fomento como uma forma de atuação direta do Estado na economia, mas apenas aquele que é implementado mediante uma atividade econômica.

No caso do BNDES, trata-se de uma empresa estatal que exerce a atividade empresarial de instituição financeira, fornecendo crédito como forma de fomentar setores e empresas consideradas importantes para o desenvolvimento nacional, sendo, portanto, uma atuação direta fomentadora.

Caso distinto é o da FINEP,³⁶ que tem como atividade em si o fomento da inovação,³⁷ mas, ao fazê-lo, mesmo que eventualmente tenha superávit em suas contas, não exerce uma atividade econômica pelo Estado.

O BNDES tem como objeto a atividade empresarial bancária, com o objetivo de fomentar, é certo, mas a FINEP tem como objeto o próprio fomento, sem exercer uma atividade

de 21 de junho de 1971, enquadrando o BNDES na categoria de empresa pública, nos termos do artigo 189 do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. O art. 1º, Decreto nº 4.418, de 11 de outubro de 2002, referente ao estatuto do BNDES, também o qualifica como empresa pública estatal. Visto como o principal exemplo entre nós de uma atuação direta que é em si uma espécie de fomento, temos uma atividade estatal que pode realmente com inteira procedência ser qualificada tanto como uma atuação indireta (de fomento) como uma atuação direta (atividade empresarial financeira), devendo nos lembrar inclusive dos elevados dividendos que o BNDES já proporcionou em certos períodos para a União. O lucro do Sistema BNDES (FINAME, BNDESPAR, BNDES PLC) foi de R\$ 7,399 bilhões nos primeiros nove meses de 2014, conforme <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Relacao_Com_Investidores/Desempenho/#desembolso>.

³⁶ A FINEP é empresa pública, fundada em 24 de julho de 1967 pelo Decreto nº 61.056, de 24 de julho de 1967, e vinculada, atualmente, ao Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. Sua missão principal atual é fomentar a inovação. http://www.finep.gov.br/pagina.asp?pag=institucional_empresa. Acesso em: 10 fev.2015

³⁷ O conceito de inovação é bastante amplo, mas a própria FINEP disponibiliza algumas possibilidades de definição, tais como “a introdução, com êxito, no mercado, de produtos, serviços, processos, métodos e sistemas que não existiam anteriormente, ou contendo alguma característica nova e diferente do padrão em vigor”; “Compreende diversas atividades científicas, tecnológicas, organizacionais, financeiras, comerciais e mercadológicas. A exigência mínima é que o produto/serviço/processo/método/sistema inovador deva ser novo ou substancialmente melhorado para a empresa em relação aos seus competidores”; “Significa a solução de um problema tecnológico, utilizada pela primeira vez, descrevendo o conjunto de fases que vão desde a pesquisa básica até o uso prático, compreendendo a introdução de um novo produto no mercado em escala comercial, tendo, em geral, fortes repercussões socioeconômicas”; LONGO, W. P. Conceitos Básicos sobre Ciência e Tecnologia, *Finep*, 1196, Rio de Janeiro, v. 1. http://www.finep.gov.br/o_que_e_a_finep/conceitos_ct.asp#indiceI. Acesso em: 10 fev. 2015.



empresarial para tanto. O BNDES se enquadra nas situações híbridas objeto do presente tópico, mas não a FINEP, que exerce fomento típico – atuação indireta do Estado na economia.

49

O exposto neste artigo foi uma tentativa de demonstrar como a diferença conceitual entre atuação direta e atuação indireta do Estado em relação à economia, se não merece ser descartada, sobretudo para fins didáticos e de algum enquadramento constitucional, deve ser vista com relatividade, para que, assim, a complexidade das relações do Estado com a economia possa ser vista em sua inteireza, para além de dicotomias pretensamente simplificadoras.

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO RESULTANTE DA EFETIVAÇÃO DE TUTELA DE URGÊNCIA

Alexandre Freitas Câmara

*Doutor em Direito Processual (PUCMINAS).
Professor adjunto de Direito Processual Civil da Escola de Direito do Rio de Janeiro da
Fundação Getúlio Vargas.
Membro do IBERC, do ICPC, do IBDP, do IIDP e da IAPL.
Desembargador no TJRJ.*

1. INTRODUÇÃO

A tutela de urgência, espécie de tutela provisória, é uma modalidade de tutela processual baseada em cognição sumária. Significa isto que a tutela de urgência é baseada num exame da causa cuja profundidade permite apenas a formação de um juízo de probabilidade acerca da existência do direito material deduzido no processo pela parte a quem a decisão concessiva da medida de urgência aproveita.

Exatamente por conta disso é que o art. 296 do CPC estabelece que as tutelas provisórias, aí incluídas, evidentemente, as tutelas de urgência, podem ser modificadas ou revogadas a qualquer tempo. É que o aprofundamento da cognição exercida pelo órgão jurisdicional, com a vinda de mais elementos de prova, pode levar à verificação de que o direito que, a princípio, parecia provavelmente existir, na verdade não existe, ou não existe nos termos em que, no momento anterior, parecia.

Não se trata, portanto, de uma revogação ou modificação da decisão concessiva da tutela de urgência porque o julgador mudou de ideia, ou por ter ele se arrependido da decisão anteriormente proferida, ou qualquer fenômeno semelhante. O que se tem é uma autorização para que, diante de novos elementos de prova, que levem a um aprofundamento da cognição a ser exercida pelo órgão jurisdicional, se verifique que os requisitos de concessão da tutela de

urgência, que em um exame menos aprofundado da causa pareciam estar presentes, na verdade não estão.

Resulta daí a possibilidade de ter-se efetivado uma tutela de urgência e depois se verificar que a parte por ela beneficiada não fazia, na verdade, jus à obtenção de tutela processual. Mas se isso ocorre, então a parte contrária terá suportado a efetivação da tutela de urgência indevidamente, o que pode ter causado danos que precisam ser reparados. Daí a necessidade de examinar como a lei processual regula a obrigação de indenizar os danos resultantes da efetivação da tutela de urgência.

2. O ART. 302 DO CPC

Dispõe o art. 302 do CPC o seguinte:

Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

- I - a sentença lhe for desfavorável;
- II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;
- III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;
- IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Esse dispositivo trata não só de indicar quem é o devedor da indenização (a parte), mas também aponta os casos em que a indenização pelo prejuízo resultante da efetivação

da tutela de urgência é devida. Além disso, indica que essa indenização é devida “independentemente da reparação por dano processual”. Pois estes são os pontos que se pretende, com este breve ensaio, esclarecer.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DA PARTE BENEFICIADA PELA TUTELA DE URGÊNCIA

Em primeiro lugar, é preciso ter claro que o devedor da indenização sempre será a parte que foi beneficiada pela tutela de urgência, e nunca o Estado (empregado o termo aqui, claro, em sentido amplo). E isso se explica não só pela circunstância de ter sido a parte a beneficiada pela tutela de urgência, mas também pelo fato de que a tutela de urgência não pode ser deferida de ofício, sempre dependendo de requerimento da parte interessada para ser concedida. É o que resulta do disposto no art. 299 do CPC, que fala em requerimento de tutela provisória (de urgência ou da evidência).

Fosse admissível o deferimento de ofício da tutela de urgência e certamente haveria, ao menos nos casos em que ela fosse concedida sem requerimento, a ruptura do nexo de causalidade entre a conduta da parte beneficiada e o dano suportado indevidamente pela parte contrária, o que afastaria – ao menos nesses casos, repita-se – a possibilidade de responsabilização daquele que é protegido pela tutela de urgência. Dada a exigência de provocação para que se conceda tutela processual de urgência, todavia, torna-se presente o aludido nexo de causalidade.

Resulta daí, então, a possibilidade de se afirmar que aquele que requer tutela de urgência deve estar consciente do risco que daí resulta. É que, na prática, vê-se que as pessoas postulam a tutela de urgência de forma quase automática, como se esse tipo de requerimento fosse mesmo um requisito indispensável das petições iniciais. Pode acontecer, todavia, de se obter a tutela de urgência e, depois, em razão do modo como se desenvolve o processo, ter-se de indenizar a parte contrária. Assim, aquele que vai a juízo buscar lã pode voltar tosquiado. E raramente se tem notícia de que os advogados advirtam seus clientes desse risco (o que poderia

até levar à responsabilização do advogado, por força de direito de regresso, mas isso é tema estranho ao presente ensaio).

4. AS HIPÓTESES DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO RESULTANTE DA EFETIVAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA

São quatro os casos em que a parte que foi beneficiada pela tutela de urgência pode ter de responder pelos danos que resultam da sua efetivação.

O primeiro desses casos é o da prolação, após a concessão da tutela de urgência, de sentença desfavorável à parte beneficiada pela tutela provisória. Em outros termos, o que se tem aqui é uma decisão inicialmente proferida, com base em cognição sumária, em favor de uma das partes (a demandante) e, posteriormente à realização de cognição exauriente, e exatamente em função desse exame mais completo e profundo da causa, sua revogação pela decisão definitiva de mérito, que rejeita a pretensão deduzida por aquela mesma parte. Pois neste caso caberá à parte afinal vencida reparar os danos resultantes da efetivação da tutela provisória que, a rigor, nem deveria ter sido deferida. Protege-se, deste modo, aquele que realmente tem razão no plano do direito material (e, por isso, faz jus à tutela processual), em detrimento de quem até aparentava ser titular do direito, mas não verdade não o tem.

Outro caso é o da parte demandante que, beneficiada pela tutela de urgência antecedente, não providencia, no prazo de cinco dias (úteis), os meios necessários para a realização da citação do demandado (como no caso de não ser fornecido endereço para realização da citação, ou não ser efetuado o recolhimento das custas relativas à diligência de citação). Evita-se, deste modo, que a tutela provisória se perpetue indevidamente, impondo-se ao demandante por ela beneficiado uma conduta cooperativa, destinada a permitir o regular andamento do processo.

Terceira hipótese é a de, por qualquer razão prevista em lei, cessar a eficácia da tutela de urgência, como se dá, por exemplo, quando, obtida tutela de urgência cautelar

anterior, não se formula o pedido de tutela definitiva dentro do prazo de trinta dias úteis a contar da efetivação da medida (CPC, art. 308).

Por fim, também responde o beneficiário da tutela provisória pelos danos no caso de a sentença reconhecer a prescrição ou decadência do direito do autor, hipótese que, a rigor, se subsume à primeira das hipóteses aqui indicadas, já que nesse caso se terá sentença desfavorável à parte que fora beneficiada pela tutela de urgência.

5. A LIQUIDAÇÃO DO DANO E SUA CUMULABILIDADE COM O DANO PROCESSUAL

Estabelece o parágrafo único do art. 302 do CPC que a indenização pelos danos resultantes da efetivação da tutela de urgência deverá, sempre que possível, liquidada nos próprios autos. Resulta daí que é efeito da decisão que revoga a tutela de urgência tornar certa a obrigação de indenizar os danos resultantes de sua efetivação. Para que possa o beneficiário da indenização, porém, promover a execução (que sempre deverá basear-se em título representativo de obrigação certa, líquida e exigível), é preciso promover-se a determinação do valor a ser pago.

Essa liquidação se fará, sempre que possível, nos próprios autos do processo em que havia sido deferida a tutela de urgência, através da instauração de um incidente de liquidação de sentença (previsto nos arts. 509 a 512 do CPC), e terá por objeto a determinação do valor a ser pago a título de indenização dos danos materiais e, se for o caso, também de compensação de danos morais.

Nada impede, porém, que se cumule a esses valores os que eventualmente tenham de ser pagos em razão do reconhecimento de que o demandante atuou no processo como litigante de má-fé. E é disso que trata o texto normativo ao afirmar que a indenização será devida “independentemente da reparação por dano processual”.

A base normativa para essa outra indenização, então, é o disposto nos arts. 79 a 81 do CPC. E são mesmo indenizações cumuláveis, já que referentes a causas distintas.

Basta pensar no caso em que, em razão de uma tutela cautelar, um bem tenha sido apreendido e, até a sentença de improcedência do pedido, tenha o demandado sido privado de seu uso. Isso, evidentemente, é fundamento suficiente para que o réu seja indenizado pelo dano sofrido. Imagine-se agora que, neste mesmo processo, o autor tenha provocado incidentes manifestamente infundados, como seria o caso de arguir suspeições ou impedimentos que evidentemente não ocorrem, ou dar causa injustificadamente ao adiamento de audiência. Isto, por si só, e independentemente de ter sido ou não deferida a tutela de urgência, também é razão para a condenação da parte a reparar os danos sofridos pela parte contrária. Resulta daí que essas verbas indenizatórias, porque resultantes de causas distintas, e tendo por fim a reparação de danos diferentes, podem ser cumuladas.

Promovida a liquidação dos valores a serem pagos, será possível prosseguir-se nos próprios autos, mediante a instauração da fase de cumprimento de sentença, intimando-se a parte condenada a pagar o valor apurado em liquidação de sentença para que efetue o pagamento em quinze dias úteis, sob pena de multa de dez por cento, honorários advocatícios de dez por cento, e prosseguimento do procedimento executivo.

6. CONCLUSÃO

O tema da responsabilidade civil pelo dano resultante da efetivação de tutela de urgência tem sido negligenciado pelos estudiosos do Direito Civil e da Responsabilidade Civil. Provavelmente isso se dá por estar a matéria tratada no Código de Processo Civil, de que resulta um certo desconhecimento sobre o assunto. Basta ver como é raro encontrar-se, na prática, algum acórdão que tenha tratado especificamente do tema. Basta dizer que, com quase cinco anos de vigência do CPC/2015, só se encontra um acórdão do STJ que tenha tratado especificamente do tema à luz das disposições da vigente codificação (o REsp 1770124/SP).

Há, porém, um aspecto que deve levar os processualistas a se preocuparem com o tema (embora seja ele fundamentalmente, como visto, de direito material). É que a responsabilidade civil por dano decorrente da efetivação de tutela de urgência se insere, juntamente com outros institutos, na construção de um modelo de *litigância responsável*.

É que não se pode mais admitir – especialmente em um país com tanta litigiosidade, de que resulta um número exageradamente alto de processos judiciais instaurados – que, em nome do caráter abstrato do direito de ação e da garantia constitucional de acesso à justiça, simplesmente se admita a ideia de que é possível a qualquer um, em qualquer caso, ajuizar sua demanda, mesmo não tendo qualquer direito, e daí não resultar qualquer consequência. É preciso que haja o reconhecimento de riscos na atividade processual das partes. A imposição do custo econômico do processo a quem lhe dá causa indevidamente, com sua condenação a pagar as despesas processuais e honorários advocatícios, evidentemente, se insere neste sistema, já que impõe à parte um cálculo de custo-benefício e uma necessidade de análise dos riscos que o processo pode gerar. Mas é preciso ir além disso. A majoração de honorários advocatícios em razão da sucumbência recursal tem sido matéria a receber o devido destaque quando o tema é a litigância responsável. Mas também a responsabilidade pelos danos resultantes de atividades antiooperativas ou que resultem da má-fé, assim como o dever de indenizar danos resultantes da obtenção de tutelas provisórias que posteriormente não sejam confirmadas ou, em razão de desídia do seu beneficiário, acabem por ter sua eficácia extinta, se inserem nesse modelo. E é preciso, cada vez mais, impor às partes essa exigência de litigância responsável como elemento integrante do modelo cooperativo de processo civil que se constrói a partir do princípio constitucional do contraditório e de seu corolário, o princípio da cooperação, expressamente previsto no art. 6º do CPC. Só assim se poderá inserir o processo jurisdicional num contexto de construção de justiça civil para o Brasil, essencial para o desenvolvimento nacional.



ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL

UM NOVO INSTRUMENTO A SERVIÇO DO COMBATE À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

57

Alexandra Fuchs de Araújo

Mestre em Direito do Estado.

Professora da Escola Paulista da Magistratura

Pesquisadora vinculado ao NEPAD

Juíza de Direito em São Paulo

Coordenadora da Célula de Soluções Estratégicas do

Grupo de Administração Legal (GEAL) do CRASP

Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho

Doutor e mestre em Direito de Estado

Professor da Escola Paulista da Magistratura

Pesquisador vinculado ao CEDAU

Juiz de Direito em São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. Consensualidade e atuação administrativa: a busca por uma ação estatal de resultados; 3. Acordo de não persecução cível - fazendo acordos com o ímprobo; 4. Desafios e perspectivas; 5. Conclusão; 6. Bibliografia

1. Introdução

O Código de Processo Civil de 2015 foi construído de forma participativa e democrática. Neste procedimento agregou “novos pontos de vista e possibilidades a partir, como dito no seu art. 1º, dos valores e normas fundamentais estabelecidos na constituição da República”³⁸, inaugurando uma nova etapa de diálogo entre o direito processual civil e outros ramos das ciências jurídicas.

Destaca-se no novo CPC o princípio da cooperação, expresso no artigo 6º, segundo o qual “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Importado do direito europeu³⁹, o novo princípio é um instrumento vocacionado a permitir uma decisão judicial dialógica, colaborativa, consensual, não necessariamente punitiva.

De acordo com Jessé Torres e Thaís Marçal:

Do art. 6º da Lei nº 13.105/2015 infere-se que o NCPC é um código de sujeitos processuais coparticipativos/cooperativos, afastada a centralidade do juiz ou das partes, daí Marinoni, Arenhart e Mitidiero sublinharem que o novo modelo processual outorga nova dimensão ao papel do magistrado na condução do processo, isonômico na sua condução e assimétrico quando decide, ou seja, (i) é paritário no diálogo e (ii) assimétrico na decisão. Tanto que, segundo Guilherme Rizzo Amaral, o modelo cooperativo pressupõe a efetiva participação das partes na solução do caso, assim como os deveres judiciais: (i) de diálogo; (ii) de auxílio; (iii) e de prevenção⁴⁰.

³⁸ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres e MARÇAL, Thaís. “A convergência entre cooperação processual e consensualidade administrativa, na gestão do Estado Democrático de Direito”, In: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende e MARÇAL, Thaís. *Temas Relevantes de Processo Administrativo. 20 anos da lei 9.784/1999*, Salvador: Juspodim, 2019, p. 99/111.

³⁹ KOCHER, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (Kooperationsmaxime). In: *Revista de Processo*. Vol. 251. Janeiro 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.251.04.PDF. Acesso em 27 Jan 2021.

⁴⁰ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres e MARÇAL, Thaís. Ob. Cit., p. 102

O princípio da cooperação reclama a colaboração entre as pessoas envolvidas em um litígio, “além de gerar o direito de as partes participarem efetivamente do processo, em diálogo com o órgão jurisdicional para a construção da solução mais justa para o caso concreto”⁴¹.

Uma das perspectivas pelas quais se pode analisar a introdução do acordo de não persecução cível em nosso sistema jurídico é justamente a da busca de um processo judicial efetivo, de resultados que justifiquem a sua razão de ser, e para os quais a cooperação entre seus atores pode, a depender das circunstâncias, corresponder ao meio mais eficiente de se alcançar um desfecho que melhor atenda às expectativas de seus interessados.

Neste ensaio vamos tratar da problemática sob tais luzes, situando o crescimento do manejo de módulos consensuais no nosso Direito Público como reflexo da aspiração por uma Administração Pública mais responsiva, cuja atuação não seja indiferente aos seus frutos para o bem-estar coletivo.

2. Consensualidade e atuação administrativa: a busca por uma ação estatal de resultados

O princípio da cooperação processual, vigente de modo expresso em nosso direito positivo desde 2015, ainda está em busca de canais que permitam sua concretização no auxílio ao adequado equacionamento de litígios.

Tal postulado, contudo, não é imune a críticas, como se observa da reflexão de Elpídio Donizetti:

O dever de cooperação, entretanto, encontra limites na natureza da atuação de cada uma das partes. O juiz atua com a marca da equidistância e da imparcialidade, a qual não pode ser comprometida por qualquer promiscuidade com as partes. Por outro lado, o dever do advogado é a defesa do seu constituinte. A rigor, não tem ele compromisso com a realização da justiça. Ele deverá empregar toda a técnica para que as postulações do seu cliente sejam aceitas pelo julgador. Essa é a baliza que deve conduzir o seu agir cooperativo. Em

⁴¹ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres e MARÇAL, Thaís. Ob. Cit., p. 102.

sendo assim, meu caro leitor, retire da cabeça aquela imagem – falsamente assimilada por alguns com o advento do novo CPC – de juiz, autor e réu andando de mãos dadas pelas ruas e advogado solicitando orientação ao juiz para redigir as peças processuais. Não obstante a apregoada cooperação, no fundo, será cada um por si, o que não impede que a lealdade e a boa-fé imperem nas relações processuais⁴².

A opção por um processo civil mais dialógico, entretanto, não implica o comprometimento da posição equidistante do juiz em relação às partes, como imaginam alguns críticos. A imparcialidade não pode ser confundida com neutralidade: o juiz é imparcial no julgamento, mas não é indiferente diante do desenrolar dos atos processuais.

A primeira contribuição relevante da positivação do princípio no CPC, portanto, pode ser entendida como um comando para que o juiz abandone uma posição passiva diante dos atos processuais, a qual poderia ser esperada por alguns como desdobramento do ideal de sua neutralidade (ou imparcialidade, para quem confunde os dois conceitos), e adote uma posição estratégica, com foco na solução do conflito submetido à sua apreciação, e não apenas do processo que lhe dá forma.

A necessidade de um *juiz estratégico* já foi identificada por Susana Henriques da Costa, nos processos que envolvem conflitos de interesse público:

A definição judicial sobre políticas públicas implica mudança de rumos na gestão da administração e realocação de recursos públicos que podem vir a prejudicar outros direitos sociais. Tudo isso deve ser levado em conta pelo juiz quando da decisão, de forma a equilibrar os valores em jogo e buscar um equacionamento mais adequado do conflito.

A função judicial deve também, nesse novo contexto, ser estratégica. Essa característica se refere, em especial, à postura adotada pelo magistrado na execução de decisões envolvendo a implementação de políticas públicas, em especial em demandas coletivas. O

⁴² DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 42-43.

cumprimento desta espécie de decisão é complexo e desloca para a fase satisfativa do processo um alto grau de atividade cognitiva⁴³.

A postura estratégica, hoje, é uma necessidade para que o processo atinja seu fim maior, qual seja, a solução do conflito subjacente à relação processual, e é um caminho a ser perseguido pelo magistrado, em consonância com o quanto previsto no artigo 6º do CPC, ou seja, com o princípio da cooperação.

O dever de cooperação permeia todos os processos judiciais, mas adquire matizes específicos naqueles de interesse público, nos quais é exigido do juiz um olhar mais aprofundado para o emaranhado de questões de fato e de direito subjacente ao pedido formulado pelas partes, já que a sua solução via imposição heterônoma muitas vezes não se esgota em efeitos individuais bem delimitados, sem qualquer transbordamento para o mundo exterior.

Esse tipo de demanda de alguma forma se conecta com uma ação do Poder Executivo, um grande litigante cuja atuação diária toca milhares de pessoas, sendo que, a depender de como a decisão judicial for proferida, o processo até poderá chegar ao fim do ponto de vista formal, mas não solucionar, ou mesmo comprometer, a qualidade da ação administrativa envolvida ou atingida pelo pronunciamento do Estado-juiz.

Considerando essa particularidade, a doutrina passa a falar em um *processo civil de interesse público*, em contraposição a um direito processual voltado exclusivamente à solução de controvérsias privadas entre indivíduos singulares, como explica Carlos Alberto Salles:

A expressão utilizada (processo civil de interesse público), no entanto, tem por finalidade chamar a atenção para uma característica que não é do processo em si, mas do tipo de interesse que passou a ser objeto de adjudicação a partir da introdução em nosso sistema processual das chamadas ações coletivas. Pretende-se, com essa designação, distinguir aquelas lides nas quais a prestação jurisdicional

⁴³ COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo. In: GRINOVER, Ada P.; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana H. da (coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*, p. 397-422, Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 404.

recai sobre interesses individuais de outras, nas quais o objeto do processo é uma decisão sobre um interesse público. Observe-se que a oposição aqui estabelecida não é simétrica entre direito privado e direito público, cuja base está, sobretudo, na definição de um campo de atuação do Estado. O público, no sentido pretendido nesse trabalho, é definido não em contraposição ao privado, mas ao individual, indicando aqueles interesses pertencentes à generalidade das pessoas⁴⁴.

Assim, de forma mais intensa no *processo civil de interesse público* do que no *processo civil de interesse privado*, o juiz tende a assumir a posição estratégica que lhe é autorizada pelo artigo 6º do CPC, e pode instigar a participação das partes, de modo a proferir uma sentença que seja, de fato, a melhor solução para o conflito subjacente ao processo, com maior vantagem para a sociedade.

Nesse sentido, afirma Humberto Theodoro Júnior:

(...) O novo CPC brasileiro espousa ostensivamente o modelo cooperativo, no qual a lógica dedutiva de resolução de conflitos é substituída pela lógica argumentativa, fazendo que o contraditório, como direito de informação/reação, ceda espaço a um direito de influência. Nele, a ideia de democracia representativa é complementada pela de democracia deliberativa no campo do processo, reforçando, assim, “o papel das partes na formação da decisão judicial⁴⁵”

A ideia de cooperação, neste contexto, cabe como uma luva para o processo civil de interesse público, já que dialoga perfeitamente com o modelo de administração dialógica, que é o defendido pela doutrina do século XXI como aquele que substituirá o de administração insular, pautada em um agir precipuamente unilateral e imperativo, que se dá em um iter

⁴⁴SALLES, Carlos Alberto. Processo Civil de Interesse Público. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo e COSTA, Suzana Henriques. *O processo para solução de conflitos de interesse público*, p. 193-228, Salvador: Juspodium, 2017, p.194.

⁴⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 81-83.

supostamente blindado do contato com os cidadãos, que foi aquele que marcou o desenvolvimento da burocracia estatal entre os séculos XVII e XX⁴⁶.

Em outra oportunidade, aliás, por um dos coautores do presente ensaio já foi observado:

Esta necessidade de participação, no Estado moderno, “põe em relevo uma nova configuração da função administrativa, propondo readequações na estrutura e gestão administrativas, notadamente voltadas à valorização do processo de diálogo”, e se refere a quatro diferentes elementos mudanças de atitude desta função: 1) identificação do interesse público de modo compartilhado com a população; 2) ao decréscimo da discricionariedade; 3) atenuação da unilateralidade na formação dos atos administrativos; e 4) às práticas contratuais baseadas no consenso, negociação e conciliação de interesses⁴⁷.

Quando se está falando em alterar a forma prioritária da ação administrativa, ou seja, de unilateral para dialógica/consensual, talvez o principal móvel seja o de busca de resultados da gestão. O gestor, preocupado com as consequências da sua decisão, com o meio mais eficiente de satisfazer o interesse público, pondera se seria melhor agir de forma autoritária, ou com a oitiva e colaboração dos interessados, de modo a garantir a eficiência da ação governamental desencadeada pelo exercício da competência que lhe cabe⁴⁸.

Existe uma simetria clara entre o dever da Administração de dialogar com os cidadãos e o dever dos magistrados de dialogar com as partes, na busca da melhor solução para o conflito. Esse diálogo, por óbvio, deve se dar dentro das regras processuais, com a observância do

⁴⁶ “A democracia implica, além da atribuição do poder decisório às maiorias, a instauração de diálogo permanente com as minorias, de respeito pela posição do outro e de garantia dos direitos Fundamentais, sem exclusão. Por isto que a administração pública dialógica contrasta com a administração pública monológica, refratária à instituição e ao desenvolvimento de procedimentos comunicacionais com a sociedade, mercê da multiplicação das redes sociais e de seus instrumentos de comunicação instantânea, em tempo real” (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres e MARÇAL, Thaís. *Ob. Cit.*, p. 104).

⁴⁷ ARAÚJO, Alexandra Fuchs. *Participação democrática na administração*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 22.

⁴⁸ CHEVALLIER, Jacques. *L'État post-moderne*, 3 ed., Paris: LGPD, 2008, p. 138 e ss.; ROSANVALLON, Pierre. *Le bon gouvernement*, Paris: Seuil, 2015, p. 212/213; MARQUES NETO, Floriano de A.; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018*, Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 105.

contraditório, da ampla defesa, do princípio da não surpresa, visando à melhor solução para o conflito, ou seja, a decisão mais eficiente para a sociedade, que vê o seu nível de bem-estar incrementado pela ação estatal.

A cooperação entre as partes no processo pode conduzir a ajustes, se não em relação à totalidade do conflito, ao menos quanto à parte dos seus pontos controversos. Como concluíram Ana Paula Gonçalves e Frederico de Andrade Gabrich:

Uma vez que o princípio da cooperação visa a ordenar o comportamento das partes, como já explanado, para dar maior eficácia à solução dos conflitos, além de se obter uma menor duração do tempo do processo e menor dispêndio financeiro para o Estado, não se pode deixar de associá-lo também aos meios de solução consensual dos conflitos, como, por exemplo, a mediação e a conciliação (art. 3º, §3º CPC), mesmo no curso do processo (BRASIL, 2015).

(...)

De fato, são diversas as vantagens da solução consensual de conflitos, tais como, dentre outros: a pacificação social; diminuição significativa de custos financeiros e emocionais; a celeridade; a sensação de controle pelas próprias partes do procedimento, com consequente sensação de satisfação e segurança; e a maior possibilidade de se levar a efeito o acordo realizado, já que as próprias partes o firmaram. (BUZZI, 2017, p. 270).

Nesse sentido, a mediação, a conciliação e a arbitragem surgem, portanto, como estratégias jurídicas que podem utilizadas para atingir o desiderato do princípio da cooperação, que é a obtenção da solução de conflito de forma justa, efetiva, sustentável e em tempo razoável⁴⁹.

⁴⁹ SILVA, Ana Paula Gonçalves e GABRICH, Frederico de Andrade. “Princípio da cooperação: do conflito à solução consensual dos conflitos”. In: *Revista de processo, jurisdição e efetividade da Justiça*. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdicao/article/view/4032/pdf>. Acesso em 17 Jan 2021.

A doutrina questiona, entretanto, quanto à possibilidade de aplicação do princípio da cooperação à esfera penal ou da improbidade administrativa, em razão do bem jurídico em jogo nesse tipo de causa.

3. Acordo de não persecução cível - fazendo acordos com o ímprobo

No âmbito penal, quando se pensa nos efeitos que a introdução da colaboração premiada no nosso sistema trouxe em termos de desvendar esquemas criminosos e recuperar recursos, fica difícil defender que o mecanismo da ação penal tradicional seja o que melhor propicie a satisfação de pautas públicas.

A colaboração premiada, introduzida no ordenamento pela Lei 12.850/2013, tutela o interesse público de maneira muito mais eficaz que a proibição de negociação, já que permite que intrincados esquemas de corrupção sejam descobertos e punidos, o que, sem a colaboração dos participantes, provavelmente não seria possível. O Supremo Tribunal Federal inclusive já se posicionou sobre a importância do acordo de colaboração premiada como instrumento relevante para coibir delitos, sobretudo contra o erário⁵⁰.

No mesmo sentido, não há motivos para crermos que resultados menos promissores serão alcançados pelo nosso aparato de justiça com a introdução de autorização legal expressa de solução concertada no bojo das ações de improbidade administrativa, instrumento integrante do microsistema processual de tutela coletiva da probidade administrativa, juntamente com a Lei nº 12.846/13.

A aplicação isolada na Lei nº 8.429/1992, editada num momento histórico em que ainda prevalecia o estímulo a um sistema judicial baseado no conflito, muitas vezes não colabora para a pacificação social, o que justifica as críticas bastante contundentes feitas à lei por parte de diversos doutrinadores, do que é exemplo a reflexão de Marco Perez:

O *punitismo* inerente ao sistema de controle instituído pela Lei nº 8.429/1992, em que pese agradar aparentemente à opinião pública, não colabora com a melhoria da ação estatal simplesmente porque a correção da atuação da Administração não é sua razão principal de

⁵⁰ ALGAYER, Tassiane Castamann. O acordo de leniência na Lei de Improbidade Administrativa. In: Revista Eletrônica AJUFESC, Florianópolis, ed. 9, 2020, p. 17.

existir. Nesse contexto, sob o impulso muitas vezes incontido e irracional das massas e da mídia política e investigativa, a jurisdição faz um uso cada vez mais intenso dos princípios gerais do direito administrativo (a lei em seu art. 11 menciona os “princípios da administração pública” e cita expressamente os “deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições”). Ao contrário, no entanto, o uso comumente feito desses princípios em outros ordenamentos, aqui eles não são utilizados como instrumento de conformação jurídica das condutas da Administração em defesa do administrado, mas como fundamento jurídico para a punição de supostos infratores da probidade, fato que majora desmedidamente a discricionariedade sancionatória de magistrados, a ponto de inserir o exercício da jurisdição nas perigosas fronteiras da perseguição política, as singela emissão de opiniões políticas subjetivas do julgador ou do mais puro arbítrio⁵¹.

Dessa forma, a nova redação conferida pela Lei nº 13.964/2019 ao §1º do art. 17 da Lei nº 8.429/1992, do qual passou a constar expressamente a possibilidade de realização de acordo de não persecução cível envolvendo as apurações feitas com base nesse último diploma, chega em boa hora, oferecendo maior coerência a um quadro normativo que, admitindo conciliação para o desfecho de casos envolvendo ilícitos de maior gravidade (crimes⁵²), ainda a vedava formalmente em ilícitos de reprovabilidade normalmente mais moderada⁵³.

Vencido o óbice legal para que a prática da conciliação também passe a fazer parte do dia a dia da jurisdição na seara da improbidade⁵⁴, resta a resistência cultural e algumas

⁵¹ PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade* – métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 274.

⁵² Vide a disciplina prevista para a colaboração premiada na Lei 12.850/2013, com a redação que agora lhe foi dada pela Lei nº 13.964/2019 (art. 3-A e ss).

⁵³ Art. 17 da Lei 8.429/1992, em sua redação original: “A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. § 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput”(g.n.).

⁵⁴ Valendo registrar que mesmo antes da alteração legislativa em comento havia posicionamento no sentido da viabilidade da celebração de acordos no âmbito das ações de improbidade administrativa considerando uma leitura sistemática do nosso arcabouço legal que disciplina a matéria (art. 60 da Lei nº 9.099/95, art. 86 da Lei nº 12.529/2011, art. 3 da Lei nº 12.850/2013 e art. 16 da Lei nº 12.846/2013). Nesse sentido ver MEGNA, Bruno

dificuldades de ordem prática existentes a respeito, sendo que, conforme referido linhas acima, o instituto não só é consentâneo com um modelo Estado dialógico, atento aos efeitos que sua atuação possa produzir na realidade, como também com o princípio da cooperação insculpido no art. 6º do CPC/2015.

4. Desafios e perspectivas

Nada obstante o equacionamento da questão sob o prisma legislativo, a justiça negociada, por não fazer parte da nossa tradição jurídica⁵⁵, ainda deve percorrer um caminho de amadurecimento antes de revelar seu potencial para aprimoramento de políticas públicas estatais.

Ao menos três questões nesse percurso nos parecem fundamentais.

Uma é a reflexão sobre o **papel que o Estado deve ter na vida em coletivo**.

Nossa Administração Pública, tendo uma origem dissociada do compromisso de prestar serviços de qualidade para a população⁵⁶, ainda não completou sua transformação rumo a tal objetivo.

Lopes. O “compromisso” para prevenir ou regular a compensação a irregularidades: um “negócio jurídico administrativo-processual” in CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W.. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - anotada*, v. II, p. 380-388, São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 386; e SCHWIND, Rafael Wallbach. Celebração de acordos nas ações de improbidade: necessidade de revisão do art. 17, §1º, da Lei nº 8,429 à luz da evolução legislativa e da noção de *self-cleaning* do direito europeu in CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; OLIVEIRA, André Tito da M.; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W.. (coord.). *Direito, Instituições e Políticas Públicas – o papel do jusidealista na formação do Estado*, p. 777- 797, São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 794 e ss.

⁵⁵ Os estudantes de nossas faculdades de Direito normalmente são instruídos a pensar na solução de litígios pelo modelo adversarial, o que, no âmbito do Direito Público, ainda ganha o complicador pela grande resistência para conciliar que a Fazenda Pública costuma apresentar em juízo, postura que até pouco tempo atrás era defendida sob a alegação da indisponibilidade do interesse público aliada à falta de autorização legal expressa para tanto. Quanto a este último aspecto parte da doutrina sustenta que a introdução do art. 26 na LINDB representaria uma cláusula geral para a celebração de acordos pela Administração Pública, o que, no contexto examinado, supriria dita carência legal. A respeito ver GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana B. de. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública in *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, Rio de Janeiro: FGV, nov. 2018, p. 138 e ss.; VIANA, Camila R. Cunha. O artigo 26 da LINDB e a consolidação do direito administrativo consensual in CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W.. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - anotada*, v. II, p. 339-344, São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 339; MARQUES NETO, Floriano de A.; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018*, Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 102 e ss.

⁵⁶ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder – formação do patronato político brasileiro*, 3. ed., São Paulo: Globo, 2001, p. 198 e ss..

Para que serve uma persecução penal ou por improbidade administrativa? Esses processos são um fim em si mesmo ou seriam instrumentos para a consecução de outras pautas de interesse geral? Dizer que não se admitirá acordo em uma ação versando sobre crimes ou atos ímprobos, isso significa que eles terão uma punição exemplar e haverá a recuperação de recursos desviados? Qual é a finalidade da pena no ordenamento jurídico⁵⁷?

Absorvidos por uma rotina usualmente estafante do contencioso em grandes centros urbanos, a maioria dos atores do nosso sistema de Justiça não se dá ao luxo de fazer essas indagações de ordem filosófica, o que de certa forma acaba por resumi-los à condição de engrenagens de uma máquina que não pode parar, pautada pelo ritmo dos números tal como lhes é assinalado pelos respectivos órgãos correcionais⁵⁸.

Ocorre que esse frenesi, como não deixa mentir o alto nível de insatisfação dos contribuintes com o serviço público, vem fazendo água, não habilitando nosso Judiciário a dar a atenção merecida aos fabulosos crimes cometidos diariamente contra o erário, enquanto, por outro lado, seus integrantes continuam a produzir estatísticas vistosas no que se refere ao “batidão” das varas criminais, que geralmente envolve crimes patrimoniais de porte pequeno a moderado, além do tráfico de drogas, praticados via de regra por réus pobres e/ou usuários de drogas⁵⁹.

No âmbito da ação de improbidade a realidade não é diferente.

Quantas ações do tipo envolvem enriquecimento sem causa e prejuízo aos cofres públicos? Qual o tempo médio de tramitação desses feitos e, ao final, qual o resultado produzido (em termos de punição dos envolvidos, recuperação de recursos desviados e aprimoramento do funcionamento das repartições a evitar que novos delitos da mesma espécie se repitam no

⁵⁷ Floriano A. Marques Neto e Rafael Vêras Freitas, após ponderarem que a discussão judicial sobre uma sanção pode demorar anos nos escaninhos do nosso aparato de Justiça, sustentam: “(...) no âmbito de um Estado Democrático de Direito a sanção deve ser a *ultima ratio*. É que, como já se teve oportunidade de asseverar de que ‘dessa constatação parte outra de que a sanção não é um fim em si, mas um dos meios – e não o único – para se evitar o descumprimento de uma obrigação jurídica e para viabilizar a consecução das políticas públicas estabelecidas para um determinado setor’”(*Comentários à Lei nº 13.655/2018*, Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 105).

⁵⁸ Para maiores elementos sobre a visão dos autores deste ensaio a respeito do tema, ver *Multiplicando litígios: a eleição da métrica sentenças-por-minuto como um meio sem fim. Que lições podemos extrair da insolvência da UNIMED Paulistana?* In COSTA, Daniel C. G. da; FONSECA, Reynaldo S. da; BANHOS, Sérgio S.; CARVALHO NETO, Tarcísio V. de (coord.). *Democracia, Justiça e Cidadania: desafios e perspectivas – homenagem ao Ministro Luís Roberto Barroso*, T. 2, p. 311-327, Belo Horizonte: Fórum, 2020.

⁵⁹ Para uma visão crítica sobre a jurisdição exercida entre nós para esse tipo de crime, ver SEMER, Marcelo. *Sentenciando tráfico – o papel dos juízes no grande encarceramento*, São Paulo: Tirant, 2019.

futuro)? Em havendo necessidade de produção de prova técnica nos respectivos feitos, essa consegue ser realizada, apesar da isenção prevista no art. 18 da Lei 7.347/85⁶⁰? Em caso negativo, as instituições competentes para analisar a matéria, incluindo órgãos acusadores, estão se empenhando para a solução do impasse?

Entendendo o processo de improbidade como um processo civil de interesse público, que reclamaria, segundo os ditames de um Estado dialógico e responsivo⁶¹, uma ação estratégica por parte dos atores do sistema de Justiça com vistas à satisfação de objetivos caros ao bem-estar da população, imaginamos que esse tipo de análise precise começar a ser feita pelos integrantes de nossas instituições⁶².

Apenas assim será possível definir com alguma clareza quais os propósitos a serem perseguidos com a ação de improbidade e, dessa forma, refletir sobre como o seu desfecho pela via concertada pode favorecer a empreitada⁶³.

Respondida a primeira indagação, a segunda questão que se coloca com a positivação do acordo de não persecução cível na Lei nº 8.429/1992 é **como tal ferramenta pode ser**

⁶⁰ Art. 18. Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm, acesso em 27 Jan 2021).

⁶¹ Que, como já apontado linhas acima, é justamente o modelo de Estado preconizado pela doutrina contemporânea que se dedica ao tema, como se vê em CHEVALLIER, Jacques. *L'État post-moderne*, 3 ed., Paris: LGPD, 2008, p. 82 e ss; p. 239 e ss.; ROSANVALLON, Pierre. *Le bon gouvernement*, Paris: Seuil, 2015, p. 212 e ss.; FERRAZ, Luciano. *Controle e consensualidade* – fundamentos para o controle consensual da Administração Pública, 2 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 88 e ss..

⁶² Alvissareiro a respeito a notícia que o Ministério Público do Estado de São Paulo começou a adotar como parâmetro de mensuração de suas atribuições critérios como “resolutividade” e “impacto social” da atuação ministerial, tal como noticiado por EXNER, Tereza Cristina Maldonado Katurchi; SOUZA, Motaui Ciocchetti de. Novas perspectivas de atuação da Corregedoria-Geral do Ministério Público de São Paulo: mudança de paradigmas *in Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura – EPM – Paradigmas jurídicos no pós pandemia*, ano 21, nº 55, p. 163-168, São Paulo: EPM, Julho-Setembro/2020, p. 166 e ss..

⁶³ Nesse sentido, ao menos no contexto do direito comunitário europeu, vale registrar que hoje ganha relevância a chamada “self-cleaning”, em substituição à veia punitiva, como meio de se punir pessoas físicas responsáveis por crimes e ilícitos cometidos em âmbito empresarial, mas resguardando a pessoa jurídica respectiva enquanto elemento gerador de riqueza e cumpridor de função social. Logo, o que se tem no exemplo dado é uma avaliação consequencialista do manejo da competência sancionatória estatal, que para ser exercida legitimamente passa a depender de um filtro de proporcionalidade. Sobre o mecanismo, ver SCHWIND, Rafael Wallbach. Celebração de acordos nas ações de improbidade: necessidade de revisão do art. 17, §1º, da Lei nº 8.429 à luz da evolução legislativa e da noção de *self-cleaning* do direito europeu *in* CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; OLIVEIRA, André Tito da M.; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W.. (coord.). *Direito, Instituições e Políticas Públicas* – o papel do jusidealista na formação do Estado, p. 777- 797, São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 782 e ss..

empregada legitimamente em nosso sistema, favorecendo a produção dos resultados visados com a ação de improbidade, sem gerar distorções deletérias de outras ordens.

Quanto ao ponto, há toda uma agenda a ser elaborada, isso considerando as críticas que passaram a ser feitas, com maior ou menor razão, a partir da experiência incipiente aurida nos últimos anos com o uso colaboração premiada em casos rumorosos envolvendo altas autoridades da República.

Não vigendo mais o postulado de “indisponibilidade” da ação de improbidade, exige-se do agente competente para a propositura do acordo observância a procedimento pré-determinado⁶⁴, transparência quanto aos critérios adotados para aceitar conciliação em alguns casos e não em outros, motivação adequada acerca da utilidade do manejo do instituto para fins de satisfação de interesses públicos relevantes e vinculação a precedentes gerados com a prática⁶⁵.

Quanto ao procedimento e critérios para a celebração do ajuste, com o veto da Presidência ao art. 17-A que seria introduzido na Lei nº 8.429/1992 pela Lei nº 13.964/2019⁶⁶, há uma lacuna a respeito⁶⁷, a qual vem em alguma medida sendo preenchida via atribuição

⁶⁴ Quanto ao ponto, relevantes as considerações feitas por Carlos Vinícius Alves Ribeiro sobre balizas a serem adotadas para o exercício legítimo da atuação extrajudicial do Ministério Público, dentre as quais está justamente a sua procedimentalização (*Ministério Público – funções extrajudiciais* – histórico, natureza jurídica, discricionariedade, limites e controle, Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 163 e ss.).

⁶⁵ SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos* -negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial, Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 174/175; SANTOS, Bruno Grego-. *Transação extrajudicial na Administração Pública*, São Paulo: RT, 2019, p. 280/281.

⁶⁶ A redação do dispositivo vetado sob o argumento de que seria inadequado reservar apenas ao Ministério Público a possibilidade de formular proposta de acordo na ação de improbidade, era a seguinte: “art. 17-A. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que, ao menos, advenham os seguintes resultados: I - o integral ressarcimento do dano; II - a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados; III - o pagamento de multa de até 20% (vinte por cento) do valor do dano ou da vantagem auferida, atendendo a situação econômica do agente. § 1º Em qualquer caso, a celebração do acordo levará em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, na rápida solução do caso. § 3º As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público e o investigado ou demandado e o seu defensor. § 4º O acordo celebrado pelo órgão do Ministério Público com atribuição, no plano judicial ou extrajudicial, deve ser objeto de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil. § 5º Cumprido o disposto no § 4º deste artigo, o acordo será encaminhado ao juízo competente para fins de homologação.”(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art6, acesso em 27 Jan 2021).

⁶⁷ Compartilhamos do entendimento de Gajardoni, para quem: “Primeiro de tudo, acreditamos que a ausência de disciplina legal não é impedimento para a celebração dos acordos, até por conta do entendimento de que isso já era possível mesmo antes do advento da lei 13.964/2019. Até que venha a necessária lei em sentido estrito a disciplinar o tema genérica e nacionalmente, o Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A, § 2º, da CF) e as Procuradorias de Justiça, no âmbito de suas atribuições, poderão editar normas administrativas estabelecendo

regulamentar a cargo de órgãos do Ministério Público⁶⁸, não havendo, contudo, notícia de avanço do tema no âmbito da Administração Pública.

À vista de tal anomia parcial, alguns elementos nos parecem importantes para o controle da discricionariedade ora conferida aos gestores e ao Ministério Público para adequarem os ditames do §1º do art. 17 da Lei nº 8.429/1992 à realidade:

1) que tais atos normativos, possuindo efeitos gerais, sejam submetidos a procedimentos de consulta pública de modo a enriquecer o respectivo conteúdo, nos moldes do que sinaliza o art. 29 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁶⁹.

2) em havendo legitimidade concorrente para a propositura da ação de improbidade entre a pessoa jurídica interessada e o *Parquet*⁷⁰, que a decisão pela não persecução seja formalizada em um procedimento com a participação de ao menos esses dois atores.

3) que seja garantido o direito de defesa ao investigado nas tratativas para o acordo, ao qual deverá ser assegurada assistência jurídica que lhe permita avaliar se as condições que lhe estão sendo propostas para encerramento do inquérito civil atendem ao seu melhor interesse.

Sobre a motivação contextualizada do acordo, ônus que incumbe a agentes de execução e controle da função administrativa nos moldes do que prevê o Código de Processo

parâmetros mínimos para a celebração dos acordos no âmbito do MP (nacional e estadual)". GAJARDONI, Fernando. Primeiros e breves apontamentos sobre os acordos em tema de improbidade administrativa. In: *Genjurídico*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/05/07/acordos-improbidade-administrativa/>. Acesso em 01 Fev 2021.

⁶⁸ Do que é exemplo a Resolução de nº 1.193/2020-CPJ, de 11/03/20, do Ministério Público do Estado de São Paulo, a qual refere em sua fundamentação a Resolução nº 179/2017 do CNJ, que antes da alteração legislativa em comento já admitia a conciliação no âmbito da improbidade administrativa. Para consulta do primeiro texto: http://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL_IMG/RESOLUCOES/1193.pdf, acesso em 27 Jan 2021. Para uma discussão sobre o ponto, ver CRHAK, Victor Gomes. *Acordo de não persecução cível*, monografia de final de curso – Especialização em Direito Público, São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2021, p. 39 e ss.

⁶⁹ “Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão. § 1º A convocação conterá a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver” (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm, acesso em 27 Jan 2021).

⁷⁰ Art. 17, *caput*, da Lei nº 8.429/1992.

Civil⁷¹ e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁷², tem-se que esta deve ser exposta adequadamente pelos proponentes, com descrição dos fatos investigados e da adequação da solução encontrada à luz dos bens jurídicos em jogo na ação em comento.

Ainda, no que concerne à questão ora enfrentada, há de se ter um espaço institucional próprio em que os termos de acordo firmados fiquem disponíveis à população em geral e aos órgãos de controle em particular, logicamente ressaltando-se o acesso indiscriminado pela internet a determinadas informações que sejam tidas por sigilosas, de modo a permitir que os ajustes formados sirvam de parâmetro para concertações futuras, a exigir, pois, fundamentação adequada quando do estabelecimento de condições diversas para circunstâncias análogas pelas autoridade envolvidas.

Finalmente, a terceira indagação a ser trilhada no caminho para consolidação do instituto da não persecução cível entre nós é a do **papel do Judiciário no controle dos acordos que são levados para sua homologação**.

Como está claro na lei, o acordo de não persecução civil é avença que pode ser celebrada entre as partes antes (art. 17, § 1º, da LIA – acordo de não persecução civil) ou no curso da ação civil de improbidade administrativa (art. 17, § 10-A da LIA – transação/reconhecimento).

Já o problema dos limites ao controle realizado pelos juízes sobre as tratativas de acordo encetadas pelas partes de uma ação de improbidade foi posto por Fernando Gajardoni nos seguintes termos:

Já nos acordos judiciais, o juiz participa da convenção não porque integre sua formação, mas porque o CPC exige que o feito seja encerrado por uma sentença homologatória (art. 487, III, do CPC), que

⁷¹ Cujo §1º do art. 489 prevê detalhamento acerca do ônus de motivação das decisões judiciais, dispositivo que potencialmente pode ser empregado para se exigir uma maior fundamentação das escolhas feitas pelo gestor, isso até por força da redação do art. 15 do estatuto processual, o qual prevê a aplicação subsidiária e supletiva de tal diploma ao processo administrativo. Tal aspecto é bem lembrado por NOHARA, Irene Patrícia. *Motivação do ato administrativo na disciplina de Direito Público da LINDB* in VALIATI, Thiago P.; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel M. e (coord.). *A Lei de Introdução e o Direito Administrativo brasileiro*, p. 3-20, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 14 e ss..

⁷² Sobre o dever de motivação contextualizada da ação administrativa, o qual foi normativamente reforçado pelo advento das inovações feitas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pela Lei nº 13.655/2018, ver SOUZA, Rodrigo Pagani de; ALENCAR, Letícia Lins de. *O dever de contextualização na interpretação e aplicação do Direito Público* in VALIATI, Thiago P.; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel M. e (coord.). *A Lei de Introdução e o Direito Administrativo brasileiro*, p. 51-72, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

nos termos do art. 515, II, do CPC, é título executivo judicial. Neste caso, a dúvida que resta em aberto – e sobre isso ainda não temos opinião formada –, é se a atuação do Judiciário no caso serve, apenas, para controlar os requisitos de validade do acordo na forma do art. 190, parágrafo único, do CPC (autonomia da vontade, licitude do objeto, etc.), ou se o juiz pode recusar a homologação, com espeque no art. 723, parágrafo único, do CPC, por entender que o acordo de não persecução penal não repara adequadamente os danos ou sanciona, suficientemente, o agente infrator⁷³⁻⁷⁴.

A inquietação, entretanto, começa a ser vencida quando se atenta para a necessidade de decisões administrativas fundamentadas, em que o motivo da escolha realizada é explicitado em um processo administrativo bem instruído⁷⁵.

Logo, caberá ao juiz competente para homologar o acordo avaliar se dos respectivos termos constará a fundamentação suficiente sobre o porquê de o desfecho dado ao caso ser consentâneo com o interesse público, o que inevitavelmente conduzirá o julgador a, ainda que perfunctoriamente, avaliar se as condições impostas ao acusado são adequadas para a garantia dos bens jurídicos tutelados nesse tipo de demanda, em uma jornada que certamente terá como ponto de partida um singelo teste: houve processo administrativo prévio a amparar à tomada de decisão escrutinada⁷⁶?

⁷³ GAJARDONI, Fernando. Primeiros e breves apontamentos sobre os acordos em tema de improbidade administrativa. In: *Genjurídico*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/05/07/acordos-improbidade-administrativa/>. Acesso em 01 Feb 2021.

⁷⁴ Art. 723 do C.P.C. (Dos Procedimentos de Jurisdição Voluntária) – “O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias. Parágrafo único. O juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna” (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm, acesso em 03 Feb 2021).

⁷⁵ Como pondera Marcos Perez: “A importância, na contemporaneidade, de associar-se motivo e processo administrativo como elementos da legalidade da atuação administrativa está justamente em, com isso, abrir-se um largo caminho para a atuação do controle jurisdicional da Administração, especialmente no tocante à discricionariedade. Abandonam-se, desse modo, todos os resquícios da antiga teoria da imunidade jurisdicional do mérito do ato discricionário” (PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade – métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*, Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 201).

⁷⁶ PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade – métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*, Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 239 e ss.

Caso se apure que não, a rejeição do assentimento judicial ao ato sob exame nos parece ser a única saída possível, já que vocacionada ao controle da compatibilidade do instituto com a nossa ordem constitucional.

5. Conclusão

No presente estudo analisamos como a introdução do acordo de não persecução cível no âmbito da Lei nº 8.429/92 pode contribuir para que tal diploma possa, de modo mais eficiente do que pela via do processo adversarial, tutelar a moralidade administrativa, bem jurídico que justifica sua existência em nosso ordenamento jurídico.

Contextualizando o instituto sob o prisma de recentes inovações incorporadas ao nosso processo civil, bem como do ideal de um Estado mais dialógico e responsivo, concluímos pela compatibilidade do manejo da ferramenta consensual como meio a serviço de uma organização política que se paute pela busca de resultados favoráveis ao bem-estar coletivo.

Isso não significa, contudo, que não haja motivos para preocupação quanto a possíveis desvios no emprego do acordo de não persecução pelas autoridades competentes para tanto.

Considerando as vantagens existentes para se estimular a conclusão de processos complexos pela via concertada, cabe nos debruçarmos sobre como, via valorização do processo de tomada de decisão que conduza ao ajuste, tais riscos possam ser mitigados, de modo que sua utilização venha ao encontro dos justos anseios do cidadão pela prestação de serviços públicos de qualidade (inclusive através dos agentes estatais que tenham por missão combater ilícitos envolvendo a Administração Pública).

6. Bibliografia

ALGAYER, Tassiane Castamann. O acordo de leniência na Lei de Improbidade Administrativa. In: *Revista Eletrônica AJUFESC*, Florianópolis, ed. 9, 2020.

ARAÚJO, Alexandra Fuchs de. *Participação democrática na administração*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

CHEVALLIER, Jacques. *L'État post-moderne*, 3 ed., Paris: LGPD, 2008.

REVISTA DIGITAL DA ESA OABRJ, VOLUME 3, ANO 3, 2021.

COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo. In: GRINOVER, Ada P.; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana H. da (coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*, p. 397-422, Salvador: IusPODVIM, 2017.

CRHAK, Victor Gomes. *Acordo de não persecução cível*, monografia de final de curso – Especialização em Direito Público, São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2021.

CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ARAÚJO, Alexandra Fuchs de. Multiplicando litígios: a eleição da métrica sentenças-por-minuto como um meio sem fim. Que lições podemos extrair da insolvência da UNIMED Paulistana? In COSTA, Daniel C. G. da; FONSECA, Reynaldo S. da; BANHOS, Sérgio S.; CARVALHO NETO, Tarcísio V. de (coord.). *Democracia, Justiça e Cidadania: desafios e perspectivas – homenagem ao Ministro Luís Roberto Barroso*, T. 2, p. 311-327, Belo Horizonte: Fórum, 2020.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

EXNER, Tereza Cristina Maldonado Katurchi; SOUZA, Motaury Ciocchetti de. Novas perspectivas de atuação da Corregedoria-Geral do Ministério Público de São Paulo: mudança de paradigmas in *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura – EPM – Paradigmas jurídicos no pós pandemia*, ano 21, nº 55, p. 163-168, São Paulo: EPM, Julho-Setembro/2020.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder – formação do patronato político brasileiro*, 3. ed., São Paulo: Globo, 2001.

FERRAZ, Luciano. *Controle e consensualidade – fundamentos para o controle consensual da Administração Pública*, 2 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2020.

GAJARDONI, Fernando. Primeiros e breves apontamentos sobre os acordos em tema de improbidade administrativa. In: *Genjurídico*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/05/07/acordos-improbidade-administrativa/>. Acesso em 01 Fev 2021.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana B. de. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública in *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, Rio de Janeiro: FGV, nov. 2018.

KOCHEM, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (kooperationsmaxime). In: *Revista de Processo*. Vol. 251. Janeiro 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.251.04.PDF. Acesso em 27 Jan 2021.

MARQUES NETO, Floriano de A.; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MEGNA, Bruno Lopes. O “compromisso” para prevenir ou regular a compensação a irregularidades: um “negócio jurídico administrativo-processual” in CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W.. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - anotada*, v. II, p. 380-388, São Paulo: Quartier Latin, 2019.

NOHARA, Irene Patrícia. Motivação do ato administrativo na disciplina de Direito Público da LINDB in VALIATI, Thiago P.; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel M. e (coord.). *A Lei de Introdução e o Direito Administrativo brasileiro*, p. 3-20, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres e MARÇAL, Thaís. “A convergência entre cooperação processual e consensualidade administrativa, na gestão do Estado Democrático de Direito”, In: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende e MARÇAL, Thaís. *Temas Relevantes de Processo Administrativo. 20 anos da lei 9.784/1999*, Salvador: JusPODVIM, 2019.

PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade – métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*, Belo Horizonte: Fórum, 2020.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Ministério Público – funções extrajudiciais – histórico, natureza jurídica, discricionariedade, limites e controle*, Belo Horizonte: Fórum, 2015.

ROSANVALLON, Pierre. *Le bon gouvernement*, Paris: Seuil, 2015.

SALLES, Carlos Alberto. Processo Civil de Interesse Público. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo e COSTA, Suzana Henriques. *O processo para solução de conflitos de interesse público*, p. 193-228, Salvador, JusPODVIM, 2017.

SANTOS, Bruno Grego-. *Transação extrajudicial na Administração Pública*, São Paulo: RT, 2019.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Celebração de acordos nas ações de improbidade: necessidade de revisão do art. 17, §1º, da Lei nº 8,429 à luz da evolução legislativa e da noção de *self-cleaning* do direito europeu in CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; OLIVEIRA, André Tito da M.; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W.. (coord.). *Direito, Instituições e Políticas Públicas – o papel do jusidealista na formação do Estado*, p. 777- 797, São Paulo: Quartier Latin, 2017.

SEMER, Marcelo. *Sentenciando tráfico – o papel dos juízes no grande encarceramento*, São Paulo: Tirant, 2019.

SILVA, Ana Paula Gonçalves e GABRICH, Frederico de Andrade. “Princípio da cooperação: do conflito à solução consensual dos conflitos”. In: *Revista de processo, jurisdição e efetividade da Justiça*. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdicao/article/view/4032/pdf>. Acesso em 17 Jan 2021.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos -negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial*, Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA, Rodrigo Pagani de; ALENCAR, Letícia Lins de. O dever de contextualização na interpretação e aplicação do Direito Público in VALIATI, Thiago P.; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel M. e (coord.). *A Lei de Introdução e o Direito Administrativo brasileiro*, p. 51-72, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.



THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VIANA, Camila R. Cunha. O artigo 26 da LINDB e a consolidação do direito administrativo consensual *in* CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W.. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - anotada*, v. II, p. 339-344, São Paulo: Quartier Latin, 2019.

BREVES NOTAS SOBRE A FASE PREPARATÓRIA NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E O PLANEJAMENTO ADMINISTRATIVO

79

Aline Paola Correa Braga Camara de Almeida

*Conselheira da Agência Reguladora Serviços Públicos Concedidos de Transportes
Aquaviários Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro –*

AGETRANSP.

Procuradora do Estado do Rio de Janeiro.

Mestre em Direito.

Este estudo foi carinhosamente preparado em homenagem à aposentadoria do Desembargador Jessé Torres Pereira Júnior, exemplo de Administrativista que congrega a profundidade da teoria, com a aplicação prática dos institutos. Para além destas características, sobressai a generosidade do Professor, sempre pronto a dividir os seus conhecimentos e as suas experiências.

Desde que foi votado e divulgado o Projeto de Lei nº 4.253 de 2020⁷⁷, a comunidade jurídica e os operadores das contratações públicas têm debatido o novo modelo de realizar as licitações e celebrar os contratos administrativos.

Várias dúvidas vêm surgindo, e no que se refere à fase preparatória das contratações, estas se dirigem às principais diferenças entre o sistema normativo ora em vigor e o que está por vir, e se a lei a ser sancionada será mais moderna, mais avançada e, sobretudo, se será mais proveitoso adotar o seu sistema, para fins de atingimento dos interesses públicos. Tudo gira em torno das novidades, mas também, de outro lado, de eventuais adversidades para lidar com a fase preparatória das contratações públicas.

⁷⁷ Este exame foi realizado de acordo com a redação final do Projeto de Lei nº 4.253 de 2020, substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013-PL nº 6.814, de 2017, naquela Casa.

Neste contexto, o objetivo deste trabalho é apresentar alguns pensamentos e considerações iniciais sobre a nova lei, a partir de reflexões incidentes sobre as questões antes apresentadas, de modo a avaliar o seu impacto para a fase preparatória das licitações, em especial no que se refere ao seu planejamento, com o intuito de colaborar para o aprimoramento da estruturação administrativa.

Antes de cuidar do planejamento administrativo, é importante apresentar um quadro geral da fase preparatória, sendo inevitável partir de comparações do sistema que está em vigor, ainda que o seu desapego seja indispensável para se lidar com o novo regime e cumprir com os seus novos e nobres objetivos.

Mas o fato é que as Leis n.ºs 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações), 10.520/2002 (Lei do Pregão), e 12.462/2011 (Lei do RDC), que são as normas legais que atualmente cuidam das licitações públicas, não estabelecem um procedimento próprio para a etapa preparatória, o que acaba causando muita disparidade entre as rotinas administrativas de cada ente federativo e, eventualmente, até mesmo entre os órgãos do mesmo ente.

A Lei nº 8666/93, por exemplo, cuida da fase preparatória, em especial no seu art. 38, apontando as suas principais etapas, mas não todas. Além de cuidar de requisitos formais, como a “autuação do processo” e a sua devida numeração, o *caput* do dispositivo indicava que se faziam necessárias: a autorização para a abertura do procedimento e a indicação do objeto e do recurso da despesa.

A norma simplesmente indicou algumas das etapas principais da fase preparatória, sem uma organização clara das demais que deveriam ser observadas, embora tenha indicado, no seu parágrafo único, que as minutas do edital e dos contratos deveriam ser previamente examinadas e aprovadas pela assessoria jurídica do órgão ou da entidade. Assim, além de não haver uma sistematização do procedimento da fase preparatória, não foram definidas as circunstâncias que deveriam ser atentadas ou as condições a serem observadas para a finalização desta etapa de modo bem-sucedido.

Na realidade, a Lei Geral de Licitações nem classificava essa fase que precede a publicação do edital, não obstante, na época da edição da Lei e até um pouco antes do advento da Lei do Pregão, esta fase era denominada de “interna”.

A Lei nº 10.520/02 já se referia a essa fase como preparatória, mas ainda sem estabelecer o passo a passo para que fossem plenamente percorridas todas as suas etapas. O mesmo ocorreu com a Lei nº 12.462/11, que adotou esta nomenclatura, ainda sem apresentar um ordenamento de cada etapa e das formas em que estas poderiam ser apresentadas.

Já a nova lei cria um capítulo específico para a fase preparatória, que é dividido em várias seções, com comandos, requisitos e condições para a instrução do processo licitatório. Há um sem número de disposições a serem avaliadas pelos servidores que conduzirão esta fase.

A cada uma das etapas, que, além de pormenorizadas, são também bem definidas, os agentes públicos deverão justificar cada escolha administrativa que foi tomada. Há, por exemplo, regras específicas para a definição do orçamento, com o levantamento do valor estimado da contratação, para a designação da equipe, e até mesmo quanto à forma de apresentação do parecer jurídico.

Assim, quando se compara as normas em vigor com a que virá sucedê-las, percebe-se um enorme abismo entre elas. Neste sentido, é mesmo uma evolução na forma da estruturação da norma legal fixar a fase preparatória de um modo tão cuidadoso como fez esta nova lei, ao contrário das anteriores, que não a detalhavam de modo autônomo ou sistematizado.

Apesar disso, não se pode afirmar que a lei, neste particular, é disruptiva, vanguardista, ou tampouco tão moderna, a ponto de estabelecer novas fórmulas de se lidar com a fase preparatória.

Na verdade, a lei é fortemente inspirada nas práticas administrativas das contratações públicas, retratadas pela doutrina, instruções normativas da União, manuais de contratação, decisões do Tribunal de Contas da União e de boas práticas licitatórias.

Assim, quando inserida no contexto do regime já adotado para a fase preparatória das contratações, acaba que não se percebe a inauguração de um novo tempo que tenha se despedido do passado.

Isso ocorre especialmente no Estado do Rio de Janeiro, que já tem até um decreto em vigor sobre a fase preparatória da licitação, de nº 46.642/19, cujas bases para a sua concepção foram as mesmas da nova lei.

Poder-se-ia dizer a partir daí que, em princípio, os temas tratados já são conhecidos pelos que atuavam com as contratações e não haveria, por este motivo, grandes novidades.

Mas, não é bem assim, porque mesmo para os temas já conhecidos, de certo modo, a lei carrega as obrigações administrativas, com exigência de maior nível de profundidade. E é fato que a lei é excessivamente detalhista.

Neste sentido, quem já tem experiência e já está familiarizado com os vários termos da seara das contratações públicas acaba saindo em vantagem para compreender e lidar com as novidades pontuais e as suas minúcias, podendo compreender com mais facilidade as novas premissas da lei.

Quando a Lei nº 8.666/93 foi editada, por exemplo, as suas premissas fundantes foram fortemente inspiradas no Decreto-lei 2.300/86; eis que ambos cuidavam das mesmas modalidades, mesmos tipos de licitação, mesmas etapas do procedimento etc. Naquela ocasião, no entanto, percebeu-se que o que tinha realmente mudado foram as “amarras” da nova lei, já que as suas disposições passaram a ser mais detalhistas.

Não se pode dizer que o mesmo aconteceu com esta nova lei quando comparada com a Lei nº 8.666/93 e as outras antes mencionadas. Embora não haja uma nova forma de se pensar no procedimento da fase preparatória, com uma transfiguração completa dos institutos, o fato é que se percebe o caráter de particularização em relação a cada ato administrativo. Ademais, e fundamental para se estabelecer a dicotomia entre o antigo e o novo, são as novas premissas pelas quais se funda a nova lei.

As etapas genéricas – concepção e a definição do objeto, indicação do orçamento, elaboração do edital e do contrato, parecer jurídico – são preservadas, mas as concepções e fundamentos são outros. Há diretrizes inaugurais, como o planejamento, a preocupação que a licitação alcance o melhor resultado possível para a Administração, a sustentabilidade e o incentivo à inovação, cujas valorações não estariam sedimentadas em simples “detalhamento e miudezas”.

Pode-se concluir daí que, apesar da nova lei não ter estabelecido fórmulas inovadoras para o tratamento da fase preparatória, a sua concepção está calcada em novas percepções e fundamentos, de caráter jurídico, que têm a capacidade de converter os institutos, revelando-os de modo quase inéditos.

De todo o modo, não se pode deixar de notar que, quanto à fase preparatória, a nova norma é quase uma “lei-livro” ou uma “lei-doutrina”, dando a impressão de que todos os

percalços já foram pensados e que têm solução, eis que fundados em princípios, valores e, principalmente, objetivos. Parece ser, até mesmo, excessivamente prolixa, no sentido de fixar condutas, objetivos, valorações e condições para cada ato administrativo que compõe a fase preparatória.

Confira-se a redação do parágrafo único, do art. 11, com especial atenção para as finalidades que devem ser buscadas pela alta administração do órgão ou entidade responsável pela governança das contratações: “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”; “assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição”; “evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos”; “incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável”; “promover um ambiente íntegro e confiável”; “assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias” e “promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações”.

Quando se lê este dispositivo, apresentado como um dos vários exemplos que se poderia indicar, imediatamente se pensa que se está a ler um livro de direito administrativo, diante dos conceitos jurídicos tratados. Poder-se-ia criticar a lei, neste particular, eis que este não seria o seu papel, que caberia aos teóricos e estudiosos do tema.

Também se poderia criticá-la por ofensa à abstração e pela ausência de autocontenção ao deixar de fixar apenas parâmetros gerais de governança, o que permitiria ao gestor público a saudável prática da sua função, que é executar as leis, devendo, muitas vezes, interpretá-las, de acordo com a sua discricionariedade e as circunstâncias reais, para o alcance de seus objetivos.

No entanto, a índole da lei é outra, eis que se observa mais possibilidades de vinculação do gestor público ao que já foi previamente definido do que o pleno exercício da sua discricionariedade, que parece ter sido bastante limitado.

Sendo assim, a forma de se lidar com a fase preparatória deverá partir desta concepção da construção da norma.

Além disso, parece que a lei foi concebida para ser aplicada em estrutura administrativa mais desenvolvida, que conta com organização interna amadurecida, com a

devida prévia alocação de recursos humanos e materiais. A lei parece presumir que os órgãos e entidades já têm maturidade institucional: já aprenderam com os seus erros e está na hora de se estabelecer as fórmulas que já foram testadas, só que no modo mais avançado.

E, neste particular, é inevitável presumir que a lei não foi idealizada para ser aplicada aos 27 estados e 5.570 municípios brasileiros, que certamente estão muito aquém do padrão estabelecido.

É notório que, fora da União, a realização de concurso público para as atividades que devem ser empregadas nas licitações e contratos não é feita com regularidade, assim como a capacitação dos servidores não é constante. O que se percebe, em análise superficial, dos órgãos e entidades que, um dia, fizeram concurso público é o envelhecimento dos quadros de servidores, que anda carente de renovação, de incentivo, de ordenação prévia para a formação de novos talentos e, principalmente, de atualização dos que já atuam na área.

Tanto a lei reconhece que os Estados e Municípios ainda não atingiram este estágio que admitiu o “empréstimo” de vários instrumentos, como também o catálogo eletrônico federal, as minutas de edital e de contrato etc.

Assim, ao passo que a norma identifica que a realidade federal não é a mesma nos municípios e estados, ainda que tenha estipulado o mesmo grau de profundidade das exigências para todos os integrantes da federação – por vezes adentrando em matérias que muito se assemelham às competências de organização interna dos entes –, autoriza a utilização da estrutura federal para o cabal cumprimento da norma.

A atuação do bom samaritano requer olhar atento, neste estágio de desenvolvimento do país. Seria mesmo construtivo ao amadurecimento institucional dos demais entes federados que a norma federal se agigantasse frente aos que sequer conseguiram avançar na adoção das boas práticas administrativas?

Ao passo que facilita a organização administrativa e, em tese, aumenta a qualidade da contratação pública, impõem-se os mesmos padrões, sem atentar para a diversidade e peculiaridades, e, o que é pior, acaba por não incentivar o necessário aperfeiçoamento dos padrões vigentes, pelo exercício da verdadeira autonomia administrativa. Cada ente deve desenvolver os seus próprios recursos técnicos e de pessoal que possam contribuir para a

reorganização e o aprimoramento administrativo, mas com o grau de rigidez imposto pela norma. Este propósito parece que, em certas matérias, ficará cada vez mais longe da realidade.

De todo o modo, a norma apresenta uma contribuição relevantíssima para o sucesso das contratações, que é a ênfase para o planejamento, em cuja fase cada ente terá que enfrentar reservadamente e sem apoio externo.

Na primeira redação do Projeto de Lei nº 4.253 de 2020, o “planejamento” tinha sido erigido à categoria de princípio, mas a revisão da propositura o reconheceu como diretriz, o que parece mesmo mais consentâneo com a sua natureza, que é a ação estatal, e não uma abstração de valores.

E como incentivo para a ação estatal, a norma reconheceu a sua importância, chegando a estabelecer que “a fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento” (art. 18).

O seu objetivo é induzir o planejamento administrativo do processo, com a fixação de uma sequência de atos definidos – ainda que ainda não tão bem sistematizados em ordem cronológica – para a sequência do procedimento.

Com isso, gera-se mais segurança jurídica, para o procedimento em si, para os agentes da administração e também para os órgãos de controle. Eis que a definição de cada etapa que antecede a contratação acaba por promover procedimento homogêneo, que segue sem sobressaltos, e que passa a contar com regras uniformes e previamente definidas.

Fato é que a perspectiva do planejamento administrativo é mesmo inovadora, eis que, em boa hora, fez com que este assumisse duas dimensões, macro e específica, tendo cada uma destas contornos próprios.

A primeira dimensão do planejamento, que é a universal, está associada à governança das contratações públicas, sob o prisma da sua totalidade das contratações, tendo sido prevista no parágrafo único do art. 11, antes citado. E, neste sentido, a lei destaca a relevância das diretrizes das políticas das contratações, do planejamento estratégico e dos processos que perpassam as licitações.

A lei é enfática ao apontar a responsabilidade da referida governança à alta administração do órgão ou entidade, que deverá *“implementar os processos e estruturas”* necessários para tanto.

As medidas que devem ser tomadas para o planejamento das contratações e a elaboração de uma agenda estão associadas às políticas de contratação e às decisões que antecedem “aquela determinada” licitação, exigindo uma importante conexão com a lei orçamentária. Finalmente, as contratações públicas vão ter que passar, de verdade, por um processo decisório que envolve as demandas da sociedade (no sentido macro) e as reais possibilidades orçamentário-financeiras para a sua satisfação.

Todas as reflexões e ponderações que servirão para a indicação das “escolhas trágicas” que deve fazer o administrador para o atendimento dos anseios da sociedade, diante da escassez de recursos, devem perpassar pelo planejamento estratégico do órgão.

Com isso, exige-se da Administração Pública que haja ponderação sobre quais são as necessidades públicas, com vistas a idealizar o atendimento de cada uma delas, para, posteriormente, e tragicamente, ponderar sobre quais podem ser, efetivamente, escolhidas, para só então poderem ser apontadas concretamente, segundo a realidade.

Estes momentos resumidamente apresentados materializam-se em etapas que relevam importantes instrumentos de gestão administrativa.

Este processo, em que se busca definir objetivos e metas do órgão, bem como as ações estatais que devem ser priorizadas, acaba por resultar na necessária integração das pastas e na eleição das prioridades administrativas de modo mais transparente, além de propiciar o alinhamento das estratégias governamentais, o que, por certo, culminará com o crescimento da maturidade institucional do órgão ou da entidade.

A partir da elaboração do planejamento estratégico, o gestor estará apto para estabelecer a estruturação administrativa de pessoal para lidar com as prioridades eleitas, e a partir daí muitas outras questões surgem. Quantos servidores serão necessários para atuar com as contratações? Quais serão as tarefas e atribuições a serem desempenhadas? Quem precisa de capacitação para qual tema? Em que medida as contratações rotineiras e comuns aos órgãos deverão ser concentradas em uma única pasta, de modo a induzir maior racionalidade e economicidade?

Com base nestas reflexões, o ente adquire mais capacidade institucional para superar as dificuldades administrativas, atento à segregação das funções, que foi indicada na lei como diretriz, embora seja considerada um princípio do sistema de controle interno, baseado na ideia da autonomia dos atos de autorização, aprovação, execução, controle e contabilização da despesa pública.

Diretriz ou princípio, o objetivo da segregação das funções é permitir o maior controle de cada etapa da contratação, na medida em que a dupla função do agente público permitiria a ausência de controle pelo responsável pela fase seguinte.

A lei foi atenta à organização de pessoal e, no art. 7º, atribuiu à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, a responsabilidade para promover gestão por competências e designar os agentes públicos para o desempenho das funções necessárias.

De todo o modo, o instrumento mais importante para a eficácia do planejamento nesta dimensão, aqui classificada como macro, é o plano de contratação anual, previsto no art. 18 c/c inciso VII do art. 12. Segundo a lei, o seu objetivo é “*racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias*”.

Este plano pode ser concebido como o resultado da avaliação das “necessidades públicas” indicadas pelo planejamento estratégico, iniciadas pelos “documentos de formalização de demandas”, com os olhos voltados à elaboração do orçamento público, pelas leis orçamentárias.

Esta é uma grande oportunidade para a integração destes outros instrumentos. Todo este movimento é importante para que a sociedade possa melhor compreender a ação administrativa, as suas limitações e a eleição das prioridades, o que deve ser apresentado de modo transparente.

Não é por outro motivo que o plano de contratações anual deve ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.

Há duas únicas críticas à lei quanto a esta fase do planejamento⁷⁸.

⁷⁸ Abre-se parêntese para registrar que não se adentrará aqui na polêmica da competência específica da União, que é limitada às “normas gerais” de licitações e contratações, para se avaliar se esta é uma regra geral. E tampouco na questão da natureza da norma, para examinar se esta é, verdadeiramente, uma regra de licitação e contrato, uma

A primeira: o inciso VII do art. 12 da lei faculta a sua elaboração. É de se considerar que a sua obrigatoriedade poderia mesmo contribuir para a programação das contratações públicas, sendo um indutor de ponderação da aplicação das políticas públicas.

A segunda: o plano de contratações anual deve ser formatado, segundo dispuser o regulamento, o que, na prática, pode ser um entrave à sua imediata elaboração.

De todo o modo, espera-se que estas duas peculiaridades não sirvam de óbices para a plena idealização e implementação da fase do planejamento nesta etapa.

A segunda dimensão do planejamento deve ser aplicada na contratação em si, a partir de uma demanda específica.

E, neste sentido, o instrumento mais importante para a efetivar o atendimento de uma demanda específica, sob o enfoque do planejamento administrativo, é o Estudo Técnico Preliminar.

O referido instrumento é definido pelo inciso XX, do art. 6º, como “o documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução⁷⁹ e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação”.

O Estudo Técnico Preliminar não é uma novidade no âmbito federal⁸⁰ e se constitui em importante ferramenta para o efetivo atendimento das demandas administrativas, sendo a primeira etapa da fase preparatória da licitação.

vez que por preceder uma licitação, poderia estar, por este motivo, muito mais integrada às normas de organização administrativa (o que será comprado? Por quê? Para satisfazer qual necessidade? Qual órgão deverá conduzir os processos de contratação?).

1 ⁷⁹ A “IDEIA” DE “SOLUÇÃO” VEM SENDO OBJETO DE ESTUDOS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, COMO SE VÊ DO ACÓRDÃO 1321/2014, DO PLENÁRIO, CONSIGNANDO QUE “UMA SOLUÇÃO É COMPOSTA POR PARTES QUE SERÃO CONTRATADAS E OUTRAS QUE NÃO SERÃO CONTRATADAS, SEJA PORQUE A ORGANIZAÇÃO JÁ AS POSSUI OU PORQUE NÃO SÃO PASSÍVEIS DE CONTRATAÇÃO (E.G., PRODUÇÃO DE UMA NORMA INTERNA)”. POSTERIORMENTE, A REFERIDA CORTE PRODUZIU O DOCUMENTO RISCOS E CONTROLES NAS AQUISIÇÕES (RCA).

⁸⁰ Sua origem normativa remonta à IN 5, de maio de 2017, da Secretaria de Gestão, do então Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, relativa à contratação de serviços sob o regime de execução indireta. Na ocasião, já se previa que o planejamento da contratação dos serviços deveria partir da primeira etapa designada de “Estudos Preliminares”. Posteriormente, o Decreto nº 10.024, de 2019, que regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, no âmbito do governo federal, nomeou o estudo técnico preliminar como o “documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação, que caracteriza o interesse público envolvido e a melhor solução ao problema a ser resolvido e que, na hipótese de conclusão pela viabilidade da contratação, fundamenta o termo de referência”, (inciso VI, do art. 3º), sem estabelecer a sua obrigatoriedade (inciso I, do art. 8º). Mais recentemente foi editada a Instrução Normativa nº 40, de 2020, da Secretaria de Gestão,

O referido documento antecede o termo de referência, o anteprojeto (adotado no caso de contratação de obras e serviços de engenharia sob os regimes de contratação integrada ou semi-integrada), o projeto básico ou o projeto executivo, e com estes não se confunde.

Estes instrumentos formatam o objeto concreto a ser realizado, enquanto que o Estudo Técnico Preliminar, nos termos do § 1º, c/c inciso I, ambos do art. 18, deve evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, descrevendo a necessidade da contratação, sob a perspectiva do interesse público.

Um exemplo pode facilitar o entendimento. Imagine-se a demanda administrativa, consubstanciada na necessidade “remoção de pessoas acidentadas”.

É natural que se pense, no primeiro momento, em “aquisição de ambulâncias” para atender a esta requisição e que se elabore um Termo de Referência, que deverá identificar o objeto, com as características técnicas do veículo, quantitativo, prazo de entrega, etc.⁸¹.

Ocorre que, a partir da demanda “remoção de pessoas”, a solução “aquisição de ambulâncias” pode não ser suficiente para a concretização do interesse público, sendo que outras providências administrativas e até outras licitações poderão se fazer necessárias, como a equipagem de pessoal (médico, enfermeiro, motorista) e de material (kits, aparelhos e remédios), fornecimento de combustível, seguro veicular, local para a sua guarda, sem contar com a sua manutenção preventiva e corretiva, em caso de acidente, por exemplo.

Assim, o Estudo Técnico Preliminar deverá apontar o problema e a sua completa solução, buscando uma visão mais ampla da demanda e a indicação das possíveis soluções, evitando-se, por exemplo, que a ambulância seja fornecida, mas que não seja utilizada por falta da equipagem de pessoal ou de material, ou ainda pela ausência da possibilidade de reparo imediato, no caso de acidente ou defeito, mediante a contratação prévia de serviços de oficina mecânica.

vinculada à Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital, do Ministério da Economia, que, especificamente, “*dispõe sobre a elaboração dos Estudos Técnicos Preliminares - ETP - para a aquisição de bens e a contratação de serviços e obras, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, e sobre o Sistema ETP digital.*”

⁸¹ Os elementos que integram o Termo de Referência estão descritos no inciso XXIII, do art. 6º.

Deste modo, vê-se que a realização da licitação para a “aquisição de ambulâncias” é apenas uma das providências necessárias, podendo haver outras, como alteração quantitativa de contrato (para o fornecimento de combustível); realização de concurso público (para o provimento dos médicos que integrarão a equipe técnica) ou de remoção de servidores (para que os enfermeiros fiquem alocados ao “setor das ambulâncias”), etc⁸².

É possível, portanto, que um Estudo Técnico Preliminar resulte em mais de uma contratação, exigindo a elaboração de mais de um Termo de Referência, eis que seu objetivo é descrever a solução “como um todo”, conforme a dicção do inciso VII, do § 1º, do art. 18, da Lei que será sancionada.

Mas o Estudo Técnico Preliminar não se destina apenas para cumprir este objetivo, sendo bem mais amplo, de modo que deve contemplar vários outros elementos, especificados pelos incisos que seguem como: *“II - demonstração da previsão da contratação no plano de contratações anual, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração; III – requisitos da contratação; IV – estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala; V – levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar; VI – estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação; VII – descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso; VIII – justificativas para o parcelamento ou não da contratação; IX – demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis; X – providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual; XI – contratações correlatas e/ou interdependentes; XII –*

⁸² Algumas providências podem até não ser de competência do órgão responsável pela condução das contratações, como no caso de realização de concurso público ou movimentação de pessoal.

descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável; XIII – posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina”.

Diante dos elementos descritos na norma, pode-se concluir que o Estudo Técnico Preliminar é o documento que reúne e consolida a justificativa da(s) contratação(ões), que, em momento posterior, deverá ser novamente ponderada, pelo Termo de Referência e documentos afins antes descritos.

O grau de exigência para o referido estudo parece elevado, já que contemplar todos os elementos não é tarefa fácil para os agentes da contratação.

De outro lado, a teor do que estabelece o § 2º, do art. 18, alguns destes podem ser dispensados, sendo obrigatórios apenas os itens referidos nos incisos I, IV, VI, VIII e XIII. Quanto aos demais, a partir da sua ausência, as devidas justificativas deverão ser apresentadas.

De uma certa forma, pode parecer que a mesma lei que fixa relevantes exigências que propiciam a melhor qualidade das contratações públicas, ao dispensar, um pouco mais adiante, estas mesmas condições, acaba por fazer letra morta do resultado que pretende obter.

No entanto, diante das considerações que foram antes apresentadas acerca da necessária estruturação dos entes da Administração Pública, parece que a lei quer mesmo dar uma chance para que os Estados e os Municípios desenvolvam suas capacidades institucionais para lidar melhor com as suas necessidades públicas. Com efeito, será a partir da maior percepção das suas capacidades reais e efetivas para lidar com suas necessidades, é que se poderá modelar o orçamento público, em prol do atendimento das demandas possíveis.

Todas estas avaliações administrativas perpassam, necessariamente, pelo planejamento das contratações. E, sob este prisma, a lei assume grande importância quando fixa métodos e os critérios que deveriam ser observados, eis que, ao mesmo, serve de instrumento de indução para a melhor organização e programação administrativa no que se refere às contratações públicas, em prol da eficiência administrativa e economicidade.

A NOVA AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E AS NORMAS DE REFERÊNCIA: SOFT LAW FEDERATIVO?

André Cyrino

Professor Adjunto de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UERJ.

Master of Laws pela Yale Law School (EUA). Mestre e Doutor pela UERJ.

A Lei federal nº 14.026/2020, o novo marco regulatório do saneamento, nasce com grandes expectativas. Ambiciosamente, almeja-se a criação de incentivos que promovam a universalização efetiva de serviços essenciais. A meta é que em 31.12.2033, 99% da população tenha acesso a água tratada e 90% tenha rede de esgoto disponível. Hoje, esses percentuais são de 83,6% e 53,2%, respectivamente⁸³. Um dos mecanismos para o atingimento desse fim é a criação de padrões nacionais de regulação. Algo que a lei chamou de *normas de referência*, as quais serão editadas pela Agência Nacional de Águas (ANA), que agora se intitula Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico.

As normas de referência abarcam espectro alargado de temas. Segundo o art. 4º-A da Lei nº 9.984/2000, o qual foi inserido pela Lei nº 14.026/2020, cabe à nova ANA (ou ANASB) estabelecer normas de referências para: (i) fixar padrões de qualidade e eficiência na prestação dos serviços; (ii) a regulação tarifária; (iii) a padronização dos instrumentos negociais; (iv) a definição de metas de universalização; (v) a definição de critérios para a contabilidade regulatória; (vi) a redução progressiva e controle da perda de água; (vii) a metodologia de cálculo de indenizações devidas em razão dos investimentos realizados e ainda não amortizados ou depreciados; (viii) governança das entidades reguladoras; (ix) reúso dos efluentes sanitários tratados; (x) parâmetros para determinação de caducidade; (xi) normas e metas de substituição do sistema unitário pelo sistema separador absoluto de tratamento de efluentes; (xii) sistema de avaliação do cumprimento de metas de ampliação e universalização; e (xiii) conteúdo mínimo de prestação universalizada com sustentabilidade econômico-financeira.

⁸³ V. <http://snis.gov.br/painel-informacoes-saneamento-brasil/web/painel-setor-saneamento>.

Segundo a lei, as normas de referência serão instituídas progressivamente com o propósito de atender princípios básicos de universalização, qualidade, sustentabilidade e integridade de que tratam os incisos do art. 2º da Lei nº 11.445/2007. Adicionalmente, determina-se que as normas de referência estimulem a concorrência, incentivem a regionalização, reduzam custos de transação de modo a diminuir a tarifa a ser cobrada, inclusive com previsão de meios de subsídio para populações de baixa renda (§§ 2º, 3º e 8º do art. 4º-A citado).

Como se percebe, para o legislador federal, as normas de referência darão concretude a aspectos centrais do modelo de saneamento básico. Isso é provado pelo § 7º do mesmo art. 4º-A, segundo o qual “a ANA zelará pela uniformidade regulatória do setor de saneamento básico e pela segurança jurídica na prestação e na regulação dos serviços”. Até aí tudo parece fazer sentido para quem deseja um setor de saneamento que funcione. O problema é que esse serviço público é, conforme o STF, municipal ou metropolitano, quando existir região metropolitana criada na forma do art. 25, § 3º da Constituição.

Diante disso, indaga-se: o que são as normas de referência? Num exame preliminar, as normas de referência enquadram-se, juntamente com as leis federais sobre o tema, na competência da União para instituir diretrizes sobre saneamento básico urbano (art. 22, XX, CRFB). Elas também têm supedâneo na competência da União (compartilhada com Estados e Municípios) para promoção de melhorias no saneamento básico da população (art. 23, IX, CRFB). Partindo-se de tais dispositivos constitucionais, tem-se que as normas de referência deverão ter conteúdo geral. Com as dificuldades inerentes a esse tipo de conceito aberto, as normas de referência, por esse ângulo, não poderão descer a especificidades regionais e locais. Afinal, o serviço público deve ser prestado, antes de tudo, pelos Municípios e pelas regiões metropolitanas, consoante o regime por eles instituídos. São, assim, *normas gerais*, tal como referidos pelo art. 24, § 1º, CRFB.

A dificuldade é fazer isso diante do elastério de competências da ANA. É claro que há ganhos com a uniformização regulatória. Facilita-se a fiscalização, incrementam-se os incentivos para investimento e reforça-se a segurança jurídica. Sem embargo, até que ponto, *e.g.*, a padronização de instrumentos negociais, a definição de política de subsídio cruzado, ou o conteúdo mínimo de universalização serão inseridos em atos normativos efetivamente gerais? Talvez ciente dessa dificuldade, o legislador, valeu-se de instrumento cada vez mais comum na relação entre os entes federativos: condicionar apoios financeiros da União ao atendimento das normas de referência; espécie de *soft law* federativo, entendido aqui como normas, em princípio, não vinculantes, mas que, na vida real, serão cogentes. É nesse sentido, que as normas de referência poderão ser muito mais que simples regras gerais para Estados e Municípios que precisem de recursos da União.

Com efeito, o art. 4º-B da Lei nº 9.984/2000, inserido pela Lei nº 14.026/2020, determina a criação de uma lista de entidades reguladoras e fiscalizadoras regionais que adotam as normas de referência da ANA, “*com vistas a viabilizar o acesso aos recursos públicos federais ou a contratação de financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da administração pública federal*”, em linha como o que já estabelecia o art. 50 da Lei nº 11.445/2007. Ainda: a ANA estabelecerá os requisitos e os procedimentos a serem observados pelas entidades encarregadas da regulação, de modo a garantir que as normas de referência serão efetivas, o que envolverá, ainda, verificação periódica (§§ 1º e 2º do art. 4º-B citado).

Em outras palavras: quem não seguir as normas de referência, não tem dinheiro da União. É constitucional esse modelo? O Supremo Tribunal Federal não apreciou, especificamente, a constitucionalidade desse tipo de condicionamento financeiro da União – ele aparece, também, na Lei de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305/2010). Nada obstante, o julgamento sobre a validade da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000 – LRF) parece indicar uma inclinação do STF a aceitar o formato. Naquela oportunidade, referendou-se a legitimidade das normas que condicionam as transferências voluntárias da União ao atendimento do regime fiscal ali instituído (v. ADI nº 2.238). Para o STF, como as



transferências não são obrigatórias, não existiria violação ao pacto federativo. O mesmo raciocínio é aplicável ao modelo de saneamento: como as formas de financiamento da União são facultativas, a autonomia dos entes federativos estará preservada. Ao menos em tese; a realidade pode ser outra.

95

Num país de Estados e Municípios endividados, a ANA será muito mais que uma agência referência. Ela definirá os rumos e detalhes do saneamento básico do Brasil. O *soft law* tende a tornar-se *hard law*. A experiência dirá em que medida tal ingerência será válida.

A DISCIPLINA DA ALIENAÇÃO DE BENS PÚBLICOS IMÓVEIS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

ANDRE LUIZ DOS SANTOS NAKAMURA

Procurador do Estado de São Paulo. Bacharel em Direito e Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria do Estado de São Paulo. Coordenador do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito do Estado da Escola Superior da Procuradoria do Estado de São Paulo. Professor titular na Universidade Paulista (UNIP), onde leciona as disciplinas Direito Administrativo e Direito Constitucional. Professor conteudista na Universidade Virtual de São Paulo - UNIVESP. Professor palestrante no Curso de Especialização em Direito Administrativo na PUC/SP (COGEAE). Conselheiro titular no Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico do Estado de São Paulo (CONDEPHAAT). Conselheiro titular no Conselho do Patrimônio Imobiliário da Secretaria de Projetos, Orçamento e Gestão do Governo do Estado de São Paulo. Conselheiro representante do corpo docente no Conselho Curador da Escola Superior da Procuradoria do Estado de São Paulo. Árbitro na Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada - CAMES.

1- PRESSUPOSTOS PARA A ALIENAÇÃO DE BENS PÚBLICOS IMÓVEIS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Conforme dispõe o art. 75 da nova lei de licitações, a alienação de bens imóveis públicos, de propriedade da Administração Direta, autarquias e fundações, é subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, precedida de avaliação, autorização legislativa e dependerá de licitação na modalidade leilão.

O interesse público que motiva uma alienação deve ser a busca da melhor forma de gerir o patrimônio público. Um bem público deve servir a uma finalidade pública ou gerar riquezas ao ente público. A alienação dos bens públicos não pode levar ao esvaziamento do patrimônio do ente público e deve sempre ser motivada pela finalidade de utilizar o produto da alienação para novos investimentos. É vedado ao ente público se endividar e alienar os bens públicos para pagar suas dívidas. Dessa forma, dispõe o art. 44 da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) que é vedada a aplicação da receita de capital derivada da alienação de bens e direitos que integram o patrimônio público para o financiamento de despesa corrente, salvo se destinada por lei aos regimes de previdência social, geral e próprio dos servidores públicos.

Em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público, a alienação do bem público não pode ser feita por valor inferior ao preço de mercado. O poder público, na alienação de seus bens, não tem a discricionariedade de oferecer descontos no preço a ser pago, mesmo em razão de pagamentos à vista, tal como frequentemente ocorre nas negociações entre entes privados. Toda alienação deve ser realizada pelo preço encontrado em laudo de avaliação.

O laudo de avaliação deve ser elaborado por profissional habilitado na forma da Lei Federal nº 5.194/1966. O laudo de avaliação deve ser confeccionado por pessoa qualificada, em regra, profissional de engenharia ou arquitetura. Segundo Diógenes Gasparini:

“É necessário que a pessoa nomeada para avaliar e os membros da comissão de avaliação, quase sempre composta de três, sejam profissionais da área de engenharia. Aliás, é própria dessa categoria profissional a elaboração de laudos dessa natureza, conforme prevê a alínea *a* do art. 7º da Lei Federal n. 5.194, de 24 de dezembro de 1966, que regula a profissão de engenheiro, combinada com o disposto na Resolução n. 218/73, do Conselho Federal de

Engenharia, Arquitetura e Agronomia⁸⁴”.

98

A Lei Federal nº 8.666/93 não requer que o profissional que elabora o laudo seja agente da Administração Pública. É possível que a Administração Pública contrate serviços privados especializados em avaliação de imóveis. Nesse sentido é o entendimento de Rodrigo de Souza Nogueira:

“O laudo de avaliação deve ser assinado por profissionais da área de Engenharia (art. 7º da Lei federal nº 5.194, de 24.12.1966 e Resolução nº 218/73, do CONFEA), pertencentes ou não ao quadro de pessoal da Administração Pública. O avaliador e os membros de comissão de avaliação são nomeados por portaria e, se servidores da Administração Pública alienante, podem receber, existindo lei a respeito, uma gratificação. Se estranhos ao quadro de servidores dessa entidade, precisam ser contratados, como regra, mediante o competente processo licitatório⁸⁵”.

A contratação de entes privados especializados para a elaboração de laudos de avaliação pode ser uma ferramenta para o cumprimento do princípio da eficiência. A depender das características do imóvel, os agentes da Administração podem não ter a *expertise* necessária para elaborar a melhor avaliação. Os laudos de avaliação podem levar em consideração para a formação do preço diversos fatores, como, por exemplo, o preço de venda de outros bens semelhantes ou potencial de aproveitamento econômico. Assim, devem ser contratados agentes privados com especialização no ramo de avaliação para que sejam elaborados os melhores

⁸⁴ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 976.

⁸⁵ NOGUEIRA, Rodrigo de Souza. Considerações sobre a alienação de bens públicos móveis no âmbito da Administração Pública Federal. *Publicações da Escola da AGU - Pós-Graduação em Direito Público - PUC/MG*. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/viewFile/1786/1462>. Acesso em 06/05/2019.

laudos os quais, por sua vez, irão proporcionar a alienação do bem público pelo melhor preço, conforme lição Marçal Justen Filho:

“A avaliação poderá ser produzida através da atividade dos próprios agentes administrativos ou, mesmo, pelo concurso de terceiros. Como regra, seria aconselhável recorrer à atividade de terceiros, especializados no ramo de avaliação. O avaliador ficará pessoalmente responsável pela idoneidade de suas conclusões. O resultado da avaliação deverá ser indicado no ato convocatório⁸⁶”.

Para a alienação de um bem público de uso comum do povo ou de uso especial, primeiramente, faz-se necessária a desafetação. Se houver desafetação, os bens públicos podem ser alienados, mediante autorização legal. A lei que autoriza a alienação, mesmo que não o diga expressamente, já desafeta o bem de uso comum do povo e o de uso especial, tendo em vista a inalienabilidade destes. Em regra, a lei que autoriza a alienação deve ser específica, ou seja, indicar o imóvel que vai ser alienado. Entretanto, é possível que lei geral que trate do regime patrimonial do ente federativo autorize, de forma genérica, a alienação de determinados bens públicos, em razão de suas características, delegando essa decisão ao Chefe do Poder Executivo, tal como feito pelo art. 23 da Lei nº 9.636/1998, no âmbito da União e pelo art. 11 da Lei Estadual Paulista nº 16.338/2016. Entretanto, a lei que autoriza a doação deve existir anteriormente à alienação do bem, não podendo ser aprovada após a consumação da alienação, sob pena da ocorrência de desvio de finalidade⁸⁷.

⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos administrativos*. 11ª edição. São Paulo: Dialética, 2005, p. 173.

⁸⁷ Nesse sentido: “Contudo, na presente demanda, de acordo com a moldura fático-probatória demarcada pelo Tribunal a quo, o então Alcaide procedeu à doação de bens públicos sem previsão legal e em descumprimento aos procedimentos legais de que se devem revestir o ato de doação de patrimônio público (fls. 513) e os Vereadores acionados, mesmo sabendo das condições ilegais em que se deram as doações na tentativa de legalizarem ato administrativo pretérito, acabaram por aprovar projeto de Lei com evidente desvio de finalidade (fls. 513)”. (STJ - REsp 1605701/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 04/10/2016)

A exigência de autorização legislativa é dispensada pelo § 1º do art. 75 da nova lei de licitações para a alienação dos imóveis da Administração Pública cuja aquisição tenha sido derivada de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento. Acertou o legislador, tendo em vista que não se justifica a exigência de lei para a alienação de um imóvel cuja aquisição não era desejada pela Administração Pública, mas que foi incorporado no patrimônio desta em razão de um processo judicial destinado à satisfação de um crédito⁸⁸, não representando, assim, um bem patrimonial decorrente de investimento público. Como a alienação não representa uma decisão de desinvestimento, há dispensa de autorização legislativa. Anote-se que o § 1º do art. 75 da nova lei de licitações somente é aplicável aos imóveis cuja aquisição decorra de execuções fiscais ou dação em pagamento. Não devem ser considerados abrangidos pelo referido dispositivo legal os imóveis adquiridos por meio de desapropriação judicial.

Uma mudança relevante da nova lei de licitações é a previsão da modalidade de licitação indicada para a alienação de imóveis, qual seja, o leilão, em substituição à exigência de concorrência, prevista no § 3 do art. 23 da Lei nº 8.666/93. O uso do leilão para a alienação de bens imóveis irá tornar mais célere a alienação de bens públicos imóveis, bem como fomentará a competitividade, em especial se houver a possibilidade de apresentação de novos lances sucessivos, após a apresentação da maior proposta.

2- HIPÓTESES DE LICITAÇÃO DISPENSADA NA ALIENAÇÃO DE IMÓVEIS PÚBLICOS

Na alienação de bens públicos, aplica-se o princípio geral da licitação. Este é uma ferramenta que visa a garantir, além da melhor contratação para o Poder Público, a observância dos princípios da moralidade, igualdade e impessoalidade. Segundo José Afonso da Silva⁸⁹:

⁸⁸ Nesse sentido é a lição de Marçal Justen Filho, ao comentar o art. 19 da Lei 8.666/93: "O dispositivo faculta a alienação de bens imóveis, independentemente de prévia autorização legislativa, quando seu ingresso no patrimônio tiver origem em crédito fazendário". (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12ª edição. São Paulo: Dialética, 2008, p. 235).

⁸⁹ SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 345.

“Licitação é um procedimento administrativo destinado a provocar propostas e a escolher proponentes de contratos de execução de obras, serviços, compras ou de alienações do Poder Público. O princípio da licitação significa que essas contratações ficam sujeitas, como regra, ao procedimento de seleção de propostas mais vantajosas para a Administração Pública. Constitui um princípio instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público”.

A regra é a exigência de licitação para toda alienação de bem público, salvo previsão legal⁹⁰. As alíneas do § 1º do art. 75 da nova lei de licitações elenca os casos de licitação dispensada⁹¹ para a alienação de bens públicos. Será feita, abaixo, a análise das principais hipóteses de alienação de bens públicos com licitação dispensada na nova lei de licitações.

2.1. Doação de bens públicos na nova lei de licitações.

A doação é uma das hipóteses de licitação dispensada. A doação, em regra, é feita em razão da pessoa do donatário. Quando a Fazenda Pública pretende doar um bem público a alguém, o faz em razão deste ter condições de exercer alguma atividade ou fazer um uso do bem recebido em doação que satisfaça um interesse público. A natureza da doação, em regra, afastaria a licitação⁹². Nesse sentido, a doutrina ensina que “pela natureza do negócio jurídico, a doação, como regra, é objeto de dispensa de licitação tanto para bens móveis como para bens imóveis (art. 17, I e II, Lei 8.666/93)⁹³”. Entretanto, por uma interpretação sistemática do

⁹⁰ Sobre o assunto, vide: NAKAMURA, Andre Luiz dos Santos; NAKAMURA, Katieli Justimiano . Gestão de bens públicos. *Revista dos Tribunais*, v. 971, p. 119-141, 2016.

⁹¹ Anote-se que nos casos de licitação dispensada previstos no art. 17 da Lei nº 8.666/93, “o Legislador se antecipa à discricionariedade que seria da Administração Pública, e ele próprio a exerce para, *a priori* e *tout court*, já preestabelecer a inconveniência da licitação”. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 306).

⁹² A lei Estadual Paulista nº 6.544 de 22 de novembro de 1989 expressamente dispensa a concorrência em caso de doação, conforme art. 20, alínea “b”.

⁹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1130

ordenamento jurídico, conforme abaixo será demonstrado, a doação de bem público para entes privados deve ser licitada, salvo hipótese de dispensa ou inexigibilidade.

Doação é o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra. Em razão do princípio da indisponibilidade dos bens públicos, à primeira vista, a doação não se coadunaria com o regime jurídico que rege os bens públicos. A doação de bem público⁹⁴ é possível, entretanto, não da mesma forma que se processa a liberalidade sobre um bem de um particular, visto que este goza de autonomia e disponibilidade de seus bens, o que não ocorre com a Administração Pública.

Quando se trata de doação de bem público, deve-se interpretar a *liberalidade* de uma forma funcionalizada, ou seja, como um meio de atingir uma finalidade pública⁹⁵, conforme lição Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães⁹⁶:

“...a doação de bens públicos deve ser compreendida em termos: afinal, quem doará é uma pessoa da Administração Pública, e o bem a ser doado é uma coisa pública. A “liberalidade”, aqui, portanto, é *funcionalizada* tendo em vista o interesse público posto em jogo. Não se trata de mero ato de vontade pelo qual alguém dispõe gratuitamente de seu patrimônio em benefício de terceiro, mas, sim, do atingir de um interesse público primário por meio da transferência de específico bem público (o beneficiado, portanto, deve ser a coletividade)”.

⁹⁴ “A doação é, sem dúvida, entre as modalidades de alienação de bens públicos, a mais polêmica. Por consistir em ato de extrema liberalidade, favorecedor de pessoa específica, parece contrastar com os fins da coisa pública e com princípios administrativos basilares, como o da impessoalidade”. (FRANCO JUNIOR, Raul de Mello. *Alienação de bem público*. São Paulo: RT, 2011, p. 139/140)

⁹⁵ Sobre o assunto, vide: NAKAMURA, Andre Luiz dos Santos. Doação de bens imóveis pela Administração Pública. *Revista dos Tribunais*, v. 945, p. 17-35, 2014.

⁹⁶ “A Administração pode fazer doação de bens públicos, mas tal possibilidade deve ser tida como excepcional e atender a interesse público cumpridamente demonstrado. Qualquer violação a tais pressupostos espelha conduta ilegal e dilapidatória do patrimônio público”. (MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública: a Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 367/368).

Salvo quando realizada para outro ente público, a doação de bem público deve impor a reversão do imóvel doado ao patrimônio do ente público doador, se cessadas as razões de interesse público que justificaram a doação, não podendo o beneficiário dispor do imóvel recebido, nem alterar sua destinação, conforme preceito constante do § 6º do art. 75 da nova lei de licitações. A própria disciplina da doação de bem público impõe a existência de cláusula resolutiva.

Somente se pode admitir a doação de patrimônio da Administração se houver um interesse coletivo a ser atendido com a referida “liberalidade”. Toda doação de bem público deve assegurar que o fim a que visava a Administração ao fazer a doação continuará a ser cumprido. Não se pode admitir que um donatário de um bem público, a seu talante, decida encerrar a atividade que foi considerada de interesse público após o recebimento da doação, sem quaisquer consequências. O instrumento mais adequado para manter a finalidade pública que fundamentou a doação é a instituição da cláusula de reversão. Sem esta, o donatário poderia cessar a atividade de interesse público e, até mesmo, alienar o bem recebido da Administração. Com a instituição da cláusula de reversão, ocorre a vinculação do bem ao interesse público que justificou a doação, consoante ensinamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

” A doação é feita para que o donatário utilize o imóvel para fins de interesse público; se deixar de haver essa utilização, o bem volta para o patrimônio do doador...a idéia evidente é a de manter o bem vinculado ao fim de interesse público que justificou a doação. Se deixar de atender a esse objetivo, o bem volta ao patrimônio público⁹⁷”

Decorre que, em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público, toda doação feita pelo Estado deve conter um encargo de interesse público a ser cumprido pelo donatário, sob pena de reversão da doação⁹⁸. Tal encargo deve consistir, no mínimo, em uma

⁹⁷ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª edição. São Paulo: Atlas, 2009, p. 366

⁹⁸ “O Município pode fazer doações de bens móveis ou imóveis desafetados do uso público, e comumente o faz para incentivar construções e atividades particulares de interesse local e convenientes à comunidade. Essas doações podem ser com ou sem encargos. No caso de doações simples, dependerão de autorização legislativa que estabeleça

destinação específica do bem⁹⁹. Se for descumprido o encargo que motivou a doação do bem público, haverá a reversão da propriedade, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça¹⁰⁰:

“É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual o descumprimento do encargo estabelecido em lei que determinara a doação de bem público enseja, por si só, a sua desconstituição”.

Como o § 6º do art. 75 da nova lei de licitações impõe o dever de licitar para as doações de bens públicos quando contém encargo. Quando o quando o donatário do bem público for um ente da Administração Pública, direta ou indireta, incide a dispensa de licitação prevista no inciso I do §3º do art. 75 da nova lei de licitações. Entretanto, para a doação de bens públicos para entes privados, em regra, deve haver licitação.

A dispensa de licitação para as doações pressupõe a inexistência de competição. Como a doação é um ato de liberalidade a favor de determinada pessoa que leva em consideração as características desta. Não havendo outra pessoa capaz de satisfazer o interesse público a ser atendido pela doação, não existiria o pressuposto da competitividade que justificaria uma licitação, ocorrendo uma hipótese de inexigibilidade desta. Entretanto, podem ocorrer casos em que o interesse público a ser fomentado com a doação do bem público possa ser satisfeito por mais de uma pessoa, situação em que surge o dever de licitar.

A instituição de um procedimento que fomente competitividade para a escolha do donatário do bem público poderia, inclusive, proporcionar um melhor atendimento do interesse público a ser atendido com a doação do bem público. Assim, é imperiosa a licitação, sempre que

as condições para sua efetivação (exigidas somente para bens imóveis, segundo o artigo 17, I da lei 8.666/93)” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 8ª edição, São Paulo: Malheiros, 1996, p. 238)

⁹⁹ A Constituição do Estado de São Paulo não considera encargo a simples destinação específica do bem (art. 19 IV).

¹⁰⁰ AgInt no REsp 1255350/MG, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 30/03/2017.

o encargo de interesse público puder ser satisfeito por mais de uma pessoa. Nesse sentido é a lição de José dos Santos Carvalho Filho:

“No entanto, a doação com encargo deve ser precedida de licitação, além de ser exigido que no respectivo instrumento convocatório constem, obrigatoriamente, os encargos, o prazo de cumprimento e a cláusula de reversão do bem ao patrimônio do público; a ausência de tais elementos provoca nulidade do ato¹⁰¹”.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça¹⁰², a desnecessidade de licitação, para doação de bens públicos, deve ser precedida de avaliação de sua oportunidade e conveniência socioeconômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação. Somente pode ser dispensada a licitação numa doação de bem público nos casos em que não exista outro donatário que possa atender ao interesse público a fomentado com a doação do imóvel. Também, deve ser justificada a economicidade e melhor atendimento do interesse público, considerando, inclusive, a possibilidade de venda do bem público e a aplicação do valor obtido no fomento do interesse público que justificaria uma doação do bem público.

A nova lei de licitações, ao vedar a doação de bens públicos para entes privados, repetiu o erro da Lei nº 8.666/93. O STF, no julgamento da ADI nº 927, suspendeu vários dispositivos do art. 17 da Lei nº 8.666/93 que disciplinavam a alienação de bens públicos, como o que vedou a doação de bens públicos para entes privados, por afrontar a autonomia dos entes federativos estaduais e municipais, dado que cabe à União legislar somente sobre normas gerais de licitação. Dessa forma, os Estados, Municípios e o Distrito Federal poderão doar bens públicos a pessoa jurídica de direito privado, sem licitação, em razão dos efeitos da liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 927.

¹⁰¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1130

¹⁰² AgRg no AREsp 470.565/PA, Rel. Ministro Humberto Martins, Rel. p/ Acórdão Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 10/3/2015, DJe 16/11/2015.

2.2. Permuta de bens públicos na nova lei de licitações

A permuta pressupõe uma transmissão recíproca de propriedade, onde cada uma das partes aliena a propriedade que possui e adquire uma nova. Conforme entendimento da doutrina, “nesse contrato, existe a obrigação de dar uma coisa em contraposição à entrega de outra¹⁰³”. Ou seja, deve existir uma efetiva transferência de bens para o patrimônio de ambas as partes do contrato de permuta. Conforme entendimento de Orlando Gomes, se não há troca de bens, mas uma contraprestação de fazer, ocorre a desnaturação do contrato de permuta:

“Objeto da *troca* hão de ser dois bens. Se em vez de uma *coisa* presta um dos contratantes um *fato*, como por exemplo, se contrai a obrigação de executar determinado serviço, *permuta* não haverá. A *troca* é do *do ut des*, e não do *do ut facias*¹⁰⁴”.

A disciplina legal do contrato de permuta exige uma transferência de domínio. Segundo dispõe o art. 481 do Código Civil¹⁰⁵, aplicável à permuta por força do art. 533 do Código Civil¹⁰⁶, imprescindível a transferência de *domínio*, logo, de propriedade.

¹⁰³ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: contratos em espécie*. 10ª edição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 95.

¹⁰⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 17ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 270.

¹⁰⁵ Art. 481. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.

¹⁰⁶ Art. 533. Aplicam-se à troca as disposições referentes à compra e venda, com as seguintes modificações:

I - salvo disposição em contrário, cada um dos contratantes pagará por metade as despesas com o instrumento da troca;

II - é anulável a troca de valores desiguais entre ascendentes e descendentes, sem consentimento dos outros descendentes e do cônjuge do alienante.

A vantagem da permuta na gestão de bens públicos é que a Administração trocará um bem desafetado e não utilizado por outro hábil a ser afetado a uma finalidade de interesse público, conforme ressalta Amauri Feres Saad:

“O que justifica a operação é a existência de outro bem, de propriedade do particular, que possa atender ao interesse público. Para a administração, será um jogo de “soma positiva”, em que ela, em todas as ocasiões, será “vencedora”, pois trocará um bem que lhe é indiferente por outro, que lhe irá trazer vantagem¹⁰⁷”.

A permuta não pressupõe necessariamente uma equivalência de valores. Ao contrário da compra e venda, onde as partes têm por principal objetivo a quantificação de valores, na permuta o mais relevante é o interesse recíproco das partes nos bens a serem adquiridos os quais podem ser de valores desiguais. Nesse sentido, Tércio Sampaio Ferraz¹⁰⁸:

“Quem vende ou compra um bem determinado pensa, sobretudo, no valor genérico de mercado, ao passo que aquele que permuta busca alguma coisa pela coisa que oferece, donde o escambo in natura, cuja motivação nada tem a ver, primariamente, com um interesse abstrato capaz de configurar aquilo que economicamente se chama de mais-valia. Por isso, na permuta, a diferença quantitativa de valor dos bens trocados é secundária. O que realmente conta são os desejos aquisitivos de coisas concretas e determinadas, cujos proprietários se põem, por essa razão, em relação. É essa comutatividade que é diferente na permuta e na compra e venda.

¹⁰⁷ SAAD, Amauri Feres. Permuta de bens públicos imóveis. *Revista de Direito Administrativo*, v. 265, p. 111-147, 2014.

¹⁰⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Da permuta no Direito brasileiro. *Revista de Direito Privado*. vol. 62/2015, p. 47 – 58, Abr - Jun / 2015.

Enquanto nesta se lida, primariamente, com equivalências quantitativas, na permuta decisivas são as equivalências qualitativas. Donde, na permuta, o mencionado caráter compensatório da comutatividade das coisas prestadas....Assim se entende que, como na troca não há preço (essa marca significativa de um interesse inespecífico: dinheiro), é irrelevante, em princípio, que as coisas permutadas tenham valores desiguais ou que sejam de espécies diferentes, até porque, pelo Código Civil, mesmo nas permutas entre coisas de valores desiguais entre ascendentes e descendentes a mera desigualdade não implica nulidade, mas questão a ser tratada na sucessão...Daí porque, de todo modo, prevalece o consenso doutrinário de que a torna não altera a natureza da troca, isto é, não faz dela um tipo misto”.

Entretanto, havendo torna (diferença entre os bens permutados) em desfavor do ente público, as manifestações de vontade e autorizações legislativas que autorizam a permuta devem abranger também o valor da torna ou a renúncia a esta, com a necessária justificativa de interesse público que fundamente a troca um bem público de maior valor por outro bem de menor valor.

A nova lei de licitações, na alínea “c” do inciso I do art. 75 veda que a diferença de valores entre os bens permutados seja superior a 50% (cinquenta por cento). Nem precisa tê-lo feito, tendo em vista que, se um dos bens tem valor inferior a 50% do outro bem, existe uma compra e venda e não permuta. Nesse sentido decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“REGISTRO DE IMÓVEIS – DÚVIDA - INSTRUMENTO PARTICULAR DE PROMESSA DE PERMUTA DE IMÓVEIS – TÍTULO COM NATUREZA JURÍDICA DIVERSA DA DENOMINAÇÃO QUE LHE FOI DADA – VERDADEIRO

CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – RÓTULO DO CONTRATO QUE NÃO PODE SERVIR DE ÓBICE AO SEU REGISTRO QUANDO SEU CONTEÚDO ESTÁ DE ACORDO COM OS PRINCÍPIOS REGISTRAIS - RECUSA AFASTADA, COM OBSERVAÇÃO. [...] Instrumento particular de promessa de permuta - Possibilidade de registro desde que assim caracterizado - Inocorrência no caso em exame - Contrato com rótulo de instrumento particular de promessa de permuta, mas que representa desde logo o negócio definitivo. [...] No caso em exame, embora se tenha dado o nome de promessa de permuta ao instrumento particular, está-se diante de contrato de promessa de compra e venda, uma vez que a parte em dinheiro dada em “permuta” é muito maior do que a em lotes. Orlando Gomes, ao falar do contrato de compra e venda, explica que: O preço é a ‘quantia’ que o comprador se obriga a pagar ao vendedor. Elemento essencial no contrato, “sine pretio nula venditio”, dizia Ulpiano. Deve consistir em ‘dinheiro’. Se é outra coisa, o contrato define-se como ‘permuta’ ou ‘troca’. Não se exige, contudo, que seja exclusivamente dinheiro, bastando que constitua a parcela principal. Para se saber se é ‘venda’ ou ‘troca’, aplica-se o princípio ‘major pars ad se minorem trahit’; venda, se a parte em dinheiro é superior; troca, se é o valor do imóvel. [...] Não se trata, portanto, de troca, negócio jurídico por meio do qual os contratantes se obrigam a prestar uma coisa por outra diversa de dinheiro. Inexiste a alienação de uma coisa por outra, mas a venda de área de 62,3848ha, sendo que apenas pequena parte do pagamento será efetuada mediante a entrega de lotes; o resto, em dinheiro. Isso não impede, contudo, o registro pretendido, pois, conforme destacado nos precedentes acima, não importa o rótulo do contrato, mas sim o seu conteúdo. [...] ¹⁰⁹”.

¹⁰⁹ TJ/SP, Conselho Superior da Magistratura, Ap. Cív. 9000002-48.2013.8.26.0101. D.J.: 21/10/2014.

A permuta poderia se dar com bens presentes, bem como com bens futuros. Por exemplo, se o ente público tiver a propriedade de um terreno vazio e o utilizar como objeto de permuta para receber unidades a serem construídas neste mesmo terreno. Conforme lição de Carlos Roberto Gonçalves, a permuta “pode ter por objeto, também, coisas futuras, sendo frequente, hoje, a permuta de um terreno por apartamentos do edifício que nele será construído pelo incorporador permutante¹¹⁰”. Anoto que o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a legitimidade de uma permuta de um terreno público por edificações futuras:

“ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. NATUREZA JURIDICA DE ATO NEGOCIAL PREVENDO A ENTREGA DE IMOVEIS DA UNIÃO FEDERAL. EDIFICAÇÕES OFERECIDAS EM CONTRAPRESTAÇÃO. PERMUTA. EMPREITADA. ILEGALIDADE ARVORADA. LEGITIMAÇÃO PASSIVA. LESIVIDADE DENUNCIADA. LEI 4.717/65 (ARTS. 2. E 4.). LEI N. 5.658/71 (ART. 1.). CPC, ARTS. 267, VI, 471, 472, 473 E 541, III. LEI 8.038/90 (ART. 24, I E II).

1. A CONCEITUAÇÃO DA NATUREZA JURIDICA DO CONTRATO PARA A VERIFICAÇÃO DA SUA LEGALIDADE, POR SI, NÃO IMPLICA NO EXAME DE CLAUSULAS OU DE PROVAS, DESEMBARAÇANDO A ADMISSIBILIDADE E O CONHECIMENTO. A PROPRIA RELEVANCIA DAS QUESTÕES DECORRENTES DO COMPROMETIMENTO DO PATRIMONIO PUBLICO E DAS QUESTÕES DEBATIDAS RECOMENDAM O EXAME DO DESPIQUE RECURSAL.

2. CONTRATO DE EFEITOS OBRIGACIONAIS RECIPROCOS VISANDO COISAS FUTURAS (BEM DO

¹¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Curso de Direito Civil*. Vol. III. Contratos e Atos Unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 248.

PATRIMONIO POR BEM DO PATRIMONIO), CONSTITUI PERMUTA (NEGOCIO DE UT DES), A FINAL, OBRIGANDO A TRANSFERENCIA DE UMA COISA DIVERSA POR OUTRA RECEBIDA DO OUTRO AGENTE, INTERESSA AO CREDOR A COISA QUE DEVERA SER ENTREGUE, POUCO IMPORTANDO A ATIVIDADE DO DEVEDOR PARA REALIZAR A ENTREGA. DESFIGURAÇÃO DA EMPREITADA.

3. ILEGALIDADE E LESIVIDADE DESFIGURADAS.

4. RECURSOS IMPROVIDOS¹¹¹”.

A alínea “c” do inciso I do art. 75 da Nova Lei de Licitações dispensa a licitação na permuta, desde que o imóvel a ser recebido seja destinado ao atendimento das finalidades precípua da administração. Antes de realizar uma permuta sem licitação, “a Administração deverá comprovar a impossibilidade de satisfação do interesse sob tutela estatal por outra via e apurar a inexistência de outro imóvel apto a atendê-lo¹¹²”, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da obrigatoriedade da licitação. Deve-se comprovar que a permuta é mais vantajosa, se comparada à opção da venda do bem público, por licitação, e a compra de outro, também por licitação.

2.3. Investidura na nova lei de licitações

Existem duas modalidades de investidura, conforme disciplina constante do § 5º do art. 75 da nova lei de licitações: i) a alienação aos proprietários de imóveis lindeiros de área remanescente ou resultante de obra pública, área esta que se tornar inaproveitável isoladamente, por preço nunca inferior ao da avaliação e desde que esse não ultrapasse a 50% (cinquenta por cento) do valor máximo permitido para dispensa de licitação de bens e serviços; ii) a alienação,

¹¹¹ STJ - REsp 80.210/PE, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/05/1997, DJ 04/08/1997, p. 34684

¹¹² JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 333

aos legítimos possuidores diretos ou, na falta destes, ao Poder Público, de imóveis para fins residenciais construídos em núcleos urbanos anexos a usinas hidrelétricas, desde que considerados dispensáveis na fase de operação dessas unidades e não integrem a categoria de bens reversíveis ao final da concessão.

Para a alienação por investidura ao proprietário do imóvel lindeiro necessário que: i) o imóvel decorra de obra pública; ii) que a área seja inaproveitável; iii) que o valor do imóvel seja inferior a 50% (cinquenta por cento) do valor máximo permitido para dispensa de licitação de bens e serviços.

O primeiro requisito impõe que tenha existido uma obra pública no local e que o imóvel seja resultante da obra (produto desta) ou sobra da área destinada à obra pública. Ou seja, conforme lição de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹¹³, necessária a “existência pretérita de obra no local ou adjacências”.

Também necessário que a área seja inaproveitável. O conceito de inaproveitabilidade do imóvel, para fins de investidura, segundo a doutrina, somente se considera presente “quando a área seja inaproveitável sob qualquer enfoque possível (inclusive o ecológico)”¹¹⁴.

O encravamento, por si só, não é causa de inaproveitabilidade de um imóvel. Segundo a doutrina imóvel encravado “é aquele que não tem saída para a via pública, fonte ou porto...o encravamento deve ser natural e absoluto...se dispõe de acesso, por penoso ou difícil que seja, inexistente direito de passagem”¹¹⁵. O encravamento não é sinônimo de inaproveitabilidade, visto que o proprietário do imóvel encravado pode constranger, mediante pagamento de indenização, o seu vizinho a lhe proporcionar acesso à via pública, na forma prevista no art. 1.285 do Código Civil.

Se houver apenas um confrontante, haverá inexigibilidade de licitação, por ausência do requisito da competitividade. Entretanto, se houver mais de um confrontante, existe

¹¹³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem licitação*. 8ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 263.

¹¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos*. 17ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 387.

¹¹⁵ VIANA, Marco Aurélio S. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentários ao Novo Código Civil*, volume XVI: dos direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 289.

possibilidade de competição e necessidade de licitação, salvo se for configurada alguma hipótese de dispensa de licitação prevista em lei.

3. DIREITO DE PREFERÊNCIA DO OCUPANTE NA AQUISIÇÃO DE BEM PÚBLICO

Dispõe o art. 76 da nova lei de licitações que para a venda de bens imóveis, será concedido direito de preferência ao licitante que, submetendo-se a todas as regras do edital, comprove a ocupação do imóvel objeto da licitação. Trata-se de hipótese não prevista na Lei nº 8.666/93 e que deve ser analisada sob óptica dos princípios da eficiência e impessoalidade, sob pena de ocasionar favorecimentos ilícitos.

O termo “ocupante” previsto no art. 76 da nova lei de licitações deve ser interpretado como qualquer pessoa que anteriormente, anteriormente ao procedimento licitatório, ocupe *regularmente* o imóvel público que será alienado. O ocupante regular do imóvel público a ser alienado é a pessoa física ou jurídica que tenha a posse do imóvel decorrente de ato administrativo ou contrato administrativo celebrado pela Administração Pública proprietária do bem, de acordo com os ditames legais aplicáveis ao caso. Assim, estão inclusos no conceito de ocupante o locatário, o permissionário, o cessionário, o concessionário, o comodatário e todo aquele que obteve a posse do imóvel decorrente de ato amparado em lei emanado do ente público titular do bem alienado.

Deve ser considerado como “ocupante”, para fins de preferência, os ocupantes de terras devolutas em áreas onde exista uma situação de longa permanência de ocupações não legitimadas pelo Poder Público. Se o ocupante de terras devolutas possui título de propriedade ainda não cancelado pelo Poder Público proprietário das terras devolutas, gerando uma presunção de boa-fé no ocupante, pode-se conceder a este a preferência na aquisição quando da alienação das terras devolutas, por meio de licitação. O título de propriedade regularmente registrado no Cartório de Registro de Imóveis, ainda que tenha origem em ato nulo, como uma grilagem de terras, por gerar uma presunção de boa-fé, na forma do parágrafo único do art.

1.201 do Código Civil, garante ao ocupante o direito de preferência, em igualdade de condições com terceiros, na aquisição da propriedade da área a ser vendida¹¹⁶.

Não estão incluídos no conceito de “ocupante” previsto no art. 76 da nova lei de licitações, quaisquer pessoas que ocupem, de forma irregular, imóvel público, tais como invasores, esbulhadores, ou pessoas que tenham praticado irregularidades no processo de obtenção da posse do imóvel, como participado de contratação fraudulenta. A irregularidade não pode gerar efeitos. Quem ofende a lei, não pode ser beneficiado pela ilegalidade que cometeu. Aplica-se o princípio geral de direito de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza (*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).

A Administração Pública tem o dever de zelar pelo patrimônio público, impedindo qualquer tipo de ocupação irregular de bem público. Da mesma forma, não pode o particular ocupar bem público irregularmente, em detrimento de toda a coletividade. Utilizar irregularmente um bem público é um ato de improbidade administrativa, na forma do inciso XII do art. 9º da Lei de Improbidade Administrativa.

O ente público proprietário do bem deve adotar todas as medidas previstas no ordenamento jurídico para cessar o uso irregular de bem público. Na defesa do patrimônio público, deve o Poder Público utilizar-se das prerrogativas decorrentes da autotutela. Conforme lição de José Cretella Júnior, “pelo instituto da *autotutela* a Administração, dispensando a existência de texto de lei especial autorizante, ou de título hábil emitido pelo juiz, age diretamente, valendo-se dos meios comuns de *defesa da propriedade* para a *proteção da coisa pública*”¹¹⁷.

A Administração, no uso do Poder de Polícia, pode realizar atos materiais como fechar estabelecimentos, apreender mercadorias e demolir construções irregulares. Em casos de construções irregulares em áreas públicas, por meio do uso do Poder de Polícia, pode a

¹¹⁶ Sobre o assunto, veja artigo de nossa autoria: NAKAMURA, Andre Luiz dos Santos. Segurança jurídica, boa-fé e terras devolutas. *Revista da AGU*, v. 16, p. 35-60, 2017.

¹¹⁷ CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado do Domínio Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 117

Administração, em regra, demolir a obra irregularmente erigida. Nesse sentido a lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello¹¹⁸:

“Nas hipóteses de não fazer obra material e esta tenha sido executada, é de se reconhecer à Administração Pública – após haver intimado os particulares para que a desfaçam, e tal intimação não tenha sido tomada na devida consideração – a tarefa de substituir a administração do interessado pela dos agentes do Poder Público e, com os meios de que dispõe, efetivar sua determinação, destruindo a obra irregularmente feita”.

Dessa forma, o ocupante irregular de bem público não pode ter o direito de preferência na aquisição do imóvel público. Seria um estímulo ao esbulho possessório do bem público para sua aquisição posterior. Da mesma forma, poderia gerar uma situação em que a Administração Pública se omitisse no seu dever de zelar pelo patrimônio público, visando gerar preferência para alguém em futura aquisição, em notória ofensa aos princípios da impessoalidade e moralidade administrativa, previstos no art. 37 da Constituição Federal. Assim, somente o ocupante regular do bem público pode se valer da prerrogativa constante do art. 76 da nova lei de licitações.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

¹¹⁸ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 3ª edição, volume I, p. 631.

CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado do Domínio Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª edição. São Paulo: Atlas, 2009.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem licitação*. 8ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Da permuta no Direito brasileiro. *Revista de Direito Privado*. vol. 62/2015, p. 47 – 58, Abr - Jun / 2015.

FRANCO JUNIOR, Raul de Mello. *Alienação de bem público*. São Paulo: RT, 2011.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Curso de Direito Civil*. Vol. III. Contratos e Atos Unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 17ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos administrativos*. 11ª edição. São Paulo: Dialética, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 8ª edição, São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 3ª edição, volume I.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública: a Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012.

NAKAMURA, Andre Luiz dos Santos. Segurança jurídica, boa-fé e terras devolutas. *Revista da AGU*, v. 16, p. 35-60, 2017.

NAKAMURA, Andre Luiz dos Santos. Doação de bens imóveis pela Administração Pública. *Revista dos Tribunais*, v. 945, p. 17-35, 2014.

NAKAMURA, Andre Luiz dos Santos; NAKAMURA, Katieli Justimiano . Gestão de bens públicos. *Revista dos Tribunais*, v. 971, p. 119-141, 2016.

NOGUEIRA, Rodrigo de Souza. Considerações sobre a alienação de bens públicos móveis no âmbito da Administração Pública Federal. *Publicações da Escola da AGU - Pós-Graduação em Direito Público - PUC/MG*. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/viewFile/1786/1462>. Acesso em 06/05/2019.

SAAD, Amauri Feres. Permuta de bens públicos imóveis. *Revista de Direito Administrativo*, v. 265, p. 111-147, 2014.

SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: contratos em espécie*. 10ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

VIANA, Marco Aurélio S. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentários ao Novo Código Civil*, volume XVI: dos direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RENT-SEEKING, MERCADO E ORÇAMENTO PÚBLICO

Andrea Siqueira Martins

*Conselheira-Substituta do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.
Graduada em Ciências Econômicas e Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF).
Mestre e Doutoranda em Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento da Faculdade de
Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).*

Resumo: o presente artigo busca compreender a noção de atividade *rent-seeking* ou caçadora de renda, a partir de seus elementos estruturantes, conjuntamente com as suas formas de atuação. Por último, concentrar-se-á em uma análise específica de condutas caçadoras de renda no ciclo orçamentário.

Palavras-chave: *rent-seeking*; caçadores de renda; ineficiência de mercado; grupos de interesse; transferência de renda; “peso morto”; monopólio; oligopólio; subsídios; transparência; *compliance*; *lobby*; corrupção; ciclo orçamentário; serviços da dívida; dupla “blindagem”.

Abstract: the present article seeks to understand the notion of rent-seeking or income-earning activity, based on its structuring elements, along with its forms of action. Finally, it will focus on a specific analysis of income-earning conduits in the budget cycle.

Keywords: rent-seeking; hunters of income; market inefficiency; interest groups; income transfer; "dead weight"; monopoly; oligopoly; subsidies; transparency; compliance; lobby; corruption; budget cycle; debt services; double "shielding".

Sumário: 1 - Introdução. 2 – Caracterização do *rent-seeking*. 3 – Formas de *rent-seeking*. 4 – *Rent-Seeking* e Orçamento. 5 - Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

1 – Introdução

Inicialmente, não posso deixar de externar a minha satisfação por estar participando de uma obra em homenagem ao professor Jessé Torres Pereira Junior, de quem, com muita honra, fui aluna na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e cujas aulas me auxiliaram na compreensão de temas contemporâneos de Direito Público e demais ramos do saber, tendo em vista a vasta cultura do nobre docente.

A opção pelo tema *rent-seeking*, além do meu agrado, também está relacionada aos estudos mais recentes do homenageado em relação ao instrumento da *compliance*, tendo em vista a interligação entre ambos. Espero, assim, trazer algumas reflexões que estejam à altura do eminente jurista.

A atividade de *rent-seeking* ou caçadora de renda se trata de uma ineficiência de mercado, em que os agentes, ao buscarem maximizar as suas rendas, poderão adotar condutas que impliquem a criação de grupos de interesse, transferência de rendas dentro da sociedade e destruição de parcela da riqueza criada.

Pode assumir variadas formas, como: estruturas imperfeitas de mercado – monopólios e oligopólios -, concessão ilegítima de subvenções e subsídios, ausência de transparência na atuação estatal, *compliance* de fachada, *lobby*, financiamento de campanhas pelo poder econômico, adoção de um sistema tributário regressivo, dentre outras.

Além destas, o *rent-seeking* pode se concentrar no ciclo orçamentário, desde a formulação das leis do orçamento até a execução orçamentária, com a infiltração de grupos de interesses junto aos Poderes Executivo e Legislativo, que disputam a alocação dos recursos escassos.

Em item próprio, far-se-á uma análise pormenorizada da adoção de condutas *rent-seeking* no processo legislativo e na execução orçamentária no Brasil, de modo a destacar as suas respectivas assimetrias.

2 - Caracterização do Rent-Seeking

A teoria dos caçadores-de-renda (*rent-seeking*) foi desenvolvida, inicialmente, pelos estudos dos economistas Gordon Tullock¹¹⁹ (1967) e Anne Krueger¹²⁰ (1974). Parte-se do princípio de que os agentes econômicos possuem uma motivação básica, qual seja, maximizar o seu bem-estar. Esta maximização se dá dentro de um conjunto determinado de regras, de acordo com as preferências individuais e restrita a uma renda. Os agentes procurarão obter o máximo de renda possível, dentro ou fora das regras de conduta econômica e social. Entretanto, esta obtenção de renda pode implicar transferências dentro da sociedade, via monopólios e diversas formas de privilégios, tais como subsídios, isenções, reservas de mercado, políticas restritivas e protecionistas, dentre outras. A atividade ligada à busca desta renda é chamada de caçadora-de-renda.¹²¹

¹¹⁹ O autor demonstra a sua insatisfação com as análises econômicas da época, que, segundo ele, subestimavam os custos sociais das tarifas e monopólios. Segundo o entendimento econômico dominante, a transferência de renda ocasionada por um dado monopólio – dos consumidores para o monopolista – teria impacto nulo na renda nacional. Tullock inova, ao formular teoria em que defende que há perda efetiva da riqueza nacional com o emprego de recursos pelos agentes econômicos, na tentativa de obter tais transferências. Assim, não haveria mera transferência de renda de um agente para outro, sem ocorrer qualquer impacto no produto nacional, mas sim, perda efetiva de parcela da renda/riqueza criada com a alocação de recursos para a obtenção da renda (emprego de recursos em atividade improdutiva). Para Tullock, estes gastos alocados na perseguição de transferências são denominados de *rent-seeking*.

¹²⁰ Anne Krueger, ao analisar as tarifas de importação da Índia e da Turquia, conclui que as empresas tendem a competir pelos direitos por quotas de importação, junto ao governo, de modo a maximizarem os seus lucros. Para isso, destinam recursos para influenciarem os agentes públicos que concedem as licenças de importação. Tais gastos, portanto, são alocados em atividades de *rent-seeking* (por exemplo, através de suborno de servidores públicos). Ao final, com base em estimativa empírica, a autora avalia que 7% (sete por cento) do PIB da Índia era desperdiçado e 15% (quinze por cento) do PIB da Turquia era perdido devido ao *rent-seeking* por licenças de importação.

¹²¹ SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. *A economia política da corrupção: o escândalo do orçamento*. São Paulo: FGV EAESP, 1995. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/13335>. Acesso em 28.11.2020.

Além do aspecto relativo à renda, a ideia de *rent-seeking* está intimamente relacionada a externalidades¹²², que provocam ineficiência econômica com repercussão nos âmbitos jurídico, social, ético, moral, filosófico e, sobretudo, político.

Para a correta compreensão do conteúdo de *rent-seeking*, alguns elementos centrais não podem estar dissociados do seu núcleo estruturante, tais como a ineficiência de mercado, a existência de grupos de interesse, a transferência de renda e a destruição de parcela da riqueza gerada, através do surgimento do que os economistas chamam de “peso morto”.

A ideia de ineficiência do mercado surge das ponderações de Adam Smith, especialmente em *A Riqueza das Nações*, em que o referido economista dispõe sobre a lógica da concorrência perfeita, e, por consequência, do surgimento das imperfeições de mercado. Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

A liberdade econômica seria, portanto, uma liberdade fundamental em Smith. A ordem social “espontânea” é fundada na liberdade – e todos ganham com isso. De acordo com Smith, todo indivíduo, perseguindo seus interesses próprios, produz, mesmo não intencionalmente, bem-estar social em medida melhor do que se o pretendesse. Em condições ideais, o indivíduo é “levado por uma mão invisível” a alcançar resultados sociais positivos que não faziam parte do seu propósito inicial. A ideia fundamental de Smith é que a organização livre e espontânea da produção e do comércio promove resultados que melhor

¹²² Segundo André Luis Squarize Chagas, “as externalidades ou economias externas surgem quando a decisão tomada por um agente influencia o bem-estar de outro agente, não diretamente envolvido com as decisões do primeiro. Em outras palavras, em um mercado, as decisões de compradores e vendedores influenciam mutuamente uns e outros – e o resultado do mercado não é uma externalidade. No entanto, caso outro agente, não envolvido no mercado, também seja influenciado, nesse caso, a perda ou ganho de bem-estar desse último agente é uma externalidade. Exemplo clássico de externalidade é a poluição. No caso do Rio Tietê, para tornar o exemplo mais próximo, as dezenas de pneus jogados no rio constituem uma externalidade para toda a sociedade, sobretudo para os não consumidores ou produtores de pneus. As externalidades podem ser negativas ou positivas. O exemplo da poluição é um caso de externalidade negativa. A educação (escolarização) é um caso de externalidade positiva, na medida em que todos se beneficiam por viver em uma sociedade mais educada. A existência de externalidades leva a resultados ineficientes, na medida em que os agentes não incorporam (não internalizam) todos os custos ou benefícios possíveis para tomada de decisão”. (PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio S. de; TONETO JR, Rudinei. *Manual de Economia – Equipe de professores da USP*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 281).

satisfazem as necessidades da sociedade, maximizando o bem-estar geral.¹²³

O atingimento da eficiência, segundo Smith, somente é possível com uma efetiva liberdade de comércio e de produção. Em não sendo assim, basta um simples direcionamento acordado para se causar uma falha no funcionamento do mercado. Conforme as suas próprias palavras, “*é raro que duas pessoas do mesmo ramo de negócios se encontrem, ainda que em um âmbito recreativo, sem que daí resulte uma conspiração contra o público, ou um acordo de subida dos preços*”.¹²⁴

Joseph Stiglitz traz um alerta quanto à resistência dos próprios empresários à manutenção de uma concorrência perfeita, idealizada outrora por Adam Smith:

Nas faculdades de economia ensinamos os alunos a reconhecer, e criar, barreiras à concorrência – incluindo barreiras ao acesso – que ajudam a garantir que os lucros não serão corroídos. De fato, algumas das mais importantes inovações no mundo empresarial nas últimas três décadas não se centraram em tornar a economia mais eficiente, mas sim nas melhores formas de garantir poder de monopólio ou na melhor forma de contornar as regulações governamentais que têm o intuito de alinhar os retornos sociais com as compensações privadas.¹²⁵

Assim, dada essa tendência quanto à adoção de uma conduta corporativa, torna-se essencial a interferência estatal para evitar as ineficiências econômicas, que acabam por trazer graves distorções na distribuição de riqueza e provocam prejuízos, em regra, para o conjunto da sociedade. Nesse sentido, Stiglitz assevera que o mercado, por si só, não costuma obter resultados eficientes e desejáveis, e por isso o Estado tem o dever de corrigir essas falhas dos

¹²³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Adam Smith*. In: *Leituras Clássicas de Direito Tributário*. Coordenadores Carlos Alexandre de Azevedo Campos, Denise Lucena Cavalcante, Paulo Caliendo. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 62-63.

¹²⁴ SMITH, Adam. *The Wealth of Nations*. Nova Iorque: P. F. Collier, 1902, p. 207.

¹²⁵ STIGLITZ, Joseph. *O preço da desigualdade*. Título Original: *The Price of Inequality*. Tradução: Dinis Pires. Lisboa: Bertrand Editora, 2014, p. 97.

mercados, ou seja, de criar políticas (impostos e regulações) que alinhem os incentivos privados e os retornos sociais.¹²⁶

Outro elemento que caracteriza um comportamento *rent-seeking* é a existência de grupos de interesse. Em face da necessidade de regulação das atividades de mercado, surgem grupos interessados em interferir, direta ou indiretamente, nesta atividade típica de Estado.

Para Olson, os grupos de interesse são caracterizados como associações que visam a promover o interesse comum de seus membros por meio da provisão de bens públicos ou coletivos.¹²⁷ Ao fazer menção aos estudos deste autor, Tesserolli e Klein demonstram que, a partir da construção de um modelo, os grupos mais efetivos são aqueles que possuem um número menor de membros, em face dos custos de organização e gestão. Assim, o grupo maior, ou seja, a sociedade, tem menor chance na obtenção de bens públicos do que os grupos de interesse privados, representativos dos interesses de poucos.¹²⁸ Um exemplo elucidativo é trazido por Monzoni:

Imagine que um brasileiro, estudioso em economia internacional e consciente das perdas de bem-estar que a tarifa sobre importação de algodão traz à sociedade brasileira, decida pegar um ônibus para Brasília e dirigir-se ao Congresso Nacional com a intenção de convencer um conjunto de deputados em número suficiente para eliminar a tarifa de importação sobre o algodão. Segundo seus cálculos, os consumidores de produtos de algodão estariam sofrendo uma perda de bem-estar, transferida em parte para os produtores nacionais e em parte perdida como "peso-morto" na forma de distorções de consumo e produção, em valores da ordem de R\$170 milhões por ano. No entanto, na hora de comprar a passagem para Brasília, já em frente ao guichê da empresa de ônibus, o nosso brasileiro faz as contas e percebe que,

¹²⁶ STIGLITZ, Joseph. *Op. Cit.*, p. 95.

¹²⁷ OLSON, Mancur. *The Logic of Collective Action*. 20th printing. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 2002.

¹²⁸ TESSEROLLI, Eduardo Ramos Caron; KLEIN, Vinicius. *Rent-seeking e grupos de interesse*. In: *Análise Econômica do Direito: justiça e desenvolvimento*. Organizadores: Marcia Carla Pereira Ribeiro, Victor Hugo Domingues, Vinicius Klein. Curitiba: CRV, 2016, p. 19.

embora R\$170 milhões de perda de bem estar seja uma quantia suficientemente grande para chamar a atenção das autoridades responsáveis pela política comercial brasileira, a queda da tarifa iria representar um ganho individual de somente R\$ 1,00 por brasileiro por ano. Ele olha para a tabela de preço da empresa de ônibus e observa que a passagem de ida e volta para Brasília custa R\$100,00. Arrasado, nosso amigo brasileiro resolve desistir da viagem. Noventa e nove reais de prejuízo eram muito.¹²⁹

Da leitura deste simples exemplo, é fácil concluir que, embora fosse do interesse de todos, a ação de apenas um consumidor não é suficiente para exercer pressão por políticas favoráveis, até porque, mesmo sendo significativo o prejuízo coletivo, é irrisório se individualmente considerado.

Algumas ineficiências de mercado provocam o fenômeno da transferência de renda. Suponhamos que um setor operando em regime de concorrência perfeita venha a ser monopolizado. O efeito da monopolização seria a elevação do preço e a redução da produção, o que geraria a ineficiência econômica, visto que o monopolista não necessariamente utilizaria uma planta de produção ótima ou não produziria uma quantidade ótima.¹³⁰ A elevação do preço conjugada com a diminuição da produção (não utilização de todos os fatores de produção) ocasionam a transferência de renda dos consumidores para o monopolista, e, ainda, a subutilização dos meios de produção, o que gera uma falha na eficiência econômica.

Não se pode perder de vista que a criação de renda e a transferência de renda são fenômenos distintos. Em exemplo esclarecedor, Mario Prestes Monzoni Neto considera uma situação inicial de um agente inovador, que vende um novo bem no mercado. Na fase inicial,

¹²⁹ MONZONI NETO, Mario Prestes. *Dissertação de Mestrado – “Caçadores de Renda: uma investigação sobre a Teoria do Rent-Seeking”*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas - Escola de Administração, 2001, p. 13.

¹³⁰ TROSTER, Roberto Luís. *Estruturas de Mercado*. In: PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio S. de; TONETO JR, Rudinei. *Manual de Economia – Equipe de professores da USP*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 215.

esse agente é um monopolista puro e irá desfrutar da renda gerada pelo seu empreendedorismo. Tal renda foi “criada” pelo agente e irá acrescentar um valor agregado à renda nacional.¹³¹

A tendência natural do processo econômico, considerando a ausência de barreiras à entrada de novos ofertantes do referido produto, será a diminuição do preço ofertado ao consumidor, dado o aumento da oferta. Isso ocorre, repita-se, em condições normais de mercado. No caso da existência de barreiras à entrada de novos ofertantes – por exemplo, na hipótese de o produtor inicial convencer o governo que a ele deva ser garantido o direito de monopólio de produção -, dada a consequente diminuição da oferta dos produtos, não haverá renda criada, mas sim, mera transferência de renda dos consumidores para o monopolista. Desta forma, os recursos utilizados no convencimento do agente público poderiam ter sido usados para a produção de bens e serviços, o que provoca, ao final, consequências indesejáveis para o conjunto da sociedade.

O peso morto, ou seja, a destruição de parte da riqueza, está intimamente relacionado à transferência de renda, visto que a parcela dos meios de produção que deixa de ser alocada aos consumidores, em situações de ineficiência econômica, se converte em atividade improdutiva, que deixa de ser, portanto, disponibilizada integralmente à demanda de mercado.

Um monopolista que investe recursos em atividades, tais como horas de trabalho de lobistas, deixa de direcioná-los para a sua atividade produtiva, o que representa uma perda para a sociedade como um todo, pois não há criação de renda para o produto nacional. Ao revés, irá reduzir a oferta e aumentar os preços, de modo a maximizar o seu lucro, o que, invariavelmente, irá gerar ineficiência, má alocação e desperdício de recursos, além da redução do bem-estar social.

3 - Formas de Rent-Seeking

¹³¹ MONZONI NETO, Mario Prestes. *Op. Cit.*, p. 9.

Hipótese que configura o comportamento *rent-seeking* é o surgimento de monopólios ou oligopólios, que representam estruturas de mercado imperfeitas. Conforme já visto, a alocação limitada da produção acarreta ineficiência econômica, com a consequente transferência de renda dos consumidores para os agentes monopolistas, bem como o surgimento de fatores de produção subaproveitados.

Uma situação curiosa ocorre, especialmente, com os países ricos em recursos naturais, que, de acordo com a lógica, deveriam reverter a riqueza criada a partir desses recursos para o bem-estar da população. No entanto, não é o que se verifica, *in concreto*, na maioria deles. Por meio de atividades de *rent-seeking*, grupos específicos logram êxito em ter acesso à exploração dos recursos, em condições que acabam por beneficiar os seus interesses individuais em detrimento do interesse social, conforme muito bem advertido por Stiglitz:

Os países ricos em recursos naturais têm uma péssima reputação no que toca a atividades de *rent-seeking*. É bem mais fácil enriquecer nestes países ganhando acesso aos recursos com condições favoráveis do que produzindo riqueza. Este costuma ser um jogo de soma negativa, o que em parte explica que, em média, tais países tenham crescido mais devagar em comparação com países idênticos sem a recompensa de tais recursos.

Torna-se inquietante se pensarmos que tal abundância de recursos podia ser usada para ajudar os pobres, para garantir o acesso à educação e à saúde para todos. Taxar o trabalho e as poupanças pode enfraquecer os incentivos; por contraste, taxar as rendas de propriedades, de petróleo e de outros recursos naturais, não os fará desaparecer. Os recursos ainda lá estarão para serem extraídos, se não hoje, então amanhã. Não existem efeitos de incentivo adversos. Isto significa que, por princípio, deveria haver receitas vastas para financiar tanto as despesas sociais como os investimentos públicos em, digamos, saúde e educação. Contudo, entre

os países com as taxas mais altas de desigualdade encontram-se os que têm mais recursos naturais.¹³²

A concessão de subsídios e subvenções, por parte do governo, a um grupo específico, pode ocasionar um comportamento *rent-seeking*. Inicialmente, não se pode afirmar que toda ação governamental, que gere renda econômica para um determinado grupo, seja fruto de atividade *rent-seeking*, conforme muito bem alertado por Alvaro Dutra Henriques.¹³³ O autor apresenta vários momentos, na História do Brasil, em que o governo privilegiou (em geral por meio de empréstimos altamente subsidiados) alguns setores da economia porque acreditava, amparado por um alto grau de legitimação social, que estes seriam fundamentais para gerar crescimento econômico de longo prazo.¹³⁴

Ocorre que a concessão imotivada e tendente a beneficiar grupos específicos vão de encontro ao interesse público, pois privilegiam interesse individuais, e que, muitas das vezes, impactam na política creditícia governamental, a qual deveria estar direcionada para o crescimento econômico.

É certo que nem sempre é fácil distinguir o liame entre os subsídios legítimos e os prejudiciais ao interesse nacional. Segundo Henriques, em regra, os empréstimos de bancos públicos, o sistema “S” e as medidas das agências reguladoras não passam pelo orçamento, além de inexistir um processo formal de avaliação, por parte da sociedade, sobre a alocação destes recursos.¹³⁵ Daí a necessidade de motivação adequada e de ampla transparência na

¹³² STIGLITZ, Joseph. *Op. Cit.*, p. 101-102.

¹³³ HENRIQUES, Alvaro Dutra. *Dissertação de Mestrado - A economia política da inovação e competitividade no Brasil*. Brasília: UNB, 2014. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/16576>. Acesso em 28.11.2020.

¹³⁴ Apesar de reconhecer a importância do crédito subsidiado à industrialização, especialmente quanto aos avanços trazidos à infraestrutura, Celso Furtado deixa claro a sua preocupação com os crescentes índices de desigualdade social nas décadas de 1940 a 1960. “*E não somente no que respeita à concentração de renda o desenvolvimento vem apresentando aspectos sociais extremamente negativos. (...) Por outro lado, na ausência de uma política consciente que preservasse à ação do Estado o caráter social, improvisou-se, em nome do desenvolvimento, uma estrutura de subsídios que muitas vezes premiou de preferência os investimentos supérfluos, ou aqueles que vinham permitir, dada a sua tendência monopolística, uma concentração ainda maior da riqueza em mão de grupos privilegiados*”. (FURTADO, Celso. *A pré-revolução brasileira*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1962, p. 14-15).

¹³⁵ HENRIQUES, Alvaro Dutra. *Op. Cit.*, p. 22.

outorga desses benefícios. Aliás, a ausência de transparência em atos governamentais importa em deslegitimação democrática e, ainda, em uma das formas de *rent-seeking*.

Sem a devida transparência, as condutas públicas permanecem à margem do controle social e dos órgãos que exercem o controle externo. Transparência e controle são atividades que devem estar umbilicalmente integradas. A ineficiência de uma implica, inexoravelmente, a inaptidão da outra. Ao fazer menção à evolução do Estado de Direito Mínimo para o Estado de Direito Social, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, citando os estudos de Charles Debbasch¹³⁶, apresenta as tendências do controle da Administração Pública:

- a) Uma primeira, que consiste em passar de meios de controle individuais para formas de ação coletiva sobre a Administração Pública, mediante atuação de associações, partidos políticos, sindicatos, imprensa; especificamente no que diz respeito ao Poder Judiciário, a atuação coletiva substitui progressivamente a ação individual, tal como concebida no século XIX; no Brasil o direito de ação tende a se coletivizar, com a vantagem de obtenção de resultados uniformes para toda a coletividade que se encontra em igualdade de condições, favorecendo a observância do princípio da isonomia, além de desatrambar a Justiça do excesso de ações individualmente propostas, com idênticos objetivos e com o risco de resultados diversos.
- b) Uma segunda evolução se traduz pela passagem dos métodos de controle formais para métodos de controle mais informais, com a criação de institutos como o Ombudsman dos países escandinavos, recebido, em outros países, inclusive no direito brasileiro, com a denominação de ouvidor geral, auditor geral ou defensor público.
- c) A terceira tendência consiste em passar de uma ação exterior à Administração (pelo Legislativo ou Judiciário) para um controle interno à Administração, mediante a instituição de procedimentos variados que

¹³⁶ DEBBASCH, Charles. *Administration et Administrés en Europe*. Paris: Centre National de La Recherche Scientifique, 1984.

visam a agir sobre a Administração para proteger o administrado; daí a previsão de variadas formas de participação do cidadão, direito à informação, comunicação de documentos administrativos, exigência de motivação e outros instrumentos que facilitam a proteção dos interesses dos administrados, sem necessidade de ir a juízo.¹³⁷

Jessé Torres Pereira Junior e Thaís Marçal destacam, em artigo recente, a necessidade da implementação de estruturas e procedimentos de *compliance* (verificação permanente da conformidade de atos comissivos e omissivos a princípios e normas preestabelecidos de gestão) na administração pública, como instrumental hábil a institucionalizar mecanismos de identificação, combate, correção ou mitigação de irregularidades.

Ocorre que a chamada “*compliance* de fachada (ou cosmética)” também pode ser enquadrada como uma hipótese de *rent-seeking*, tendo em vista que, se for implantada apenas para forjar a aparência de higidez ética, pode, na verdade, na expressão dos autores, “*estar disfarçando a desconformidade, sem romper, por conseguinte, o nexo de causalidade entre atos comissivos ou omissivos da autoridade e os resultados deles decorrentes*”.¹³⁸ Faz-se uso, desta forma, de um instrumento, que, ao invés de evitar práticas de *rent-seeking* para o qual foi criado, acaba se transformando em uma conduta de apoio a grupos específicos e, pior, com a roupagem de legitimidade.

A ineficiência do controle externo à Administração e do controle social favorecem o surgimento do *lobby*, caracterizando-se esta como outra ação de *rent-seeking*, que acaba por provocar um efeito de contágio perverso no ciclo econômico. A atividade caçadora de renda constitui, por si só, um mercado competitivo, em que diversos agentes tentam conquistar privilégios para obter a transferência de renda oriunda de outros grupos. No entanto, somente

¹³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Limites do Controle Externo da Administração Pública – Ainda é possível falar em discricionariedade administrativa?* In: Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Belo Horizonte, ano 11, n. 42, jul./set., 2013, p. 9-24.

¹³⁸ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; MARÇAL, Thaís. *Compliance e nexo de causalidade nas leis de improbidade administrativa e anticorrupção*. Revista Consultor Jurídico. 06.01.2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-06/opiniao-compliance-leis-improbidade-anticorrupcao>. Acesso em 12 fev. 2021.

alguns grupos lograrão êxito em conquistar tais vantagens, fazendo com que os meios empregados em atividades improdutivas (*lobby*, financiamento de campanhas eleitorais, investimento de talentos etc.) obtenham um resultado de desperdício de recursos econômicos.

Consequentemente, o grande problema do *rent-seeking* é que esta atividade leva à má alocação de recursos na economia, reduz a produtividade e prejudica o crescimento econômico de longo prazo. São gastos tempo e dinheiro com vistas a obter uma renda econômica extraída de terceiros, sem que se crie riqueza nova. Estes recursos, que são investidos em *lobby* e financiamentos de campanhas eleitorais, poderiam ser direcionados para a pesquisa e o desenvolvimento de novos produtos ou na adoção de novas tecnologias. A própria prática de *rent-seeking*, por parte de algumas firmas, faz com que concorrentes reajam de modo similar (efeito contágio) para não perder seu poder de mercado, levando toda a economia a uma queda de produtividade.¹³⁹

O governo também não está imune a práticas de *rent-seeking*, uma vez que pode vir a assumir condutas caçadoras de renda, como é o caso, por exemplo, da adoção de um sistema de carga tributária regressiva.

Não se pode olvidar que tal opção está sujeita à influência exercida pelos grupos detentores de capital em face dos Poderes Executivo e Legislativo. Um ponto sensível se encontra no financiamento de campanhas eleitorais pelos detentores do poder econômico. Marcus Vinicius Furtado Coêlho argumenta que a liberdade de voto do eleitor deve se fazer presente em todo processo eleitoral, concretizando-se tanto na liberdade de convencimento e informação por parte do eleitor como na liberdade de apresentação da candidatura. Assim, a formação da vontade política genuína exige a exclusão de todos os tipos de constrangimento e pressões que possam, de fora, impor-se ilegitimamente tanto aos eleitores quanto aos candidatos durante, e após, o período de campanha.¹⁴⁰

Em suma, se não houver a inclusão de instrumentos efetivos na legislação que vede a influência excessiva do poder econômico sobre o processo eleitoral, corre-se o risco de se

¹³⁹ HENRIQUES, Alvaro Dutra. *Op. Cit.*, p. 20-21.

¹⁴⁰ COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. *O modelo de financiamento eleitoral e sua legitimidade constitucional*. Revista Consultor Jurídico, 2018. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-set-09/modelo-financiamento-eleitoral-legitimidade-constitucional>. Acesso em 25.01.2021.

permanecer com uma defasagem gritante no processo democrático, o que, ao cabo, acabe por privilegiar grupos determinados em detrimento de toda a população.

Uma das formas de privilégio é justamente a adoção ou a manutenção de uma carga tributária regressiva, que favorece os detentores da maior parcela da renda nacional. A tributação do capital no Brasil, especialmente, adota pressupostos teóricos na contramão dos demais países. A título de exemplo, a isenção total de tributação sobre os dividendos distribuídos, adotada no Brasil, já foi praticamente abolida em todos os países do mundo. Ademais, a baixa tributação das altas rendas, sejam elas do trabalho ou do capital, contribui decisivamente para que o Brasil possua o mais elevado índice de concentração de renda no topo da pirâmide entre todos os países com dados disponíveis.¹⁴¹

Outra forma de o governo adotar uma conduta caçadora de renda é a relativa ao estímulo a tributos indiretos, que são menos perceptíveis pelos contribuintes, o que faz com que os indivíduos subestimem o ônus tributário total. Gunter Schmölders, ao estudar o comportamento dos contribuintes alemães, com base em dados empíricos, na década de 1950, estabeleceu uma diferenciação entre o conceito pessoal de carga fiscal em relação aos impostos diretos e aos impostos indiretos, sendo estes imperceptíveis para o contribuinte, que associa o seu fenômeno impositivo à conduta econômica do vendedor dos bens e não ao Fisco. Assim, o conceito subjetivo de carga fiscal estaria diretamente relacionado ao grau de informação acerca dos impostos. Se não forem divulgados, os contribuintes não sentirão a sua incidência e, portanto, não oferecerão resistência.¹⁴²

Por último, sem pretender esgotar as formas de comportamento *rent-seeking*, menciona-se o fenômeno da corrupção como uma das condutas caçadoras de renda, em que há uma junção de forças de grupos específicos e de agentes públicos.

¹⁴¹ Recomenda-se a leitura de um estudo detalhado no que tange à comparação entre a tributação do capital adotada no Brasil e no resto do mundo. In: GOBETTI, Sérgio Wulff. *Tributação do capital no Brasil e no mundo* – texto para discussão TD 2380. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. 2018. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=33106&Itemid=433&fbclid=IwAR1StdSTegYg4Y7QZ_jDws7mkyYMT2XkVxzmtLGyKq9R0foeiesVjnOCvuo. Acesso em 25.01.2021.

¹⁴² KRIEGER, Aline; NASCIMENTO, Danielle. Gunter Schmölders. In: *Leituras Clássicas de Direito Tributário*. Op. Cit., p. 166-167.

É possível apontar um aspecto fundamental da relação entre o patrimonialismo, o clientelismo e a corrupção. A persistência de estruturas de dominação patrimonialista e do clientelismo legitimam formas de internalização da renda e da riqueza que estão calcadas na ausência de diferenciação entre o que é público e o que é privado.

As relações patrimonialistas têm como cerne a incorporação dos recursos do estado como recursos privados. Nas sociedades desenvolvidas institucionalmente e onde predominam as relações meritocráticas e competitivas de mercado, este tipo de ação dentro e fora do Estado é encarada como ilegal, passível de punição (é criminalizada) e, sobretudo, é vista como imoral.¹⁴³

4 – Rent-Seeking e Orçamento

O ciclo orçamentário, desde a elaboração das leis até a execução do orçamento, não está imune às ações dos caçadores de renda, que buscam interferir no processo de alocação dos recursos, com o fim de fazer prevalecer os seus interesses específicos. A natureza do processo orçamentário é intrinsecamente conflitiva, em que o governo se depara com uma restrição de recursos, os quais são disputados por diversos grupos politicamente representados nos Poderes Executivo e Legislativo.

Ao mencionar os estudos empíricos de Theobald¹⁴⁴, Marcos Fernandes traz a noção de “panelinha” (*little saucepan*), que se trata de uma forma de organização social que penetra todos os níveis da sociedade e, em especial, a vida econômica e a relação entre o público e o privado. Do ponto de vista econômico, a *little saucepan* é composta por advogados, empresários, funcionários públicos e políticos, não havendo necessariamente encontros formais entre seus membros e nenhum pacto explícito de mútua cooperação. A união do grupo depende mais da defesa dos interesses comuns dos participantes, que acabam travando uma relação cooperativa

¹⁴³ SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. *Op. Cit.*, p. 35.

¹⁴⁴ THEOBALD, R. *Corruption, development and underdevelopment*. Macmillan, 1990.

ao longo do tempo. Como existem outras panelinhas, é aconselhável pertencer a alguma para garantir a sobrevivência política e econômica.¹⁴⁵

No período anterior à Constituição de 1988, todo o processo orçamentário era conduzido pelo Executivo e implementado tecnicamente pelo Ministério do Planejamento. O processo de negociação de interesses e de atendimento às demandas de grupos de pressão era exercido sem nenhuma transparência. A Constituição de 1988 procurou tornar o processo orçamentário mais transparente e democrático, conferindo ao Legislativo um papel ativo na elaboração do orçamento, especialmente no que tange à atividade de controle.

No entanto, a Constituição não conseguiu, mesmo após mais de 30 (trinta) anos de vigência, enfrentar efetivos problemas operacionais relacionados ao processo orçamentário. Marcos Fernandes menciona o excesso de detalhamento das despesas e a prolixidade do orçamento, o que impede a transparência tão almejada pelo constituinte originário. Ademais, ainda não foi editada a lei de finanças públicas que regulamente o processo orçamentário, o qual permanece regulado por uma lei de 1964.¹⁴⁶ O orçamento não funciona efetivamente como instrumento de avaliação do desempenho dos programas públicos, embora formalmente a Constituição estabeleça como prioridade o critério de planejamento de gastos, o que pressupõe avaliação constante de projetos. E, ainda, no que se refere às leis orçamentárias:

O Plano Plurianual não tem seu nível de detalhamento especificado por lei e, na prática, o exame destes revela na verdade um grau de generalidade muito grande e uma falta de adequação macroeconômica (fato que deve ser levado em consideração dentro do planejamento). Estabelecem-se, por exemplo, prioridades vagas como combater a fome e não é apresentada nenhuma discussão técnica e formal acerca das restrições macroeconômicas diante de cenários alternativos; na verdade, não há nenhum planejamento.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias, por outro lado, aparentemente tornou-se um objeto de negociação de gastos ponto a ponto, de troca de

¹⁴⁵ SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. *Op. Cit.*, p. 86.

¹⁴⁶ Trata-se da Lei nº 4.320, de 17.03.1964.

favores representados por interesses diversos. As discussões em torno do orçamento geralmente alongam-se e o projeto de Lei do Orçamento é aprovado sem o devido exame de seus itens por parte do Congresso. É neste ponto que a análise da prática do processo orçamentário é fundamental. O processo orçamentário é absolutamente ininteligível e opaco e os conflitos clientelísticos e de interesses os mais diversos tornam-se difíceis de serem apreendidos, tanto por parte de parlamentares, como pela própria imprensa. Neste sentido, o controle social sobre o processo orçamentário é muito pequeno.

A transição do antigo processo orçamentário pré-1988, onde o Governo elaborava o orçamento e o Congresso apenas homologava-o, para o novo processo (que se inicia mesmo em 1989) foi, de fato, atabalhado. A inexistência de uma lei de finanças públicas e o descaso (e inclusive ignorância) da sociedade -parlamentares, imprensa, entidades em geral - com relação às questões orçamentárias, fez com que o orçamento apenas concretizasse, como era perfeitamente previsível, o corporativismo e o clientelismo. Estas formas de atuação social, esperava-se, seriam coibidas com a transparência implícita ao novo processo orçamentário. De fato, a transferência pura e simples das atribuições orçamentárias para o Legislativo apenas acentuou os vícios que se desejava evitar.¹⁴⁷

A aprovação recente de uma emenda constitucional trouxe à tona uma problemática relacionada à liberdade de conformação do legislador orçamentário. Conforme o modelo previsto na Constituição, o legislador orçamentário deve definir as prioridades demandadas pela sociedade, ano a ano, em sintonia, aliás, com a ideia de planejamento orçamentário. Segundo já dispunha José Afonso da Silva, em 1973, com a intervenção estatal na ordem econômica e social, o orçamento passou a ter novas funções, passou a ser um instrumento de programação econômica, de programação da ação governamental, em consonância com a economia global

¹⁴⁷ SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. *Op. Cit.*, p. 93 - 96.

da comunidade a que se refere. Visa a influir na economia global do país. É um instrumento de política fiscal, quando procura criar condições para o desenvolvimento nacional.¹⁴⁸

Não é demais realçar que a própria Constituição previu o princípio da anualidade, em seu artigo 165, inciso III¹⁴⁹, sendo certo que a ideia de periodicidade se baseia na caracterização dinâmica da ação estatal, que deve ser orientada no sentido da consecução do máximo nível de bem-estar para a comunidade, e, como as necessidades variam constantemente, deverá o Estado rever, a cada período, sua programação para ajustá-la às circunstâncias cambiantes e à inexorável dinâmica da realidade social. A periodicidade orçamentária importa uma limitação ao Executivo e se revela como um elemento de democracia.¹⁵⁰

Com a aprovação da Emenda Constitucional nº 95, de 15.12.2016, foi instituído o Novo Regime Fiscal, que trouxe o congelamento das despesas primárias (que excluem o pagamento dos serviços da dívida pública) por um período de 20 (vinte) anos, a partir das despesas realizadas no exercício de 2016. Ou seja, durante um longo período, o limite de despesas primárias em um exercício será a resultante do limite referente ao exercício imediatamente anterior corrigido pelo índice de variação da inflação, em que se exclui, por conseguinte, um aumento real das referidas despesas. Tal peculiaridade resultará, inevitavelmente, conforme alerta Ricardo Lodi Ribeiro “*na reserva para os credores do Estado de todo o crescimento econômico que o Brasil vier a conhecer nos próximos 20 anos*”.¹⁵¹

Ronaldo Jorge Araújo Vieira Junior traz, ainda, uma preocupação referente à violação ao princípio da separação dos Poderes, uma vez que o Novo Regime Fiscal estrangula e mitiga a independência e a autonomia financeira do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, e a autonomia financeira do Ministério Público da União e da Defensoria Pública da União, na medida em que impõe, na realidade, o congelamento de despesas primárias por vinte exercícios financeiros. A supressão da possibilidade de rediscutir, num universo de vinte anos, os limites

¹⁴⁸ SILVA, José Afonso da. *Orçamento-programa no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 41.

¹⁴⁹ Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

(...)

III – os orçamentos anuais.

¹⁵⁰ SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 132

¹⁵¹ RIBEIRO, Ricardo Lodi. *PEC 241: austeridade seletiva ou rent-seeking?* Revista Colunistas Direito do Estado, v. 277, 2016, p. 1-10.

de suas despesas primárias, retira da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, de todos os órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público da União e da Defensoria Pública da União o elemento central para o efetivo exercício de sua autonomia na elaboração de seu orçamento.¹⁵²

Questão tormentosa referente à atuação *rent-seeking* no processo orçamentário se relaciona à denominada “blindagem” dos serviços da dívida pública, dado que essa espécie de gasto se encontra fora da margem de deliberação do legislador orçamentário, em face de restrição constitucional, e, ainda, fora da possibilidade de contingenciamento durante a execução orçamentária.

Segundo Gilberto Bercovici e Fernando Massonetto, a Constituição Financeira, que deveria dar amparo à implementação dos direitos econômicos e sociais, acabou drenando para o pagamento dos juros da dívida pública grande parte da capacidade de o Estado intervir na economia em prol dos desvalidos, sem qualquer controle parlamentar (art. 166, § 3º, II, “b”, CF¹⁵³). Um dos objetivos fundamentais da República brasileira, que é o da redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, CF), ficou relegado a segundo plano. O déficit público defendido por autores como John Maynard Keynes e Michal Kalecki era o déficit público do pleno emprego. Hoje é o déficit público que garante a remuneração para o capital.¹⁵⁴

De fato, o referido dispositivo constitucional, trazido pelo próprio constituinte originário, veda a apresentação de emenda ao projeto da lei do orçamento que disponha sobre

¹⁵² VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. *As inconstitucionalidades do Novo Regime Fiscal instituído pela PEC nº 55, de 2016 (PEC nº 241, de 2016, na Câmara dos Deputados)*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, novembro/2016 (Boletim Legislativo nº 53, de 2016). Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/525609>. Acesso em 28.01.2021.

¹⁵³ Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum.

(...)

§ 3º As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso:

II – indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre:

a) dotações para pessoal e seus encargos;

b) serviço da dívida; (...)

¹⁵⁴ BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Fernando. *A Constituição Dirigente Invertida: A blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica*. Boletim de Ciências Econômicas XLIX. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2006, p. 2-23.

o serviço da dívida. Fernando Facury Scaff, utilizando o conceito trazido por Sandoval Alves da Silva¹⁵⁵, traz a noção de cláusula pétrea orçamentária, a saber:

Do conceito constitucional de cláusula pétrea pode-se retirar a noção de cláusula pétrea orçamentária, e que são aquelas que a Constituição brasileira veda à apreciação parlamentar, isto é, temas e valores sobre os quais o Poder Legislativo é proibido de deliberar no Projeto de Lei Orçamentária enviado pelo Poder Executivo, o que faz com que o texto enviado se transforme automaticamente em lei, em face do bloqueio constitucionalizado à apreciação parlamentar. Aqui há o deslocamento do legislador orçamentário do Poder Legislativo, seu *locus* primário, para o Poder Executivo, em face do bloqueio parlamentar à apreciação de certas matérias, podendo ocorrer que tal bloqueio possa atingir integralmente a capacidade deliberativa do legislador orçamentário, onde quer que ele se encontre.¹⁵⁶

Assim, os parâmetros decididos pelo Poder Executivo, relativos ao pagamento dos encargos da dívida, conjuntamente com os resultados primário e nominal previstos no Anexo de Metas Fiscais da Lei de Diretrizes Orçamentárias¹⁵⁷, permanece à margem do controle parlamentar durante o processo legislativo orçamentário. Aquilo que for decidido pelo Executivo será o que prevalecerá ao final, fato que, segundo Scaff, contraria os princípios democrático e republicano.¹⁵⁸

¹⁵⁵ SILVA, Sandoval Alves da. *O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 216.

¹⁵⁶ SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual – ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 325.

¹⁵⁷ SCAFF, Fernando Facury. *Op. Cit.*, p. 355, em que o autor assevera que “no caso brasileiro tal segurança é explicitada na Constituição, sob a forma de uma das cláusulas pétreas orçamentárias, que afasta do controle democrático a deliberação sobre o pagamento do serviço da dívida pública, deixando tal decisão circunscrita ao Anexo de Metas Fiscais contido na Lei de Diretrizes Orçamentárias anual, por força de Lei de Responsabilidade Fiscal, o que veicula a meta de superávit primário, isto é, o montante que deve ser pago anualmente pelo serviço da dívida, o que permite que o governo contingencie orçamentariamente em busca dessa meta. No Brasil, em 2016, foi declarado o *impeachment* de uma Presidente da República por não ter sido buscada essa meta de superávit primário”.

¹⁵⁸ SCAFF, Fernando Facury. *Crédito Público e Sustentabilidade Financeira*. Revista Direito à Sustentabilidade – UNIOESTE, v.1, n. 1, 2014, p. 34-47.

Da mesma forma em que se afasta a ampla deliberação parlamentar referente ao serviço da dívida na tramitação do processo legislativo, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), em seu artigo 9º, § 2º¹⁵⁹, faz uma “blindagem” nesta direção, só que durante a execução orçamentária.

Caso a previsão da receita orçamentária não se concretize, os Poderes e órgãos autônomos deverão promover a respectiva limitação de empenho e movimentação financeira, conhecida rotineiramente como “contingenciamento”. Isto é, deve-se bloquear as despesas contratadas e empenhadas. Ocorre que o § 2º do referido artigo 9º da LRF traz um rol em que excepciona determinados gastos do contingenciamento, dentre eles, destacam-se “*as despesas destinadas ao pagamento do serviço da dívida*”.

Assim, os pagamentos do serviço da dívida possuem uma dupla “blindagem”: durante a aprovação da lei de orçamento e durante a execução orçamentária, fenômeno denominado por Scaff de “*cláusula pétrea orçamentária reforçada*”. E prossegue, ao afirmar que “*torna-se juridicamente impossível contingenciar o pagamento do serviço da dívida, mas é possível contingenciar gastos sociais, além do mínimo vinculado, o que se revela de grande injustiça fiscal*”.¹⁶⁰

Constata-se, por conseguinte, uma ampla supremacia de um grupo específico – os credores financeiros – em detrimento do interesse de todos, ou seja, do interesse público, o que vai de encontro aos fundamentos de um orçamento republicano, em que os objetivos fundamentais dispostos no artigo 3º da Constituição da República – a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; o desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da

¹⁵⁹ Art. 9º Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias.

§ 1º No caso de restabelecimento da receita prevista, ainda que parcial, a recomposição das dotações cujos empenhos foram limitados dar-se-á de forma proporcional às reduções efetivadas.

§ 2º Não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias.

¹⁶⁰ Op. Cit., p. 362.

marginalização, além da redução das desigualdades sociais e regionais - deveriam prevalecer em face dos interesses do capital.

5 – Considerações finais

Buscou-se, a partir da ideia de *rent-seeking*, trazer a lume os seus principais elementos caracterizadores, quais sejam, a ineficiência de mercado, a existência de grupos de interesse, a transferência de renda e a destruição de parcela da riqueza gerada, esta última conhecida como “peso morto”.

A noção de concorrência perfeita, trazida por Adam Smith, somente é possível de concretização se houver uma efetiva liberdade de comércio e produção. Ocorre que os agentes, ao procurarem maximizar os seus lucros, contribuem para o surgimento das ineficiências de mercado.

Dado que as ineficiências carecem de regulação, surgem os grupos de interesse, dispostos a interferir nesta atividade típica de Estado. O monopólio é um exemplo típico de ineficiência, que provoca a transferência de renda dos consumidores para o monopolista, além de destruir parcela da riqueza criada, com o deslocamento dos recursos para atividades improdutivas.

A atividade *rent-seeking* pode assumir formas variadas, oriundas de condutas dos agentes privados, do próprio Estado, ou, ainda, da junção dos esforços de ambos. O que todas elas têm em comum é que, invariavelmente, irão gerar ineficiência, má alocação e desperdício de recursos, além da redução do bem-estar social.

Tratando-se o orçamento de um instrumento de alocação de recursos, e dado que estes são escassos, também não está imune à ação dos caçadores de renda. Tal ação se encontra presente durante todo o ciclo orçamentário, desde a aprovação das leis orçamentárias até a execução do orçamento, sem deixar de fora os órgãos de controle externo.

A aprovação da Emenda Constitucional nº 95, de 15.12.2016, que instituiu o Novo Regime Fiscal, constituiu uma típica atividade de *rent-seeking*, tendo em vista que reservou para os credores do Estado todo o crescimento econômico que o Brasil vier a conhecer pelos próximos 20 (vinte) anos.

Da mesma forma, a dupla “blindagem” dos serviços da dívida pública acaba por privilegiar o interesse dos credores financeiros em detrimento do interesse público. Assim, a Constituição Financeira passa a ter prevalência sobre a Constituição Social-Econômica, ou seja, sobre os direitos sociais e sobre os objetivos fundamentais previstos no artigo 3º da Constituição da República.

Referências bibliográficas

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Fernando. *A Constituição Dirigente Invertida: A blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica*. Boletim de Ciências Econômicas XLIX. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2006.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Adam Smith*. In: *Leituras Clássicas de Direito Tributário*. Coordenadores Carlos Alexandre de Azevedo Campos, Denise Lucena Cavalcante, Paulo Caliendo. Salvador: JusPodivm, 2018.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. *O modelo de financiamento eleitoral e sua legitimidade constitucional*. Revista Consultor Jurídico, 2018.

DEBBASCH, Charles. *Administration et Administrés en Europe*. Paris: Centre National de La Recherche Scientifique, 1984.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Limites do Controle Externo da Administração Pública – Ainda é possível falar em discricionariedade administrativa?* In: Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Belo Horizonte, ano 11, n. 42, jul./set., 2013.

FURTADO, Celso. *A pré-revolução brasileira*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1962.

GOBETTI, Sérgio Wulff. *Tributação do capital no Brasil e no mundo – texto para discussão TD 2380*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. 2018.

HENRIQUES, Alvaro Dutra. *Dissertação de Mestrado - A economia política da inovação e competitividade no Brasil*. Brasília: UNB, 2014.

KRIEGER, Aline; NASCIMENTO, Danielle. *Gunter Schmölders*. In: *Leituras Clássicas de Direito Tributário*. Coordenadores Carlos Alexandre de Azevedo Campos, Denise Lucena Cavalcante, Paulo Caliendo. Salvador: JusPodivm, 2018.

KRUEGER, Anne. *The political economy of rent-seeking*. In: “American Economic Review”, 64, 1974.

MONZONI NETO, Mario Prestes. *Dissertação de Mestrado – “Caçadores de Renda: uma investigação sobre a Teoria do Rent Seeking”*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas - Escola de Administração, 2001.

OLSON, Mancur. *The Logic of Collective Action*. 20th printing. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 2002.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; MARÇAL, Thaís. *Compliance e nexos de causalidade nas leis de improbidade administrativa e anticorrupção*. Revista Consultor Jurídico. 06.01.2021.

PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio S. de; TONETO JR, Rudinei. *Manual de Economia – Equipe de professores da USP*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. *PEC 241: austeridade seletiva ou rent-seeking?* Revista Colunistas Direito do Estado, v. 277, 2016.

SCAFF, Fernando Facury. *Crédito Público e Sustentabilidade Financeira*. Revista Direito à Sustentabilidade – UNIOESTE, v.1, n. 1, 2014.

_____. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual – ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SILVA, José Afonso da. *Orçamento-programa no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. *A economia política da corrupção: o escândalo do orçamento*. São Paulo: FGV EAESP, 1995.

SILVA, Sandoval Alves da. *O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos*. Salvador: Juspodivm, 2016.

SMITH, Adam. *The Wealth of Nations*. Nova Iorque: P. F. Collier, 1902.

STIGLITZ, Joseph. *O preço da desigualdade*. Título Original: *The Price of Inequality*. Tradução: Dinis Pires. Lisboa: Bertrand Editora, 2014.

TESSEROLLI, Eduardo Ramos Caron; KLEIN, Vinicius. *Rent-seeking e grupos de interesse*. In: *Análise Econômica do Direito: justiça e desenvolvimento*. Organizadores: Marcia Carla Pereira Ribeiro, Victor Hugo Domingues, Vinicius Klein. Curitiba: CRV, 2016.

THEOBALD, R. *Corruption, development and underdevelopment*. Macmillan, 1990.

TROSTER, Roberto Luís. *Estruturas de Mercado*. In: PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio S. de; TONETO JR, Rudinei. *Manual de Economia – Equipe de professores da USP*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

TULLOCK, Gordon. *The welfare costs of tariffs, monopolies, and theft*. In: “Western Economic Journal”, 5, 1967.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. *As inconstitucionalidades do Novo Regime Fiscal instituído pela PEC nº 55, de 2016 (PEC nº 241, de 2016, na Câmara dos Deputados)*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, novembro/2016 (Boletim Legislativo nº 53, de 2016).

O Federalismo por Cooperação no Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico: Saudades do que ainda não vivemos

Augusto Neves Dal Pozzo

Professor de Direito Administrativo e Fundamentos de Direito Público da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor do Curso de Especialização em Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos da Infraestrutura (IBEJI). Sócio-fundador do Dal Pozzo Advogados. Advogado e Parecerista.

Thaís Marçal

Advogada e árbitra listada no CBMA, CAMES e CAMESC. Mestre em Direito pela UERJ. Coordenadora acadêmica da ESA OAB/RJ. Membro do Fórum de Probidade Administrativa e Transparência Pública da EMERJ. Membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Membro do Instituto de Direito Administrativo Sancionador Brasileiro (IDASAN).

O saneamento básico no Brasil é dívida histórica que pretende ser prioridade de pagamento pelo atual Governo do Estado do Rio de Janeiro. Tal ideário levou o Executivo a estudar novas formas de atuação do Estado como agente propulsor do setor. Em diversas localidades, conclui-se que a sua execução por meio de empresas estatais não seria mais a modelagem adequada para a realidade atual.

Diante desta inequívoca realidade, desde 2017, o BNDES passou a elaborar projetos de desestatizações. Mais recentemente, houve a promulgação de nova lei federal do setor, qual seja, a Lei nº 14.026/2020, posteriormente, regulamentada por meio do Decreto nº 10.588/2020. Conhecida como o “Novo Marco Legal”, trouxe inovações, como a regulação referencial da Agência Nacional de Águas (ANA) e a submissão das companhias estaduais ao regime de

competição. Mas, acima de tudo, o Novo Marco aposta na prestação regionalizada e na cooperação federativa com mais ênfase do que o fazia o marco promulgado em 2007.

A complexidade intercurricular do tema está diretamente imbrincada a diversos pontos polêmicos que se encontram referenciados nos novos diplomas legislativos referidos. Um tópico que merece grande destaque diz respeito exatamente à distribuição das competências federativas. Em síntese, consolidou-se o entendimento de que a competência em matéria de saneamento básico seria da municipalidade, salvo em caso de Região Metropolitana, nos termos do art. 25, § 3º, do Texto Constitucional. Ungido dessa ideia, o Novo Marco Legal do Saneamento entendeu por instituir mecanismos de indução à adoção de práticas uniformes em matéria regulatória, tendo como paradigma primário os regulamentos editados pela União Federal.

Em interessante texto, Rodrigo Mascarenhas¹⁶¹ questiona se o legislador federal não estaria extrapolando seus poderes regulamentares e esvaziando, por via transversa, a autonomia federativa ao condicionar o repasse de recursos à adoção dos diplomas federais, ao adotar postura ampliativa do que seriam as diretrizes gerais sobre a matéria. Igualmente instigante a avaliação de André Cyrino¹⁶² ao afirmar que as normas de referência informam o que convencionou designar de padrões nacionais de regulação com vistas, em síntese, a instituir aparato normativo para viabilizar a meta de universalização de saneamento básico em uma espécie de *soft law* federativa.

Aqui, propõe-se adoção daquela que se apresenta como a forma nuclear de investigação de qualquer proposta jurídica vigorosa: a interpretação conforme à Constituição Federal. Por essa ótica, deve-se preservar a autonomia federativa, de forma que as diretrizes impostas na nova lei de saneamento devem ser lidas como instrumento de concretização do federalismo cooperativo.

¹⁶¹ MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. A Ana e a Federação por Água Abaixo: notas sobre o novo marco legal do saneamento. Disponível em: [A Ana e a Federação por Água Abaixo: notas sobre o novo marco legal do saneamento. \(direitodoestado.com.br\)](http://direitodoestado.com.br). Acesso em 4/1/2021

¹⁶² CYRINO, André. A nova Agência Nacional de Águas e as normas de referência: soft law federativo? Disponível em: [A nova Agência Nacional de Águas e as normas de referência: soft law federativo? | JOTA Info](http://jota.info). Acesso em 4/1/2021.

Logo, sempre que a peculiaridade regional ou local impuser razões de ordem prática para a impossibilidade de cumprimento das normas de referência, descabe à União Federal limitar o repasse de verba à obediência destas. Ou seja: a regra geral é que, em prol da segurança jurídica, a premissa seja de cumprimento da regulação federal, militando em face daquele ente que pretende o *distinguishing* de sua situação concreta o ônus probatório da comprovação de suas alegações.

Impõe-se, neste contexto, que haja deferência judicial à análise da Agência Reguladora sobre a casuística da excepcionalidade, tendo em vista ser a titular de capacidade técnica para exercer tal desiderato. Por essa razão, que o olhar deve se focar na fundamental importância de opções técnicas dos dirigentes de agências reguladoras, pois somente assim lhe será legitimada a deferência que lhe deve ser tão cara ao cumprimento da missão institucional que lhe foi atribuída. O *discrímen* da escolha do agente público que integrará o órgão regulador, o fortalecimento institucional das agências e a edição de atos reguladores é que lhe garantirão a deferência dos atores sociais regulados, bem como daqueles que sofrem os efeitos indiretos da regulação.

Tais cometimentos serão fundamentais para granjear-se a tão esperada universalização do serviço, que depende, justamente, de atuação pautada pela técnica e pela limitação de interferências políticas desacertadas. Mais do que isso, é preciso avançar e favorecer o vanguardismo da gestão regionalizada, sem fechar os olhos para os casos em que a titularidade continuará a ser exercida pelos Municípios. Seja como for, é chegada a hora de se apostar em instrumentos como os consórcios públicos, e nos novos mecanismos, como as microrregiões, os blocos de referência e as unidades de saneamento, como forma de impulsionar o saneamento em escala compatível com o infeliz atraso do país em entregar saneamento de qualidade aos seus cidadãos, de maneira a suprir o desastroso déficit de infraestrutura social do país, atingindo-se, assim, o pleno desenvolvimento nacional.

RESSARCIMENTO BASEADO EM DECISÃO DO TCU

146

Benjamin Zymler

Ministro no Tribunal de Contas da União. Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília (UnB). Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e em Engenharia Elétrica pelo Instituto Militar de Engenharia (IME).

Daniel Miranda Barros Moreira

Especialista em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. Graduado em Direito pela Universidade de Brasília e em Engenharia Civil Aeronáutica pelo Instituto Tecnológico de Aeronáutica.

Resumo: Nos últimos quatro anos, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem revisitado sua jurisprudência no tocante à existência, ou não, de prazo prescricional para as ações de ressarcimento do erário, tema bastante importante para o Tribunal de Contas da União, pois, a depender da conclusão a que se chegue, a forma de atuação da Corte de Contas sofrerá significativas alterações e impactará os processos em curso, como os decorrentes da Operação “Lava Jato”. Abandonou-se o entendimento que vinha sendo replicado a partir do MS 26.210/DF (julgado em 4/9/2008, Rel. Min. Ricardo Lewandowski), no sentido de ser a ação de ressarcimento imprescritível, passando-se a entender que “*é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas*”, tese assentada no julgamento da repercussão geral contida no RE 636.886/DF. A partir desse julgamento paradigmático, instalou-se grande divergência no meio jurídico acerca da norma a ser aplicada e dos contornos a serem dados ao tema – marco regulatório de extrema importância, pois definirá prazo prescricional (trienal, quinquenal ou decenal), causas de interrupção, termo inicial da contagem (*dies a quo*), dentre outros assuntos relevantes. Se, por um lado, parece não haver consenso entre os Ministros do STF sobre a norma aplicável, por outro, começam a ser

julgados Mandados de Segurança com soluções antagônicas – um deles inclusive de forma monocrática (caso do MS 34.467/DF), sob o fundamento de que a matéria é objeto de jurisprudência consolidada do Pretório Excelso (art. 205 do RISTF) –, circunstância que coloca em risco a segurança jurídica.

Palavras-Chave: Direito Administrativo. Ação de Ressarcimento. Dano ao Erário. Prescrição. STF. TCU.

Sumário: 1. Introdução. 2. Evolução recente da jurisprudência do STF. 2.1 Tese 666 - É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil. 2.2 Tese 897 - São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. 2.3 Tese 899 - É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas. 3. Possíveis Interpretações do RE 636.886/AL. 3.1 Não atinge os processos de controle externo. 3.2 Prescrição da ação de ressarcimento. 3.2.1. Prazo quinquenal. 3.2.2. Prazo decenal. 3.2.3. Prazo quinquenal a partir da data do conhecimento do fato. 4. Consequências.

1. Introdução

Criado com a finalidade de impor regras aplicáveis a todos os atores sociais, o Estado do Direito tem como um de seus pilares centrais a segurança jurídica, que, no caso do direito de ação, tem como consectário as regras prescricionais. Almeja-se, com o instituto da prescrição, a estabilização das relações sociais e jurídicas em face da inércia do detentor original do direito. A imprescritibilidade, por se opor à ideia de segurança jurídica, é exceção, sendo admitida em direito apenas quando expressamente prevista e autorizada na Constituição ou na lei.

Exemplos podem ser citados. A Constituição Federal admitiu a imprescritibilidade para sanções decorrentes dos crimes de racismo (art. 5º, inciso XLII) e ação de grupos armados,

civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, inciso XLIV). O fato de a Constituição ter dito expressamente quais ações seriam imprescritíveis faz presumir, a contrário senso, a regra geral da prescritibilidade. A discussão acerca da existência, ou não, de prazo prescricional para as ações de ressarcimento ao erário passa necessariamente pela interpretação da parte final do art. 37, § 5º, da Constituição Federal.

§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

A bem da verdade, desde o advento da Constituição de 1988 existe divergência doutrinária consistente em saber se, a partir dessa redação, as ações de ressarcimento foram gravadas com a cláusula da imprescritibilidade. A análise histórica guarda sua importância no caso concreto, pois, tanto o projeto substitutivo sugerido pela Comissão de Sistematização do Congresso Nacional quanto aquele que foi efetivamente examinado pelo Plenário no início do primeiro turno de votação, continham a expressa ressalva da imprescritibilidade.

Substitutivo 2 (18/9/1987) da Comissão de Sistematização¹⁶³:

[art. 43] § 4º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento, que serão imprescritíveis.

Projeto A (24/11/1987) - Plenário (início do primeiro turno)¹⁶⁴:

[art. 44] § 4º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos

¹⁶³ Este Substitutivo pode ser consultado no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados no endereço: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-242.pdf>, data de consulta: 3/9/2020.

¹⁶⁴ Quadro comparativo disponível no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados no endereço: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-298.pdf>, data de consulta: 3/9/2020.

ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento, que serão imprescritíveis.

A mudança para a redação atual só ocorreu após o debate que antecedeu a votação no primeiro turno.

A partir dessa mudança redacional, a doutrina passou a divergir quanto à melhor interpretação a ser dada. De um lado estão aqueles que advogam a tese de que, se a intenção fosse manter a imprescritibilidade das ações de ressarcimento, não haveria razão para modificar o texto constitucional. De outro, estão os defensores de que haveria uma redundância na redação original, sendo o ajuste mera correção dessa imprecisão.

Como exemplo da primeira posição, Hely Lopes Meirelles afirmava que *"a prescrição das ações a favor ou contra a Fazenda Pública rege-se pelos princípios do Código Civil, salvo as peculiaridades estabelecidas em leis especiais"*¹⁶⁵. Também defendem a prescritibilidade da ação de ressarcimento: Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶⁶ e Ada Pellegrini Grinover¹⁶⁷.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁶⁸ encontra-se entre aqueles que defendem a segunda posição:

São, contudo, imprescritíveis, as ações de ressarcimento por danos causados por agente público, seja ele servidor público ou não, conforme estabelece o art. 37, § 5º, da Constituição. Assim, ainda que para outros fins a ação de improbidade esteja prescrita, o mesmo não ocorrerá quanto ao ressarcimento dos danos.

José Afonso da Silva também apresenta entendimento semelhante¹⁶⁹:

¹⁶⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 623.

¹⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 1060.

¹⁶⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ação de improbidade administrativa: decadência e prescrição**. Interesse Público, ano 8, n. 33, 2005.

¹⁶⁸ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 20ª edição. Editora Atlas. São Paulo, 2007, pag. 789.

¹⁶⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ª edição. São Paulo: Malheiros. p. 574.

A prescritibilidade, como forma de perda da exigibilidade de direitos, pela inércia de seu titular, é um princípio geral do Direito. Não será, pois, de estranhar que ocorram prescrições administrativas sob vários aspectos, quer quanto às pretensões de interessados em face da Administração, quer quanto às desta em face de administrados. Assim é especialmente em relação aos ilícitos administrativos. Se a Administração não toma providências para sua apuração e responsabilização do agente, sua inércia gera a perda do *ius persecuendi*. É o princípio que consta do art. 37, § 5º, que dispõe: (...) Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito; não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização do prejuízo causado ao Erário. É uma ressalva constitucional – e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus non succurrit ius*). Deu-se, assim, à Administração inerte o prêmio da imprescritibilidade, na hipótese considerada.

A divergência também existia no âmbito do TCU. No Acórdão 8/1997-Segunda Câmara (Rel. Min. Adhemar Paladini Ghisi), chega-se à seguinte conclusão quanto à matéria:

a) as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim de toda e qualquer ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, sujeitam-se à prescrição quinquenal, com fundamento no Decreto 20.910/1932;

b) as dívidas ativas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim toda e qualquer ação movida pela Fazenda federal, estadual ou municipal, regem-se pela prescrição vintenária prevista no antigo Código Civil;

c) as dívidas ativas ou passivas da União, dos Estados e dos Municípios, não sujeitas às prescrições ordinárias ou gerais elencadas nas alíneas "a" e "b" supra, sujeitam-se às denominadas prescrições especiais ou mais curtas, disciplinadas em legislações próprias e específicas.

Durante alguns anos, foi majoritária no TCU a tese de que as ações de ressarcimento ao erário estavam sujeitas ao prazo vintenário previsto no Código Civil (Acórdãos 11/1998-Segunda Câmara, e 71/2000-Plenário). Entretanto, a partir de 2001 ganhou força o entendimento contrário, ou seja, de que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis. A questão restou pacificada, por anos, com o julgamento proferido pelo STF no Mandado de Segurança 26.210/DF (Rel. Min. Ricardo Lewandowski), que examinou o caso de um bolsista do CNPq que não retornou ao país após a conclusão de doutorado na Inglaterra.

Para o Relator, que foi acompanhado por todos os demais Ministros do STF, à exceção do Min. Marco Aurélio, considerando ser a tomada de contas especial um processo administrativo que visa a identificar responsáveis por danos causados ao erário e a determinar o ressarcimento do prejuízo apurado, aplica-se no caso a parte final do art. 37, § 5º, da Constituição. Portanto, as ações de ressarcimento ao erário seriam imprescritíveis.

A partir desse julgado, em razão dos reiterados julgamentos no TCU sobre o tema, editou-se a Súmula TCU 282 com o seguinte teor: “*As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis.*”

2. Evolução recente da jurisprudência do STF

2.1 Tese 666 - É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil.

Em janeiro de 2012 chegou ao STF, por meio do Recurso Extraordinário 669.069 (Rel. Min. Teori Zavascki), uma ação judicial em que se discutia a prescritibilidade da ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil. O caso concreto dizia respeito a danos causados a um veículo da Marinha do Brasil por um ônibus de propriedade privada (colisão esta ocorrida em rodovia federal). O fato ocorreu em outubro de 1997 e a ação foi ajuizada em novembro de 2008. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região reconheceu estar prescrita (prazo quinquenal) a ação de ressarcimento de danos materiais promovida com fundamento em acidente de trânsito, com fundamento no princípio da isonomia e no art. 1º do Decreto 20.910/1932.

A Fazenda Pública (AGU) refutava a tese da prescritibilidade afirmando que as ações de ressarcimento ao erário são imprescritíveis por expressa previsão do art. 37, § 5º da CF/88. Os principais argumentos utilizados pelo STF no julgamento foram:

i) A prescritibilidade é a regra no Direito brasileiro, ou seja, em regra, as pretensões indenizatórias estão sujeitas a prazos de prescrição. Para que uma pretensão seja imprescritível, é indispensável que haja previsão expressa neste sentido;

ii) O § 5º do art. 37 da CF/88 deve ser lido em conjunto com o § 4º, de forma que as ações imprescritíveis, em princípio, referem-se apenas aos casos de improbidade administrativa;

iii) Se fosse realizada uma interpretação ampla da ressalva final contida no § 5º, isso faria com que toda e qualquer ação de ressarcimento movida pela Fazenda Pública fosse imprescritível, mesmo as fundadas em ilícitos civis que sequer decorrem de dolo ou culpa;

iv) A prescrição é um instituto importante para se garantir a segurança e estabilidade das relações jurídicas e da convivência social. É uma forma de se assegurar a ordem e a paz na sociedade; e

v) A ressalva contida na parte final do § 5º do art. 37 da CF/88 deve ser interpretada de forma estrita e não se aplica para danos causados ao Poder Público por força de ilícitos civis.

Ao final, após negar provimento ao recurso da AGU, restou assentada a seguinte tese: “*É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil*”. Interessante que não foi fixado qual seria o prazo prescricional, mas o Relator (Min. Teori Zavascki) defendeu o prazo trienal previsto no Código Civil para a reparação civil:

Assim, até 31 de dezembro de 2002, estava a demanda em questão submetida ao prazo prescricional vintenário, ficando, a partir de 1º de janeiro de 2003, imediatamente sujeita às regras prescricionais da nova codificação, que, segundo o art. 206, § 3º, V, é de três anos em matéria de reparação civil. Como a presente ação foi ajuizada pela União apenas em 2008, isto é, quando ultrapassado o derradeiro marco para a

deflagração da medida judicial (1º/1/2006), deve ser reconhecida a prescrição do direito de exercê-la.

Esse prazo trienal não tinha unanimidade entre os Ministros do STF. Alguns magistrados defendiam lapsos quinquenais (regras de direito público), outros decenais (prazo geral do novo Código Civil). Ao final, como essa questão não foi aduzida no recurso da Fazenda Pública, por força do princípio devolutivo a decisão quanto ao lapso temporal foi deixada para outro momento. Eis alguns diálogos:

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ou talvez, se Vossa Excelência me permitir, utilizando o item II da ementa do acórdão recorrido, que diz o seguinte: ele fala claramente em prescrição quinquenal, quer dizer, aplica-se a prescrição quinquenal aos ilícitos de natureza civil.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas não necessariamente, porque, neste caso específico, ela não é quinquenal, porque incidiu o Código Civil. Aliás, o meu sentimento é que aquilo que nós estamos chamando de imprescritibilidade, nós aplicássemos o maior prazo de prescrição do direito brasileiro, hoje, do Código Civil, que é dez anos. (...) Então, eu tenderia a, em vez de tratar como imprescritível, dizer que a prescrição seria de dez anos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Aqui, uma observação também sobre prazo. A Lei nº 9.494, no artigo 1º, alínea 'c', e não é o Código Civil, dispôs: "Prescreverá em cinco anos", que é para manter, digamos assim, a isonomia com o decreto, com aquele decreto [Decreto 20.910/1932]... Ela prescreve em cinco anos o direito de obter indenização de danos causados.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas, Ministro Fux, eu proporia, porque o prazo de prescrição é uma questão infraconstitucional. Eu acho que nós temos que dizer que é prescritível.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: É infraconstitucional. Basta falar se é prescritível ou não. E a lei define os prazos.

Aqui cabe uma observação: o STJ¹⁷⁰, em situação semelhante (acidente de trânsito), manifestou-se favoravelmente ao prazo quinquenal para as ações de ressarcimento ao erário. O fundamento seria o Decreto 20.910/1932, aplicável não apenas quando a Fazenda Pública é devedora, mas também quando é credora.

No âmbito do TCU, após questionamentos dos jurisdicionados, a Corte de Contas assentou o entendimento de que a tese fixada pelo STF no RE 669.069 (Repercussão Geral 666), que trata da incidência da prescrição nos débitos com a União decorrentes de ilícitos civis, não alcança prejuízos que decorram de ilícitos administrativos, como a não comprovação da regular gestão de recursos públicos, que são imprescritíveis (Acórdãos 5.928/2016-Segunda Câmara, 5.939/2016-Segunda Câmara, 232/2017-Primeira Câmara, 11.228/2017-Primeira Câmara e 2910/2016-Plenário).

2.2 Tese 897 - Imprescritibilidade das ações de ressarcimento decorrentes de ato doloso de improbidade

O caso concreto dizia respeito à realização, por um município paulista, de convite para a venda de dois veículos. O valor mínimo da oferta correspondia ao preço de avaliação que, por sinal, era inferior àquele praticado no mercado. Ao final, houve um prejuízo de R\$ 7,9 mil. Por essa razão, o ex-prefeito e a equipe responsável pela avaliação dos automóveis foram denunciados pela prática de atos de improbidade que causam dano ao erário e que atentam contra os princípios da administração pública. O Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu a ocorrência de prescrição quanto aos réus ex-servidores públicos, sob o fundamento de que a

¹⁷⁰ STJ. 2ª Turma. AgRg no AREsp 768.400/DF, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 03/11/2015. Eis trecho da ementa do julgado:

“(...) 4. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a prescrição contra a Fazenda Pública é quinquenal, mesmo em ações indenizatórias, uma vez que é regida pelo Decreto 20.910/32, norma especial que prevalece sobre lei geral. (...)”

5. O STJ tem entendimento jurisprudencial no sentido de que o prazo prescricional da Fazenda Pública deve ser o mesmo prazo previsto no Decreto 20.910/32, em razão do princípio da isonomia. (...)”

ação disciplinar prescreve em cinco anos, sendo que os fatos ocorreram em 26/04/1995 e 21/11/1995, enquanto que ação foi interposta em 3/7/2001.

O Ministério Público de São Paulo interpôs Recurso Extraordinário 852.475/SP, alegando, no mérito, ofensa ao art. 37, § 5º, da Constituição Federal, pois, mesmo que se considerassem prescritas as penas previstas na Lei 8.429/1992, esta prescrição não alcançaria o ressarcimento do erário. Em placar bastante apertado (6 a 5), os Ministros do STF decidiram dar parcial provimento do recurso extraordinário para (i) afastar a prescrição da sanção de ressarcimento e (ii) determinar que o tribunal recorrido, superada a preliminar de mérito pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento por improbidade administrativa, aprecie o mérito apenas quanto à pretensão de ressarcimento. Foi fixada a seguinte tese: “*são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato **doloso** tipificado na Lei de Improbidade Administrativa*”.

Votaram pela prescritibilidade: Alexandre de Moraes, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio.

Votaram pela imprescritibilidade (tese vencedora): Edson Fachin, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Celso de Mello, Luiz Fux e Luís Roberto Barroso.

É importante realçar que os Ministros Luiz Fux e Luís Roberto Barroso inicialmente votaram a favor da prescritibilidade. No entanto, ao longo da discussão revisaram o posicionamento e alteraram o entendimento, votando a favor da tese da imprescritibilidade.

Antes de explicitar os fundamentos, é importante ressaltar que atualmente existem quatro tipos de atos de improbidade administrativa: os que importam enriquecimento ilícito, os que causam prejuízo ao erário, os decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário e os que atentam contra princípios da administração pública. De acordo com a pacífica jurisprudência do STJ, vale ressaltar que apenas o ato de improbidade que causa prejuízo ao erário admite conduta culposa do agente público/terceiro. Os demais somente podem ser cometidos a título doloso.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) recentemente foi alterada pela Lei 13.655/2018, com destaque para a previsão segundo a qual o agente público

responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro (art. 28). Aparentemente essa inovação tem potencial de atingir tão somente os atos de improbidade administrativa que causam dano ao erário, dado ser a única hipótese que admite a modalidade culposa.

Contudo, é importante ressaltar que os Tribunais Superiores ainda não se pronunciaram sobre o tema, mas a doutrina vem divergindo quanto aos reflexos da LINDB na Lei de Improbidade Administrativa (LIA). Basicamente surgiram as seguintes posições: i) pelo critério da especialidade (art. 2º, § 2º, da LINDB), a LIA não é derogada pela LINDB; ii) em sentido diametralmente oposto, pelo critério temporal (art. 2º, § 1º, da LINDB), somente se pode imputar ato de improbidade administrativa culposos de dano ao erário caso esteja demonstrado o erro grosseiro/culpa grave, não sendo suficiente a presença de culpa simples; iii) inconstitucionalidade do art. 28 da LINDB, eis que o art. 37, § 6º, da CF assegura a ação de regresso em qualquer espécie de culpa; e iv) o art. 28 da LINDB regula somente o direito sancionador da Administração Pública, não incidindo sobre a reparação civil (caso do ressarcimento ao erário).

A partir desse julgamento, pode-se extrair as seguintes conclusões favoráveis à tese da imprescritibilidade das ações de ressarcimento decorrentes de ato doloso de improbidade a saber: i) o texto constitucional é expresso ao prever a ressalva da imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário (art. 37, § 5º, da CF); ii) a improbidade administrativa consiste em uma imoralidade qualificada, razão pela qual mereceu tratamento especial por parte Poder Constituinte ao prever as consequências jurídicas, sem prejuízo da legislação ordinária especificar os atos reprováveis e a gradação da resposta estatal (art. 37, § 4º, da CF); c) se por um lado os itens anteriores justificam a imprescritibilidade, é certo que a convivência harmônica com o princípio segurança jurídica restringe esse regime de exceção a um grupo específico de ilícitos, ou seja, àqueles de maior gravidade (atos dolosos).

2.3 Tese 899 - É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas.

Trata-se do Recurso Extraordinário 636.886/AL interposto pela União contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que reconheceu a prescrição intercorrente durante a

execução de acórdão proferido pelo TCU. No caso concreto, depois de não encontrar bens do responsável passíveis de constrição, a execução fiscal foi suspensa pelo prazo de 1 ano, período no qual não há contagem do prazo de prescrição (art. 40 da Lei 6.830/1980).

Após, os autos foram arquivados, tendo permanecido nessa situação por cinco anos sem que a Fazenda Pública adotasse qualquer diligência tendente a obter a satisfação de seu crédito. Isso levou as instâncias ordinárias a reconhecerem a prescrição intercorrente com fulcro no art. 40, § 4º, da Lei 6.830/1980, c/c art. 174 do CTN. Lembro neste ponto que a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

No Recurso Extraordinário, a União alegou a ofensa ao art. 37, § 5º, da CF/88, porque não se aplicaria o art. 40, § 4º da Lei 6830/1980 (decretação de prescrição de ofício) às execuções de título extrajudicial propostas com supedâneo em acórdão do TCU que descortinam, em última análise, a existência do dever de ressarcimento ao erário (imprescritível). Contudo, a tese não foi aceita pelos Ministros do STF, de modo que o recurso foi desprovido.

Por conseguinte, o Pretório Excelso assentou a seguinte tese: “*é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas*”¹⁷¹.

¹⁷¹ Eis trecho da ementa do julgado:

“*CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. EXECUÇÃO FUNDADA EM ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESCRITIBILIDADE.*

1. *A regra de prescritibilidade no Direito brasileiro é exigência dos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal, o qual, em seu sentido material, deve garantir efetiva e real proteção contra o exercício do arbítrio, com a imposição de restrições substanciais ao poder do Estado em relação à liberdade e à propriedade individuais, entre as quais a impossibilidade de permanência infinita do poder persecutório do Estado.*

2. *Analizando detalhadamente o tema da “prescritibilidade de ações de ressarcimento”, este SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL concluiu que, somente são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa – Lei 8.429/1992 (TEMA 897). Em relação a todos os demais atos ilícitos, inclusive àqueles atentatórios à probidade da administração não dolosos e aos anteriores à edição da Lei 8.429/1992, aplica-se o TEMA 666, sendo prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública.*

3. *A excepcionalidade reconhecida pela maioria do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no TEMA 897, portanto, não se encontra presente no caso em análise, uma vez que, no processo de tomada de contas, o TCU não julga pessoas, não perquirindo a existência de dolo decorrente de ato de improbidade administrativa, mas, especificamente, realiza o julgamento técnico das contas a partir da reunião dos elementos objeto da fiscalização e apurada a ocorrência de irregularidade de que resulte dano ao erário, proferindo o acórdão em que se imputa o débito ao responsável, para fins de se obter o respectivo ressarcimento.* 4. *A pretensão de ressarcimento ao*

Antes de avançar no estudo deste precedente, é importante ressaltar que, no âmbito do processo de controle externo, as condutas dos agentes públicos e dos terceiros que, de qualquer modo, haja concorrido para o cometimento do dano são avaliadas pelo TCU, sendo feito um juízo acerca da reprovabilidade, ou não, das ações e/ou omissões dos jurisdicionados. Para que haja a aplicação de alguma medida restritiva de direitos, sempre é observado o princípio do contraditório e da ampla defesa, o que não raro acontece em mais de uma oportunidade, em respeito ao formalismo moderado e à busca da verdade material.

Ressalta-se também que o crédito oriundo das decisões do TCU é considerado dívida ativa não tributária da União (art. 39, § 2º, da Lei 4.320/1964), classificação esta que independente da pretensão veiculada no acórdão (multa ou débito). Para se executar esse crédito, o STF, no RE 636.886/AL, ao tempo em que ratificou a possibilidade de se utilizar o rito previsto na Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/1980), impôs o prazo prescricional quinquenal previsto no Código Tributário Nacional, ou seja, utilizou-se de uma norma destinada à cobrança dos créditos tributários.

A partir desse precedente, não há dúvidas de que incide o prazo prescricional previsto no CTN para as execuções de títulos oriundos de decisões do TCU. Ou seja, a partir da constituição do crédito, que ocorre com a decisão definitiva do TCU, o cofre credor dispõe de cinco anos para cobrar a dívida.

Há que se ressaltar, porém, que, após a decisão do STF no RE 636.886/AL, surgiram intensos debates sobre a aplicabilidade dessa decisão também para a fase de constituição do título, assunto do próximo capítulo.

3. Possíveis Interpretações do RE 636.886/AL

3.1 Não atinge os processos de controle externo

Uma interpretação possível seria aquela em que a decisão do STF teria se limitado a estabelecer a prescrição quinquenal para ações de execução baseadas em acórdãos do TCU, ou seja, não delimitou qualquer prazo para que a Corte de Contas exerça sua jurisdição.

erário em face de agentes públicos reconhecida em acórdão de Tribunal de Contas prescreve na forma da Lei 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal).(…)"

Há algumas razões para se entender dessa forma. Afinal, a decisão do TRF-5 usou como fundamento, para reconhecer a prescrição tributária intercorrente, dispositivos que se aplicam à etapa de cobrança judicial da dívida ativa, ou seja, da execução fiscal dos acórdãos do TCU.

Argumentando a contrário, se, no caso apreciado, a União tivesse realizado diligências concretas e localizado bens passíveis de constrição, antes do prazo de 5 anos contado do arquivamento provisório do processo de execução fiscal (art. 40, § 4º da Lei nº 6.830/1980 c/c o art. 174, caput e § 1º, do CTN), possivelmente a ação de cobrança teria avançado seu curso normal para a satisfação da dívida constituída pelo acórdão condenatório do TCU, de forma que não haveria o reconhecimento, de ofício, da prescrição intercorrente.

Foi justamente em razão desse contexto fático, que a União, ao fundamentar o recuso extraordinário finalmente manejado perante o STF, abordou tão somente a tese da imprescritibilidade das execuções de título extrajudicial com supedâneo em acórdão do TCU, não tecendo nenhum fundamento sobre a prescritibilidade, ou não, do processo de controle externo desenvolvido perante esta Corte de Contas. Ademais, a matéria controvertida do recurso extraordinário foi claramente exposta na decisão do vice-Presidente do Tribunal Regional da 5ª Região que conheceu do expediente e determinou a subida dos autos ao STF:

Da análise acurada dos autos, todavia, observo que a matéria versada no recurso ora interposto, consistente na possibilidade da aplicação de ofício da prescrição intercorrente em execução fiscal de crédito tributário, não se confunde com a controvérsia enfrentada pelo STF por ocasião do julgamento do RE 669.069/MG, cujo objeto diz respeito à "imprescritibilidade das ações de ressarcimento por danos causados ao erário, ainda que o prejuízo não decorra de ato de improbidade administrativa.

Contudo, ao que tudo indica, a partir da análise dos julgamentos posteriores à fixação da tese – e que serão oportunamente mencionados neste artigo –, os Ministros do STF vêm entendendo que a pretensão de ressarcimento ao erário, esteja reproduzida em título

executivo, ou não, é prescritível. Ou seja, a decisão impacta diretamente os processos de controle externo.

3.2 Prescrição da ação de ressarcimento

Outra interpretação possível seria aquela em que a decisão do STF não só definiu a prescrição quinquenal da execução dos acórdãos do Tribunal, mas também delineou a necessidade de, em nome da segurança jurídica, da garantia do exercício do direito de defesa e da duração razoável do processo, o TCU também exercer sua competência judicante em prazo razoável, sem, contudo, definir qual seria esse prazo e qual seria o respectivo fundamento legal.

3.2.1 Prazo quinquenal

Independentemente dessa discussão interpretativa, que poderá ser resolvida por meio da oposição de embargos de declaração no RE 636.886/AL, analisando a jurisprudência do STF, passando pelo exame da Súmula 150 (“*prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação*”), é possível afirmar que há uma tendência pela fixação do prazo prescricional de cinco anos para as ações de ressarcimento ao erário do TCU. Sob essa perspectiva, considerando que o STF reconheceu a prescrição quinquenal da ação de execução dos acórdãos do TCU, seria possível afirmar que esse prazo também incidiria sobre o processo de constituição do título executivo extrajudicial (analogicamente incluído no conceito de ação de conhecimento).

Se for observada a jurisprudência do STF do último triênio, é possível afirmar a preferência do Pretório Excelso pela utilização da Lei 9.873/1999. Nas palavras do Min. Roberto Barroso¹⁷², essa lei, se corretamente interpretada, “*é diretamente aplicável à ação punitiva do TCU, não se fazendo necessária colmatação de suposta lacuna através de analogia*”. Cabe aqui apenas uma ressalva: como será visto na sequência, o STF vem interpretando “poder punitivo” como qualquer providência tomada pela Corte de Contas que venha a restringir direitos dos jurisdicionados, incluindo a necessidade de ressarcimento ao erário.

¹⁷² Frase proferida por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança n. 32.201/DF.

Para comprovar a inclinação, pelo STF, da utilização da Lei 9.873/1999, serão mencionados os Mandados de Segurança 32.201/DF (Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 21/3/2017), 35.512/DF (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 21/3/2019) e 36.067/DF (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, apreciado em 18/10/2019). O primeiro tratou exclusivamente da multa; os demais abordaram em conjunto a multa e o débito.

No Mandado de Segurança 32.201/DF (Rel. Min. Roberto Barroso), foi impugnada multa aplicada pelo TCU (Acórdão 356/2012-Plenário) em processo de auditoria de conformidade realizada no Instituto Nacional de Reforma Agrária com a finalidade de verificar a regularidade da aplicação de recursos federais na implantação e operacionalização de assentamentos.

Naquele julgamento, após mencionar que o TCU defende a aplicação do prazo prescricional decenal previsto no Código Civil (incidente de uniformização de jurisprudência julgado no Acórdão TCU 1.441/2016-Plenário), a Primeira Turma do STF entendeu que a prescrição da pretensão sancionatória do TCU é regulada integralmente pela Lei 9.873/1999 – que regulamenta a prescrição relativa à ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta. Para o Pretório Excelso, essa Lei é de caráter geral em matéria de direito administrativo sancionador, sendo sua disciplina aplicável a qualquer ação punitiva da Administração Pública Federal, exceto àqueles âmbitos em que existente uma regulamentação própria.

Posteriormente a Segunda Turma do STF ampliou o âmbito de incidência da Lei 9.873/1999 para tratar não apenas da multa, mas também da recomposição do erário. No Agravo Regimental em Mandado de Segurança 35.512/DF¹⁷³ (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 21/3/2019), discutiu-se uma tomada de contas especial instaurada em razão de

¹⁷³ Eis trecho do Voto do e. Relator:

“(...) Na matriz de responsabilização elaborada pela Corte de Contas, são imputados ao ora impetrante o cometimento, nos anos de 2007 e 2008, de infrações aos arts. 9º, V, 24, § 5º, 28 e 29, todos do Estatuto da Ajufer (...). No entanto, consta do processo, e também pode ser extraído do sítio eletrônico do TCU, que a determinação da citação nos autos do TC 030.229/2015-4 ocorreu em 13/7/2017 (...) e o seu cumprimento, com a efetiva comunicação do ora impetrante, aconteceu em 5/10/2017 (...), ou seja, cerca de 9 anos após o término do seu mandato como dirigente associativo.

Nestes termos, aplicando-se a regulamentação da Lei 9.873/1999 ao caso concreto, observa-se que a pretensão sancionatória do TCU, em relação aos atos praticados pelo impetrante, durante a presidência da entidade associativa, prescreveu 5 anos após o término do seu mandato”.

irregularidades que causaram prejuízos à Fundação Habitacional do Exército (FHE) em decorrência de convênios e contratos de empréstimos pessoais destinados a membros da Associação dos Juizes Federais da 1ª Região (AJUFER). Um Juiz Federal que presidiu a mencionada associação foi citado pelo TCU e, diante de seu chamamento, impugnou esse ato processual do STF.

Utilizando-se como fundamento a Lei 9.873/1999, a Segunda Turma do STF manteve a segurança concedida pelo Relator para declarar a ocorrência da *“prescrição da pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União, em relação às infrações imputadas ao ora paciente nos autos da TC 030.229/2015-4, sem prejuízo de que a União, se assim entender, persiga os valores referentes ao ressarcimento dos danos na esfera judicial”*. Observa-se, portanto, que a “pretensão punitiva”, no caso, envolvia a recomposição dos cofres da FHE.

A ementa do julgado é bastante clara na distinção entre as esferas administrativa de judicial, como pode ser visto na seguinte passagem:

Excetuados os ressarcimentos de valores perseguidos na esfera judicial decorrentes da ilegalidade de despesa ou da irregularidade de contas, a aplicabilidade de sanções administrativas pelo TCU sofre os efeitos fulminantes da passagem de tempo, de acordo com os prazos previstos em lei.

A ampliação da incidência da Lei 9.873/1999 para tratar não apenas das sanções, mas também da recomposição do erário também pode ser observada no julgamento do Agravo Regimental em Mandado de Segurança 36.067/DF (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, apreciado em 18/10/2019). Nesse processo, pretendeu-se atacar o Acórdão TCU 1.563/2012-Plenário, que condenou um secretário municipal de saúde ao pagamento de débito, aplicou-lhe multa e inabilitou-o para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança na Administração Pública Federal pelo prazo de cinco anos.

Novamente utilizando-se como fundamento a Lei 9.873/1999, a Segunda Turma do STF declarou que, no caso concreto, não ocorreu a prescrição. Para tanto, assim como já havia sido feito por ocasião do julgamento do MS 32.201/DF, foram aplicadas três causas de

interrupção da prescrição previstas naquela lei¹⁷⁴, a saber: i) citação do indiciado; ii) qualquer ato inequívoco e que importe apuração do fato; e iii) decisão condenatória recorrível.

3.2.2 Prazo decenal

Uma alternativa à aplicação da Lei 9.873/1999 seria a construção de um entendimento semelhante ao que vem sendo utilizado para a prescrição da pretensão punitiva do TCU (multas, declaração de inidoneidade e inabilitação para exercício de cargo em comissão ou função de confiança), consubstanciado no Acórdão 1.441/2016-Plenário. Isto é, a prescrição da ação de ressarcimento subordinar-se-ia ao prazo geral do art. 205 do Código Civil (dez anos), a contar da data da irregularidade (art. 189 do Código Civil), ocorrendo a interrupção com o ato que ordenar a citação ou oitiva da parte (art. 202, inciso I, do Código Civil). Uma vez interrompida, a recontagem do prazo teria início imediatamente (art. 202, parágrafo único, parte inicial, do Código Civil).

Até pouco tempo atrás, poder-se-ia afirmar que esse entendimento dificilmente seria chancelado pelo STF. Afinal, no tocante à multa, as teses expostas no Acórdão TCU 1.441/2016-Plenário foram rechaçadas por ocasião do Julgamento do MS 32.201/DF, que estabeleceu a preferência pela Lei 9.873/1999. Há ainda outros argumentos desfavoráveis: i) se os títulos que constituem o débito e a multa são classificados como dívida ativa não tributária, não justifica tratamento jurídico distinto em relação aos prazos prescricionais dessas rubricas; ii) se o STF já definiu que as execuções de títulos do TCU prescrevem em cinco anos (RE

¹⁷⁴ Eis trechos do voto do e. Relator:

“(...) segundo o entendimento que prevaleceu no MS 32.201, haveria a seguinte situação: o termo a quo para a contagem do prazo prescricional seria a data dos ilícitos, os quais ocorreram a partir de 30/12/1999 (subitens 9.1.12 a 9.1.15 do Acórdão 1563/2012-Plenário). Ora, adotando-se a tese exposta no MS 32.201, e considerando o termo a quo (30/12/1999), constataríamos a incidência de cinco causas interruptivas do prazo prescricional: a) relatório de auditoria em conjunto realizada pelo Denasus e pela Secretaria Federal de Controle, lavrado em 06/07/2001, sendo este, certamente, um ato inequívoco que importou a apuração do fato (art. 2º, II, da Lei n. 9.873/1999); b) instauração de Tomada de Contas Especial pelo FNS, ocorrida em 05/10/2005, sendo este também, certamente, um ato inequívoco que importou a apuração do fato (art. 2º, II, da Lei n. 9.873/1999); c) a autuação da presente Tomada de Contas Especial no âmbito do Tribunal de Contas da União, ocorrida em 12/08/2008, sendo este também, certamente, um ato inequívoco que importou a apuração do fato (art. 2º, II, da Lei n. 9.873/1999); d) o ato que ordenou a citação do responsável, ora impetrante, ocorrida em 12/07/2010 (art. 2º, I, da Lei n. 9.873/1999); e e) o exercício do poder punitivo ocorrido em 20/06/2012, data da prolação do Acórdão 1563/2012-Plenário (art. 2º, III, da Lei n. 9.873/1999). (...) 8. Como se vê, ainda que aplicadas as normas da Lei n. 9.873/1999, também não teria ocorrido a prescrição da pretensão punitiva do TCU em relação ao impetrante.”

636.886/AL), a ação do controle externo deve prescrever no mesmo prazo (Súmula STF 150: *“prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação”*).

No entanto, em duas recentes decisões, datadas de 12 e 17 de agosto de 2020 (Medida Cautelar em Mandado de Segurança 37.310/DF e Mandado de Segurança 34.467/DF, respectivamente), a Min. Rosa Weber, após ratificar o entendimento de que a atuação do TCU encontra-se submetida a prazo prescricional, afirmou que as ações de ressarcimento estariam sujeitas ao prazo prescricional geral previsto no Código Civil, ou seja, dez anos.

Para se chegar a tal conclusão, Sua Excelência mencionou que, no âmbito privado, a pretensão de exigir contas está regulada, em regra, pelo prazo prescricional geral de dez anos previsto no art. 205 do Código Civil e que não haveria razão para diferenciar as searas pública e privada. Além disso, observa-se nítida preferência da e. Magistrada pela utilização da norma civilista, inclusive no tocante às regras de interrupção da prescrição e do reinício da contagem do prazo.

À luz de todas as decisões mencionadas até aqui – não apenas das expostas no presente tópico –, pode-se falar em consenso acerca da prescritibilidade das tomadas de contas especiais em curso no Tribunal de Contas da União. Persiste, porém, a divergência quanto ao marco regulatório. As decisões monocráticas (e definitiva, no caso do MS 34.467/DF) inovam ao invocar norma legal que até então vinha sendo rechaçada nos demais julgamentos mencionados neste artigo, circunstância que vai de encontro à segurança jurídica e à necessidade de pacificação das relações sociais.

3.2.3 Prazo quinquenal a partir da data do conhecimento do fato

Uma terceira via possível considera o prazo quinquenal, tal como definido majoritariamente pelo STF para a execução das decisões do TCU e para a aplicação de multa ao jurisdicionado, mas contando-se como termo inicial a data em que os fatos se tornaram conhecidos pelo Tribunal, isto é, a data da autuação no TCU do processo que apura a irregularidade. Privilegiar-se-ia o princípio da *actio nata*. Afinal, se a prescrição é a inércia do titular do direito em não exercer sua pretensão, não é razoável que haja contagem do prazo anterior ao conhecimento do fato por parte da autoridade competente para punir.

Tal entendimento já se encontra positivado em alguns ramos específicos do Direito Administrativo. É o caso, por exemplo, do prazo para apuração dos atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, praticados pelas pessoas jurídicas (art. 25 da Lei 12.846/2013), do prazo para ajuizamento da ação de improbidade em desfavor de agente público ocupante de cargo efetivo federal (art. 23, II, da Lei 8.429/1992) e do prazo para apuração de faltas disciplinares praticados cometidas por servidores públicos federais (art. 142, § 1º, da Lei 8.112/1990).

Ainda que envolva instituto diverso (decadência) da prescrição, o conhecimento do fato pelo TCU também tem sido o parâmetro na apreciação da legalidade dos atos de concessão de aposentadoria. Tal termo inicial inclusive já foi ratificado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao analisar decisões do TCU na área de pessoal. Por exemplo, nos embargos de declaração do MS 25.116/DF (Rel. Min. Teori Zavascki), o Pretório Excelso afirmou expressamente que *“o termo inicial do prazo de cinco anos, após o qual será obrigatória a instauração de procedimento com ampla defesa e contraditório do ex-servidor junto ao Tribunal de Contas da União, para efeito de registro de aposentadoria, é a data de recebimento, pelo TCU, do ato concessivo de aposentadoria”*.

A despeito de a aplicação do princípio da actio nata mostrar-se coerente com o instituto da prescrição, é importante realçar que sua incidência nas ações de ressarcimento ao erário depende da realização de analogia com outras normas de Direito Administrativo que regulam questões bastante diversas. Além disso, o processo analógico depende da existência de lacuna no ordenamento jurídico (art. 4º da LINDB), omissão não identificada no caso concreto – ao menos na interpretação que vem sendo dada pelo STF.

4. Consequências

A mudança de entendimento do STF, transformando as ações de ressarcimento do erário em prescritíveis, tem enorme impacto sobre a atuação do TCU no controle orçamentário e financeiro da Administração Pública Federal, sobretudo se considerar, como termo inicial da contagem do prazo, a data dos fatos tidos como irregulares. Isso porque grande parte das tomadas de contas especiais são instauradas no âmbito dos órgãos gestores dos recursos públicos e, após regular instrução, encaminhadas ao controle interno (no caso do Poder

Executivo, a CGU). Somente depois dessa etapa intermediária o processo é remetido para julgamento no Tribunal de Contas. Todo o trâmite, não raro, leva anos.

A Secretaria-Geral de Controle Externo do TCU realizou, em março de 2019, um levantamento das tomadas de contas especiais julgadas nos cinco anos anteriores (2014/2018) e que tiveram ao menos uma imputação de débito. Essa amostra foi dividida em três grupos, a saber: i) prescritos: débitos nos quais todas as parcelas têm fatos geradores ocorridos há mais de cinco anos da data de referência; ii) parcialmente prescritos: os débitos nos quais apenas parte das parcelas têm fatos geradores ocorridos há mais de cinco anos da data de referência; e iii) não prescritos: os débitos nos quais todas as parcelas têm fatos geradores ocorridos há menos de cinco anos da data de referência.

Quanto à data de referência, o estudo elaborado considerou duas perspectivas: a data da autuação do processo no TCU e a data da primeira proposta, pela unidade técnica, de citação dos jurisdicionados. É importante ressaltar que esses foram os marcos interruptivos da prescrição considerados no estudo, mas, na hipótese de se aplicar integralmente a Lei 9.873/1999, tal como vem sendo feito pelo STF em alguns julgamentos, pode haver outros marcos interruptivos antes da chegada do processo no TCU, tais como os atos inequívocos que importem apuração do fato ou a tentativa de solução conciliatória (art. 2º, II e IV).

Dito isso, para o primeiro cenário (data da autuação do processo no TCU como primeiro marco interruptivo), identificou-se, nos processos julgados no quinquênio 2014/2018, que: i) cerca de 60% dos processos, equivalente a R\$ 7,28 bilhões, estariam totalmente prescritos; ii) 25% dos processos, equivalente a R\$ 3,11 bilhões, estariam parcialmente prescritos, ou seja, a pretensão de ressarcimento não poderia abarcar a totalidade desse montante; e iii) 15% dos processos, equivalente a R\$ 1,91 bilhão, não seriam atingidos pela prescrição.

Os valores mencionados correspondem às quantias atualizadas até o dia do julgamento do processo no TCU.

No segundo cenário (data da proposta de citação dos jurisdicionados como o primeiro marco interruptivo), o percentual de débitos prescritos aumentaria, isto é: i) cerca de 65% dos

processos, equivalente a R\$ 8 bilhões, estariam totalmente prescritos; ii) 22% dos processos, equivalente a R\$ 3 bilhões, estariam parcialmente prescritos, lembrando mais uma vez que a pretensão de ressarcimento não poderia abarcar a totalidade desse montante; e iii) 11% dos processos, equivalente a R\$ 1,4 bilhão, não seriam atingidos pela prescrição.

Deve-se destacar que, nessa amostra, foi possível extrair o tempo médio entre o fato gerador (data das irregularidades) e o primeiro julgamento pelo TCU: doze anos e quinze dias. O grande gargalo hoje seria a demora na autuação do processo no TCU, estimada em nove anos, sete meses e dez dias da data dos fatos irregulares.

Essa demora na autuação do processo no TCU se deve, em grande medida, ao fato de que parte significativa das tomadas de contas especiais (TCE) são instauradas pelos órgãos públicos responsáveis pela gestão dos recursos, que envia para exame do controle interno e, somente depois disso, remete ao TCU.

É certo que existe prazo máximo para a autuação da TCE (cento e oitenta dias, conforme Instrução Normativa TCU 71/2012) - podendo inclusive ensejar a responsabilidade solidária da autoridade competente que descumprir esse comando -, mas não são estabelecidos prazos peremptórios para análise conclusiva pelas instituições que precedem a Corte de Contas.

Um caminho possível, na hipótese de se prever prazos prescricionais exíguos para o julgamento da TCE, seria aumentar a efetividade da Instrução Normativa TCU 71/2012 (responsabilizando os gestores omissos), prever prazos enxutos para cada uma das etapas processuais (pronunciamento definitivo do órgão gestor e do controle interno, por exemplo) e eliminar redundâncias nas fases interna e externa da TCE. Atualmente os órgãos gestores dos recursos gastam muita energia, na maior parte dos casos sem qualquer efetividade, com as sucessivas notificações do jurisdicionado para sanear as irregularidades ou para apresentar defesa. A alternativa, portanto, envolveria a abreviação dos ritos processuais, seja encurtando-os, seja eliminando aqueles desnecessários e redundantes.

5. Conclusão

A recente mudança na jurisprudência do STF, que reconheceu, em sede de repercussão geral, a prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de

Tribunal de Contas, consagra os princípios constitucionais da segurança jurídica e da duração razoável do processo. Os limites objetivos dessa importante decisão não estão muito bem delimitados – problema que pode ser saneado no julgamento dos embargos de declaração opostos pela União –, mas, analisando a Súmula STF 150 e os julgados que gravitam em torno do RE 636.886/AL, verifica-se que a Suprema Corte brasileira também entende que as tomadas de contas especiais estão sujeitas a prazos prescricionais.

A questão passa a ser, então, qual seria o marco regulatório, dado que a Lei Orgânica do TCU silencia a temática.

Há uma tendência pela aplicação do prazo quinquenal previsto na Lei 9.873/1999, com os contornos estabelecidos pela própria norma. Nas palavras do e. Min. do STF Luís Roberto Barroso, “a Lei nº 9.873/1999, se corretamente interpretada, é diretamente aplicável à ação punitiva do TCU, não se fazendo necessária colmatação de suposta lacuna através de analogia”¹⁷⁵. Contudo, em duas recentes decisões de agosto de 2020, a e. Min. do STF Rosa Weber afirmou que as ações de ressarcimento estariam sujeitas ao prazo prescricional geral previsto no Código Civil, ou seja, dez anos.

Como se percebe, no curto prazo é provável que a Suprema Corte se debruce novamente sobre o tema, a fim de eliminar as divergências internas e privilegiar o postulado da segurança jurídica. A depender da solução escolhida, os impactos sobre os processos de controle externo poderão se dar em maior ou menor grau, razão pela qual se acredita que haverá modulação de efeitos dessa decisão, de modo que o novo entendimento só tenha eficácia a partir do trânsito em julgado do RE 636.886/AL ou de outro momento que venha a ser fixado.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da lei nº 9.873/99**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 4, 2001. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 23 de setembro de 2014.

¹⁷⁵ Entendimento exposto por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança n. 32.201/DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Administrativo. **Mandado de Segurança nº 32.201/DF**. Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Brasília, DF, 21 de março de 2017. STF, Brasília, 2017. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 3 de setembro de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Administrativo. **Recurso Extraordinário 669.069/DF**. Relator Ministro Teori Zavascki, Brasília, DF, 3 de fevereiro de 2016. STF, Brasília, 2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 3 de setembro de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Administrativo. **Recurso Extraordinário 852.475/SP**. Relator Ministro Alexandre de Moraes, Brasília, DF, 8 de agosto de 2018. STF, Brasília, 2018. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 3 de setembro de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Administrativo. **Recurso Extraordinário 636.886/AL**. Relator Ministro Alexandre de Moraes, Brasília, DF, 20 de abril de 2020. STF, Brasília, 2020. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 3 de setembro de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Administrativo. **Mandado de Segurança nº 26.210/DF**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 4 de setembro de 2008. STF, Brasília, 2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 3 de setembro de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Administrativo. **Mandado de Segurança nº 35.512/DF**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 21 de março de 2019. STF, Brasília, 2019. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 3 de setembro de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Administrativo. **Mandado de Segurança nº 36.067/DF**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 18 de outubro de 2019. STF, Brasília, 2019. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 3 de setembro de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Administrativo. Decisão Monocrática. **Mandado de Segurança nº 34.467/DF**. Relatora Ministra Rosa Weber, Brasília, DF, 17 de

agosto de 2020. STF, Brasília, 2020. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 3 de setembro de 2020.

170

_____. Supremo Tribunal Federal. Administrativo. Decisão Monocrática. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 37.310/DF**. Relatora Ministra Rosa Weber, Brasília, DF, 12 de agosto de 2020. STF, Brasília, 2020. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 3 de setembro de 2020.

_____. Tribunal de Contas da União. Administrativo. Tomada de Contas nº 030.926/2015-7. **Acórdão 1.441/2016-Plenário**. Relator Ministro Benjamin Zymler, Brasília, DF. TCU, Brasília, 2016, Disponível em <<http://www.tcu.gov.br/portal>>. Acesso em: 3 de setembro de 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ação de improbidade administrativa: decadência e prescrição**. Interesse Público, ano 8, n. 33, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 623.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 1060.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 20ª edição. Editora Atlas. São Paulo, 2007, pag. 789.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ª edição. São Paulo: Malheiros. p. 574.

ANÁLISE DOS REGIMES DE CONTRATAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA NA LEI DAS ESTATAIS

BERNARDO STROBEL GUIMARÃES

Mestre e Doutor em Direito pela FADUSP, Professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, advogado

CAIO AUGUSTO NAZÁRIO DE SOUZA

Advogado, membro da Comissão de Infraestrutura da OAB/PR.

RESUMO

O regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista, sempre demandaram legislação própria. Em meio a este cenário a Lei 13.303 de 2016 foi sancionada para suprir as lacunas normativas das estatais. Referida lei, possui caráter geral e instrutivo, trazendo inovações e regulamentando o que há tempos vinha sendo praticado por estas empresas na contratação pública. Em seu texto, inserem-se as modalidades de contratação de obras e serviços de engenharia conhecidas como contratação integrada e semi-integrada, que buscam segmentar ainda mais as atribuições do contratante e do contratado. Referida conduta visa a facilitar a atribuição de riscos entre as partes do contrato, rastreando a causa de eventual dano ou prejuízo e responsabilizando quem de direito. Neste enfoque, o presente artigo visa a explorar com maior profundidade as contratações de obras e serviços de engenharia, analisando a distribuição de risco entre particular e estatal nas modalidades trazidas pela nova lei. Para tanto, busca-se entender melhor a procedimentalização do anteprojeto à execução da obra,

analisando seus conceitos e a distribuição de obrigações e responsabilidades entre as partes contraentes do contrato.

Palavras-Chave: Modalidades de Contratação Lei 13.303.2016. Contratação Integrada e Semi-Integrada. Responsabilidade.

1. Introdução.

A realidade brasileira demanda inovações e procedimentos que blindem a segurança jurídica dos negócios e fatos jurídicos. Isto se deve a instabilidade e falta de credibilidade de nossas instituições públicas, além de ordenamento jurídico que há tempos apresenta um déficit frente às situações pragmáticas do cotidianas.

Neste contexto caótico as estatais, empresas públicas e sociedades de economia mista, inserem-se pela primeira vez com uma legislação própria, criada para facilitar os negócios jurídicos celebrados por estes entes, sem deixar de lado o compliance e a política preventiva que demorou a aparecer em nosso país.

O presente artigo visa a explorar os regimes de execução de obras e serviços de engenharia trazidos pela Lei 13.303/16 com enfoque central na contratação integrada e semi-integrada, visto que estas são modalidades obrigatórias às estatais e suas subsidiárias no âmbito da União, Estado, Distrito Federal e Município.

A Lei 13.303 de Julho de 2016, a denominada "Lei das Estatais", originada do Projeto de Lei do Senado nº 555/2015, expõem o regramento básico das empresas estatais que podem ser entendidas como empresas públicas, sociedades de economia mista e as respectivas subsidiárias.

Trata-se de entidades da administração pública, sujeitas à aplicação de normas e princípios de direito público, porém enquadram-se como pessoas jurídicas de direito privado que atuam no mercado de livre competição e sofrem a aplicação de normas de direito público e direito privado.

Apesar dessa ambiguidade a Constituição Federal em seu Artigo 173, parágrafo 1º, prevê a aplicação do regime jurídico próprio das empresas privadas às estatais, sendo essa redação alterada posteriormente em 1998, com a Emenda Constitucional nº 19/98, que acrescentou a previsão expressa de que a lei estabelecerá o estatuto das empresas estatais, inclusive quanto ao regime de licitações e contratos.

Sem adentrar ao lapso temporal transcorrido, apenas em 2016 foi promulgada a Lei das Estatais, regendo essas previsões legais tão aguardadas.

Aqui importante registrar que não por acaso, o projeto de lei mencionado foi trazido durante a chamada "Operação Lava Jato", por conta dos inúmeros casos de corrupção envolvendo empresas estatais, prevalecendo os casos da principal empresa estatal nacional – Petrobras.

Em meio a esta intensa crise ética do país por conta dos desvios cometidos, a sensação negativa da opinião pública cresceu gradativamente, tornando-se necessária a implementação de medidas moralizadoras em meio ao clima político e social que nos encontramos ainda nos dias de hoje.

Assim contando com a opinião pública no sítio eletrônico do Senado Federal, disponibilizada por meio de enquetes, se colocou em votação o projeto que daria origem à Lei 13.303/16.

Vale ressaltar que o prazo previsto para que as empresas estatais já existentes se adaptem à nova lei era de 24 meses, a partir de sua publicação na data de 01 de Julho de 2016.

Realizada esta breve introdução histórico-legislativa, importante se esclarecer em que termos as estatais se inserem no regime jurídico de direito público.

Sabe-se que a estrutura do aparelho estatal permite o exercício das atividades administrativas por meio de seus órgãos, e de pessoas jurídicas criadas para o auxílio em seus ofícios, como as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações.

O Estado pode desempenhar as atividades administrativas por si mesmo ou através de outros sujeitos, distinguindo-se a administração direta da indireta por transferir o exercício de

atividades a outras pessoas jurídicas, que poderão ainda receber, ou não, personalidade jurídica de direito público ou privado.

Visto que o presente estudo tratará acerca das empresas públicas e sociedades de economia mista, as chamadas “empresas estatais” que define as entidades controladas de maneira direta ou indireta pelo Estado¹⁷⁶, se faz necessária sua conceituação para melhor compreensão do tema.

Conforme o art. 5º do Decreto-lei 200, com redação dada pelo art. 1º do Decreto-lei 900, empresa pública “é a entidade dotada de personalidade jurídica de Direito Privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.”.

Se analisada a conceituação frente o trazido pelo Decreto-lei nº 900, vê-se que em seu art. 1º, conceitua sociedade de economia mista como “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta”.

Denota-se, portanto, que “as empresas públicas e as sociedades de economia mista possuem importantes aspectos conceituais comuns: ambas são pessoas jurídicas de direito privado da Administração Indireta constituídas pelo Estado após prévia e específica autorização legislativa para desenvolverem atividades de conteúdo econômico.”¹⁷⁷

Nas palavras de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO¹⁷⁸, entre as empresas públicas e sociedades de economia mista se admite a existência de fatores comuns e distintivos, podendo se referir a ambas como empresas estatais, expressão pela qual, segundo a autora “designamos todas as entidades, civis ou comerciais, de que o Estado tenha o controle acionário, abrangendo a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras empresas que não tenham essa

¹⁷⁶GRAU, Eros Roberto. Elementos de Direito Econômico. São Paulo: RT, 1981. P. 36 e 102.

¹⁷⁷ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista, 1. ed. - São Paulo: Editora Forense, 2017. p. 132/133.

¹⁷⁸DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo. São Paulo: Atlas S.A., 2012, p; 500/509.

natureza e às quais a Constituição faz referência, em vários dispositivos, como categoria a parte (arts. 37, XVII, 71, II, 165, §5º, II, 173, §1º)”. 175

Realizadas as definições essenciais ao entendimento do tema, se esclarece o objetivo do presente artigo. Em suma, pretende-se explorar as formas de contratação trazidas pela Lei 13.303/16, em especial as contratações integrada e semi-integrada para a execução de obras e serviços de engenharia.

2. Os regimes de contratação de obras e serviços na Lei das Estatais.

A Lei nº 13.303/16, conhecida como lei das estatais, trouxe diversas inovações ao nosso ordenamento jurídico, frente à inércia e a morosidade com que a contratação e o regime geral das licitações era aplicado às empresas públicas e sociedades de economia mista.

Entre outras mudanças, este diploma legal explicita o que há muito tempo vinha sido implementado pelas estatais, reconhecendo que os contratos celebrados têm efetiva natureza de direito privado. Este entendimento traduz a real intenção do constituinte de 1988 que há tempos enfrentava a inalterabilidade interpretativa da doutrina e da jurisprudência.

Levando em consideração a real interpretação de contrato privado, pode-se compreender o intuito do legislador ao editar a Lei 13.303/16 que se libertou de suas raízes do contrato puramente público em que a Lei 8.666/93 sempre se inseriu, visando a atingir o melhor interesse público somado à maior eficiência, sem deixar de se respeitar os princípios de direito público.

A lei nº 13.303/16 não cuida de um contrato administrativo envergonhado, mas sim de um efetivo contrato privado, organizado estruturalmente de modo alheio ao ideário das cláusulas exorbitantes. Em síntese, o que se coloca agora é a alteração radical do sistema de regência normativa. De acordo com a concepção do art. 54 da Lei 8.666/93, vigente até então, a disciplina dos contratos celebrados pela Administração obedeceria aos primados de direito público (a condicionar e definir as cláusulas do contrato) e, apenas supletivamente (isto é, na ausência de solução de direito público), seriam aplicáveis os preceitos da teoria geral dos contratos e direito privado. Ante a notável capacidade de expansão dada às questões de direito

público, fato é que o direito privado, em termos práticos, estava proscrito das relações contratuais administrativas. Esse paradigma foi lançado por terra pela nova lei.

Neste enfoque, não se pode deixar de lado a mudança de uma das principais características dos contratos públicos, qual seja a relativa às chamadas cláusulas exorbitantes.

Como cediço, estas cláusulas, propiciavam ao administrador um certo “poder”, muitas vezes esquecido que realmente tratava-se de um dever e uma segurança do contrato. Este poder-dever possibilita a alteração unilateralmente do contrato celebrado sob a justificativa de observância ao interesse público e a soberania do direito público frente ao privado. A título exemplificativo, tem-se a possibilidade da rescisão unilateral do contrato pela administração, que poderia fazê-lo desde que observasse o motivo de fato que o levou a adotar referida conduta, bem como fundamentasse seu ato e indenizasse o particular pelos prejuízos por ele suportados.

Esta perspectiva é retirada dos contratos regidos pela Lei 13.303/16. Nela a exorbitância das cláusulas não é mais imposta unilateralmente pela administração, prestigiando a autonomia da vontade de ambas as partes que devem ser isonomicamente colocadas frente ao contrato. Uma parte não pode se sobressair à outra, ainda mais se este desequilíbrio tenha o condão de gerar prejuízos à outra parte.

Aqui importante ressaltar que esta exclusão expressa das cláusulas exorbitantes é uma garantia do particular frente a discricionariedade de alguns administradores que como regra, não poderão mais se valer deste instituto para rescindir contratos a seu bel-prazer, todavia como intenção jurídica da nova lei é primar pela vontade das partes sob o enfoque da contratação privada, nada impede que no, exercício legítimo de sua liberdade, as partes acabem por entabular cláusulas que na prática gerem os mesmos efeitos das cláusulas exorbitantes.

Em suma, mesmo que a intenção originaria da lei tenha sido a isonomia das partes no contrato, mesmo frente à contratação de empresas públicas e sociedades de economia mista, a autonomia da vontade irá prevalecer, sendo que se assim o quiser, cláusulas que gerem os mesmos efeitos exorbitante no contrato, poderão ser inseridas, desde que de comum acordo entre contratante e contratado.

Ademais, a nova lei das estatais, com o intuito de eliminar os entraves formais anteriormente suportados quando das formas de contratação utilizadas pelas estatais, que notadamente implicavam na demora da contratação, sem falar na dificuldade com que os

princípios de direito público enfrentavam para se perfectibilizar na execução dos contratos, trouxe nos incisos do art. 43, seis regimes de execução de obras e serviços, sendo eles inciso I – empreitada por preço unitário; inciso II – empreitada por preço global; inciso III - contratação por tarefa; inciso IV – empreitada integral; inciso V - contratação semi-integraada e por fim, inciso VI – contratação integrada.

Estas espécies de contratação de obra e serviço inserem-se em um universo de execução de obras em que a base, ou melhor a essência, se lastreia na ideia da empreitada pública que nada mais é que *a contratação da execução de obra ou serviço, sem relação de subordinação ou de dependência (relativa à autonomia de gestão e instalação da obra ou serviços) com vistas a obter certo resultado*.¹⁷⁹ Partindo desta premissa, os regimes se diferenciam de acordo com diversos fatores que serão observados de forma conjuntiva visando a atingir o interesse público e os objetivos desta lei, enquadrando-se posteriormente em uma destas espécies.

Em termos gerais podemos subdividir as seis espécies de contratação (i) quanto a definição de preço e, ainda, (ii) quanto a extensão do resultado a ser produzido.

No tocante ao preço do contrato, brevemente, podemos entender que a empreitada por preço unitário é aquela onde há possibilidade de se mensurar o valor individualizado dos objetos do contrato em virtude de sua natureza, nesta espécie a contratação é por preço certo sobre as unidades pré-determinadas.

Diferente desta, a empreitada por preço global é definida pela remuneração do contrato em preço certo e determinado, nestas contratações a margem de erro ou de imprecisão são pequenas, haja vista que desde o início é possível se definir os contornos centrais do projeto básico, executivo e, ainda que minimamente, a fase executória da obra. Em termos práticos este regime é utilizado para obras formalmente mais simples ou que já tenham sido executadas outras vezes a ponto de haver uma certa experiência do administrador que, somada com a natureza da obra, possam proporcionar uma certeza maior acerca do preço e do dispêndio de recursos que serão necessárias para a execução da mesma.

¹⁷⁹MOREIRA, EgonBockmann; GUIMARÃES, FernandoVernalha . Licitação pública. São Paulo: Malheiros, 2012, p; 195

Neste ponto, importante esclarecer que a doutrina e a jurisprudência convergem no sentido que nesta modalidade mesmo sendo por preço global de toda obra, caso haja a possibilidade de se mensurar unitariamente alguns dos objetos do contrato, é necessária sua descrição individual deste, seja devidamente apresentada memória de cálculo junto ao orçamento apresentado pelo futuro contratado.

Em relação ao contrato de tarefa, esta é a modalidade mais simples e de curta duração, onde a simplicidade da execução do objeto por si só implica na facilidade de se mensurar os valores devidos ao pagamento do contrato, caracterizando-se por pequenos serviços, onde nem mesmo a disponibilização de mão de obra ou material são capazes de alterar de forma substancial o preço anteriormente mensurado.

A empreitada integral segue os parâmetros de preço da empreitada global seguindo as características desta última espécie, sendo que suas diferenças residem no campo de suas definições de extensão do resultado esperado.

No mesmo sentido seguem os critérios de preços das contratações integradas e semi-integradas em que aqui, o preço será global agregando maiores responsabilidades ao contratado, que teoricamente já vislumbrou estes riscos antes de sagrar-se vencedor do certame.

Realizada a distinção quanto ao preço, importante se delimitar as diferenças destes regimes frente à extensão do resultado esperado do contratado.

Em termos gerais os três primeiros regimes são caracterizados por uma maior simplicidade na execução do contrato, diferentemente da empreitada integral e das contratações integrada e semi-integrada em que a natureza do objeto contratado por sua natureza já apresenta uma complexidade maior.

Enquanto nas execuções mais simples as etapas das obras facilmente podem ser subdivididas e ainda subcontratadas para uma execução por diversos contratados, nas obras mais complexas o resultado que se espera, somente é alcançado com a execução de todas as suas etapas, desde a mais simples e mais elementar como a construção da base do empreendimento, até a mais específica e que depende do status geral da obra para se perfazer, como é o caso das instalações elétricas e o acabamento, ressaltando que a conclusão destes contratos só se perfectibiliza com a entrega final da obra ou serviço à estatal em estado de uso, sem restar quaisquer tratativas a serem resolvidas.

Esta complexidade da execução da obra se impõe não somente pela natureza do serviço ou pela necessidade da entrega final da obra em estado de uso, mas também decorre da economia do contrato em que não se demonstra viável a repartição da execução da obra ou ainda a “sub-execução” por terceiros de parcelas do empreendimento.

Realizada esta distinção entre as formas de contratação mais complexas frente às simples, importante se separar as contratações integrada e semi-integrada da empreitada integral. Enquanto a empreitada integral poderá ser utilizada para a execução de diversos empreendimentos, as contratações integrada e semi-integrada somente poderão servir para executar obras e serviços de engenharia, não esquecendo que na contratação integrada a responsabilidade pela elaboração do projeto básico é do próprio contratado, ao contrário das demais.

2.1 O RDC E OS REGIMES DE EMPREITADA

Nos últimos anos nosso país foi palco de diversos eventos esportivos de visibilidade internacional, a exemplo da Copa do Mundo, Olimpíadas e Paraolimpíadas, tendo sido utilizado o regime diferenciado de contratação- RDC, Lei do nº 12.462/2011, como a fonte para os contratos celebrados à época. A metodologia desta lei trouxe diversas espécies de contratação, inclusive a contratação integrada, bastante utilizada no âmbito das contratações da Petrobras. Com exceção da contratação semi-integrada, as demais formas de contratação não são novidades em nosso ordenamento jurídico.

Antes de se adentrar às formas de contratação da Lei das estatais, importante introduzir brevemente o quão importante foi a Lei 12.462/2011 que inovou substancialmente as formas de contratação utilizadas pela Administração Pública, quando da contratação de obras extremamente vultosas, seguindo *a priori* o enfoque essencial da lei do RDC.

Em breve síntese, a lei 12.462/2011 inverteu as fases da licitação e unificou a fase recursal, como formas de atribuir maior efetividade e celeridade ao procedimento licitatório, possibilitou a apresentação das propostas fechadas visando a favorecer a competitividade e o menor preço e ainda trouxe a possibilidade da remuneração variável, que verdadeiramente

inovou o sistema de contraprestação dos contratos administrativos, tornando-os mais eficazes e econômicos.

Este último é ponto importante para a evolução dos contratos administrativos. Isto porque, como cediço, na prática vislumbra-se que o litígio, seja ele administrativo ou judiciário, em sua maioria maçante, repousa sobre questões que versam sobre o equilíbrio econômico do contrato, visto que por diversas vezes a equação econômico-financeira do contrato encontra-se desequilibrada.

Com a utilização da remuneração variável, impõe-se uma segurança jurídica maior ao contrato celebrado visto que excluindo o valor pago pelos insumos mínimos necessários para a execução da obra, a Administração Pública tem de se aproximar da execução do contrato, fiscalizando-o, haja vista que sua obrigação de adimplemento está vinculada com a superação de fases da execução pelo particular contratado. De igual modo, o contratado acaba por buscar maior celeridade e eficiência na execução da obra, visto que sua remuneração está vinculada a seu sucesso e o cumprimento das obrigações por ele contraídas.

Em suma há uma economia de recursos em um sentido geral, sendo possibilitado à Administração Pública até mesmo pagar “prêmios” ao contratado, o remunerando de acordo com sua eficiência o que acaba por consagrar a máxima efetividade do contrato administrativo.

Neste cenário, surgiu uma inovação de regime na lei do RDC conhecida como contratação integrada que tem por essência suprir a reconhecida falência das instituições públicas de nosso país que há tempos não possuem condição para elaborar projeto básico compatível com um projeto executivo eficaz.

Em poucas palavras na contratação integrada, que será tratada logo em seguida, atribui-se a responsabilidade pela elaboração do projeto básico, projeto executivo e pela execução da obra ao particular, contratado para executar a obra ou serviço de engenharia.

Vista a riqueza de termos técnicos utilizados, para melhor compreender a estrutura do projeto básico e executivo, importante se socorrer da interdisciplinaridade que esta matéria exige, visto que o CONFEA – Conselho Federal de Engenharia e Agronomia, possui normativas que define na área da engenharia o que será considerado como projeto básico e projeto executivo.

Em sua Decisão Normativa de nº 106, o referido conselho de fiscalização profissional define que projeto básico são *os principais conteúdos e elementos técnicos correntes aplicáveis às obras e serviços sem restringir as constantes evoluções e impactos da ciência, da tecnologia, da inovação, do empreendedorismo e do conhecimento e desenvolvimento do empreendimento social e humano nas especialidades: levantamento topográfico; sondagem; projeto arquitetônico; projeto de fundações; projeto estrutural; projeto de instalações hidráulicas, projeto de instalações elétricas; projeto de instalações telefônicas, dados e som; projeto de instalações de prevenção de incêndio; projeto de instalações especiais (lógicas, CFTV, alarme, detecção de fumaça); projeto de instalações de ar condicionado; projeto de instalações de transporte vertical e projeto de paisagismo.*

Por sua vez, para a engenharia o projeto executivo consistiria no *conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra ou do serviço, conforme disciplinamento da Lei no 8.666, de 1993, e das normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.*

Em complementação a estes conceitos técnicos, denota-se que o art. 42, VIII da Lei das estatais define que “projeto básico é o conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para, observado o disposto no § 3º, caracterizar a obra ou o serviço, ou o complexo de obras ou de serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegure a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos”.

Por sua vez, o inciso IX do mesmo artigo define projeto executivo como o “conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas técnicas pertinentes”.

Além deste conceito, temos também o anteprojeto, utilizado pela Lei 12.462 de 2011 e pelo Decreto 7.581 de 2011, como sendo um item de importância basilar para a execução de diversos regimes, em especial de contratação integrada e semi-integrada. Neste anteprojeto, é tratado que se tem de mais básico e que deverá constar do projeto executivo, apresentando um caráter tecnicamente complexo e bastante detalhado.

O art. 42, VII define brevemente, que o anteprojeto de engenharia é peça técnica com todos os elementos de contornos necessários e fundamentais à elaboração do projeto básico, devendo conter minimamente alguns requisitos fixados na lei.

Nas palavras de André Rosilho¹⁸⁰, “aparentemente, a grande diferença entre ambos – anteprojeto e projeto básico, aos olhos do TCU, estaria no fato de que o projeto básico seria absolutamente vinculante para o contratado enquanto que o anteprojeto não precisaria, necessariamente ser executado ‘nos exatos termos que inicialmente concebido’”.

A lei 13.303 de 2016 utilizou-se deste detalhamento e ainda acrescentou novas obrigatoriedades ao anteprojeto, em seu artigo 42, VII dispõe que deverá conter “e) concepção da obra ou do serviço de engenharia; f) projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção adotada; g) levantamento topográfico e cadastral; h) pareceres de sondagem; i) memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação.”

Este anteprojeto deverá ser muito bem estruturado pelas estatais que poderão a partir dele fixar critérios de concorrência, visto que os licitantes utilizarão o anteprojeto para fundamentar seus projetos básicos e assim sucessivamente. Ou seja, os concorrentes irão partir do mesmo ponto, do mesmo anteprojeto, e a partir daí elaborarão suas propostas, o que poderá ser mais facilmente avaliado pela administração pública que terá critérios objetivos para sopesar as propostas apresentadas, partindo de requisitos fundamentais, exigidos no anteprojeto.

Esta vinculação, torna as propostas mais precisas e detalhadas, já que deverão conter os pressupostos do anteprojeto, que determinará os valores e procedimentos que serão dispendidos na execução do contrato.

E não é só isso, por seu caráter fundamental, o anteprojeto demandará uma estruturação e precisão mais concreta por parte das estatais, sendo este um ponto determinante para a atribuição de responsabilidade ao particular ou a estatal.

Se por um lado o particular assume a responsabilidade de analisar o anteprojeto e dele elaborar o projeto básico e o projeto executivo, obrigando-se quanto ao resultado, a própria estatal poderá ser responsabilizada quando se comprovar que a falha ou erro cometido pelo

¹⁸⁰ROSILHO, André. Desafio na licitação da contratação integrada. Revista Zênite – informativo de licitação e contratos n 243, Maio de 2014, pág. 155

particular teve por origem o anteprojeto fixado pelo poder público, visto que por ser a base, se o anteprojeto apresentar algo dissonante com a execução do contrato, ou ainda que não possa ser verificado pelo particular quando da sua utilização, tanto o projeto básico como o projeto executivo, padecerão de vício em sua essência, restando comprovado que mesmo que em certa parte pudesse ser atribuída alguma responsabilidade ao particular, o real causador do equívoco na sua origem fora a estatal quando da elaboração do anteprojeto.

Assim, vislumbra-se que além de ser um elemento essencial à licitação e as espécies de contratação citadas, o anteprojeto avança na esfera de atribuição de responsabilidade por danos ou prejuízos que venham a ocorrer, razão pela qual desde o primeiro momento deverá ser dada a real importância a sua elaboração, buscando a evitar *a priori*, problemas que poderão trazer consequências quando da execução do contrato, o que se for detectado nesta fase, certamente acabará por dificultar a atribuição de sua responsabilidade.

Outro instituto necessário ao entendimento da questão é a conceituação de matriz de risco, também trazido na redação da Lei 13.303.16 e muito utilizado como uma ferramenta para manter a equação econômico-financeira equilibrada.

Essencialmente, matriz de risco é um instituto utilizado para se quantificar, avaliar e ordenar riscos supervenientes que possam vir a incidir em um empreendimento, utiliza-se estrategicamente esta ferramenta para se resguardar o objeto central do contrato, visando à eficiência, de modo que se antecipe eventos incertos, mas previsíveis, bem como fixe consequências caso este superveniente venha a se perfectibilizar, impactando substancialmente no equação econômica do contrato.

No entendimento do Tribunal de Contas da União, “a repartição dos riscos envolvidos no processo, por meio de uma matriz de riscos, favorece a isonomia da licitação, fortalece a segurança jurídica do contrato e dota a Administração de meios mais objetivos para o controle do contrato”¹⁸¹, sendo de suma importância principalmente nas contratações de obras e serviços de engenharia.

Feitas as definições necessárias, é de importante relevância se constatar que o desequilíbrio das equações econômico-financeiras dos contratos, na maioria das vezes, está na necessidade de se majorar as contraprestações vinculadas ao projeto básico, isto porque, quando

¹⁸¹TCU – Relatório de Auditoria nº 045.034/2012-5, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, DJe. 29.5.2013.

da elaboração pelo Poder Público, os critérios adotados são insuficientes e ineficazes, gerando o dever de complementação após a contratação do prestador de serviço ou de obra.

Ao analisar os equívocos cometidos pelo poder público quando da elaboração do projeto básico denota-se que além da falta de técnica e insuficiência de recursos, a conduta criminosa do recebimento de favorecimento ilícito bate recordes. Aqui, volta-se ao ponto em que a edição da Lei das Estatais buscou evitar que condutas praticadas por agentes ímprobos, seja o superfaturamento de obras ou ainda deixar de avaliar de forma fidedigna o valor que a elas será despedido, fossem praticadas.

Frente a esta patologia que a improbidade demonstra ser em nosso país, o legislador insere em nosso ordenamento jurídico a contratação integrada atribuindo a empresa a responsabilidade pela elaboração do projeto básico que dará ensejo ao projeto executivo da obra ou serviço de engenharia.

3. Os regimes de contratação integrada e semi-integrada.

3.1 CONTRATAÇÃO INTEGRADA

Em poucas palavras, a contratação integrada, difere-se das demais espécies previstas na lei 13.303 de 2016, pois não pressupõe a elaboração prévia pela administração, de projeto básico. Esta característica quando analisada superficialmente induz terceiros a acreditarem que a única consequência para tanto é propiciar uma autonomia na elaboração tanto do projeto básico como o projeto executivo, aumentando assim a remuneração devida pela Administração Pública.

Todavia, sabe-se que a atenção que merece ser despendida sobre o tema vai além deste entendimento simplista, visto que realmente o que se está a atribuir ao particular é uma maior responsabilidade e por consequência maiores ônus em caso de problemas que venham ocorrer na execução do contrato.

Diferente das demais contratações, na integrada, de maneira alguma poderá se atribuir a terceiros responsabilidade que o contratado obrigou quando da celebração do contrato com a estatal, reforçando ainda mais a ideia trazida pelas demais leis de nosso ordenamento jurídico

que proíbem a participação de terceiros, alheios à relação jurídica, no procedimento licitatório seja direta ou indiretamente, tanto na fase da elaboração do projeto básico como no projeto de execução, além da execução do contrato propriamente dita.

Esta atribuição, por si só traz modificações importantes na dinâmica da execução do contrato público, mas, além disto, impacta diretamente na equação econômico-financeira do contrato, visto que o contratado fica proibido, como regra, de alegar ou requerer pagamentos suplementares que visem a suprir erros do projeto básico, já que esta responsabilidade foi repassada a ele, não podendo locupletar-se ilegalmente por fato próprio. Aqui, denota-se a vedação ao *venire contra factum proprium*.

Nesta ocasião chegamos à questão: como será fixada ou em que situações a contratação integrada deverá ser utilizada como espécie de contratação? A lei 13.303 de 2016 dispõe em seu art. 43, IV, além de incluir a contratação integrada como uma modalidade a ser utilizada pelas estatais, que contratação será utilizada *quando a obra ou o serviço de engenharia for de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica do objeto licitado ou puder ser executado com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado*.

Neste aspecto, é requisito essencial para a utilização da contratação integrada, que o administrador fundamente sua escolha demonstrando minuciosamente que a escolha desta modalidade se impõe frente às peculiaridades do caso concreto.¹⁸²

Ora, da análise do referido artigo, denota-se que este apresenta diversos conceitos indeterminados que visam a possibilitar a utilização da contratação integrada, como por exemplo “natureza predominantemente intelectual”. Esta definição é fácil de ser utilizada quando se pensa em um grande especialista que desenvolve um projeto básico ou ainda um projeto executivo, todavia esta compreensão se torna mais difícil quando se analisa a execução da obra integralmente, já que na fase da execução do contrato esta natureza predominantemente

¹⁸²“Deixar de apresentar a correta justificativa para a utilização de contratação integrada é permitir a generalização dessa modalidade, que tem como característica a transferência da responsabilidade pela elaboração do projeto básico ao contratado para execução das obras. Por esse motivo, o ato administrativo que a autorize deve ser acompanhado de motivação adequada e fundamentada. TCU -Processo 006.570/2014-3, Rel. Min Vital do Rêgo Filho, DJe 26.8.2015:

intelectual se afasta do conhecido trabalho de obras e serviços de engenharia, que são executados por trabalhadores braçais que cumprem com o que os projetos indicam. Deste fato reitera-se a necessidade de se elaborar um projeto básico e executivo que tenha amparo e fundamento técnico, buscando evitar os equívocos e prejuízos que possam vir a ocorrer em virtude de erros pretéritos.

Outro ponto que chama a atenção acerca da incidência da contratação disposta neste artigo é a questão referente à “inovação tecnológica do objeto licitado”.

A questão aqui não reside tão somente em saber o que seria uma inovação tecnológica, mas sim o que esta definição implicaria na segurança jurídica dos contratos em face dos princípios de direito administrativo. Explica-se.

Como sabido, os contratos de direito público se vinculam intimamente ao edital de licitação que os origina, assim, o administrador quando da elaboração do edital deverá observar que a utilização de termos como “inovação tecnológica” efetivamente traz conceito abertos, podendo até mesmo ser por ele atribuído valor puramente discricionário. Esta discricionariedade neste item do contrato acaba por desvirtuar sua real definição.

Para sanar tal lacuna, seria necessário que quando da elaboração do edital o órgão responsável definisse critérios objetivos a serem observados, por exemplo: será considerada inovação tecnológica todas as tecnologias que impliquem em uma redução substancial no tempo de entrega da obra. Mesmo sendo outra definição que deixa margem à interpretação a administração poderia fixar que se a obra fosse entregue 6 meses antes do definido, estriasse diante de um contratado que possui inovações tecnológicas.

Enfim, ao fixar critérios mais objetivos, seriam observados todos os princípios basilares da contratação pública, como por exemplo o princípio da ampla concorrência, maior efetividade no contrato, melhor interesse público, celeridade na execução da obra entre outros, visto que aqui o que se estaria avaliando é o quão eficaz foi a execução da obra e não quais foram os meios utilizados pelo contratado para chegar a este resultado.

Acredita-se que seria mais importante se entregar a obra bem executada, atingindo a finalidade para qual ela foi imposta, um ano antes do seu prazo determinando para conclusão, do que exigir que o contratado utilizasse os produtos da marca x, que produzem y e chegassem ao resultado z, visto que fixando objetivos a serem alcançados, se permite que os meios

utilizados para tanto variem de empresa para empresa, em atenção ao princípio da ampla concorrência e tratamento de igualdade aos licitantes.

Além disso, esta discricionariedade da administração em poder definir o que seria uma inovação tecnológica acaba por restringir o direito de concorrência do certame, isto porque, em um país como o nosso, onde a maioria das empresas nacionais não possui muitos recursos para o desenvolvimento de novas tecnologias ou ainda meios para aprimorar as tecnologias já utilizadas, estaria se criando espaço para o direcionamento de mercado, visto que formalmente a licitação teria seu curso normal, todavia quando da habilitação dos interessados iria se verificar que no máximo, uma ou outra empresa teria condição de prestar o serviço com a tecnologia imposta.

A utilização destes critérios corroboraria com o retorno das brechas legais que possibilitam ao administrador contratar empresas “parceiras” ou de que este tenha algum interesse financeiro, para que juntos pudessem praticar crimes de ordem econômica, sem adentrar na esfera da violação ao direito a ampla concorrência, que por si só seria maculado pelo fato de o objeto do contrato ser prestado por empresas específicas.

Superado o ponto acima, outra questão importante a se destacar é o dever de observância detalhada quando da elaboração dos preços na contratação integrada.

Segundo entendimento do TCU, a partir do informativo 282, compreendido pelas sessões realizadas em 12 e 13 de abril de 2016, “na contratação integrada, sempre que o anteprojeto permitir, a estimativa de preço a que se refere o art. 9º, § 2º, inciso II, da Lei 12.462/2011 deve se basear em orçamento tão detalhado quanto possível, referenciado em bases de dados amplamente aceitas, como Sicro e Sinapi, devidamente adaptadas às condições peculiares da obra. A utilização de estimativas paramétricas e avaliações aproximadas baseadas em obras similares deve se restringir às frações do empreendimento não suficientemente detalhadas pelo anteprojeto.”

Em poucas palavras, a regra é que quando possível devem os licitantes e até mesmo as estatais utilizarem o maior detalhamento possível para estimar os valores que serão desembolsados no contrato, aplicando melhores metodologias para elucidar as soluções alcançadas, possibilitando assim uma melhor compreensão e ainda fiscalização dos métodos conclusivos utilizados.

Desta feita, observa-se que sim, a contratação integrada é uma espécie contratual em assunção em nosso ordenamento jurídico, todavia para que ela possa ser corretamente utilizada na lei 13.303/16, devem as estatais elaborarem um edital e até mesmo um anteprojeto que possa contemplar e suprir as lacunas da legislação que fixa em quais circunstância a contratação integrada poderá ser utilizada, visando a evitar mais um regime jurídico que venha a desaguar no poder judiciário por ausência de previsibilidade quanto seus conceitos, o que acaba por gerar um equilíbrio na equação econômico financeira do contrato.

3.2 CONTRATAÇÃO SEMI-INTEGRADA

No tocante às formas de contratação trazidas pela Lei 13.303/2016, dentre as suas principais inovações deste texto normativo, encontra-se a contratação semi-integrada para as obras e serviços de engenharia no âmbito das empresas estatais.

Esta espécie de contratação facilmente pode ser entendida como um termo intermediário entre as contratações regidas pela Lei 8.666/1993 e a contratação integrada, já que visa a garantir às empresas estatais parte dos benefícios existentes nas outras contratações, porém sem restringir de modo tão rigoroso sua utilização, visto que foi concebida para ser o regime preferencial da contratação.

A referida rigidez parte dos critérios de julgamento de proposta, os quais não foram determinados pela nova lei, abrindo possibilidade para adoção de critério visando à maior efetividade do contrato observando-se a combinação de melhor técnica e menor preço.

Tal novidade legislativa, não é totalmente desconhecida, visto que a contratação de empresa para a elaboração de projeto executivo não era vedada pela Lei n 8.666/1993, conforme seu Art. 9º, §§ 2º, em que por exemplo a administração pública poderia optar pela empreitada integral, impondo ao contratado o dever de elaborar o projeto executivo

Diferente da contratação integrada, a semi-integrada prescinde de elaboração de projeto básico, ou melhor, não é dado ao particular o ônus da elaboração deste projeto, sendo que a estatal é quem deverá elaborar este projeto, e com base nele, o particular poderá elaborar o projeto executivo ou ainda e alguns casos já executar o contrato.

Na contratação semi-integrada, a elaboração do projeto básico continua obrigatório a cargo da Administração Pública, sendo responsabilidade do particular a execução das obras e serviços e a elaboração facultativa do projeto executivo.

Esta modalidade de contratação se caracteriza por dois fatos: i) a elaboração do projeto executivo pelo contratado; ii) a dimensão mais ampla do encargo, que vai para além da mera execução de uma obra para incluir atividades como testes, pré-operação e todas as operações necessárias para a sua plena funcionalidade.”¹⁸³

Sua utilização deve ser feita quando as empresas estatais puderem definir no projeto básico as quantidades dos serviços e a possível execução por meio de diferentes soluções técnicas, dando margem para promoverem alterações nos projetos básicos, sem alteração do objeto licitado, devidamente fundamentadas positivamente para o projeto, como superioridade de inovações em relação aos custos, qualidade, prazo de execução ou facilidade de manutenção e operação, já que ao encontrar as medidas necessárias para execução do objeto, o contratado poderá ter soluções alternativas e mais eficientes que aquelas previstas no projeto básico.

Aqui importante realizar a distinção entre a modalidade da contratação semi-integrada e a empreitada por preço global.

Na primeira expressamente há possibilidade do contratado, vislumbrando a superioridade das inovações, a redução de custos, o aumento de qualidade na execução, a redução do prazo de execução e ainda a facilidade de manutenção ou operação da obra, de interferir no projeto básico, celebrando aditivos que objetivem a alteração deste projeto, adaptando-o da melhor maneira à execução da obra.

Diferentemente da empreitada por preço global, onde é inviável ao contratado realizar qualquer alteração no projeto básico apresentado pela estatal, não possuindo gerência sobre esta fase.

Em regra, tais alterações deverão ser acompanhadas do respectivo reequilíbrio caso acarretam encargos financeiros ao contratado.

Assim os editais de licitação que seguem esse regime, deverão apresentar juntamente com o edital: o projeto básico; um documento técnico especificando a liberdade das contratadas

¹⁸³ GUIMARÃES, Edgar e SANTOS, José Anacleto Abduch . Lei das estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p.130

em inovar com soluções metodológicas ou tecnológicas, considerando a sua relevância e geração de benefícios; e uma matriz de risco a fim de conceder maior segurança, transparência e comutatividade entre as partes nos contratos administrativos, visto que ela é essencial para a análise de eventual caso de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Tal regime possibilita a estimativa de preços por parte da empresa estatal e dos licitantes, já que não terá obrigatoriamente de se elaborar um orçamento definitivo no momento da disponibilização do edital, estas providências somente se impõem se vier a existir a elaboração do projeto executivo, se contrapondo, assim, à exigência do projeto básico de definição quantitativa quanto aos serviços que serão executados.

Aqui se adentra no campo da responsabilidade na contratação semi-integrada, visto que diferente da integrada, nesta o projeto básico ainda continua sob a responsabilidade da estatal.

Por este motivo, os riscos decorrentes de soluções do projeto básico feitas pelas empresas estatais são alocados como riscos de responsabilidade delas mesmas, observando também os riscos das soluções propostas pelo particular, que poderá ocasionar até mesmo alterações nos projetos básicos.

Em relação às obrigações atribuídas ao contratado no regime de contratação semi-integrada, estas são semelhantes às da integrada, envolvendo conforme o Art. 42, V da Lei 13.303/2016 "a elaboração e o desenvolvimento do projeto executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto."

Esta divisão de responsabilidade entre a estatal que elabora o projeto básico, com o particular que elaborará o projeto executivo quando necessário, e executará a obra ou prestará o serviço, no entanto encontramos alguns posicionamentos desfavoráveis, visto que o simples fato desta divisão de responsabilidade não poderá ser presumida e sempre deve haver algum tipo de avaliação técnica durante a licitação que permita se apurar esta responsabilidade. Esta prática de apuração deverá ser aplicada tanto na contratação integrada ou semi-integrada.

Conforme menciona por Guilherme F. Dias Reisdorfer: "Na prática, é problemático associar de forma indiscriminada esses critérios de julgamento à contratação integrada, visto

que este regime contratual remete ao licitante o encargo de formular os projetos do futuro contrato, o que pressupõe o exame específico de soluções técnicas apresentadas." ¹⁸⁴.

Aqui volta-se ao ponto principal no tocante à responsabilidade na contratação semi-integrada. Quando da elaboração do projeto básico pela estatal, se o particular sinaliza que há uma incompatibilidade entre este projeto com o projeto executivo que ainda será elaborado ou ainda que o projeto básico dificultará a execução da obra de engenharia, induzindo à celebração de novos aditivos contratuais, a responsabilidade dos danos que possam vir a ocorrer, mesmo neste caso serão assumidos pela estatal por completo?

Para responder tal questão, imperioso se destacar que na contratação semi-integra, mesmo que o contratado opine pela alteração do projeto básico para se atingir uma superioridade das inovações, visando à redução de custos, o aumento de qualidade na execução, a redução do prazo de execução e ainda a facilidade de manutenção ou operação da obra, ainda assim o projeto básico em sua essência continua sob a propriedade da estatal, respondendo esta pelos prejuízos alcançados.

Referida interpretação fica clara quando se analisa o 3º do art. 42, que dispõe que “nas contratações integradas ou semi-integradas, os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico pela contratante deverão ser alocados como de sua responsabilidade na matriz de riscos”. Ou seja, ainda que o projeto básico seja alterado, ocorrendo fato superveniente à contratação, a responsabilidade será partilhada à estatal.

Isto se deve também ao dever de fiscalização imputado à estatal.

Tanto na contratação integrada como na semi-integrada não é possível a atribuição irrestrita e ilimitada da responsabilidade ao contratante ou ao contratado. ¹⁸⁵

¹⁸⁴REISDORFER, Guilherme F. Dias. A contratação integrada no regime diferenciado de contratações públicas. In JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. O regime diferenciado de contratação pública; comentários à lei 12.462 e ao Decreto 7.581.3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 173.

¹⁸⁵“a atribuição de uma maior margem de autonomia para a definição das especificações do objeto contratado reflete o propósito de atribuir os riscos inerentes às opções técnicas e de execução ao futuro particular contratado. No entanto, a contratação integrada não implica a imputação plena e irrestrita dos riscos envolvidos na contratação ao particular. Uma vez que é atribuição irrenunciável da Administração caracterizar e definir os aspectos essenciais da contratação, não se pode afastar a responsabilidade administrativa no âmbito das decisões fundamentais tomadas pela Administração a respeito da concepção do contrato.” REISDORFER, Guilherme F. Dias. A contratação integrada no regime diferenciado de contratações públicas. In JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A.

Assim, pode-se concluir que na contratação semi-integra em nenhuma hipótese a responsabilidade do projeto executivo ou da própria execução poderá ser atribuída exclusivamente ao contratado, visto que nesta modalidade não é repassado o ônus da elaboração do projeto básico, muito menos do anteprojeto, salvo se o dano ou prejuízo seja alheio à elaboração dos projetos de iniciativa da estatal.

A empresa pública ou sociedade de economia mista minimante, deverão concorrer com o contratado respondendo pelo insucesso da execução da obra ou serviço de engenharia, visto que tanto o projeto executivo como a execução da atividade basearam-se em mecanismos preparatórios elaborados pela estatal.

A ingerência do contratado tanto no anteprojeto como no projeto básico, retirada na modalidade da contratação semi-integrada, implica na redistribuição de responsabilidade, visto que mesmo que o projeto básico tenha sido alterado mediante aditivo, ainda assim o anteprojeto continua sendo ato exclusivo da estatal. Assim analisado a consequência lógica que um decorre do outro, esta responsabilidade não pode ser realocada por completo ao particular.

Configurado o erro na execução do empreendimento, a primeira medida que se impõe é a verificação de sua essência, ou em que parte do procedimento de execução, esta possibilidade foi negligenciada, para que após isso possa se verificar quem teve ingerência sobre este prejuízo possível à época que acabou por não ser contingenciado.

Rastreada e identificada toda esta cadeia, só assim poderá se atribuir maior parte da responsabilidade ao contratante ou ao contratado, mas mesmo assim será partilhado, frente à impossibilidade de atribuir este ônus exclusivamente ao contratado por algo que deste o início lhe foi imposto, ou tenha sido induzido em erro, seja mediante falha no anteprojeto ou projeto básico.

Desta feita, denota-se que a responsabilidade atribuída deve ser analisada e distribuída com ressalvas, sendo que “se constatado erro no projeto básico elaborado pela estatal ou a especificação técnica inadequada de um material pela contratante, não há que se cogitar de responsabilidade do contratado.”¹⁸⁶

Guimarães. O regime diferenciado de contratação pública; comentários à lei 12.462 e ao Decreto 7.581.3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 173.

¹⁸⁶ GUIMARÃES, Edgar e SANTOS, José Anacleto Abduch . Lei das estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p.258

Esta distinção de institutos e a realocação de responsabilidade é algo que o próprio Tribunal de Contas da União deverá levar em consideração, entendendo a distinção entre os regimes, principalmente entre a contratação integrada e semi-integrada, já que apesar do nome similar, as consequências e atribuição de responsabilidade de ambos são distintos.

Enquanto na contratação integrada o contratado responde pelo projeto básico elaborado integralmente por ele, na semi-integrada a estatal que elabora o projeto assume este ônus.

Em relação à contratação semi-integrada o TCU pouco se manifestou quanto à responsabilidade da alteração do projeto básico entre contratado e contratante, todavia em relação a contratação integrada, esta Egrégia Corte de Contas firmou entendimento de que: o regime de empreitada integral não se confunde com a contratação integrada prevista na Lei 12.462/2011, a qual permite que a licitação ocorra com base em anteprojeto e o desenvolvimento do projeto básico seja de responsabilidade do contratado.¹⁸⁷

Deste modo, as autoridades julgadoras sejam do judiciário, das cortes de contas ou ainda administrativamente, deverão realizar esta distinção de institutos que acaba por alterar por completa a responsabilidade pelo ato ou fato que venha a causar danos ou prejuízos.

4. Conclusão.

Em vista dos argumentos apresentados, denota-se que as os administradores das estatais exercem um papel importante na escolha dos modelos de contratação que serão utilizados quando da execução de obras e serviços de engenharia. Estes, além de analisarem a natureza do serviço explorado, terão de entender à dinâmica da atribuição de riscos trazidas pela Lei 13.303/2016, antes de qualquer coisa.

Ato seguinte, a subsunção do serviço à modalidade de contratação deverá ser realizada de maneira fundamentada pelo administrador, que deverá levar em consideração as peculiaridades da contratação integrada e semi-integrada.

O anteprojeto, em ambas as espécies ficará sob a responsabilidade da estatal, todavia, o ponto que a contratação integrada se distingue da semi-integrada reside na elaboração do

¹⁸⁷ TCU – Representação 026.110/2013-0, Rel. Min. José Mucio Monteiro Filho Dje. 30.9.2015

projeto básico. Enquanto da integrada o contratado recebe o encargo da elaboração do projeto básico, na semi-integrada o dever do particular se inicia somente no projeto executivo.

Esta divisão interfere substancialmente na atribuição de responsabilidade sob os riscos, danos e prejuízos que venham a ocorrer no transcorrer da execução da obra ou serviço, visto que o contratado somente responderá na medida de sua gerência sob a obra ou serviço.

Assim, extrai-se que na contratação integrada por sua maior extensão, apresenta uma maior atribuição de responsabilidade ao contratado, ficando esta responsabilidade um pouco mais restringida na contratação semi-integrada onde o particular começa a sofrer com os ônus decorrentes do projeto executivo elaborado por si.

Em suma, na contratação integrada a responsabilidade pela elaboração do projeto básico, assim como os atos posteriores, são imputados ao contratado, respondendo este pelos prejuízos. Em contrapartida, na contratação semi-integrada o projeto básico fica sob a responsabilidade da estatal, atribuindo somente o projeto executivo e seus atos subsequentes ao contratado, o que acaba por limitar a responsabilidade deste, e aumentar o compartilhamento dos riscos entre as partes.

Frente todo o exposto, a distribuição de responsabilidade e a atribuição de riscos do empreendimento é algo que vem sendo explorado nos contratos em geral, em especial, nos contratos que tem em alguma medida patrimônio público envolvido, visando à resguardar *prima facie* o interesse das partes contratantes, sem correr o risco de lesar direito de terceiros, alheios à relação entabulada.

5. Referências.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contrato administrativo. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. São Paulo: Editora Forense, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BORDA, Daniel Siqueira. Regimes de execução indireta de obras e serviços para empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal. Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 379.

BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016a. Lei das Estatais. Disponível em: . Acesso em: 05 dez. 2017.

_____. Constituição Federal de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em: 05 dez. 2017.

_____. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: Acesso em: 05 dez. 2017.

_____. Decreto-Lei nº 900, de 29 de setembro de 1969. Altera disposições do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 05 dez. 2017.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Lei das Licitações. Disponível em: . Acesso em: 05 dez. 2017.

_____. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011a. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Disponível em: . Acesso em: 05 dez. 2017.

_____. Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011b. Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7581.htm>. Acesso em 05.08.17

_____. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria nº 045.034/2012-5, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, DJe de 29.05.2013.

_____. Tribunal de Contas da União. Representação 026.110/2013-0, Rel. Min. José Mucio Monteiro Filho, DJe de 30.9.2015a.

_____. Tribunal de Contas da União. Processo 006.570/2014-3, Rel. Min Vital do Rêgo Filho, DJe de 26.08.2015b.

_____. Tribunal de Contas da União. Informativo nº 282, de 13 de abril de 2016b. Disponível em: Acesso em: 05 dez. 2017.

CONFEA – CONSELHO FEDERAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA. Decisão Normativa nº 106, de 17 de abril de 2015. Conceitua projeto e de_ne suas tipi_cações. Disponível em: . Acesso em: 05 nov. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. São Paulo: Atlas S.A., 2012.

FERRAZ, Luciano. Além da sociedade de economia mista. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 266, p. 46-68, 2014. Disponível em: . Acesso em: 05 dez. 2017.

GRAU, Eros Roberto. Elementos de direito econômico. São Paulo: RT, 1981.

GUIMARÃES, Bernardo Strobil. Estatais e contratação privada. Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba: Zênite, n. 282, p. 768, ago. 2017.

GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. Lei das estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MENDES, Renato Geraldo. As modalidades de licitação. Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos. Curitiba: Zênite, n. 215, p. 5, jan. 2012.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Licitação pública. São Paulo: Malheiros, 2012.

REISDORFER, Guilherme F. Dias. A contratação integrada no regime diferenciado de contratações públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. O regime diferenciado de contratação pública: comentários à Lei 12.462 e ao Decreto 7.581. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 173.

ROSILHO, André. Desafio na licitação da contratação integrada. Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos, n. 243, p. 155, maio 2014.

ROSSETTI, Suzana Maria. Lei das Estatais, políticas públicas e exercício de preferência nas licitações. Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba: Zênite, n. 277, p. 227-230, mar. 2017.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado nº 555, de 2015. Dispõe sobre a responsabilidade das estatais. Disponível em . Acesso em: 05 dez. 2017.

ALCANCE GLOBAL DAS CLASS ACTIONS: DECADÊNCIA DA TUTELA COLETIVA E ASCENSÃO DA TUTELA PLURI-INDIVIDUAL

198

Bruno Dantas

Ministro do Tribunal de Contas da União (TCU). Pós-Doutor (UERJ), Doutor e Mestre (PUC-SP) em Direito. Visiting Researcher Fellow na Benjamin N. Cardozo School of Law (Nova York, EUA), no Max Planck Institute for Regulatory Procedural Law (Luxemburgo) e na Universidade de Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Professor-Adjunto da Graduação, Mestrado e Doutorado da UERJ, do Doutorado da FGV Direito-Rio e do Mestrado em Direito da UNINOVE.

Caio Victor Ribeiro dos Santos

Assessor de Ministro do Tribunal de Contas da União (TCU). Mestrando em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Pesquisador vinculado aos grupos de pesquisa Processo Civil à luz da Constituição Federal e Processo Civil e Tutela efetiva de direitos – Aditus Iure (IDP).

1. INTRODUÇÃO

Em artigo publicado em 2014¹⁸⁸, a professora da Faculdade de Direito da Universidade do Texas, Linda Mullenix, nos convida a imaginar o universo processual norte-americano sem

¹⁸⁸ MULLENIX, Linda S.. **Ending Class Actions as We Know Them: Rethinking the American Class Action** (June 21, 2014). 64 Emory Law Journal 399 (2014); U of Texas Law, Public Law Research Paper No. 565. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2457429>. Acesso em: 26/07/2018. Esse artigo possui uma versão em português traduzida por um dos autores deste trabalho: **O fim do processo coletivo tal como o conhecemos: repensando a class action norte-americana**. Trad. Bruno Dantas. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 283, ano 43, set./ 2018.

a ferramenta da *class action for damages* (ações indenizatórias coletivas) introduzida em 1966 às *Federal Rules of Civil Procedure*.¹⁸⁹

Ciente da resistência que sua sugestão enfrentaria, a catedrática propõe – não sem antes apontar minuciosamente as disfunções que essa espécie de ação coletiva gerou no processo coletivo dos EUA – um âmbito de atuação mais limitado às *class actions*, um retorno ao modelo de tutela coletiva que tinha aquele país até o início da década de 1960, quando a sentença coletiva não produzia senão efeitos mandamentais.

Em outro artigo, intitulado “*Aggregate Litigation and the Death of Democratic Dispute Resolution*”, Linda Mullenix identifica, entre o período de 1966, com as decisões da Suprema Corte nos casos *Wal-Mart v. Duke*, e *AT&T v. Conception*¹⁹⁰, pelos menos seis “mortes” nas *class actions*, querendo, com essa expressão, designar os períodos do contencioso coletivo norte-americano que contribuíram para o estigma dessas ações.

De fato, desde a década de 1960, conhecido como o período áureo das *class actions*, até o momento atual, o processo coletivo norte-americano passou por inúmeras fases, apresentando altos e baixos que revelam picos de evolução, seguidos de momentos de declínio, e embora tenha servido – e ainda sirva – de uma fonte vasta e rica para estudiosos, é inegável que essas experiências acabaram favorecendo o recrudescimento de um ceticismo não apenas interno, mas internacional, em torno das *class actions*.

O que se pretende com este trabalho é explicitar quais foram as principais causas que concorreram para o descrédito de que hoje padecem as *class actions*, para demonstrar, ao final,

¹⁸⁹ As Federal Rules of Civil Procedure regem os processos da jurisdição cível dos tribunais distritais dos Estados Unidos. Ela é composta por 86 regras principais, além de 7 regras suplementares, foram adotadas pela primeira vez por despacho da Suprema Corte em dezembro de 1937 e, após transmitidas ao Congresso, entraram em vigor em setembro de 1938. Disponível em: <http://www.uscourts.gov/sites/default/files/civil-rules-procedure-dec2017_0.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2018.

¹⁹⁰ Diversos acadêmicos e advogados caracterizaram essas decisões como negativas de acesso à justiça para pessoas que foram prejudicadas pelas empresas. No caso *Wal-Mart v. Duke*, um dos casos mais assistidos e divulgados da história das *class actions*, a Suprema Corte, em uma decisão por 5 a 4, entendeu que a certificação concedida em favor de uma classe de empregadas em uma *class action* envolvendo discriminação laboral feminina teria sido, na verdade, um abuso de discricionariedade e, portanto, ilegal. Depois dessa decisão, as empresas americanas que respondiam a processos envolvendo a mesma temática, deram um suspiro de alívio, pois nela a Suprema Corte articulou, de forma geral, um padrão mais rigoroso para a certificação das classes. Já no caso *AT&T v. Conception*, outra decisão por 5 a 4, de autoria do Juiz Scalia, a maioria entendeu que o Federal Arbitration Act de 1925 prevaleceria sobre leis estaduais que proibissem a realização de arbitragem envolvendo classes, permitindo, assim, que as partes tivessem a prerrogativa de renunciar às *class actions* ao celebrarem eventuais contratos de arbitragem. Isso levou muitos a acreditarem que as renúncias contratuais “matariam” as *class actions* mais uma vez.

como essas circunstâncias influenciaram o Brasil na opção que fez, com o Código de Processo Civil de 2015, pelo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Para tanto, será preciso compreender por que motivo o contencioso coletivo norte-americano caiu em descrédito, o que se fará respondendo às seguintes perguntas: a Rule 23 (regra das *class actions*) atualmente concretiza a finalidade originária que justificou sua existência? A regra, tal como é hoje aplicada, incentiva a propositura de demandas individuais enfraquecendo a utilidade das *class actions*? Os benefícios decorrentes da sua aplicação superam os efeitos negativos que dela também decorrem?

E além disso, abordar-se-á a as peculiaridades da discussão travada nos célebres casos *Anchem Products, Inc. V. Windsor e Ortiz v. FibreboardCorp*, para demonstrar como as disfunções das *class actions*, notabilizadas nesses julgados, foram indispensáveis para subsidiar a estrutura teórica que empurrou o Brasil para a tutela pluri-individual.

2. Uma análise acerca das razões de ser das *class actions*

A Regra 1 das *Federal Rules of Civil Procedure*, como norma-princípio, busca assegurar a justa, célere e acessível das disputas cíveis.¹⁹¹ De acordo com Linda Mullenix, em matéria de processo coletivo, a realização desses objetivos deve passar pela satisfação de outros três: 1) a compensação das vítimas de atos ilícitos; 2) a dissuasão das empresas de cometerem ilícitos; e a 3) promoção da celeridade e economia do processo judicial.¹⁹²

2.1. *Compensação das vítimas de atos ilícitos.*

Um dos objetivos primários da Regra 23 é viabilizar que grupos extensos de demandantes sejam compensados ou obtenham uma tutela mandamental em virtude de atos ilícitos de que foram vítimas. Esse objetivo consiste em uma das razões mais imediatas por que as *class actions* existem, pois visam permitir que as vítimas de prejuízos de baixo valor possam ter incentivos suficientes para pleitear reparação em juízo.

¹⁹¹ “Rule 1. Scope and Purpose These rules govern the procedure in all civil actions and proceedings in the United States district courts, except as stated in Rule 81. They should be construed, administered, and employed by the court and the parties to secure the *just, speedy, and inexpensive* determination of every action and proceeding.” Cf. nota de rodapé n. 3.

¹⁹² MULLENIX, op. cit. **O fim do processo coletivo**..., p. 525.

Nesses casos, conhecidos como “*negative-value-suits*”, os custos do processo individual são superiores ao valor do ressarcimento a que faria jus o litigante, o que muito provavelmente o levaria, na ausência do instrumento da *class action*, a desistir de mover um processo judicial contra o responsável pelo ilícito, deixando-o sair impune.

No entanto, como destaca Linda Mullenix, há muito o que se ignora acerca dessa compensação distribuída entre os membros das classes. Embora se saiba de diversos estudos que cuidem da totalidade das indenizações que resultam dos acordos celebrados em *class actions*, pouco se sabe acerca dos valores distribuídos individualmente a cada membro da classe, que, quando é feito, muitas vezes chegam a ser irrisórios.¹⁹³

No contencioso coletivo norte-americano, a maioria dos litígios são resolvidos por meio de acordos.¹⁹⁴ Em uma *class action*, após aprovada uma proposta de acordo coletivo pelo tribunal, passa-se à fase de postulação das indenizações individuais. Estudos sugerem, entretanto, que esses acordos têm sido marcados por uma participação inexpressiva dos membros da classe. Em uma *class action* ajuizada em 1988 contra a *Wells Fargo*, multinacional sediada nos Estados Unidos que presta serviços de financiamento, nem 5% dos titulares de contas qualificados para reclamar uma parte dos recursos provenientes do acordo coletivo manifestaram interesse pela quantia.¹⁹⁵

Nesses casos, os fundos do acordo são destinados a entidades filantrópicas (acordos *cy pres*¹⁹⁶), ou revertidos para o demandado, a depender dos termos avençados.

Como arremata a professora, os relatórios das pesquisas acerca do tema não revelam senão uma escassez de evidências capazes de comprovar se as *class actions* atualmente são capazes de concretizar ou não o objetivo de compensar efetivamente as vítimas pelos prejuízos sofridos. Pelo contrário, a análise desses estudos mais conduz à conclusão de que grande parcela dos membros não recebe qualquer compensação.

¹⁹³ MULLENIX, op. cit. **O fim do processo coletivo...**, p. 525

¹⁹⁴ THE AMERICAN..., op. cit. p. 267.

¹⁹⁵ HENSLER, Deborah [et al.]. **Class action dilemmas: pursuing public goals for private gains**. Arlington: RAND Institute for Civil Justice, 2000. p. 81.

¹⁹⁶ Nos Estados Unidos, os acordos *cy pres* são utilizados quando as circunstâncias demonstram que seria pouco proveitoso, do ponto de vista econômico, indenizar, de forma individualizada, membros de uma determinada classe, tendo em vista a diminuta dimensão de suas pretensões. Nesse sentido, uma *class action* resolvida por meio de um acordo *cy pres* reúne as indenizações referentes à pretensão individual de cada membro da classe e as concede, como um todo, a entidades de caridade. Cf. DANTAS, op. cit. p. 273.

2.2. *Dissuasão das empresas de cometerem ilícitos.*

Outro objetivo que justifica a existência das *class actions* é o suposto poder que teria a Regra 23 de desestimular os demandados – que geralmente são grandes empresas – de praticarem novos atos ilícitos. Acredita-se que o risco de serem condenadas a indenizar em processos que envolvam milhares, senão milhões, de pessoas, além de poderem ser condenadas em *punitive damages*, as induziria a evitar práticas ilícitas, tendo em vista o potencial que teriam essas demandas de levá-las à falência.¹⁹⁷

O poder dissuasório é apontado por Mullenix como o escopo principal da Regra 23, responsável por potencializar o processo coletivo.¹⁹⁸ Contudo, embora se tenha notícia de empresas que foram a falência depois de condenações em *class actions* – como um estudo de Michelle J. White que identifica 85 processos de falência apenas em virtude de responsabilização por exposição a amianto¹⁹⁹ –, a teoria do efeito dissuasório dessas ações carece de evidências empíricas e, mesmo cinco décadas após a introdução da *class actions for damages*, faltam estudos demonstrando se essa dissuasão de fato existe, ou se é apenas outra ideia teórica sem comprovação prática.

O que nos mostra a professora Mullenix é que, com regular frequência, a expectativa de que as *class actions* criem desincentivos à prática de atos ilícitos acaba frustrada, tendo em vista que as empresas já se habituaram às vicissitudes do contencioso coletivo e preveem as despesas que terão de arcar em eventuais *class actions*, repassando os custos de transação para o consumidor. É o que chamam de “*price of doing business*”.²⁰⁰

Numa sociedade onde o consumo é de massa e as relações da vida cada vez mais complexas e múltiplas, não há quem que ignore a possibilidade de ser demandado em uma ação coletiva multitudinária em virtude da colocação no mercado de algum produto defeituoso, da

¹⁹⁷ MULLENIX, op. cit. p. 528.

¹⁹⁸ Ibid. p. 528.

¹⁹⁹ Em artigo publicado em 2004, Michelle J. White já apontava que, desde a explosão da “crise do amianto”, 85 empresas haviam entrado em processo de falência. Cf. WHITE, Michelle. J.. **Asbestos and the Future of Mass Torts. *Jornal of Economic Perspectives***. vol. 18, n. 2, 2004, p. 183 -204. Disponível em: <<https://econweb.ucsd.edu/~miwhite/asbestos-jep-final.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2018.

²⁰⁰ MULLENIX, op. cit. p. 529.

má prestação de algum serviço ou da participação em algum acidente de massa.²⁰¹ No caso dos Estados Unidos, isso é ainda mais evidente, tendo em vista que desde a *Bill of Consumers Rights* de 1962 e, sobretudo após a eclosão da litigância de massa envolvendo o amianto, os norte-americanos vêm se adaptando a essa realidade.

Além disso, os demandados normalmente impugnam impetuosamente a certificação da classe. Quando não têm êxito, barganham até alcançar termos mais vantajosos, os quais, em regra, incluem o afastamento dos *punitive damages*. Em qualquer hipótese, jamais assumem a responsabilidade, e, muitas vezes, se beneficiam de cláusulas reversivas (que lhes devolvem os fundos do acordo coletivo não reclamado pelas partes) e cláusulas *cy pres*, que reverterem o valor da condenação para entidades filantrópicas.²⁰²

Dessa forma, portanto, com acordos relativamente baratos, sem o risco dos danos punitivos, sem assunção de responsabilidade, além do benefício da inclusão de cláusulas reversivas ou de cláusulas *cy pres*, o poder dissuasório das *class actions* fica mitigado.

2.3. *Promoção da celeridade e economia do processo judicial.*

Outra justificativa, com a qual melhor se familiariza o processo coletivo e pluri-individual brasileiro, especialmente após o advento da litigiosidade de massa, é que as *class actions* teriam o condão de otimizar a eficiência judicial e a economia processual.²⁰³

A ideia aqui seria a de que o manejo das *class actions* evita que o Poder Judiciário seja congestionado pela interposição de centenas ou milhares de demandas repetitivas, beneficiando não apenas as partes, com a celeridade na composição da lide, mas também o próprio sistema judicial, com a economia processual – razões semelhantes àquelas recentemente invocadas no Brasil para a introdução do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Código de Processo Civil de 2015.²⁰⁴

Argumenta-se que em situações em que haja um número expressivo de pessoas com pretensões semelhantes decorrentes do mesmo evento fático ou jurídico, seja mais eficiente

²⁰¹ COFFEE JR. John C. Class Wars: **The Dilemma of the Mass Tort Class Action**. vol. 95, n. 6, 1995, p. 1343-1465. Disponível em: < https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/29/>. Acesso em: 22 dez. 2018.

²⁰² MULLENIX, op. cit. p. 529.

²⁰³ Ibid. p. 529.

²⁰⁴ No âmbito das ações coletivas brasileiras, esse efeito fica eclipsado, em certa medida, pela impossibilidade de a tutela coletiva prejudicar a esfera individual (art. 103, §3º, CDC).

buscar reparação pela via jurisdicional coletiva do que manejar diversos processos individuais. Isso porque, do ponto de vista do Estado, a agregação de pretensões aliviaria o congestionamento que as ações individuais podem causar no Poder Judiciário, e, do ponto de vista do litigante, ela diminuiria as despesas do litígio, bem como contribuiria para a celeridade de sua resolução, por se tratar de um único processo.

Entretanto, mesmo quanto ao fundamento da eficiência, Linda Mullenix demonstra que não há evidências empíricas suficientes para sustentá-la. Não se tem ideia, por exemplo, se na ausência da Regra 23, os tribunais norte-americanos estariam realmente congestionados de processos, tampouco se os processos coletivos levam menos tempo de serem resolvidos que os processos individuais, como se tem suposto.²⁰⁵

Nas demandas consumeristas de baixo valor, por exemplo, é mais provável que praticamente ninguém surja para reclamar reparação pelo dano sofrido. E mesmo em demandas mais substanciais, também não há evidências claras o suficiente que permitam concluir que na ausência da Regra 23 o Poder Judiciário estaria hoje congestionado.

A professora da *Texas School* chama atenção para aquilo que denominou de “crise de mentalidade” em que ficaram presos os tribunais norte-americanos após a década de 1980 com a crise do amianto: acreditar que, em razão das ações individuais, ficariam sobrecarregados de litígios que poderiam ser endereçados melhor pela via coletiva.²⁰⁶

Que diriam eles agora, em pleno século XXI, ao perceberem que mesmo diante da expansão da sociedade de massa os europeus ainda permanecem relutantes à adoção das ações coletivas? Ou do Brasil, que na esteira de países como a Inglaterra e a Alemanha, vem apostando na utilização de técnicas de tutela pluri-individual?

Ora, considerando que os litigantes com “*high stakes*” tendem a se preocupar mais com uma representação judicial adequada – motivo inclusive por que são sugeridos à representação da classe²⁰⁷ –, é mais provável que aqueles que possuam pretensões vultosas busquem litigar individualmente, se excluindo do risco de litigar e perder em *class actions* que podem também abranger pretensões de baixo valor e de mérito duvidoso.

²⁰⁵ Ibid. p. 530.

²⁰⁶ Ibid. p. 531.

²⁰⁷ THE AMERICAN..., op. cit. p. 67.

No que toca a eficiência, é verdade que as *class actions* contribuem para reduzir as despesas com o processo, porém, são escassas as evidências de que promovem uma célere resolução dos litígios.²⁰⁸ As *class actions* dão oportunidade para diversas postulações e adiamentos do processo. A fase inicial do “*Discovery*”, quando são produzidas as provas preliminares da ação, pode levar anos, não sendo incomum emendas às petições iniciais antes da fase de certificação. Isso sem contar eventuais reformas nos tribunais *ad quem*, que somam mais um considerável tempo à resolução do litígio.²⁰⁹

São diversas as *class actions* que se arrastam por anos, não se podendo, portanto, considerar esse critério como decisivo para concluir pela superioridade das *class actions* em relação às ações individuais no que toca a celeridade na resolução dos litígios.

3. A litigância coletiva empreendedora: os entusiastas vs. os “estrangeiros”

Atualmente, uma parte importante do sistema de regulação dos Estados Unidos é gerido pelos advogados da iniciativa privada. Sobretudo após a introdução da *class action for damages*, os advogados particulares têm, ao longo dos anos, desempenhado o papel de verdadeiros entusiastas do processo coletivo norte-americano, descobrindo potenciais violações legais, identificando indivíduos qualificados para atuar como representantes de classes, bem como ajuizando *class actions* em nome de grupos de pessoas que partilham dos danos decorrentes de uma mesma circunstância fática, entre outras funções.

Chamados de “*private attorney general*”, uma espécie de defensor público-privado, os advogados norte-americanos, no exercício de seus ministérios privados, colmatam as lacunas deixadas pelo setor regulatório, numa atividade em que se realiza metas públicas para ganhos privados (*pursuing public goals for private gains*).²¹⁰

Ocorre, porém, como anota Debora Hensler, que “o incentivo desses advogados consiste nos honorários que eles receberão se forem exitosos na demanda e, talvez, o desejo de auxiliar os prejudicados e coibir futuros atos ilícitos. ” Muito embora se possa atribuir aos honorários a fonte de incentivo que leva os advogados a contribuírem positivamente para o

²⁰⁸ MULLENIX, op. cit. p. 531.

²⁰⁹ Ibid. p. 531.

²¹⁰ HENSLER, *Class action dilemmas...* op. cit. 10.

sistema de regulação daquele país, são eles apontados como a causa que mais corroborou para o descrédito em que afundou o processo coletivo dos EUA.

Nos Estados Unidos, as cortes, tradicionalmente, dispõem de dois métodos para a remuneração de honorários advocatícios: o método POF, “*percentage of fund*”, mediante qual o juiz determina que uma porcentagem da indenização auferida com a condenação na demanda seja destinada para remunerar os advogados da classe vencedora; e o método “*lodestar*”, mediante o qual o juiz, avaliando as horas despendidas pelo advogado trabalhando sobre o caso, remunera o esforço razoavelmente necessário para fazê-lo.²¹¹

O método POF, era, desde 1966, a regra das *class actions*, sendo, porém, substituído pelo método “*lodestar*” na década de 1970. Isso se deu em resposta às críticas que se insurgiram contra o método POF, tendo em vista que este premiava os advogados com honorários excessivos, que não refletiam o verdadeiro esforço envidado na defesa da classe. Uma queixa regular era a de que, enquanto as partes recebiam valores irrisórios com a vitória na demanda, os advogados ficavam milionários da noite para o dia.²¹²

Nesse sentido observava John Frank, citado por Débora Hensler:

“A desproporção entre o retorno para os membros da classe e o retorno para os advogados os que representam é, constantemente, grotesco. Em muitos casos, os membros individuais da classe são intitutados no direito de receber no máximo um dólar ou dois, enquanto o advogado que garantiu seu benefício pode tirar sua aposentadoria com a sua parte dessa vitória.” (tradução livre)²¹³

O método “*lodestar*”, por outro lado, exige um nível elevado de esforço do magistrado. Nele, a fim de se obter uma noção precisa dos esforços que foram despendidos ao longo da representação legal, o juiz tem de analisar calhamaços de registros dos advogados, ponderar os riscos que suportaram ao assumir a representação do caso, avaliar a qualidade do trabalho desempenhado e levar em consideração inúmeros outros fatores que possam influenciar a

²¹¹ Ibid. p. 77.

²¹² Ibid. p. 78.

²¹³ FRANK, John. “Response to the 1996 Circulation of Proposed Rule 23 on Class Actions: Memorandum to My Friends on the Civil Rules Committee, *apud*. HENSLER, *Class action dilemmas*, op. cit. p. 83.

majoração dos honorários.²¹⁴ Por isso, o método “*lodestar*”, na década de 1990, começou a ser abandonado pelos juízes, e, em seu lugar, o método POF foi retomado, trazendo consigo todos os seus velhos problemas.²¹⁵

O maior receio dos críticos, como destaca Linda Mullenix, é que esses advogados, não intimidados por seus próprios clientes, e atraídos pelos largos honorários advocatícios que as *class actions* oferecem, não deem o seu melhor na representação e aceitem celebrar acordos que satisfaçam mais seus próprios interesses – e os dos demandantes, que deveriam ser seus adversários – que os interesses dos membros da classe que representa.²¹⁶

Sem mencionar o problema ético que essa atitude suscita, os membros da classe do processo coletivo norte-americano têm, nessas ocasiões, seu destino acertado à margem de seus interesses, à revelia de suas opiniões, sendo tratados como verdadeiros “estrangeiros”, isto é, verdadeiros Mersaults do contencioso coletivo norte-americano, para utilizar o sentido da trama que envolve a personagem de Albert Camus.²¹⁷

De fato, conforme aponta Linda Mullenix, desde 1966 “o carro-chefe de situações abusivas na prática das *class actions* se encontra na categoria prevista na Regra 23(b)(3)”: a *class actions for damages*”. Isso porque à medida em que as *class actions* deixaram de ter eficácia apenas mandamental para possuir também eficácia condenatória, o processo coletivo foi municiado com um instrumento de obtenção de indenizações milionárias.

Desde então, essa *class action* tem criado incentivos para que o contencioso coletivo se transforme em um verdadeiro negócio, tendo dado espaço ao nascimento de uma litigância empreendedora (*entrepreneurial litigation*) que, como aduz John Coffee Jr., se considerada do ponto de vista de massa, equivale a uma “extorsão legalizada”.²¹⁸

Nesse sentido, Linda Mullenix lista uma série de práticas abusivas que passaram a ser objeto de críticas do processo coletivo: empreendedorismo dos advogados (taxados de “caçadores de recompensas”), incentivos à litigiosidade coletiva, apresentação de demandas temerárias, “venda de membros da classe” por advogados (principais conflitos de agência), acordos ilegítimos chancelados por juízes acomodados (proteções de devido processo legal

²¹⁴ HENSLER, *Class action dilemmas...* op. cit. p. 77.

²¹⁵ Id. p. 78.

²¹⁶ MULLENIX, op. cit. p. 541.

²¹⁷ CAMUS, op. cit. 103.

²¹⁸ COFFEE JR., *Class Wars: The Dilemma...* op. cit. p. 1349.

inadequadas, medidas reversivas, acordos de cupom, indenizações *cy pres*), e insuficiente ou insignificante compensação para os litigantes.²¹⁹

Uma artimanha muito citada está no fato de que, se o advogado de uma eventual classe consegue realizar um acordo com o demandado sem que o processo passe por sérias investigações – como na fase *Discovery* –, nem exija muito esforço na condução da representação legal, é bem provável que a partir daí esses advogados tenham incentivos suficientes para proporem constantemente ações temerárias, sabendo que nada têm a perder, senão ganhar, com elas. O lucro é a bússola que move esses agentes.²²⁰

Suponha, por exemplo, que um escritório de advocacia, percebendo que pode lucrar muito sobre uma multinacional bilionária, proponha contra ela uma *class action* e já no início do processo – antes mesmo da fase de *Discovery* –, manifeste interesse em resolver o litígio por meio de acordo coletivo em um valor bastante atrativo à demandada. A multinacional, obviamente, iria preferir não ser processada, todavia, uma vez que já o está sendo, considera que é melhor negociar com esse escritório do que com outros, tendo em vista que são vários os que adotam uma política de investigar o delito mais a fundo e, comprovando a responsabilidade da empresa, conseguir provocar a celebração de acordos ainda mais vultosos. Nesses casos, mesmo uma empresa que acredite não ter praticado qualquer ilícito pelo qual ser responsabilizada, pode entender ser mais vantajoso celebrar um acordo coletivo no início do processo, a um preço que pode barganhar com os advogados, do que levá-la adiante e ter de arcar com as despesas indiretas que dela decorrem, além do tempo que isso exige, bem como com toda a publicidade negativa.

Nesse cenário, talvez a maior evidência de que a *class actions* se transformaram em um negócio esteja nas empresas que surgiram especializadas em financiar esse tipo de litígios, que esperam um retorno substancial a partir do montante que investiram.²²¹ Neste caso, essas empresas também aparecem como entusiastas ao lado dos advogados da classe, haja vista que,

²¹⁹ MULLENIX, op. cit. p. 542.

²²⁰ Ibid. p. 550.

²²¹ COFFEE JR. John C. **The globalization of entrepreneurial litigation: law, culture and incentives.** University of Pennsylvania Law Review. v. 165: 1895, p. 1896-1926, 2017. p. 1920. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2857258>. Acesso em: 19 dez. 2018.

como bem destaca John Coffee Jr., quão mais expressivo for o caso que financiam, maior será a probabilidade de que tentem assumir o controle dele.²²²

Observa-se que os resultados de nenhuma dessas situações se dão em nome do melhor interesse da classe, mas de seus advogados, das financiadoras ou do demandado. As partes acabam como meros “estrangeiros” do processo que lhes diz respeito. Há casos, ainda mais drásticos, em que os próprios demandados se adiantam e subornam os advogados da classe.²²³ E o que se pode esperar de uma estrutura que não só encoraja, mas remunera a litigância de má-fé, tendo os olhos sempre no lucro, ao invés da justiça? Naturalmente, o descrédito, eliminando-se todo o potencial dissuasivo das *class actions*.

É tendo em vista esse cenário que Linda Mullenix propõe a extinção da *class actions for damages* prevista na Regra 23 (b)(1)(3) das *Federal Rules of Civil Procedure*.

4. O problema do amianto nos Estados Unidos e a crise das *class actions*

Desde disputas decorrentes de implantes mamários até doenças provocadas pela exposição ao pó de sílica, as cortes americanas, sobretudo a partir da segunda metade do século passado, passaram a ser inundadas por demandas tão difíceis de serem geridas quanto para serem resolvidas. A jurisprudência daquele país passou a ser fonte valiosa de casos envolvendo litígios de massa, cujos acertos e desacertos ofereceram importantes perspectivas que, se bem trabalhadas, nortearão o futuro da tutela coletiva no mundo.

A mais significativa porção dessa litigiosidade de massa que acometeu os Estados Unidos, entretanto, encontra raízes nas demandas individuais que foram levadas aos milhares às cortes federais e estaduais estadunidenses entre os anos de 1970 e 1980 e envolve os casos de danos à saúde gerados pela exposição de trabalhadores ao mineral amianto, produto tóxico então amplamente utilizado pelas indústrias à época.²²⁴

²²² Ibid. p. 1920.

²²³ MULLENIX, op. cit. p. 531.

²²⁴ “[This] is a tale of danger known in the 1930s, exposure inflicted upon millions of Americans in the 1940s and 1950s, injuries that began to take their toll in the 1960s, and a flood of lawsuits beginning in the 1970s. On the basis of past and current filing data, and because of a latency period that may last as long as 40 years for some asbestos related diseases, a continuing stream of claims can be expected. The final toll of asbestos related injuries is unknown. Predictions have been made of 200,000 asbestos disease deaths before the year 2000 and as many as 265,000 by the year 2015.” In: ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Ortiz et. al. v. Fibreboard Corp. et. al.** Certiorari to the United States

Court of Appeals for the Fifth Circuit. No. 97-1704. Washington-DC, 23 jun. 1999. p. 821 e 866. Disponível

O amianto é um material altamente cancerígeno, cuja eliminação foi recomendada pela Convenção 162 da OIT e que, inclusive, já foi objeto de decisão histórica do Supremo Tribunal nas ADI's 3406 e 3470, proibindo, em todo país, a produção, a comercialização e o uso do amianto, usado, sobretudo, na fabricação de telhas e caixas d'água.

A partir da década de 1970, nos EUA, aqueles que haviam sido efetivamente afetados ou simplesmente expostos à produção do amianto durante a jornada de trabalho foram ao Judiciário buscar ressarcimento pelos danos sofridos, ou que certamente viriam a sofrer. Em audiência pública ocorrida na Suprema Corte em 1991, o *Ad Hoc Committee on Asbestos Litigation*²²⁵, então encarregado de elaborar um relatório sobre a questão do amianto, constatou que entre 13 e 21 milhões de trabalhadores poderiam ter tido contato com o produto químico. Nunca, em toda a história dos Estados Unidos, as cortes americanas tiveram de enfrentar um número tão elevado de potenciais litigantes.

A busca pelo Judiciário, que não tardou em se transformar em um fluxo inesgotável de demandas, logo ocasionou o que se conhece, por lá, como “*mass tort litigation crisis*”. Estudos, fazendo amostras da época, revelam que, em uma única Corte, em 1982, os processos não passavam de 16.000, em 1990 esse número aumentou para 30.000²²⁶ e, em 2003, já ultrapassava o contingente dos 100.000²²⁷, para um único caso. Esses números, ínfimos perante os do Brasil, não eram comuns para as Cortes americanas.

Essa avalanche, somando as vias de acesso dispersas por todo país, chegou a proporções tão alarmantes que a Suprema Corte, em expressão que se tornou célebre, afirmou

em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/527/815/case.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2018.

²²⁵ Justice Breyer: “First, I believe the majority understands the importance of settlement in this case. Between 13 and 21 million workers have been exposed to asbestos in the workplace – over the past 40 or 50 years – but the most severe instances of such exposure probably occurred three or four decades ago.” In: ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Anchem Products, Inc., et al. v. Windsor et al.** Certiorari to the United States Court of Appeals for the Third Circuit. No. 96-970. Washington-DC, 18 feb. 1997. p. 631. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/527/815/case.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2018.

²²⁶ MULLENIX, Linda S. **Mass Tort Litigation: cases and materials**. West Pub. 2d. ed. 2008. p. 2

²²⁷ “By the 1980s, what had once been a series of isolated cases turned into a steady flow. Claimants began regularly obtaining significant awards. In 1982, Johns-Manville Corporation -- the single largest supplier of asbestos-containing insulation products in the U.S. and the primary target of the early claims -- declared bankruptcy due to the burden of the asbestos litigation. At that point, it had approximately 16,000 pending claims. By comparison, today it is common for some defendants to have more than 100,000 cases pending.” Íntegra do relatório em: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/leadership/full_report.authcheckdam.pdf>. Acessado em: 08/12/15

estar lidando com uma “*elephantine mass of asbestos cases*” que desafiava os costumes tradicionais do sistema judicial americano.²²⁸ Todo o sistema de justiça norte-americano não havia sido pensado para aquilo, tampouco as próprias *class actions*.

As *Federal Rules of Civil Procedure (FRCP)*²²⁹, ao reconhecerem a necessidade de se instalar um procedimento jurisdicional coletivo, encorajaram os lesados a se agrupar em extensos litisconsórcios e litigar conjuntamente, por meio de *class actions*. O que não se esperava, entretanto, é que esse procedimento abrisse mais espaço para o agravamento da litigiosidade, fenômeno que, por sua vez, se assemelha àquele que gerou os problemas decorrentes da *ideologia coletivizante* no Brasil.²³⁰

Deve-se observar que a jurisprudência americana verificou que a premissa de resolução massificada de litígios não confere tratamento adequado para os direitos individuais homogêneos envolvidos. Esse entendimento apareceu de forma mais nítida nas decisões dos casos *Amchem Products, Inc. v. Windsor* e *Ortiz v. Fibreboard Corp.*

Nesses julgados, a Suprema Corte americana se pronunciou, em sede de tutela jurisdicional coletiva, sobre os casos de duas empresas que vinham sendo amplamente processadas, em diversos Estados, por terem exposto direta ou indiretamente trabalhadores ao amianto e, em razão disso, ter lhes causado diversos tipos de lesões.

Dada a amplitude dos danos causados pelo mineral, distintas categorias de lesados foram surgindo. Houve, por exemplo, quem tivesse efetivamente desenvolvido sintomas da doença em decorrência da exposição ao amianto, outros que desenvolveram apenas problemas

²²⁸ Disse Justice Souter no julgamento do caso *Ortiz. V. Fibreboard*, 1999: “Like *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U. S. 591 (1997), this case is a class action prompted by the *elephantine mass of asbestos cases*, and our discussion in *Amchem* will suffice to show how this litigation defies customary judicial administration and calls for national legislation.” ESTADOS UNIDOS, op. cit. p. 821.

²²⁹ As *Federal Rules of Civil Procedure (FRCP)*, são o conjunto de regras que regem o procedimento de ações civis movidas nas Cortes federais dos Estados Unidos. Elas foram editadas pela Suprema Corte Americana, e, em seguida, aprovadas pelo Congresso Nacional. Surgiram em 1938 com o objetivo de abolir as diferentes regras processuais que cada Corte federal adotava para o trâmite de ações civis. Importante indicar que todos os Estados americanos têm competência para editar as regras de direito processual que pretendem aplicar nas suas Cortes estaduais. No entanto, a grande maioria adota e estrutura suas regras com base nas *FRCP*.

²³⁰ Por “ideologia coletivizante” tenho denominado a doutrina que apregoa uma difusão desenfreada da tutela coletiva, concebendo-a como a única via racional de proteção a direitos individuais homogêneos. Essa proposta, à pretexto de trazer eficiência e racionalidade para o Poder Judiciário, trata artificialmente como massa os conflitos e angústias individuais das pessoas, subtraindo do cidadão o direito a ter “*his day on Court*”, expressão da garantia fundamental de acesso à Justiça. DANTAS, Bruno. **Jurisdição coletiva, ideologia coletivizante e direitos fundamentais**. Revista de Processo, v. 251, p. 341-358, 2016. p. 346.

respiratórios, outros que, de fato, contraíram câncer da exposição, bem como pessoas em que a doença não viria a se manifestar mesmo muitos anos depois.²³¹

Diante desse cenário e, antes de tecer comentários sobre os casos referidos, considero importante demonstrar como o modelo jurisdicional coletivo americano apresenta uma relevante discrepância em relação ao brasileiro.

Essa diferença reside no fato de que o sistema processual dos Estados Unidos dispõe de um instrumento peculiar que, embora não previsto expressamente nas *Rules of Civil Procedure*, é frequentemente utilizado pelas vítimas de dano em massa para pleitearem seus direitos: a *settlement class action*.

Essa ação consiste em uma modalidade excepcional da *class action* tradicional criada a partir da interpretação teleológica da alínea “e” da *Rule 23* das *Rules of Civil Procedure*, a qual estabelece, por sua vez, a impossibilidade de uma *class action* ser admitida ou inadmita sem antes passar pelo crivo de uma Corte.²³²

Pode-se observar que o processamento da *settlement class action* obedece a um procedimento peculiar. Inicialmente, os interessados (empresas e milhares de lesados) estabelecem a realização de uma audiência específica (*Class Action Settlement Conference*) na qual poderão celebrar um acordo extrajudicial. Posteriormente, caso logre sucesso a negociação, as partes submetem o acordo ao Judiciário para certificação (*Certification*)²³³. A Corte, então, em juízo de admissibilidade, avalia se a demanda cumpre os requisitos da *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure* e julga se ela é admissível ou não. Se admitida, a ação é finalmente certificada (*Certified*) e todos os lesados, então, são representados no bojo da *settlement class action*.

Nos casos *Amchem Products, Inc. v. Windsor* e *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, as empresas, com intuito de pôr fim ao fluxo inesgotável de demandas que eram então propostas contra si,

²³¹ Assim sublinhou a Corte do Terceiro Circuito: “Class members were exposed to different asbestos containing products, for different amounts of time, in different ways, and over different periods. Some class members suffer no physical injury or have only asymptomatic pleural changes, while others suffer from lung cancer, disabling asbestosis, or from mesothelioma... Each has a different history of cigarette smoking, a factor that complicates the causation inquiry.”

²³² 23 (e) SETTLEMENT, VOLUNTARY DISMISSAL, OR COMPROMISE. The claims, issues, or defenses of a certified class may be settled, voluntarily dismissed, or compromised only with the court’s approval.

²³³ A certificação (*Certification*) de uma *settlement class action* no Judiciário norte-americano consiste no procedimento por meio do qual a Corte de primeiro grau formaliza os termos acordados entre as partes, convertendo-os em uma *settlement class action* se cumpridos os requisitos de adequação da *Rule 23*.

tomaram a iniciativa de levar milhares de lesados para a mesa de negociações e entraram em um acordo total (*global settlement*) para que essas pessoas se organizassem em litisconsórcios multitudinários e juntos perseguissem seus direitos por meio do procedimento jurisdicional coletivo das *settlements class actions*.

Diferentemente do modelo de tutela coletiva brasileira, em que o controle da adequação da representação se restringe à verificação de ter sido a ação coletiva proposta por um legitimado coletivo previsto em lei, que deve cumprir com o requisito da pertinência temática, nos Estados Unidos foi adotado um modelo mais rigoroso de verificação da representação coletiva, em que o juiz, antes de conceder a certificação da classe, analisa se, de fato, estão presentes e sendo devidamente observados os requisitos de admissibilidade das *class actions*: *numerosity* (extensão da classe), *commonality* (predominância das questões comuns sobre as individuais), *typicality* (afinidade do representante da classe com a pretensão dela) e *adequacy* (adequação da representação).

Essa rigorosidade se justifica pelo fato de que a *class action*, nos EUA, têm o condão de fazer coisa julgada *pro et contra*, isto é, a favor ou contra a classe – o que não ocorre no Brasil, pois optou-se, aqui, pelo modelo de coisa julgada *secundum eventum litis*, e os indivíduos da classe não podem, em uma ação coletiva, ser prejudicados em suas esferas individuais, o que justifica essa assimetria de rigorosidade no controle.

Dessa forma, assim como nas Cortes inferiores a análise dos casos *Anchem Products, Inc. v. Windsor* e *Ortiz v. Fibreboard Corp.* se restringiu exclusivamente ao debate de questões processuais envolvendo as regras de admissão da *class action*, na Suprema Corte a discussão se deteve em explorar apenas os requisitos de admissibilidade, uma vez que, dentre outros problemas, identificou-se uma inadequada representação dos membros das classes em ambos

os casos, ambas calcadas, sobretudo, na constatação de que as questões individuais prevaleciam sobre as questões coletivas.^{234_235}

À vista disso, e seguindo o entendimento que já vinha sendo dado por outros magistrados, a Suprema Corte constatou que o principal problema a impedir a admissibilidade das demandas em ambos os casos se referia à homogeneização artificial que as *class actions* operavam sobre as diferentes categorias de lesados. Ao pretender reunir em uma única demanda todos os que tinham direito à reparação de danos, as empresas falharam não apenas em representar adequadamente as eventuais vítimas que ainda não haviam se manifestado, mas também em propor soluções que levassem em consideração as peculiaridades de cada grupo dos atuais lesados.²³⁶

Em nenhum dos litígios ficou estabelecido de forma clara quais seriam os diferentes níveis de compensação que cada sub-grupo deveria receber ou por quantas reivindicações as empresas se responsabilizariam nos anos subsequentes. Além disso, no caso *Ortiz v. FibreboardCorp.*, especificamente, os recursos financeiros disponibilizados pelas empresas

²³⁴ Inicialmente, no *AmchemProducts, Inc. v. Windsor* a Corte Distrital certificou uma *Settlement Class Action* originária de um acordo firmado entre a empresa e as partes lesadas. Essa Corte considerou, apesar de inúmeros obstáculos criados pelos opositores, que o acordo era justo, a competência da Corte devidamente invocada e as informações e representação das classes adequadas. Em seguida, proibiu os membros das classes de ajuizar processos individuais em relação a exposição ao amianto em qualquer Corte Estadual ou Federal. A Corte de Apelações, apesar de concordar com a Corte Distrital que uma *class action* pode ser certificada para fins de acordo (*Settlement Class action*), houve por bem anular a decisão do primeiro grau, considerando que os requisitos de certificação encartados na *Rule 23* deveriam ser cumpridos como se o caso fosse ser efetivamente julgado, sem levar o acordo em consideração. Além disso, explicou que a certificação era inapropriada porque a classe falhou em satisfazer, entre outras disposições, os requisitos da *Rule 23 (b)(3)* que dispõe sobre a necessidade de predominância das questões comuns à classe sobre as questões individuais, e os requisitos da *Rule 23 (a)(4)* de uma representação adequada. Sendo assim, ordenou que a Corte Distrital anulasse a certificação da demanda (*Decertify*). A corte Suprema manteve o entendimento da Corte de Apelações.

²³⁵ Já no caso *Ortiz v. Fibreboard Corp* a Corte Distrital, inicialmente, permitiu a intervenção das vítimas e dos acusados, realizou uma audiência de equidade nos termos da *Federal Rule of Civil Procedure 23(e)*, decidiu que os requisitos da *Rule 23(a)* de *numerosity, commonality, typicality* e *adequacy* foram cumpridos, e certificou a demanda sob a *Rule 23 (b)(1)(b)*. Em segundo grau, a Corte de Apelações manteve a decisão da Corte Distrital, entendendo correta a certificação da classe e adequação do acordo. Chegando à Suprema Corte, esta anulou a decisão do Corte inferior, lhes devolvendo a questão para nova apreciação, que agora deveria ser feita à luz da decisão tomada no caso *AmchemProducts, Inc. v. Windsor*.

²³⁶ Criticando o entendimento da Corte Distrital que admitiu (*certified*) a *settlement class action* em primeiro grau e que, para o cumprimento do requisito do *compartilhamento* das questões em comuns (*Rule 23 (a)(2)*), se embasou tão somente no fato de todos os trabalhadores terem sido expostos ao amianto, a Suprema Corte chamou atenção para a necessidade de cumprimento do requisito da *predominância* das questões em comum, mais abrangente que aquele e de maior relevo na circunstância, estabelecendo que “Given the greater number of questions peculiar to the several categories of class members, and to individuals within each category, and the significance of those uncommon questions, any overarching dispute about the heal consequences of asbestos exposure *cannot satisfy the Rule 23(b)(3) predominance standard*.”

para o pagamento das indenizações eram limitados e determinados, enquanto as pessoas que poderiam desenvolver problemas de saúde no futuro em decorrência da exposição ao amianto eram indeterminadas. Caso esse fundo fosse desde logo executado pelos lesados efetivamente identificados até aquele momento, nada restaria para aqueles que, embora também tivessem direito à reparação, não tivessem ainda visto manifestar-se quaisquer sintomas de danos à saúde gerados pela exposição.

Este foi o motivo principal pelo qual nenhum dos casos chegou a ter o mérito do processo analisado, perdendo, dessa maneira, a oportunidade de se debater o tema por completo e de orientar uma solução adequada para o problema da litigiosidade de massa então enfrentada. A experiência, contudo, não deixou de ser fértil em matéria de direito processual civil. Pelo contrário, o episódio relevou que a tutela coletiva, em sua configuração tradicional, já não é mais capaz de responder adequadamente aos desafios impostos pelos litígios de massa de ampla extensão, tão característicos do século XXI.

Os julgados tornaram evidente a falta de aderência da técnica processual americana aos direitos individuais homogêneos ora pleiteados. Por um lado, as demandas ajuizadas individualmente se mostraram perigosas dado o enorme e inesgotável volume de potenciais litigantes. Por outro, o manejo das *class actions* para a tutela dos lesados se mostrou inadequada dada a vastidão de peculiaridades da pretensão de cada um.²³⁷

5. ***Brasil: por que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas?***

Feitas essas considerações, ficam evidentes os motivos por que ultimamente parece ter se alastrado, e com razão, não só dentro dos Estados Unidos, como vem mostrando Linda Mullenix, mas também pela Europa, como atesta Rachel Mulheron²³⁸, uma espécie de ceticismo acerca da adequação do instrumento das *class actions* para fazer frente aos desafios que a litigiosidade de massa tem apresentado ao século XXI.

²³⁷ Outra questão relevante que se apresentou na controvérsia levantada sobre o modelo tradicional de *class actions* foi o debate sobre se os juízes estariam excedendo sua autoridade ao exercer postura ativa naqueles litígios, quando quem deveria buscar uma solução para a crise das demandas de responsabilidade civil seria o Congresso e não a Suprema Corte. Em decorrência dessa situação, verifica-se que a inércia do legislativo tem aberto portas para o desenvolvimento do ativismo judicial na resolução da *mass tort crisis* americana.

²³⁸ MULHERON, Rachel. **The class action in common law legal systems: a comparative perspective**. Oxford-Portland: Hart Publishing, 2004. p. 68.

Com a *crise das class actions*, muitos estudiosos sugerem, se não a extinção da *class action for damages*, a elaboração e utilização de instrumentos adicionais de tutela pluri-individual. Autores americanos como Byron Stier reconhecem a crise do modelo de tutela coletiva vigente e a necessidade de se conceber modelos alternativos:

“as courts have increasingly held, multiple-incident, personal-injury class actions are not appropriate for class treatment because they involve numerous individualized adjudication. Indeed, if a court attempts to adjudicate class action claims consonant with state substantive law and federal constitutional guarantees, the individualized issues can require hundreds of years of trial and attendant hearings”.²³⁹

David Rosenberg, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Harvard, ao analisar soluções para evitar casos repetitivos, compara a técnica das *class actions* com a do *colateral stoppel*²⁴⁰, um modelo de preclusão temática que impediria a admissão de novas ações sobre a mesma questão de fato ou de direito após o julgamento final de uma ação que tenha discutido o mesmo tema, apresentando prós e contras em ambos.²⁴¹

Essa nova postura dos estudiosos parte da percepção de que o modelo de tutela coletiva clássica cumpriu bem sua função no século passado, mas está defasado, e talvez, como sustenta Mullenix, funcione melhor para soluções que exijam provimentos mandamentais, cujo *decisium*, em regra, se limita a ordens de fazer e não fazer, e não condenações que exigem minuciosos juízos sobre as particularidades de cada pretensão.

²³⁹ STIER, Byron G. **Resolving the class action crisis: mass tort litigation as network**. Utah Law Review 836. p. 865. 2005.

²⁴⁰ O dicionário *Black's Law* define a expressão “colateral stoppel”, em sua segunda acepção, como “a doctrine barring a party from relitigating the issue determined against that party in an earlier action, even if the second action differs significantly from the first one”.

²⁴¹ ROSENBERG, David. **Avoiding duplicative litigation of similar claims: the superiority of class action vs. collateral stoppel vs. standard claims market**. Discussion paper n. 394. 12/2002. Disponível em: [www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf394.pdf]. Acesso em: 11.09.2019. p. 4: “Collateral stoppel is the one regulatory device that could achieve global preclusive effects rivaling those of class action. Collateral stoppel embraces various rules that preclude litigating a claim (‘claim preclusion’) or issue (‘issue preclusion’) in any case subsequent to entry of final judgment in another case in which the same claim or issue had or could have been raised and determined. Generally, collateral stoppel applies when the party adversely affected by the preclusive effect was a party (or in privity with a party) to the case in which final judgment was entered”.

Complex litigation, nos EUA, decisões estruturais, no Brasil, por exemplo, são temas recentes que revelam a ineficácia das técnicas processuais tradicionais perante a complexidade das lides atuais. O passado nos conduziu até aqui não para que os operadores do direito repousassem sobre ele, mas para que possam, com a experiência da tradição, costurar um futuro melhor. Afinal, “a inteligência organiza o mundo organizando a si mesma, o conhecimento torna-se *atualização dos possíveis* ou *criação de novos possíveis*”, com acerto anotava o saudoso professor André-Jean Arnaud.²⁴²

O que se quer com isso demonstrar é que o estado atual da processualística não posiciona mais a tradicional tutela coletiva como o modelo mais adequado para lidar com os problemas da litigiosidade massiva, e que a opção do Brasil pela tutela pluri-individual é proposital, calcada nos avanços mais recentes sobre o tema, buscando impedir que prevaleça, aqui, o que em outra oportunidade denominei de *ideologia coletivizante*.²⁴³

De fato, muitos são os motivos que levaram ao afastamento do modelo de tutela coletiva no CPC 2015, com a conseguinte adoção da técnica pluri-individual, mas esse afastamento decorre, primordialmente, dos motivos narrados neste trabalho, que posicionamos em duas classes: motivos de *política*, e motivos de *técnica*.

Rachel Mulheron, ao anotar que as *class actions* também vêm sendo rejeitadas na Inglaterra, segue essa mesma linha e aponta que duas são as razões principais desse fenômeno, embora também as julgue insuficientes: (i) há percepção da falta de utilidade e de flexibilidade; e (ii) a experiência norte-americana é mal vista pelos ingleses.²⁴⁴

Os motivos de ordem *política* residem, sobretudo, no estigma que as *class actions for damages* atraíram para o contencioso coletivo nos Estados Unidos, cujas nuances foram estudadas exaustivamente pela professora Linda Mullenix. A sanha dos advogados pelos honorários milionários, e a litigância empreendedora que daí emergiu, lançou uma mensagem

²⁴² FACHIN, Edson; TEPEDINO, Gustavo (org.). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira**. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 43.

²⁴³ DANTAS, op. cit. **Jurisdição coletiva**... p. 346.

²⁴⁴ MULHERON, op. cit. p. 68. Cf. “Two reasons contributed to the implementation of group litigation order as the principal means by which to handle multi-party litigation in England, rather than the class action device. First, class action regimes are perceived to lack utility and flexibility. Secondly, unfavourable comments have repeatedly been made in respect of the US class action regime. (grifos nossos).”

negativa e irreversível sobre as virtudes dessa técnica, que, como anota Mulheron, também foi determinante para fazer a Inglaterra se afastar dela.

Os motivos de ordem *técnica*, por sua vez, residem na inflexibilidade da ferramenta das *class actions* para lidar com as particularidades que dizem respeito aos direitos individuais homogêneos, fator que ficou evidente na discussão dos casos *Anchem Products, Inc. V. Windsor e Ortiz v. Fibreboard Corp.* O registro de Mulheron demonstra que também para os ingleses a técnica norte-americana aparenta assaz inflexível e incapaz de endereçar adequadamente as peculiaridades que as lides complexas apresentam.

Não por outro motivo a elaboração do IRDR teve em consideração a experiência inglesa, vez que rejeitaram expressamente o mecanismo da *class action* para elaborarem um mecanismo autêntico de tutela pluri-individual que pudesse alinhar a racionalidade do Poder Judiciário à observância do *day in court* das partes: o *Group Litigation Order*.

Além disso, e por último, é importante levar em consideração um outro fator.

Não é incomum que, ao realizar incursões no direito comparado, a doutrina incorra em certos anacronismos. Não raro são importados, para o nosso ordenamento, institutos e teorias, oriundas de determinado país, que mesmo neste país já foram superadas, e esta última consideração não é senão uma advertência contra equívocos desse jaez.

No Brasil, a concepção do direito processual coletivo teve início no final da década de 1970, quando a doutrina nacional iniciou absorção da produção acadêmica italiana, capitaneada por vultos como Michele Taruffo, Mauro Cappelletti, Vincenzo Vigoriti, Proto Pisani, dentre outros. Os estudiosos italianos, segundo anota Antônio Gidi, utilizaram-se da experiência norte-americana dos primeiros anos da *Rule 23*, reformada em 1966, e foi nessa bibliografia que os acadêmicos brasileiros buscaram inspiração teórica para conceber os institutos e os conceitos que permeiam a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985), discutida e promulgada na primeira metade da década de 1980.

Posteriormente, em 1990, quando da edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), os novos dispositivos referentes à defesa do consumidor em juízo passaram a compor

o que veio a se chamar de microssistema de processo coletivo, com princípios, regras e conceitos que regem essa seara do direito ainda nos dias de hoje.²⁴⁵

Segundo Antônio Gidi, também a Lei 8.078/1990 considerou como referencial teórico a bibliografia italiana da década de 1970, que interpretava a *Rule 23*, alterada em 1966, fato que mereceu desse autor críticas ácidas.²⁴⁶ A crítica do autor é no sentido de que o microssistema de tutela coletivo concebido nas décadas de 1980 e 1990 no Brasil se baseou em uma bibliografia completamente desatualizada, que ignorava o desenvolvimento das técnicas processuais coletivas vanguardistas. No Brasil, no limiar do século XXI, a doutrina aprendia sobre o processo coletivo norte-americano através de estudos italianos da década de 1970, que, por sua vez, interpretavam a doutrina norte-americana que escrevia sobre a longínqua reforma de 1966 das *class actions*.

E é aqui que reside o ponto a que se busca dar relevo: como foi visto, é justamente na década de 1960 e 1970 que se inicia nos Estados Unidos a maior crise das *class actions* de sua história, com os litígios envolvendo o amianto. Naturalmente, ainda era cedo demais para os norte-americanos colherem as lições dessa crise, e a doutrina italiana da década de 1970, da qual bebeu a doutrina brasileira na década 1980 e 1990, não pôde senão ter acesso ao estado da técnica processual coletiva norte-americana de um período anterior ao apogeu da crise. Então, se é verdade que a inspiração teórica da LACP e o CDC são as *class actions*, é preciso admitir que existe nessa inspiração um hiato, um vazio, de cerca de vinte a trinta anos indispensáveis da experiência norte-americana.

²⁴⁵ DANTAS, Bruno. **Teoria dos Recursos Repetitivos: tutela pluri-individual nos Recursos Dirigidos ao STF e ao STJ (art. 543-B e 543-C do CPC)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais),

²⁴⁶ GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de Processo Civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 32-33: “É constrangedor saber que a fonte atual da legislação brasileira é a doutrina italiana, cujo direito não tem nem nunca teve tradição de processo coletivo, em sua fase mais imatura e hesitante. A situação ficou ainda mais visível com a promulgação do CDC na década de 90, cujas fontes pesquisadas eram as mesmas utilizadas na década anterior para conceber a interpretar a LACP: a doutrina italiana da década de 70, interpretando uma inovação norte-americana da década de 60. A razão é simples, os italianos haviam simplesmente perdido o interesse e pararam de publicar sobre o tema e os brasileiros perderam a principal fonte de informação atualizada sobre as *class actions* norte-americanas: a doutrina esquerdista e progressista italiana. Não somente pelas inúmeras reformas legislativas, mas também pelo amadurecimento da experiência prática dos advogados e tribunais, pelas pesquisas acadêmicas e de campo, pelas estatísticas e propostas legislativas de reforma, pelos precedentes e pela doutrina, o direito processual coletivo norte-americano havia evoluído e se tornado um sistema muito mais complexo e sofisticado. Mas os brasileiros não haviam dado conta disso, porque os italianos não mais escreviam sobre o tema”.

Foi nesse hiato que vieram as lições da crise, com as inúmeras reformas legislativas, pesquisas acadêmicas e de campo, pelas estatísticas, e a respeito delas escrevem, atualmente, uma gama expressiva de doutrinadores norte-americanos, alguns deles citados neste trabalho. Por isso, sobretudo hoje, em que se prescinde da ponte italiana para acessar a doutrina coletivista norte-americana, não se admite seja cometido o mesmo anacronismo de se beber em fontes obsoletas para conceber novas técnicas. É por isso que se vem insistindo ser inadmissível incorrer no equívoco de promover uma ideologia coletivizante, tendo em vista que essa doutrina finca raízes em uma compreensão do processo coletivo norte-americano que se encontra há muito superada.

Portanto, todos esses motivos, somados, concorrem para demonstrar por que motivo a Comissão de Juristas encarregada de elaborar o Código de Processo Civil de 2015 houve por bem se afastar da coletivização de demandas individuais para optar, prudentemente, pela técnica pluri-individual, eis que dentre as alternativas existentes, essa se mostrou a que melhor compatibilizaria racionalidade, eficiência e acesso à Justiça.

6. CONCLUSÃO

Os Estados Unidos, com sua experiência secular em matéria de direito coletivo, é o referencial para onde, tradicionalmente, afluem os estudiosos que pretendem se aprofundar no tema. Por muito tempo essa procura se justificou pelos êxitos da experiência norte-americana. Entretanto, desde a década de 1960, o processo coletivo norte-americano passou por inúmeros e altos e baixos que, ao cabo do século passado, culminou transmitindo para o mundo um ceticismo acerca das *class actions*, e se os acertos daquele país foram essenciais para o desenvolvimento de técnicas de resolução de conflitos de massa em diversos países, não menos seriam seus desacertos.

Entre esses desacertos, foi visto que a experiência norte-americana do fim da segunda metade do século passado, quando se revelaram as funestas disfunções causadas pela litigância empreendedora (*entrepreneurial litigation*) em torno das *class actions*, bem como quando a Suprema Corte reconheceu a ineficácia daquela técnica processual coletiva para lidar com os direitos individuais homogêneos envolvidos nos casos *Amchem Products, Inc. v. Windsor* e *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, foram indispensáveis para levar o Brasil a se afastar da ideologia

coletivizante e optar por um modelo que compatibilize a racionalidade da Justiça com o acesso à justiça: a técnica da tutela pluri-individual.

Esses são, portanto, entre tantos outros que poderiam ser explorados, os principais motivos que levaram a Comissão de Juristas encarregada de elaborar o CPC 2015 a conceber, com detida prudência, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

7. REFERÊNCIAS

CAMUS, Albert. **O estrangeiro**. Trad. Valerie Rumjanek. 44^a ed. Rio de Janeiro: Record, 2018.

COFFEE JR. John C. **Class Wars: The Dilemma of the Mass Tort Class Action**. vol. 95, n. 6, 1995, p. 1343-1465. Disponível em: <https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/29/>.

_____. John C. **The globalization of entrepreneurial litigation: law, culture and incentives**. University of Pennsylvania Law Review. v. 165: 1895, p. 1896-1926, 2017. p. 1920. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2857258>.

DANTAS, Bruno. **Teoria dos Recursos Repetitivos: tutela pluri-individual nos Recursos Dirigidos ao STF e ao STJ (art. 543-B e 543-C do CPC)** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

_____. **Jurisdição coletiva, ideologia coletivizante e direitos fundamentais**. Revista de Processo, v. 251, p. 341-358, 2016

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Anchem Products, Inc., et al. v. Windsor et al.** Certiorari to the United States Court of Appeals for the Third Circuit. No. 96-970. Washington-DC, 18 feb. 1997. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/527/815/case.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2018.

_____. **Ortiz et. al. v. Fibreboard Corp.** et. al. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Fifth Circuit. No. 97-1704. Washington-DC, 23 jun. 1999. p. 821 e 866. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/527/815/case.pdf>>.

FACHIN, Edson; TEPEDINO, Gustavo (org.). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira.** – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 43.

FRANK, John. “**Response to the 1996 Circulation of Proposed Rule 23 on Class Actions: Memorandum to My Friends on the Civil Rules Committee**, *apud*. HENSLER, **Class action dilemmas: pursuing public goals for private gains.** Arlington: RAND Institute for Civil Justice, 2000.

GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de Processo Civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HENSLER, Deborah [et al.]. **Class action dilemmas: pursuing public goals for private gains.** Arlington: RAND Institute for Civil Justice, 2000.

_____. **Asbestos Litigation in the United States: Triumph and Failure of the Civil Justice System.** 12 Conn. Ins. L.J. 255, 2005. p. 259. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/conilj12&div=15&id=&page=>>>.

MULHERON, Rachel. **The class action in common law legal systems: a comparative perspective.** Oxford-Portland: Hart Publishing, 2004.

MULLENIX, Linda S.. **Ending Class Actions as We Know Them: Rethinking the American Class Action** (June 21, 2014). 64 Emory Law Journal 399 (2014); U of Texas Law, Public Law Research Paper No. 565. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2457429>>.

_____. **O fim do processo coletivo tal como o conhecemos: repensando a class action norte-americana.** Trad. Bruno Dantas. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 283, ano 43, set./ 2018.

_____. **Mass Tort Litigation: cases and materials.** West Pub. 2d. ed. 2008.

ROSENBERG, David. **Avoiding duplicative litigation of similar claims: the superiority of class action vs. collateral stoppel vs. standard claims market.** Discussion paper n. 394. 12/2002. Disponível em: [www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf394.pdf]. Acesso em: 11.09.2019.

STIER, Byron G. **Resolving the class action crisis: mass tort litigation as network.** Utah Law Review 836. p. 865. 2005.

THE AMERICAN LAW INSTITUTE. **Princípios do Direito: Processo Agregado.** Trad. Bruno Dantas. 1. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

WHITE, Michelle. J.. **Asbestos and the Future of Mass Torts.** Jornal of Economic Perspectives. vol. 18, n. 2, 2004, p. 183 -204. Disponível em: <<https://econweb.ucsd.edu/~miwhite/asbestos-jep-final.pdf>>

REFORMA JURÍDICA PARA O DESENVOLVIMENTO DA GOVERNANÇA DA ORDENAÇÃO PÚBLICA ECONÔMICA NO BRASIL

Carlos Ari Sundfeld

Professor Titular da FGV Direito SP.

Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público - sbdp

SUMÁRIO: Introdução; 1. Destinatários da Lei de Governança da Ordenação Pública Econômica; 2. Sobre o conteúdo das normas e atos e sobre os processos administrativos de ordenação pública; 3. Sobre a organização, avaliação periódica e revisão das normas administrativas de ordenação; 4. Sobre a expropriação regulatória; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

São três as tendências que, nesta apresentação, me interessam quanto aos debates jurídicos e políticos sobre regulação pública.

A primeira tendência, naturalmente forte no dia a dia dos profissionais jurídicos e dos agentes administrativos, é aceitar a regulação como ela é. Ela é vista como conjunto de fatos consumados, devendo os burocratas e advogados se ocupar de entendê-la, interpretá-la e aplicá-la de modo fiel. O regulador, aqui, mesmo quando edita normas gerais, é basicamente um juiz, que dirige e arbitra disputas caso a caso, sem visão e projeto muito próprios. Tal postura envolve a aceitação da regulação como produto inevitável dos jogos de forças dos interesses. Ela pode ser chamada de *orientação pró-regulação*.

A segunda tendência é inversa. Por princípio, é contrária às regulações, vistas como incapazes de alcançar os resultados que prometem, e também desconfiada dos reguladores, potenciais sabotadores da liberdade privada e do funcionamento normal dos mercados. É uma tendência de economistas e políticos hiper liberais, encampada às vezes por intérpretes jurídicos para combater a regulação por meio de interpretações restritivas ou argumentos de inconstitucionalidade. É razoável chamá-la de *orientação antirregulação ou pró-desregulação*.

A terceira tendência reconhece o valor potencial das regulações. Em contrapartida, é bem realista quanto aos inúmeros fatores que as desviam e desatualizam. Assim, em tentativa de composição, ela põe o foco nos instrumentos de equilíbrio e correção dos processos regulatórios. É a orientação por trás do *movimento de melhoria regulatória (better regulation)*, adotado por alguns governos para estimular mudanças nas regulações setoriais. Entre os práticos do Direito, seu efeito mais evidente é a preferência pelo uso de argumentos de natureza processual (defesa de mais instrução processual para a validade de medidas regulatórias, por exemplo).

A orientação pró melhoria regulatória foi bem sintetizada pelo Conselho da OCDE - Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, em sua Recomendação de 2012 sobre *Política Regulatória e Governança*, que exortou os governos a assumirem compromissos de alto nível com uma política explícita de qualidade regulatória, inclusive por meio de leis gerais aplicáveis a todas as administrações do país.

A Recomendação é enfática quanto à necessidade dessa política envolver mecanismos de coordenação entre os níveis supranacional, nacional e subnacional do governo, para promover coerência regulatória, evitando a duplicação ou conflito de normas. Para tanto, a política tem de ser capaz de identificar questões regulatórias transversais em todos os níveis do governo, promovendo a coerência entre as abordagens regulatórias setoriais ou descentralizadas. Além disso, considerando que os níveis subnacionais de governo são normalmente mais frágeis dos pontos de vista técnico e organizacional, a política nacional de melhoria regulatória tem de ser capaz de desenvolver a capacidade de gestão e desempenho regulatório desses níveis.

Para a OCDE, a política nacional de melhoria regulatória deve assegurar que os benefícios econômicos, sociais e ambientais justifiquem os custos da regulação, bem como que seus efeitos distributivos sejam considerados, maximizando os benefícios líquidos. Os reguladores devem sempre buscar formas alternativas de regulação, para identificar a melhor entre elas. Para tudo isso, é preciso que a avaliação de impacto regulatório (AIR) se torne uma obrigação geral dos reguladores.

Ademais, a política nacional deve incluir transparência e participação nos processos regulatórios, garantindo que a regulação sirva ao interesse público, bem como incorporar

mecanismos e instituições que supervisionem de modo ativo os reguladores, de modo a promover a desejada qualidade regulatória. Ademais, devem existir sistemas acessíveis e efetivos de revisão da legalidade das normas, processos, decisões e sanções regulatórias.

A avaliação de riscos, a gestão de riscos e as estratégias de comunicação de risco para a concepção e implementação das regulações são também importantes para garantir que a regulação seja direcionada e efetiva.

Por fim, a política nacional de melhoria regulatória deve incluir programas sistemáticos de revisão do estoque regulatório, assegurando que as normas existentes estejam atualizadas, efetivas, consistentes, capazes de atingir seus fins e com custos justificados.

A recente Lei da Liberdade Econômica (lei federal nº 13.874, de 2019) veio da iniciativa de uma ala política e técnica que desconfia em princípio das regulações e das atuações públicas, acredita de modo radical nas capacidades do setor privado e, por isso, tende à defesa do estado mínimo. Embora ao final do processo legislativo o texto da lei não tenha espelhado essa visão por inteiro – seja em virtude dos imprevistos jurídicos dos responsáveis pela iniciativa, seja pelos ajustes que o Congresso Nacional fez no texto – durante a tramitação foi a visão radical que mais apareceu na retórica dos defensores do texto que acabou por vingar. Como a história segue, é previsível que novas iniciativas antirregulação surjam em curto prazo.

Na nova lei, a visão antirregulatória ficou bem evidente nos dispositivos do art. 4º que, na tentativa de conter ao máximo as mãos dos reguladores, definiu casos de “abuso do poder regulatório” (palavras são relevantes: “abusos de autoridade” são crimes, hoje tratados na lei 13.869, de 2019). Tais dispositivos da nova lei são bem abertos, com retórica ameaçadora contra as autoridades regulatórias. No art. 3º também é expressivo o emprego de força retórica em favor do espaço privado e contra reguladores ao se enunciar uma curiosa – embora confusa e, por isso, talvez pouco útil – *Declaração de Direitos da Liberdade Econômica*.

Nesta apresentação, é inevitável chamar atenção para o fato de que a luta da visão antirregulatória, que gerou a Lei da Liberdade Econômica, não é apenas contra os reguladores e seus simpatizantes mais convictos. Em alguma medida, é também contra os defensores das medidas de qualidade regulatória que, na esfera internacional, são defendidas pela OCDE, embora a nova lei tenha buscado ou simulado alguma solução de compromisso.

É interessante o art. 5º da Lei da Liberdade Econômica que, repetindo um preceito recém aprovado na Lei das Agências Reguladoras Federais (nº 13.848, de 2019), previu em seu *caput* a realização de análises de impacto regulatório, como defendido pela OCDE, mas no parágrafo único esvaziou totalmente a força jurídica dessa previsão, delegando ao regulamento dispor sobre a “data de início da exigência ... o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada”.

O notável nesse art. 5º é que, ao mesmo tempo, seu *caput* funciona como argumento quanto à existência de uma política brasileira (embora apenas federal) de melhoria regulatória (ao menos quanto às AIR), mas o parágrafo único deixa espaço para as autoridades hiper liberais – responsáveis diretas pela nova lei – usarem seu atual poder para, sem qualquer estudo técnico, eliminar com mais facilidade as regulações que julgarem inconvenientes ou excessivas.

A presente apresentação, cética quanto à orientação antirregulação que determinou a feição final da Lei de Liberdade Econômica, defende a possibilidade de, sem revogá-la, ser editada outra lei, agora sob a inspiração da orientação pró melhoria regulatória, na linha da OCDE.

Tomo como ponto de partida os diagnósticos e as propostas de pesquisa acadêmica que coordenei, no ano de 2018, quanto à necessidade e possibilidade de uma reforma normativa nacional em favor da efetiva implementação das finalidades públicas da regulação, com respeito à liberdade econômica. Na ocasião, eu e meus colegas elaboramos e apresentamos um anteprojeto com normas gerais de direito econômico.²⁴⁷ Essas propostas tiveram eco no debate público logo no início de 2019, chamaram atenção para um possível caminho legislativo e para alguns conceitos jurídicos importantes (o de atos de liberação, p.ex.), mas não foram consideradas no conteúdo essencial da Lei da Liberdade Econômica, editada posteriormente a partir da improvisada medida provisória nº 881, de 2019.

²⁴⁷ Ver Carlos Ari Sundfeld *et alli*, Lei Nacional da Liberdade Econômica – para uma reforma nacional em favor da liberdade econômica e das finalidades públicas da regulação. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 17, n. 66, p. 239-244, abr./jun., 2019. Além do coordenador, foram responsáveis pela pesquisa e pelas propostas os profs. Eduardo Jordão (FGV-RJ), Egon Bockmann Moreira (UFPR), Floriano Azevedo Marques Neto (USP), Gustavo Binenbojm (UERJ), Jacintho Arruda Câmara (PUC-SP), José Vicente Santos de Mendonça (UERJ) e Marçal Justen Filho (ex-UFPR).

A visão que defendemos é que liberdade econômica não é incompatível com as finalidades verdadeiramente públicas que inspiram a ordenação.²⁴⁸ O equilíbrio ambiental, a coesão social, a segurança das instalações e a qualidade da infraestrutura viabilizam o exercício da liberdade – o qual, portanto, depende da existência de ordenação estatal.

O problema é que são intensas as restrições sobre a liberdade econômica e sobre a vida comum, mas ainda faltam mecanismos capazes de, em âmbito nacional e para todos os setores, evitar ou corrigir imprevistos, fracassos e inadequações da ordenação. Com isso, o estado ordenador da vida privada vem se transformando em fator de inibição do empreendedorismo, da inovação, da livre competição e dos avanços de produtividade, sem contar sua baixa eficácia na realização das finalidades públicas.²⁴⁹

Nesse clima, surgem conflitos, confusões e abusos em torno da atuação administrativa, os quais deveriam ser evitados – tudo isso sem contar os casos de corrupção, que não são excepcionais. Ministérios públicos, juízes e até tribunais de contas são acionados para fazer algum controle a respeito e, se aqui e ali conseguem corrigir problemas e aplicar punições, em seu conjunto não ajudam muito a conter a desordem, inclusive por faltarem parâmetros mínimos e estáveis que os balizem. E aí o voluntarismo dos controladores acaba se somando ao dos legisladores e administradores públicos.

A meu ver, o anteprojeto que defendemos sem sucesso é, entre os documentos disponíveis para futuras discussões legislativas, o que se afina de modo mais completo com a Recomendação da OCDE, além de ter sido elaborado com todos os cuidados técnico-jurídicos, como se deve esperar de acadêmicos experientes, bem ao contrário da referida medida provisória. Assim, se e quando o governo brasileiro entender chegada a hora de levar a sério por inteiro a visão da OCDE, será um documento de referência útil ao debate.

O anteprojeto tem por objeto as intervenções feitas com os poderes de autoridade sobre as atividades que, em função do princípio da liberdade, pertencem ao setor privado. Mas suas

²⁴⁸ Sobre o conceito jurídico da ordenação administrativa, Carlos Ari Sundfeld, *Direito Administrativo Ordenador*, S.Paulo, Malheiros, 1993.

²⁴⁹ O Tribunal de Contas da União vem realizando trabalho de levantamento das disfunções burocráticas do estado brasileiro que afetam a competitividade das empresas. O acórdão 634/2019 - Plenário, j. 20.03.2019, contém síntese geral a respeito, além de dados sobre disfunções na expedição de autorizações de registro de produtos e para o funcionamento de empresas.

regras também servem, embora supletivamente (isto é, apenas para suprir eventuais insuficiências das leis específicas), para proteger empreendimentos privados que, em função de outorgas estatais (por concessão ou autorização), façam a exploração econômica de serviços públicos.

O que se propôs foi uma lei que, com breves dispositivos, impeça o exercício descontrolado da função estatal de ordenar a vida econômica privada, evitando a ineficácia da regulação e as capturas, além de garantir o ambiente vital para a atuação dos agentes econômicos, que são regidos pelo direito privado. Assim, a proposta objetiva também preservar o espaço normativo das leis de direito civil e comercial, cuja edição é de competência privativa da União (CF, art. 22, I), impedindo seu esvaziamento. Mas a proposta não vingou.

Logo após a promulgação da Lei da Liberdade Econômica, resgatando parte das soluções de nossa pesquisa e proposta acadêmica, os deputados Eduardo Cury (PSDB-SP) e Alessandro Molon (PSB-RJ) – em coerência com o ponto de vista que defenderam durante o processo legislativo e que acabou não prevalecendo – apresentaram à Câmara dos Deputados o projeto de lei nº 4.888, de 2019, o qual se encontra em tramitação, para dispor sobre a governança da ordenação pública econômica.

Esse texto alternativo é mais enxuto que nossa proposta acadêmica inicial – para não se contrapor ao conteúdo da Lei da Liberdade Econômica, recém editada – e tem algumas normas que, embora não tivessem sido sugeridas antes, fazem sentido no atual contexto e estão bem alinhadas com as ideias iniciais. Sua preparação envolveu a assessoria técnica dos deputados, altamente qualificada, além dos acadêmicos que estiveram envolvidos desde 2018 no esforço de, por meio de uma lei com normas gerais de direito econômico, alinhar os vários níveis de governo do Brasil aos programas internacionais pró melhoria regulatória.

Tanto nosso anteprojeto acadêmico original, mais amplo, como o projeto de lei nº 4.888, de 2019, sucinto, inspiram-se na ideia de que a ordenação pública brasileira precisa ser globalmente ordenada por meio de um programa nacional de melhoria regulatória permanente. Para isso, entre outras medidas, eles consideram importante impor e viabilizar a avaliação e a revisão permanentes da ordenação pela própria administração pública, com forte participação dos controles internos.

Pelo ângulo dos estímulos jurídicos, essa evolução depende da solução de uma lacuna: falta no Brasil uma lei nacional com o marco geral para o programa de ação que garanta a permanente melhoria da ordenação. É juridicamente viável suprir a lacuna por meio de normas legais de direito econômico, com efeito vinculante para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. O direito econômico inclui todas as áreas da regulação pública (urbanística, ambiental, sanitária, dos transportes, dos frigoríficos, do ensino privado, das instituições financeiras, dos preços dos medicamentos, dos seguros, da previdência privada etc) e a Constituição de 1988 deu competência à União para editar normas gerais de direito econômico (art. 24, I e § 1º). São elas, portanto, que podem ajudar na evolução.

No contexto atual, em que já está em vigor uma problemática Lei de Liberdade Econômica, é viável ao Congresso Nacional, com base nessa competência, fazer um ajuste de rumo, editando a Lei de Governança da Ordenação Pública Econômica, sem chocar-se propriamente com a lei já existente.

A presente apresentação procura, assim, chamar atenção para os pressupostos que inspiram o projeto de lei nº 4.888, de 2019 (Lei de Governança da Ordenação Pública Econômica), bem assim defender sua aprovação como passo relevante para o desenvolvimento da ordenação pública brasileira e para alinhá-la às diretrizes da OCDE. Para tanto, busca expor brevemente qual pode ser, no contexto que se vive, o conteúdo de uma lei nacional de direito econômico.

A seguir, a apresentação se divide em quatro momentos: primeiro, explica quais são os destinatários dos preceitos do projeto; segundo, destaca os dispositivos que buscam influir sobre o conteúdo das normas e dos atos administrativos da ordenação pública, bem como sobre os processos administrativos; terceiro, expõe quais são as regras relativas à organização, avaliação periódica e revisão das normas administrativas de ordenação; por fim, trata dos dispositivos que buscam impedir a expropriação administrativa de direitos.

1. DESTINATÁRIOS DA LEI DE GOVERNANÇA DA ORDENAÇÃO PÚBLICA ECONÔMICA

Os *destinatários mais diretos* da futura lei serão os órgãos, entidades e autoridades administrativas, inclusive as autônomas ou independentes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios com competência de ordenação sobre as atividades econômicas e sobre outros atos da vida privada, bem como os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas.

Por um lado, o projeto prevê para eles o dever de observar normas gerais cujo objetivo é modular a ordenação segundo diretrizes mais modernas; por outro lado, impõe o dever de implantar programas de avaliação e revisão das normas.

Em coerência com a ideia de boa governança, o projeto exige que esses órgãos e entidades estabeleçam, mantenham, monitorem e aprimorem sistema de gestão de riscos institucionais e controles internos com vistas à identificação, à avaliação, ao tratamento, ao monitoramento e à análise crítica de práticas que possam impactar o cumprimento de sua missão e a observância da lei.

Em paralelo, para viabilizar materialmente o cumprimento desses deveres, o projeto autoriza que, em todas as etapas e providências de quaisquer processos ou procedimentos administrativos de ordenação, tais órgãos e entidades contem com apoio externo, operacional ou técnico, de entidades, empresas ou profissionais, por eles contratados segundo os critérios da especialização, integridade, independência e confiança, devendo os atos decisórios finais dos processos e procedimentos ser examinados e editados internamente.

O *segundo grupo de destinatários* públicos das normas gerais do projeto de lei são os Chefes dos Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para quem é prevista a competência de, por decreto, para cada ente federativo: definir metas para a redução da quantidade e dos custos da ordenação pública; uniformizar critérios para a organização por temas do estoque acumulado de regulamentos, atos e orientações práticas de nível infralegal; orientar os processos de consulta pública, de definição da agenda de revisão e de avaliação da eficácia e do impacto; e, ainda, assegurar o funcionamento do sistema de gestão de riscos institucionais e controles internos.

Em conexão com essa competência das chefias do Executivo, com o objetivo de garantir o respeito das metas e demais deveres pelos órgãos e entidades destinatários, o projeto prevê que, em cada ente da Federação, órgão designado por lei ou decreto observará a execução

da Lei de Governança da Ordenação Pública Econômica e realizará consultas públicas periódicas a respeito, submetendo ao Chefe do Executivo seu relatório de avaliação, com propostas de correção ou melhoria.

O *terceiro grupo de destinatários* do projeto de lei são os particulares cujos direitos individuais estejam envolvidos na ordenação pública, bem assim os entes privados (associações representativas) e os órgãos públicos (Ministérios Públicos) legitimados para a defesa coletiva e difusa de direitos nesse campo.

Quanto a isso, o projeto prevê como direitos de natureza individual, coletiva ou difusa em relação à ordenação pública: requerer e obter informação e orientação adequada e clara quanto aos deveres e condicionamentos públicos a que estão sujeitas as atividades econômicas e outros atos da vida privada; obter em prazo razoável decisão clara e exaustiva quanto aos requisitos para o deferimento de pleito negado por decisão administrativa ou judicial anterior; buscar proteção contra as medidas de ordenação pública inválidas, bem como contra os métodos coercitivos ilegais ou desleais e outras práticas irregulares das autoridades; e ter acesso aos órgãos administrativos e judiciários para prevenção ou reparação de danos patrimoniais individuais, coletivos ou difusos causados pela violação dos direitos.

Além disso, o projeto prevê a inclusão, no artigo 1.º da Lei da Ação Civil Pública (lei 7.347, de 1985), de nova hipótese de cabimento dessa ação, agora para contemplar os danos morais e patrimoniais causados à livre organização ou ao exercício da cidadania, da vida civil ou de atividade econômica privada, por interferência, oneração ou barreira burocrática ilegal ou abusiva, bem como por expropriação administrativa ilegal ou abusiva de direitos. Assim, viabiliza-se o uso das ações civis públicas como meio de obrigar as autoridades de ordenação a cumprirem o que dispuser a Lei de Governança da Ordenação Pública Econômica, assegurando a efetividade do programa nacional de melhoria regulatória.

2. SOBRE O CONTEÚDO DAS NORMAS E ATOS E SOBRE OS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DE ORDENAÇÃO PÚBLICA

Para influir no conteúdo das normas administrativas de ordenação, o projeto da Lei de Governança da Ordenação Pública Econômica prevê quatro deveres básicos para os órgãos e entidades por elas responsáveis.

O primeiro é adotar processos decisórios orientados pela conformidade legal, pela desburocratização e pela indicação de evidências suficientes quanto à necessidade e adequação das decisões.

O segundo dever é modular as exigências feitas aos administrados segundo a capacidade real de as autoridades públicas tomarem, de modo tempestivo e fundamentado, as providências respectivas a seu cargo.

O terceiro é, em função da experiência e das pesquisas disponíveis, classificar as atividades privadas em níveis crescentes de risco, levando em consideração a probabilidade estatística de incidentes, de danos e de outros efeitos negativos, para assim definir e graduar: a imposição de deveres e condicionamentos públicos; a preferência pela autorregulação; as políticas de liberalização; os programas e métodos de fiscalização; e as alternativas de aplicação, dosimetria, dispensa e substituição de sanções administrativas.

O quarto dever é editar, como condição prévia da atividade fiscalizatória, normas com parâmetros objetivos para identificar as infrações e para preveni-las, bem como para orientar sua repressão.

Importante destacar, por fim, outro dispositivo, este ligado aos processos administrativos. Segundo o projeto, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, quando exercerem competências administrativas de ordenação mas não tiverem normas legais próprias suficientes, deverão observar as leis federais nºs 9.784, de 1999 (Lei de Processo Administrativo da Administração Pública Federal) e 9.873, de 1999 (Lei dos Prazos de Prescrição da Ação Punitiva da Administração Pública Federal).

3. SOBRE A ORGANIZAÇÃO, AVALIAÇÃO PERIÓDICA E REVISÃO DAS NORMAS ADMINISTRATIVAS DE ORDENAÇÃO

No Brasil, existem centenas de milhares de leis e regulamentos administrativos federais, estaduais, distritais e municipais com intervenções públicas das mais variadas espécies

nas atividades econômicas. Órgãos, agências e conselhos de fiscalização profissional se multiplicam, exercendo competências administrativas de ordenação: editar regulamentos, exigir licenças e autorizações, fazer fiscalizações, instaurar processos administrativos sancionadores, aplicar sanções, etc. Mas a eficácia global desse grande sistema não é avaliada – e, muitas vezes, os resultados são ruins ou pelo menos duvidosos.

A lacuna principal do sistema é que as medidas de ordenação das atividades econômicas não passam por avaliações técnicas sistemáticas periódicas quanto à sua eficácia e custos, com participação dos afetados e beneficiados, como devia ser, de modo a dar base para sua revisão, quando necessário.

Para o projeto de Lei de Governança da Ordenação Pública Econômica, o caminho da evolução é fazer a cultura da avaliação tomar o estado ordenador por inteiro, em todos os níveis da Federação. As autoridades administrativas de ordenação devem ter o ônus jurídico da prova periódica de que suas intervenções fazem sentido e funcionam.

As múltiplas ordenações estatais sobre a vida privada não devem ser aceitas como dados naturais ou como desejáveis por princípio, tampouco podem se prolongar por simples inércia. Em si, bons propósitos regulatórios são inúteis. O que vale é a capacidade de realizar fins públicos, ao menor custo para a sociedade.

Em coerência com essas premissas, o projeto da Lei de Governança da Ordenação Pública Econômica prevê três deveres básicos para os órgãos e entidades administrativas responsáveis pela edição e aplicação de normas administrativas de ordenação.

O primeiro é o dever de manter o estoque acumulado de regulamentos, atos e orientações práticas de nível infralegal organizado por temas, com a indicação expressa dos vigentes para cada tema.

O segundo é o dever de fazer a revisão constante das normas de ordenação pública para reduzir sua quantidade e os custos para os administrados e para a sociedade, sem prejuízo às finalidades públicas.

O terceiro dever é fazer avaliações periódicas da eficácia, do impacto e da atualidade de todas as medidas de ordenação pública e, quando for o caso, sua revisão.

Assim, quanto ao tópico que aqui interessa o objetivo do projeto da Lei de Governança da Ordenação Pública Econômica é, para proteger a liberdade e as finalidades públicas, criar

instrumentos para as medidas estatais de intervenção serem metódica e efetivamente avaliadas, questionadas, corrigidas e, quando inadequadas, substituídas ou eliminadas. São instrumentos para assegurar que toda ordenação estatal da vida privada seja considerada sempre como experimental e provisória. O projeto acompanha a tendência internacional de criação ou reforço da obrigação de avaliação de medidas regulatórias, no contexto de programas de melhoria regulatória.²⁵⁰

O projeto cria um programa de revisão geral da ordenação pública, de âmbito nacional, para viabilizar a permanente prevenção e eliminação de problemas de eficácia, bem como das ineficiências, desvios e excessos estatais.

Impõe-se aos administradores públicos o dever de implementar amplo programa de compilação e de revisão das exigências regulatórias hoje existentes. O objetivo é dar clareza à ordenação existente, além de diminuir a quantidade e os custos da ordenação para a sociedade ou para os agentes econômicos e também eliminar excessos cristalizados, sem prejuízo da proteção das finalidades públicas. O programa de revisão terá caráter permanente, com o engajamento não só dos órgãos setoriais, mas também dos Chefes do Poder Executivo e dos órgãos centrais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Portanto, o projeto, além de trazer, ao Direito brasileiro como um todo, conceitos jurídicos consistentes para balizar as relações entre o poder público ordenador e a iniciativa econômica privada, concebeu um programa paulatino, porém constante, para a revisão regulatória em todas as unidades do estado brasileiro.

O projeto foi construído tendo como pressuposto a *temporiedade das leis de intervenção*. Em virtude do regime constitucional da liberdade econômica este é um valor essencial, que vem sendo comprometido no Brasil, distorcendo nossa organização econômica. É hora de defendê-lo nacionalmente.

²⁵⁰ Para uma análise a experiência norte-americana com os programas de revisão voltados à melhoria da qualidade regulatória, ver Robert W. Hahn; Cass R. Sunstein, A New Executive Order for Improving Federal Regulation? Deeper and Wider Cost-Benefit Analysis. *John M. Olin Program in Law & Economics Working Paper*, n. 150, 2002.

4. SOBRE A EXPROPRIAÇÃO REGULATÓRIA

O projeto de Lei de Governança da Ordenação Pública Econômica também procurou dispor sobre tema que, embora relevante para balizar a ordenação pública e proteger direitos patrimoniais, não mereceu até hoje tratamento legislativo geral: o fenômeno que, por influência norte-americana, hoje se vem denominando como *expropriação regulatória*.

Os publicistas brasileiros sempre trataram dele, mas sob as rubricas “sacrifício de direito” (usada entre os europeus) ou “servidão administrativa” (usada entre nós sobretudo em questões sobre propriedade imobiliária, como contraposição a “limitação administrativa”). Examinei os problemas ligados a procedimento e consequências da expropriação regulatória no artigo acadêmico denominado *Revisão da Desapropriação no Brasil*.²⁵¹ Já quanto à distinção entre, por um lado, os condicionamentos ou limitações administrativos (isto é, as regulações não expropriatórias) e, por outro, os sacrifícios de direito (isto é, as regulações expropriatórias), as discuti em meu artigo *Condicionamentos e Sacrifícios de direito*.²⁵²

No projeto de Lei de Governança da Ordenação Pública Econômica, a primeira previsão importante sobre o tema é que o exercício de competências públicas de ordenação sobre atividades econômicas ou sobre as propriedades privadas não poderá levar, de modo direto ou indireto, à expropriação administrativa unilateral de direitos.

Para dar conteúdo a essa proibição, o projeto define como expropriatórias as medidas de ordenação que, por suas características e abrangência, dificultem a ponto de inviabilizar o exercício de direito patrimonial constituído ou que retirem parcela substancial de seu valor.

Mas nem toda medida restritiva de ordenação está abrangida nesse conceito e regime. O projeto excetua a medida cujos efeitos restritivos possam ser compensados, de modo imediato e suficiente, por formas alternativas de exercício do direito atingido, nos termos da legislação aplicável.

Em coerência com essas disposições, o projeto estabelece que dependerá de desapropriação, com prévia declaração de utilidade pública ou interesse social, nos termos da

²⁵¹ Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, vol. 192, pp. 38-48, 1993. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/2425>.

²⁵² Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, vol. 4, pp. 78-83, 1993.

legislação específica – e, portanto, de indenização prévia, justa e em dinheiro – a eficácia individual das medidas de ordenação que tenham caráter expropriatório, isto é, que dificultem a ponto de inviabilizar o exercício de direito patrimonial constituído ou que retirem parcela substancial de seu valor.²⁵³

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SUNDFELD, Carlos Ari *et al.* Lei Nacional da Liberdade Econômica – para uma reforma nacional em favor da liberdade econômica e das finalidades públicas da regulação. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 17, n. 66, p. 239-244, abr./jun., 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. Revisão da Desapropriação no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, vol. 192, pp. 38-48, 1993. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/2425>. Acesso em: 07.12.2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993.

SUNDFELD, Carlos Ari. Condicionamentos e Sacríficos de Direito. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, vol. 4, pp. 78-83, 1993.

HAHN, Robert W.; SUNSTEIN, Cass R. A New Executive Order for Improving Federal Regulation? Deeper and Wider Cost-Benefit Analysis. *John M. Olin Program in Law & Economics Working Paper*, n. 150, 2002.

²⁵³ Para uma explicação detalhada dessa proposta legislativa sobre as expropriações regulatórias, ver a palestra do Gustavo Binenbojm: <https://www.youtube.com/watch?v=CmQUUfp4lYE&list=UUAn-BqY-CsYRMA60O9Xx8dg&index=5&t=0s>.

ALGUMAS NOTAS SOBRE A TORMENTOSA QUESTÃO DO ABUSO DE AUTORIDADE

Carlos Raymundo Cardoso

Advogado

Professor de Direito Penal da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Não foi sem perplexidade que a sociedade brasileira, particularmente a comunidade jurídica, assistiu, durante o passado ano de 2019, ao verdadeiro “*bate-boca*” que envolveu, de um lado, o Congresso Nacional, particularmente sua Câmara de Deputados, e, de outro, as associações de magistrados e membros do Ministério Público, a respeito do projeto de lei que acabara de ser aprovado instituindo uma nova lei de repressão ao abuso de autoridade. Enviado à sanção de um Presidente da República atarantado pelos compromissos de campanha, ele promoveu uma sequência de vetos que mutilou inteiramente o texto do projeto originário, afinal publicado como a **Lei nº 13.869, de 05 de setembro de 2019**. Enquanto isso, a Ordem dos Advogados do Brasil, até certo ponto alheia à disputa de poder entre congressistas, magistrados e membros do Ministério Público, pugnava pela manutenção do dispositivo incriminador do desrespeito às prerrogativas da advocacia.

Na sequência desse embate de forças, sobrevieram a remoção de parte dos vetos presidenciais, cujo critério de escolha entre os que seriam revistos e os que seriam mantidos não restou muito claro, e o sucessivo ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, visando a obter, pela via judicial, a supressão de figuras típicas tidas pelos autores das respectivas demandas como prejudiciais a seu exercício funcional.

Esse quadro, traçado, em alguns momentos, por apaixonados pronunciamentos de todos os envolvidos nessa querela, denota o quão sensível é a questão do abuso de autoridade em um Estado que se quer democrático e de direito.

Mas nem sempre foi assim.

A mim parece que essa preocupação somente surge com a institucionalização do Estado liberal e a partilha de poder entre seus partícipes predominantes, a nobreza decaída e a burguesia ascendente, e, posteriormente, bem definidas as mudanças trazidas pela revolução industrial, com a presença de novos agentes econômicos essenciais a esse novo Estado, representados pelo capital e pelo trabalho.

É intuitivo que assim fosse. No Estado absolutista, com o poder concentrado na figura do Rei ou de quem fizesse suas vezes, com base em uma aliança duradoura entre nobreza e Igreja, não havia porque cogitar-se de abuso de autoridade, dado que a concentração absoluta de poder afastava qualquer possibilidade de admitir-se estivesse esse poder limitado pelo que quer que fosse. Tudo fica claramente sintetizado na famosa tirada de Luís XIV: “*L’Etat c’est moi!*”.

Os sucessos históricos supervenientes à Revolução Francesa de 1789 e a enorme influência decorrente da conversão em República das 13 Colônias Inglesas na América do Norte, sobretudo após a derrocada do Império Napoleônico, fez nascer esse novo Estado liberal, regido por constituições reguladoras do poder político, fazendo com que, em paralelo, surgisse a preocupação com o exercício abusivo e arbitrário desse poder.

Não foi diferente em nosso país. No Direito Reinol, não se cogitava de que o Rei pudesse abusar de seu poder absoluto. As Ordenações de então puniam os atos de abuso e improbidade contra a Coroa, mas não contra os súditos diretamente. Os exemplos do exercício absoluto desse poder se veem nas históricas revoltas contra ele surgidas ao longo do tempo colonial, sobretudo em face da voracidade fiscal com que a Fazenda Real avançava na produção e no patrimônio das colônias e dos colonos, todas elas reprimidas de forma violenta pelo Poder Real, inclusive com penas cruéis de degredo e morte, como no caso dos revoltosos de Vila Rica.

O século XIX, entretanto, nos trouxe a independência política ante o rompimento da União Real com Portugal e Algarve, e, com ela, nossa primeira Constituição, a Constituição Imperial de 1824. Em nossa primeira carta constitucional, surge expressa a preocupação do legislador constituinte com o abuso de autoridade. Muito embora seu artigo 99 dispusesse que “*A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.*”, a verdade é que, no Capítulo destinado ao reconhecimento dos direitos civis e políticos (Título 8º), o artigo 179 proclamava a inviolabilidade desses direitos (Art. 179. *A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.*) e, em seu inciso XXX, introduzia a garantia do direito de petição ou de representação, afinal mantido em todas as demais constituições republicanas, mesmo aquelas que serviram a escorar regimes autoritários (XXX. *Todo o Cidadão poderá apresentar por escripto ao Poder Legislativo, e ao Executivo reclamações, queixas, ou petições, e até expôr qualquer infracção da Constituição, requerendo perante a competente Auctoridade a effectiva responsabilidade dos infractores.*).

Essa trilha aberta ainda sob a dinastia dos Orléans e Bragança (a única, afinal que nosso país conheceu), foi seguida por nossa primeira Constituição Republicana, cujo artigo 72 reconhecia a inviolabilidade dos direitos civis (Art. 72 - *A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:*) e o seu § 9º consagrava a permanência do direito de petição ou de representação (*É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos poderes publicos, denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade dos culpados.*).

As crises sucessivas que sacudiram a chamada República Velha, protagonizadas quase sempre pelas intervenções militares ou envolvendo militares em seguidas escaramuças revolucionárias, uma delas, inclusive, convertendo-se em verdadeira guerra civil (a chamada *Revolução Constitucionalista de 1932*), fizeram com que essa primeira carta tivesse vida curta, pois, já em 1934 surge um novo pacto constitucional que, mantendo o reconhecimento dos direitos e garantias civis e individuais (Art 113 - *A Constituição assegura a brasileiros e a*

estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:), dava nova e melhor expressão ao direito de petição e de representação (10. É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos Poderes Públicos, denunciar abusos das autoridades e promover-lhes a responsabilidade.).

Nossa primeira carta constitucional republicana pouco durou, mas a segunda permaneceu em vigor por menos tempo ainda, já que, em 1937, golpeada pelo Estado Novo, foi substituída por uma nova Constituição outorgada pelo poder autoritário. Nada obstante o regime ditatorial que se seguiu então, o texto imposto reconhecia o respeito aos direitos civis (*Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:*) e manteve, como garantia individual, o direito de petição e representação (*7º) o direito de representação ou petição perante as autoridades, em defesa de direitos ou do interesse geral;*).

Se o alinhamento do Brasil com as nações aliadas em guerra contra o Eixo (Alemanha, Itália e Japão) e o envio de uma força militar expedicionária para combater no teatro de operações instalado na Itália contribuíram ou não para a queda do regime de Vargas é discussão que excede os objetivos destas linhas, mas a verdade é que o retorno vitorioso dos nossos “*pracinhas*” fortaleceu deveras os militares, que (mais uma vez!) intervêm no processo político e, após um deles ser eleito Presidente da República (*Eurico Gaspar Dutra*), sobrevém a convocação de Assembleia Nacional Constituinte que dá luz à Constituição de 1946, permeada por princípios democráticos e que, por isso mesmo, além de proclamar o reconhecimento aos direitos civis e individuais (*Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes*), consagrou a permanência do direito de petição e representação (*§ 37 - É assegurado a quem quer que seja o direito de representar, mediante petição dirigida aos Poderes Públicos, contra abusos de autoridades, e promover a responsabilidade delas.*)

O Estado de Direito formalmente democrático trazido pela Constituição de 1946 viveu, desde seu início, sob sustos e sobressaltos, com espasmódicos resquícios do autoritarismo (a declaração de ilegalidade do Partido Comunista é um deles e o exercício da censura cultural, outro) que acabaram por desaguar na crise política de 1954. Vargas, o mentor e executor do Estado Novo de 1937, volta ao poder, em 1950, desta vez ungido pelo voto popular, batendo na disputa um militar que se propôs a suceder ao Marechal Dutra (o *Brigadeiro Eduardo Gomes*). Essa vitória jamais foi aceita pelos militares e pela elite nacional. Vargas foi um ditador curioso: suas convicções políticas e sociais se afinavam, em parte, com o nazifascismo europeu, mas ele soube não se deixar dominar pelos partidos com este viés ideológico que aqui se criaram, reprimindo, aliás, com a mesma firmeza, a chamada “*intentona*” comunista de 1935 tanto quanto o atentado ao Palácio Guanabara promovido pelos integralistas em 1938. De outro lado, era pragmático, pois, após flertar com a Alemanha e a Itália no início da guerra, soube perceber a vantagem de unir-se aos aliados, particularmente os Estados Unidos da América, e, provavelmente deixando de lado suas simpatias pessoais, como também a opinião dos principais chefes militares nacionais, acabou concordando com a declaração de guerra ao Eixo. Populista, apressou-se a conquistar o apreço e a confiança da população, sobretudo da menos favorecida, com o estabelecimento de uma base sindical de inspiração mussoliniana e a outorga de uma legislação trabalhista que regulamentava direitos reconhecidos aos trabalhadores, além de aproximar-se dos estudantes, incentivando a unificação de sua representação nacional, pois data do Estado Novo a criação da UNE – União Nacional dos Estudantes. Talvez essas características pessoais fizessem com que militares e elite social não confiassem nele, mesmo que o poder lhe tivesse sido devolvido pelo sufrágio popular.

Essa instabilidade política acabou por entrar em ebulição em 1954, protagonizada pela UDN (*sigla que identificava a União Democrática Nacional*), partido apoiado pela elite conservadora e pelo jornalista Carlos Lacerda, com sucessivos ataques ao Governo Vargas e sua base política, culminado com o episódio do atentado contra ele desfechado por supostos integrantes de uma suposta guarda pessoal do Presidente e no qual acabou vitimado o Major da Aeronáutica Rubens Florentino Vaz. Estava armado o cenário para o golpe de estado que seria desfechado pelos militares, particularmente os integrantes da Força

Aérea Brasileira, e que não ocorreu devido ao surpreendente suicídio do Presidente da República.

Se a morte de Vargas abortou o golpe que se desenhara então (a comoção social e popular que se seguiu ao gesto extremo extinguiu o eventual apoio que os insurretos pudessem ter), não conseguiu trazer estabilidade à situação política. Instável foi a sucessão do Presidente morto, após renúncia do Vice-Presidente, como instável foi a eleição presidencial que se seguiu em que o candidato civil apoiado pela elite rural e pelos sindicalistas, Juscelino Kubitschek de Oliveira, bateu o candidato dos conservadores e militares, o Marechal Juarez Távora. Mais uma vez, o resultado não agradou aos quartéis, e uma parte dos militares tentou evitar a posse do eleito, fato obstado pela firme ação do então Ministro da Guerra, General Henrique Lott.

O Presidente Juscelino Kubitschek conseguiu concluir seu mandato (não sem sobressaltos, como a chamada Revolta de Jacareacanga, protagonizada por militares da Aeronáutica ligados os golpistas que tentaram impedir sua posse e a forte oposição udenista à mudança da capital da República para o Planalto Central do país). Sua sucessão foi disputada principalmente pelo candidato governista, o Marechal Henrique Lott, e o até então pouco conhecido nacionalmente político mato-grossense que se elegeu prefeito de São Paulo e depois seu governador, Jânio Quadros, lançado por pequeno partido, o Partido Trabalhista Nacional (PTN) apoiado pelo também inexpressivo Partido Democrata Cristão. Com um discurso direitista e populista de combate a corrupção, Jânio Quadros foi angariando adeptos a sua candidatura, e despertou a cobiça da conservadora UDN, que com ele viu a possibilidade de chegar ao poder que não conseguira em 1950 e em 1954, frustrado o golpe de estado por ela gestado. Para isso, lançou o mineiro Milton Campos como candidato a Vice-Presidente da República, apoiando Jânio Quadros.

Curiosamente, entretanto, à época, a candidatura à Vice-Presidência da República era desvinculada da candidatura à Presidência e, assim, o candidato udenista enfrentou acirrada disputa com João Goulart, o Jango, que fora Ministro do Trabalho na Presidência de Vargas e Vice-Presidente do Presidente Juscelino Kubitschek. Para dividir ainda mais o eleitorado, concorria também Fernando Ferrari, dissidente do PTB (Partido Trabalhista

Brasileiro, fundado por Vargas e pelo qual Jango era candidato) lançado pelo Partido Democrata Cristão, ligado ao candidato Jânio Quadros, e pelo Movimento Trabalhista Renovador.

O resultado da eleição foi surpreendente e provocaria sérias consequências mais adiante. O candidato populista Jânio Quadros foi eleito com 48% dos votos e, para seu Vice-Presidente foi eleito João Goulart, político gaúcho muito ligado ao Presidente Vargas, aproveitando-se da circunstância de seu partido (o PTB – Partido Trabalhista Brasileiro, fundado por Vargas) haver desertado do apoio à candidatura do Marechal Lott, apregoando a dupla “Jan-Jan” e derrotando, mais uma vez, o candidato udenista.

Jânio Quadros teve um mandato efêmero, pois, após vários atos surpreendentes, como afrontar os militares e a direita radical udenista ao condecorar, com a comenda áurea do Brasil, o Chanceler cubano Ernesto “Che” Guevara (*isso em pleno tempo da “Guerra Fria” pareceu uma afronta aos Estados Unidos da América*), acabou por a ele renunciar em 25 de agosto de 1961, por razões que, até hoje, não ficaram conveniente esclarecidas. A letra do texto constitucional determinava assumisse o cargo o Vice-Presidente eleito, João Goulart, que, entretanto, era filiado a partido opositor do presidente renunciante, e não gozava da confiança dos políticos udenistas nem de boa parte dos militares, sob o pretexto de manter ele ligação com a ideologia comunista (muito embora ele fosse estancieiro em sua terra natal e no Uruguai, e mais ligado ao trabalhismo de Vargas do que ao marxismo). Como Jango estava na China, em missão governamental de política externa do errático Jânio Quadros, assumiu interinamente a Presidência o Deputado Ranieri Mazzilli, Presidente da Câmara dos Deputados, enquanto os Ministros Militares das três Armas afiançaram que o então Vice-Presidente não tomaria posse no cargo, sucedendo ao renunciante. O Governador do Rio Grande do Sul, Leonel Brizola, sublevou seu estado, desfechando a “Campanha da Legalidade”, que defendia o cumprimento da Constituição e a posse do Vice-Presidente legitimamente eleito. Enquanto João Goulart voltava da China, costurou-se uma solução de compromisso, com uma emenda constitucional que introduziu o regime parlamentarista. Jango tomaria posse no cargo, mas não governaria.

Durante muito pouco tempo conheceu a República Brasileira esse regime que predomina em toda a Europa Ocidental, pois sua permanência perdurou apenas entre setembro de 1961 e janeiro de 1963, quando, convocado por um plebiscito, por expressiva maioria, o eleitorado optou pelo retorno do Presidencialismo. Esse desfecho da crise de 1961, como é óbvio, desagradou à maioria dos militares e à direita militante abrigada sobretudo na UDN. Investido, afinal, com os plenos poderes da Presidência e do Poder Executivo, Jango governou sob intensa oposição e com desconfiança do Governo dos Estados Unidos da América pois tinha o apoio maciço dos antigos “getulistas” e as novas lideranças populares que despontavam. As reformas que realizou e se propunha a realizar (hoje tidas como tímidas por analistas políticos e historiadores), à época, foram classificadas como “*comunizantes*” e mereceram intensas recriminações da direita radical com o apoio explícito da Hierarquia da Igreja Católica. Estava criado o quadro que sustentaria um golpe de estado, que não demorou a chegar: em 1º de abril de 1964 (ou 31 de março, como apregoam até hoje os que dele participaram), o Presidente democraticamente eleito e constitucionalmente empossado foi deposto. Dez anos depois, o golpe forjado em 1954 e abortado pelo suicídio de Vargas, foi, afinal, desfechado. A UDN, seu braço político, pensou ter chegado ao poder, mas quem a ele chegou foram os militares, que com ele permaneceram por uma vintena de anos, dele alijando não apenas os udenistas, mas os políticos de uma forma geral.

Uma sucessão de Atos Institucionais desfigurou a Constituição Democrática de 1946, até que ela veio a ser substituída por uma nova Constituição, outorgada pelo regime autoritário em 1967. Apesar de sua origem, construída à margem de uma eleição democrática, vez que fruto de elaboração de gabinete, sem o concurso de um poder constituinte originariamente eleito, não teve o grupo que a sustentou coragem de suprimir a garantia dos direitos civis individuais, já que seu artigo 150 dispunha: “*A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*”. E, no § 30 desse dispositivo, vamo-nos deparar com a manutenção do direito de petição e representação: “*É assegurado a qualquer pessoa o direito de representação e de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direitos ou contra abusos de autoridade.*”.

Posteriormente, em Dezembro de 1968, a superveniência do Ato Institucional N° 05 esvaziou inteiramente essas garantias, que, entretanto, continuaram formalmente mantidas na Emenda Constitucional n° 01 que a ele sucedeu em 17 de outubro de 1969. De fato, seu artigo 153 estabelecia que *“A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”*, enquanto o § 30 repetia a redação da Constituição de 1967 (*“É assegurado a qualquer pessoa o direito de representação e de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direitos ou contra abusos de autoridade.”*), mantendo-se o direito de representação e de petição. É claro que os interesses do estado autoritário de então continuavam tutelados pelas disposições do Ato Institucional N° 05, que continuavam a vigorar, e cujo artigo 11 determinava: *“Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.”*, entre eles incluindo-se, obviamente, os de abuso de autoridade que estivessem acordes ao interesse do governo militar. E esses não foram poucos, infelizmente!

Essa anomia constitucional perdurou por mais de vinte anos, durante os quais nossas relações republicanas se viram reguladas por uma emenda constitucional e um ato institucional manejado ao talante dos detentores do poder, uma aliança, segundo a História depois comprovou, entre, ostensivamente, os militares e, ocultamente, a elite empresarial e industrial.

Esgotado e desgastado, o regime autoritário acabou cedendo à pressão de boa parte da sociedade e, em 1985, mais uma vez em solução de compromisso, o Congresso Nacional elegeu o último Presidente da República ungido pelo voto indireto representado pelo sufrágio dos congressistas. Tancredo Neves foi eleito Presidente da República, mas, tomando posse representado por seu Vice-Presidente, José Sarney, visto como se encontrava preso a um leito de hospital, não chegou a governar, acabando por falecer em 21 de abril de 1985, não se podendo deixar de lado o simbolismo da coincidência de sua morte com a data da execução do apontado líder da Inconfidência Mineira, o **Tiradentes**, cultuado por todos os mineiros, como o recém morto Tancredo Neves.

Empossado, afinal, no cargo, José Sarney convocou a Assembleia Nacional Constituinte que foi eleita em 15 de novembro de 1986, juntamente com os membros do Congresso Nacional (não cabe aqui discutir essa modalidade de representação escolhida para a elaboração da nova Constituição, mas muitos doutrinadores defendem que, em lugar de um Congresso Constituinte, teria sido melhor a eleição de uma Assembleia Constituinte exclusiva). Após intenso trabalho e forte participação social, afinal, em 05 de outubro de 1988, sobreveio a chamada “**Constituição Cidadã**”, como então foi nomeada pelo icônico Presidente da Câmara dos Deputados, o inesquecível Ulisses Guimarães.

Como não poderia deixar de ser, uma Carta Constitucional que, no seu preâmbulo, afirma ser o país um Estado democrático de direito, não poderia ignorar a preocupação com o abuso de autoridade e, no seu **artigo 5º**, cujo *caput* assegura o respeito aos direitos individuais (*Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*), o seu **inciso XXXIV** proclama o direito de representação e de petição (*XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;*).

Curiosamente, porém, como se pode ver do esboço histórico traçado acima, muito embora a consagração do direito de petição e representação tivesse figurado no texto de todas as nossas cartas constitucionais desde a Constituição Imperial, mesmo naquelas que vigoraram como suporte a regimes ditatoriais, faltou-lhes o complemento infraconstitucional consistente na regulamentação do exercício desse direito, que somente surgiu, embora pareça paradoxal, em pleno regime militar, com a *Lei nº 4898 de 09/12/1965*. Esse regulamento, que entendo ter sido recepcionado pela ordem constitucional instituída a partir de 05 de outubro de 1988, ao menos na parte a ele relativa, acabou por sucumbir com a revogação expressa da lei que o abrigava promovida pela *Lei nº 13.869, de 05 de setembro de 2019*.

Até então, o que havia eram referências esparsas contidas em dispositivos insertos na Parte Especial dos Códigos Penais que vigoraram sob a égide dos vários sistemas constitucionais que tivemos.

De fato. No Código Criminal Imperial de 1830, a tipificação do abuso de autoridade figurava em seus artigos 144 e 145 (*Art. 144. Exceder a prudente faculdade de reprehender, corrigir, ou castigar, offendendo, ultrajando, ou maltratando por obra, palavra, ou escripto algum subalterno, ou dependente, ou qualquer outra pessoa, com quem se trate em razão de officio. Penas - de suspensão do emprego por um a dez mezes. Art. 145. Commetter qualquer violencia no exercicio das funções do emprego, ou a pretexto de exercel-as. Penas - de perda do emprego no gráo maximo; de suspensão por tres annos no médio; e por um no minimo; além das mais, em que incorrer pela violência*). Faltava, todavia, o instrumento legal regulamentar capaz de fazer valer o acatamento ao direito individual postergado, exceto o recurso geral de representação ao Ministério Público.

O mesmo ocorria no primeiro Código Penal Republicano, de 1890. Além de repetir os tipos definidos no Código Imperial (*arts. 230 e 231*), introduziu uma nova tipificação de abuso de poder, consistente na *expedição e execução de ordem ou requisição ilegal (arts. 228 e 229)*. Com efeito; eis o fiel texto da lei de então:

“Art. 228. Expedir ordem, ou fazer requisição illegal:

Penas - de suspensão do emprego por um a tres annos e multa de 100\$ a 500\$000.

Art. 229. O que executar ordem, ou requisição illegal, será considerado obrar, como si tal ordem ou requisição não existira, e punido pelo excesso de poder, ou jurisdição, que commetter.

São ordens e requisições illegaes as que emanam de autoridade incompetente, as que são destituidas das solemnidades externas necessarias para a sua validade, ou são manifestamente contrarias as leis.

Art. 230. Exceder a prudente faculdade de reprehender, corrigir ou castigar, offendendo, ultrajando ou maltratando por obra, palavra, ou escripto, algum subalterno, dependente, ou qualquer outra pessoa, com quem tratar em razão do officio:

Pena - de suspensão do emprego por um mez a um anno, além das mais em que incorrer pelo excesso ou injuria que praticar.

Art. 231. Commetter qualquer violencia no exercicio das funções do emprego, ou a pretexto de exercel-as:

Penas - de perda do emprego, no gráo maximo; de suspensão por tres annos, no médio, e por um anno no minimo, além das mais em que incorrer pela violencia.”

Como sobredito, inexistia o regulamento infraconstitucional que institucionalizasse o direito de petição ou representação, salvo o exercício genérico da notificação do fato criminoso a autoridade policial ou ao Ministério Público.

Com esse primeiro Código Penal surgido ao alvorecer da República ocorreu o mesmo que aconteceu com o novo Hino Nacional: foram unânimes as críticas negativas. O texto do Código foi sendo objeto de inúmeros acréscimos e revogações parciais levadas a efeito por legislação extravagante e, de tal forma isso ocorreu, que tornou-se extremamente difícil saber-se o que nele estava ou não em vigor.

O trabalho minucioso de compilar toda essa legislação esparsa e confrontá-la com o texto básico originário do Código foi levado a efeito pelo **Desembargador Vicente Piragibe**, que o consolidou em texto único e atualizado, por fim tornado oficial e cogente, no ano de 1932, sob a denominação de **Consolidação das Leis Penais**, cujo teor, nesse aspecto específico, manteve as tipicidades definidas no Código original, apenas suprimindo a disposição contida no art. 228 (*Art. 229 - O que executar ordem, ou requisição illegal, será considerado obrar como si tal ordem ou requisição não existira e punido pelo excesso de poder ou jurisdicção, que commetter. , São ordens e requisições illegaes as que emanam de autoridade incompetente, as que são destituídas das solemnidades externas, necessarias para a sua validade, ou são*

manifestamente contrarias às leis. Art. 230 - Exceder a prudente faculdade de repreender, corrigir ou castigar, offendendo, ultrajando ou maltratando por obra, palavra ou escripto, algum subalterno, dependente, ou qualquer outra pessoa com quem tratar em razão do officio. PENA - de suspensão do emprego por um mez a, um anno, além das mais em que incorrer pelo excesso ou injuria que praticar. Art. 231 - Commetter qualquer violencia no exercicio das funções do emprego, ou a pretexto de exercê-las: PENAS - de perda do emprego, no grau maximo; de suspensão por tres annos, no médio, e por um anno no minimo, além das mais em que incorrer pela violencia.). Permaneceu, entretanto, a lacuna quanto a legislação regulamentar do direito constitucional individual.

Por fim, no Código Penal de 1940, que, basicamente, continua a vigorar até os dias atuais, muito embora bastante modificado por reformas e alterações pontuais, a definição do tipo do abuso de autoridade foi estabelecida no artigo 322, sob o *nomen juris* de **Violência Arbitrária** (Art. 322 - *Praticar violência, no exercício de função ou a pretexto de exercê-la: Pena - detenção, de seis meses a três anos, além da pena correspondente à violência.*), e no artigo 350, sob a rubrica **Exercício arbitrário ou abuso de poder** (Art. 350 - *Ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder: Pena - detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano. Parágrafo único - Na mesma pena incorre o funcionário que: I - ilegalmente recebe e recolhe alguém a prisão, ou a estabelecimento destinado a execução de pena privativa de liberdade ou de medida de segurança; II - prolonga a execução de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de executar imediatamente a ordem de liberdade; III - submete pessoa que está sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei; IV - efetua, com abuso de poder, qualquer diligência.*)

Com a superveniência da **Lei N° 4898, de 09/12/1965**, muito se discutiu sobre a eventual revogação dos tipos definidos no texto do Código Penal, particularmente quanto ao contido no artigo 322. Há acesa divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito, mas ousou entender que a disposição contida na **alínea i do seu artigo 3°** (Art. 3°. *Constitui abuso de autoridade qualquer atentado: i) à incolumidade física do indivíduo;*) revogou tacitamente o artigo 322, enquanto as demais disposições do **artigo 3° e do artigo 4°** revogaram, também

tacitamente, as definições típicas inscritas no *caput* e no *parágrafo único* do artigo 350. Hoje, contudo, essa discussão é ociosa, pois a nova Lei da abuso de autoridade (*Lei n° 13.869/2019*) em seu artigo 44, revogou expressamente não só a *Lei n° 4898/65* como o *artigo 350* do Código Penal. Penso, pois, que, como o artigo 322 do Código Penal já houvera sido revogado pela *Lei n° 4898/65* e a *Lei n° 13.869/2019* não cuidou de sua repristinação, sua revogação é também indiscutível.

Muito embora seu pioneirismo, no que tange à regulamentação do direito de representação e à circunstância de tratar em lei especial própria a definição dos crimes de abuso de autoridade, a *Lei n° 4898/65* sempre sofreu pesadas críticas por sua redação defeituosa, mormente no que toca à definição genérica contida em seu artigo 3° quanto aos tipos configuradores do abuso de poder com violação das garantias individuais.

Apesar dos defeitos de redação, entretanto, não tenho dúvidas de que o melhor da lei parida no ventre do regime autoritário, mais por seu ineditismo do que por sua regulamentação em si, foi a normatividade do direito de representação. Essa era, aliás, a finalidade primordial da lei, como se pode extrair de sua ementa: “*Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade.*”.

Nessa perspectiva, seus primeiros dispositivos cuidam dessa regulamentação, saltando à vista, todavia, as impropriedades de redação, nos seguintes termos:

“Art. 1º O direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, contra as autoridades que, no exercício de suas funções, cometerem abusos, são regulados pela presente lei.

Art. 2º O direito de representação será exercido por meio de petição:

a) dirigida à autoridade superior que tiver competência legal para aplicar, à autoridade civil ou militar culpada, a respectiva sanção;

b) dirigida ao órgão do Ministério Público que tiver competência para iniciar processo-crime contra a autoridade culpada.

Parágrafo único. A representação será feita em duas vias e conterá a exposição do fato constitutivo do abuso de autoridade, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado e o rol de testemunhas, no máximo de três, se as houver.”

As deficiências de expressão surgem logo no **artigo 1º** porquanto inexistente “*processo de responsabilidade administrativa, civil ou penal*” senão que se instaura processo para, justamente, apurar se há ou não essas espécies de responsabilidade. Peca ainda a dicção da lei ao apregoar que tais processos são **contra autoridades**; na verdade, eles são instaurados em face de tais autoridades e não contra as mesmas! Por fim, ao empregar o dispositivo legal o verbo cometer no presente do subjuntivo – **cometerem** –, pressupõe o legislador que tais atos, desde logo, foram efetivamente praticados quando, na verdade, a representação e o processo visam precisamente determinar se tais fatos aconteceram ou não e em que circunstâncias, no sentido de caracterizar (ou não) o abuso de poder.

A impressão que fica, denotando de forma suficientemente clara de como o poder governamental de então enxergava esse fenômeno processual, é a de que o legislador ignorou completamente que tanto o processo administrativo quanto o civil ou o penal devem, obrigatoriamente, **prestigiar os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório**, vez que, datando a lei de 1965, ainda vigorava a Constituição de 1946, cujo **artigo 141**, em seu **§ 25** os consagrava (“- *É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória.*”).

O **artigo 2º** cuidava da *regulamentação do direito de representação*, estabelecendo sua forma e seus destinatários, não sendo menos desastrosa sua redação. Na **alínea a)**, ao dispor sobre o *primeiro destinatário da petição da representação*, indicou o legislador devesse a mesma ser dirigida à **autoridade superior**; superior a quem ou a quê? Além disso, ao pretender restringi-la, atribuiu-lhe o legislador **competência legal** para aplicar a respectiva sanção, aparentando ignorar inteiramente que a competência é atributo da jurisdição, cabendo, pois,

referência à atribuição administrativo-disciplinar. Por fim, ao definir a autoridade a quem se atribuiu o ato abusivo, de forma surpreendente, o legislador a ela se referia como **autoridade culpada**, como se, ao limiar da representação, já se pudesse ter essa certeza!

A *alínea b)*, visando à apuração da *responsabilidade penal*, indicava como segundo destinatário da representação o **órgão do Ministério Público que tiver competência para iniciar processo-crime contra a autoridade culpada**. Novamente, confundiu o legislador os conceitos de *competência e atribuição*, como já o fizera na alínea anterior, além de recorrer a linguagem coloquial para designar a ação penal, nomeando-a como **processo-crime**, expressão absolutamente estranha à dogmática do processo penal. Por fim, mais uma vez ignorando que o *direito de ação* (no caso, como expressão do *direito de punir*) não se exerce **contra alguém** senão que **em face de outrem**, repetia a errônea de supor que, ao início da apuração, já se poderia ter como **culpada** a autoridade a quem se imputasse o abuso de poder.

O **parágrafo único** do dispositivo regulava a **forma da petição** com que se devia exercer o *direito de representação*. Orientava a lei devesse ser oferecida em *duas vias* (refletindo a realidade de então, em que a extração de cópias não era revestida das facilidades de hoje), bem como, obviamente, contivesse a *descrição circunstanciada* do fato abusivo, a *qualificação do acusado* e a indicação de eventuais *testemunhas limitadas ao número de três*.

De tudo, forçoso concluir-se que, apesar de a iniciativa legal ter-se exercitado com flagrantes deficiências de técnica legislativa e, pelo formalismo impresso à petição, transparecer o propósito de dificultar o exercício do direito de representação, a verdade é que essa regulamentação pioneira nos parece preferível à anomia que até então imperava. A jurisprudência soube sobrelevar essas características do texto legal, fazendo-o vigorar de forma suficiente.

Outra balda candente para que resvalou o legislador se situava no comando do **artigo 12**, que, ao determinar devesse a denúncia formulada pelo Ministério Público ser instruída com cópia da representação (razão por que, supomos, exigiu a lei viesse a petição da representação em duas vias!), gerou intensa discussão sobre haver, ou não, o legislador estabelecido uma **condição objetiva de procedibilidade**, obstando ao Ministério Público o exercício do direito de

ação penal na hipótese de não ter havido representação do ofendido, muito embora a existência de suficientes indícios do abuso de autoridade. Causava perplexidade, então, que, mesmo ante evidências consistentes da prática do abuso de poder, o Órgão Fiscal não pudesse deduzir a pretensão punitiva pela falta da representação, que muito bem podia ter sido omitida por temor do ofendido. A polêmica somente se resolveu com o advento da *Lei nº 5.249, de 09/12/1967*, cuja *norma processual penal interpretativa* contida em seu artigo 1º dispôs que “A falta de representação do ofendido, nos casos de abusos previstos na [Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965](#), não obsta a iniciativa ou o curso de ação pública.”, afastando, de vez, a interpretação obstativa do exercício do direito de ação pelo Ministério Público.

Críticas intensas, aliás, procedentes, recaíram sobre a quantidade da **pena privativa de liberdade** cominada para os crimes definidos nos artigos 3º e 4º da Lei, cujo máximo era de **seis meses de detenção**, uma vez que assim dispunha o § 3º de seu **artigo 6º**: “A sanção penal será aplicada de acordo com as regras dos artigos 42 a 56 do Código Penal e consistirá em: a) multa de cem a cinco mil cruzeiros; b) detenção por dez dias a seis meses; c) perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo até três anos.”. Efetivamente, ao revogar tacitamente as normas incriminadoras definidas nos artigos 322 e 350 do Código Penal, com a definição de novas figuras típicas de abuso de autoridade, deu o legislador à hipótese tratamento incompreensivelmente leniente, por isso que a pena máxima estabelecida era muito inferior àquelas cominadas nos dispositivos revogados, sobretudo o primeiro. Tal circunstância talvez explique a resistência de boa parte da doutrina e da jurisprudência em reconhecer tal revogação tácita.

Por fim, penso caiba aqui anotar ainda a observação que a maioria dos comentadores da Lei nº 4898/65 apunham aos crimes definidos em seu *artigo 3º*:

Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:

a) à liberdade de locomoção;

b) à inviolabilidade do domicílio;

- c) ao sigilo da correspondência;*
- d) à liberdade de consciência e de crença;*
- e) ao livre exercício do culto religioso;*
- f) à liberdade de associação;*
- g) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto;*
- h) ao direito de reunião;*
- i) à incolumidade física do indivíduo;*
- j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional.*

Do ponto de vista da dogmática do Direito Penal, tal norma penal incriminadora era inteiramente imprestável. A redação do dispositivo elencou figuras típicas definidas genericamente, sem atentar à imposição constitucional de que se devesse descrever o comportamento incriminado com todas as suas circunstâncias. A absoluta ignorância da boa técnica legislativa fez o legislador resvalar para grave ofensa ao princípio da legalidade que, à época, ainda não tinha assento constitucional, mas já figurava, desde 1940, no **artigo 1º** do Código Penal: “Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.” Com o advento, porém, da **Constituição de 1988**, os princípios da reserva legal, da legalidade e da anterioridade da lei penal, ganharam foros de **garantia individual**, inscrita no **inciso XXXIX** de seu **artigo 5º**: “- não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”. Bem de ver, pois, que tal disposição em comento não foi recepcionada pela ordem constitucional vigente a partir de 05 de outubro de 1988.

Tais circunstâncias clamavam, desde muito, por uma nova lei que regulamentasse o abuso de autoridade. Em 1985, ao tomar posse como Ministro da Justiça do assim chamado Governo da Nova República, o, hoje já falecido, advogado pernambucano Fernando Soares Lira

prometeu remover da legislação brasileira o “*entulho autoritário*”. Não teve tempo de remover a Lei nº 4898/65! Talvez porque sua permanência no cargo tenha sido breve, já que, em 1986, dele afastou-se para concorrer à Câmara Federal por seu estado natal, tendo sido eleito e participado da elaboração da atual Constituição.

Entrementes, vários anteprojeto de lei foram elaborados com o sentido de oferecer uma alternativa legal melhor à então vigente Lei nº 4898/65. Tais projetos hibernaram nas gavetas das diversas Comissões integrantes das duas Casas do Congresso Nacional e deles somente se lembravam os parlamentares em momentos críticos. E esses momentos se amiudaram com o surgimento da chamada operação “*Lava Jato*”, que, com sua implacável cruzada anticorrupção, como, aliás, se autoneameava, acabou por atingir intensamente integrantes da classe política, opondo, de forma flagrante, o Ministério Público Federal e a Magistratura Federal aos políticos que eram objeto de suas investigações. Decisões drásticas decretadas pela Magistratura, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, algumas de forma monocrática, à revelia do Plenário da Corte, como a prisão preventiva de um Senador, o afastamento compulsório de Presidentes das Casas Legislativas, a condição coercitiva de um ex-Presidente da República, todas de discutível legalidade, exacerbaram os ânimos de ambos os lados e se exumaram, então, os tais anteprojeto de lei que dormitavam nos desvãos do Congresso, como forma de retaliar a ação punitiva deflagrada pelo Poder Judiciário.

Indiscutivelmente, o resultado da eleição presidencial de 2018 e os fatos que a ela se sucederam, como o confronto aberto do Presidente da República, animado por seus belicosos e agressivos adeptos, com decisões judiciais que o desagradaram, animaram o Parlamento a aprovar, com urgência, uma nova Lei de Abuso de Autoridade. Sobreveio, assim, a **Lei nº 13.869, de 05 de setembro de 2019**.

Que a Lei nº 4898/65 carecia de revisão penso que ninguém duvidasse. Como alinhado alhures, ela padecia de críticas severas quanto ao tratamento dado à matéria do abuso de autoridade. Sancionada durante o período da ditadura militar, revogou diversos dispositivos do Código Penal, atribuindo aos comportamentos tipificados tratamento mais brando, com penas irrisórias (a pena máxima era de seis meses de detenção!) além de construir tipos abertos,

viciados por manifesta contradição à ordem constitucional ora vigente, evidenciando sua não recepção pelo novo texto constitucional. Para minha perplexidade, todavia, o Congresso Nacional, apreciando a matéria de afogadilho, sem o devido cuidado de ouvir a doutrina e ignorando a jurisprudência já consolidada a respeito do assunto, conseguiu elaborar uma lei tão ruim quanto a revogada. Criou novos tipos mal definidos e deixou de incriminar comportamentos prescritos pela lei anterior mas que mereciam ser mantidos. Além disso, o número de vetos apostos pelo Poder Executivo desfigurou o texto legal e a escolha daqueles que seriam afastados pelo Congresso Nacional obedeceu a critérios bem pouco claros. Não se pode descartar a tentativa, constantemente sublinhada por magistrados e promotores, de retaliação à censura e ao controle exercido pelo Poder Judiciário em relação à atividade e conduta de parlamentares e políticos em geral.

Não é pois sem críticas e polêmicas que essa nova lei entrou em vigor.

E, a meu sentir, o primeiro reparo que a ela se pode fazer é que, ao revogar integralmente o teor da Lei nº 4.898/65, o legislador suprimiu a regulamentação infraconstitucional do direito de petição e representação, escusando-se de substituir o que se encontrava na lei revogada por um novo e melhor regulamento. Nesse ponto, a Lei nº 13.869/2019 é inteiramente omissa.

Desta forma, voltamos ao quadro de anomia anterior, quando o ofendido pelo ato abusivo tinha de recorrer ao recurso geral de promover *notitia criminis* junto à autoridade policial ou formalizar uma representação genérica junto ao Ministério Público.

Em lugar de ocupar-se de melhor tratar a fase preprocessual, ofertando à sociedade um regulamento seguro e eficaz que ensinasse ao cidadão fazer valer a garantia individual consubstanciada no direito de petição e representação, preocupou-se o legislador de reafirmar, desnecessariamente, que a persecução penal, no caso do abuso de autoridade, se opera mediante ação penal pública.

De fato. Assim prescreve o artigo 3º: “Art. 3º Os crimes previstos nesta Lei são de ação penal pública incondicionada. § 1º Será admitida ação privada se a ação penal pública

não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal. § 2º A ação privada subsidiária será exercida no prazo de 6 (seis) meses, contado da data em que se esgotar o prazo para oferecimento da denúncia.”

Ora, a regra é inteiramente ociosa: a ação penal, em suas modalidades de pública, incondicionada e condicionada, e privada, quer a ordinária quer a subsidiária da pública, estão reguladas na Constituição Federal, no Código Penal e no Código de Processo Penal. Absolutamente desnecessária a repetição. Essa circunstância foi, aliás, um dos fundamentos do veto apostado pelo Presidente da República ao texto do projeto de lei por ocasião em que o mesmo foi sancionado. O Congresso Nacional, entretanto, resolveu remover o veto, restabelecendo o texto original, por razões que não restaram muito claras. Aparentemente, a intenção do Congresso, ao repetir o que já está regulado em leis ordinárias e na própria Constituição, foi frisar que a inércia da acusação pelo abuso de autoridade pode ser objeto da iniciativa privada do ofendido, sublinhando o objetivo de que os crimes nela definidos sejam efetivamente apurados e seus agentes punidos. Dê-se ao legislador o benefício dessa dúvida.

Assim é, pois, que, abandonando a trilha pioneiramente aberta pela Lei nº 4898/65, a legislação especial a ela superveniente deixou de lado a regulamentação do direito de petição e de representação e traçou, como sua finalidade precípua, a definição dos crimes de abuso de autoridade, como se pode ver do teor de seu artigo 1º: “*Esta Lei define os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído.*”.

Se, todavia, a nova lei é omissa inteiramente com relação a essa regulamentação, que tão repetidamente reclamamos por entende-la necessária e complementar à garantia constitucional, não me parece menos certo interpretar o conjunto trazido à luz pelo legislador para nele vislumbrar um regulamento tácito do direito de representação. Com efeito. Embora esta finalidade não esteja explícita na lei, o que é compreensível, dadas as circunstâncias de sua elaboração pelo Congresso Nacional e a tormentosa sanção subsequente, a verdade é que a

definição dos crimes de abuso de autoridade dá, por outro lado, à lei o caráter de instrumentalizar a garantia constitucional do direito de petição e de representação.

De notar, ademais, que esse artigo 1º do texto legal define, desde logo e sucintamente, o *sujeito ativo* das figuras delituosas que adiante virão definidas: “...*agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las...*”. Evidencia-se, desde logo, a amplitude da definição que alcança não apenas os servidores públicos em sentido estrito, mas abarca os que exercem o poder em condição própria, como os parlamentares, magistrados e membros do Ministério Público, até estender-se aos que exercem função pública, mas não são servidores públicos. Estabeleceu, pois, a lei uma condição objetiva da tipicidade, consubstanciada no ***exercício da função pública***.

Ao contrário da legislação revogada, a lei atual optou por deixar claro que os atos que configuram abuso de autoridade somente serão punidos se praticados no exercício da função pública. Isto quer dizer que fatos que possam corresponder a uma conduta tipificada pela lei em vigor não configurarão abuso de autoridade se não houverem sido praticados no exercício da função pública. Como exemplo, atos que consistem em privação da liberdade somente serão tidos como abuso se cometidos enquanto estiver o agente no exercício da função pública; caso contrário, veremos caracterizada uma outra conduta típica, como crime de cárcere privado ou ato preparatório de crime de tortura. É o que se pode entender da expressão *no exercício de suas funções*. Desse modo, os atos praticados no âmbito da *vida privada do agente* não podem ser considerados crimes de abuso de autoridade.

Teve, porém, o legislador o cuidado de incluir, ao definir essa condição objetiva de punibilidade, a expressão *ou a pretexto de exercê-las*, com o evidente objetivo de tornar puníveis os atos abusivos cometidos fora do exercício da função pública mas dela se valendo o agente, pois só assim se pode entender que os tenha praticado a pretexto de exercê-la. Procura, assim, a lei coibir os recorrentes atos conhecidos como “*carteirada*”, em que o agente público se vale de sua condição funcional para submeter o cidadão ou constrangê-lo, atentando contra sua dignidade.

Nesse passo, destaque-se que a lei veio a acolher entendimento que já estava pacificado na jurisprudência, mesmo sob o regime da lei revogada, no sentido de que o delito estará configurado se praticado em razão do múnus público de que está investido o infrator.

A incriminação trazida pela nova lei, contudo, alcança os atos praticados em período de férias ou licenças de que o agente público esteja desfrutando. O que conforma a condição especial de agente público é o vínculo do infrator com o Estado, seja ele permanente ou provisório, já que a diretriz da lei alcança os que, não sendo servidores públicos, exerçam uma função pública. A circunstância de encontrar-se o agente público em férias ou licença não rompe este vínculo, já que tais situações não descaracterizam a condição funcional do infrator. Não assim, todavia, caso a conduta típica seja praticada por agente público já aposentado; a aposentadoria rompe o vínculo funcional do agente público, trasladando-o para uma nova condição. Quem está aposentado, não exerce mais a função pública e, por isso, não pode invocá-la como pretexto para a prática de qualquer comportamento proibido. Nesta hipótese, configura-se, eventualmente, crime comum.

Essa definição genérica e sintética oferecida, de plano, pelo artigo 1º denota que, tecnicamente, a condição de sujeito ativo dos crimes tipificados na nova lei somente se pode reconhecer a quem se revista do atributo de ser **autoridade**, reconhecimento esse que vem delimitado no *caput* do artigo 2º, *expressis verbis*: “É sujeito ativo do crime de abuso de autoridade qualquer agente público, servidor ou não, da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Território, compreendendo, mas não se limitando a: I - servidores públicos e militares ou pessoas a eles equiparadas; II - membros do Poder Legislativo; III - membros do Poder Executivo; IV - membros do Poder Judiciário; V - membros do Ministério Público; VI - membros dos tribunais ou conselhos de contas.”. Bem de ver, por conseguinte, cuidar-se de definição extensiva, para abranger qualquer pessoa que exerça função pública, em qualquer dos Poderes da União e nas três esferas do Estado. Tal enumeração, ademais, é de entender-se como meramente exemplificativa em decorrência da cláusula final inclusa no corpo do *caput* do dispositivo – “mas não se limitando a ...”.

Essa ampliação da definição legal do sujeito ativo se explica, a seguir, pela inclusão, no parágrafo único desse artigo 2º, de uma norma de extensão típica consistente em: *“Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em órgão ou entidade abrangidos pelo **caput** deste artigo.”*. A norma estende a condição jurídica de agente público a quem não o é profissionalmente, para alcançar as pessoas que, transitoriamente e mesmo sem remuneração, exerçam funções típicas da atividade estatal. Esta hipótese compreende, por exemplo, os presidentes de sessões eleitorais, quando da realização de eleições gerais, e os jurados, quando investidos da função julgadora. Nessa condição também se encontram membros de Conselhos Consultivos auxiliares da Administração Direta assim como Conselhos Gestores ou Consultivos de Órgãos da Administração Indireta.

Não cuidou o legislador de tratar a questão decorrente do concurso de pessoas, na hipótese em que o fato típico é praticado pela autoridade com a ajuda eventual de agente que não se encarte na moldura de seu conceito legal. Como nos defrontamos com hipótese de crimes classificados, no que toca à definição do sujeito ativo, como **crimes próprios**, ou seja, aqueles em que o reconhecimento da autoria demanda a satisfação de uma condição fática ou jurídica inserida no tipo objetivo pelo legislador – no caso, a condição de ser **agente público** – a regra geral do concurso de pessoas inscrita no artigo 29 do Código Penal (*Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.*) não permite estender-se ao coautor ou partícipe a mesma condição de sujeito ativo atribuída ao autor do fato punível. Essa hipótese não é rara, sobretudo no dia a dia de atividades policiais, em que surge a famosa figura do “X 9”, indivíduos que não são policiais, nem sequer pertencem aos quadros do serviço público e que não exercem, mesmo que eventualmente, alguma função pública, mas que participam, informalmente, da atividade policial.

Penso devesse o legislador, em atenção a boa técnica legislativa em matéria da construção de norma penal incriminadora, consistente no exaurimento de todas as circunstâncias contempladas no tipo objetivo, a inserção de norma de extensão típica que possibilitasse o reconhecimento do concurso de pessoas em hipótese que tais. Em que pese a balda (mais uma!) da lei, a questão, porém, pode ser resolvida pelo recurso de aplicação da

norma de extensão típica geral inscrita no Código Penal, cujo artigo 30 prescreve que “*Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.*”. No caso dos crimes de abuso de autoridade, a circunstância de caráter pessoal de ser **agente público** o autor do fato típico configura **elementar** do crime de abuso de autoridade e, por este motivo, se comunica ao agente coautor ou partícipe, mesmo que ele não seja integrante dos quadros da administração pública nem, ainda que transitoriamente e sem remuneração, exerça função pública.

No que tange ao reconhecimento da *responsabilidade penal* do agente público pela prática de ato definido na lei como fato punível, o § 1º desse artigo 1º introduziu uma **causa subordinante da tipicidade subjetiva** nos seguintes termos: “*As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.*”. Trouxe, então, a lei nova um *elemento subjetivo do injusto de caráter genérico*, que subordina a *apuração do dolo* em relação às figuras típicas definidas a partir do artigo 9º da Lei. Para configurar-se, pois, o elemento subjetivo do tipo, faz-se necessário que o agente público atue com o dolo direto de praticar o ato incriminável, mas também que a ele esteja subjacente um ou mais dos motivos elencados na discutida disposição legal. Ou seja, não basta conceber e querer a prática do abuso de autoridade; é preciso que a vontade tenha sido impulsionada pela “*finalidade específica de prejudicar outrem*” ou pelo interesse “*de beneficiar a si mesmo a terceiro*” ou motivada por “*mero capricho ou satisfação pessoal*”. O reconhecimento da não incidência de qualquer dessas causas subordinantes afasta a existência do dolo e previne a ocorrência de erros de tipo. Não há, por conseguinte, crime a punir.

Como ressaltado acima, a existência de tais causas subordinantes da tipicidade subjetiva significa que, para que uma conduta, embora objetivamente típica, seja considerada criminosa será necessário que o agente a pratique com o dolo direto (consciência e vontade na realização das elementares do tipo) mas que o faça sob o impulso de algum ou alguns dos elementos subjetivos do injusto elencados no dispositivo. O ônus de provar sua incidência incumbe ao Ministério Público e já se vê a dificuldade que se encontrará em demonstrá-la. Se é verdade, pois, que a disposição permite o reconhecimento do erro de tipo, decorrente de

equivocada apreensão dos elementos de fato e de direito, não menos verdadeiro é que dificilmente alguém virá a ser condenado por delito tipificado nesta lei. Entendo, portanto, absolutamente injustificada a celeuma criada pelos magistrados e membros do Ministério Público com relação a sua aplicação pois, só por exceção raríssima, algum deles um dia será efetivamente punido com base nos crimes nela definidos.

Se no § 1º o legislador inseriu uma condição subordinante que recai sobre a tipicidade subjetiva, já no § 2º do mesmo artigo 1º, nos trouxe uma ***causa especial de exclusão da tipicidade***, a saber: “*A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade.*”. A teor, portanto, da causa especial de exclusão, a conduta do agente será atípica, isto é, não configura ato criminoso de abuso de autoridade, se decorrer de divergente interpretação de dispositivo legal ou de equivocada avaliação de fatos e provas. Esta é também uma disposição que tornará muito difícil a aplicação punitiva da lei, porquanto será, na maioria das vezes, impossível afirmar que a interpretação da lei ou a compreensão dos fatos por parte do agente decorreu da incidência de qualquer das causas subordinantes do dolo. Tenho, assim, como injustificável a prática já adotada por alguns juízes e promotores de omitir a decisão ou a promoção necessárias sob a justificativa de prevenir a incidência da incriminação do fato à vista dos tipos elencados na Lei.

Bem de ver, por conseguinte, que esta Lei é como o “*parto da montanha*”. Muita discussão e confronto de poder entre Judiciário, Ministério Público e Congresso Nacional para pouco resultado prático. Ouso afirmar que, tal como ocorria sob a vigência da lei revogada, teremos muito raramente alguém processado com base na lei ora vigente, mais raramente ainda alguém condenado e, finalmente, duvido que alguém vá para a prisão por crime de abuso de autoridade. A previsão das causas subordinantes da tipicidade subjetiva e de exclusão da tipicidade fará com que muito dificilmente haja justa causa para oferecimento e recebimento da denúncia. A nenhum dos crimes nela tipificados se cominou pena mínima superior a um ano, o que implica a obrigatória incidência da suspensão condicional do processo. A pena máxima cominada aos delitos em nenhuma hipótese é superior a quatro anos, o que significa que, em caso de pouco provável condenação, a pena será cumprida em regime aberto, se não for substituída por uma sanção não privativa da liberdade alternativamente imposta. Como se dizia

antigamente, é tudo “*para inglês ver*”! Inescapável a conclusão de que se trata de mais um exemplo de Direito Penal meramente simbólico.

Por desbordar inteiramente dos objetivos traçados para esses apontamentos, não há como dedicar-se o texto à análise minuciosa de todas as figuras típicas definidas pelo legislador. A circunstância de remontarem a quase quarenta, distribuídas entre artigos e parágrafos a eles apostos torna inteiramente inviável, em tão angusto espaço, esse desiderato.

Julgo, todavia, conveniente destacar alguns tipos que entraram em vigor ou que não entraram, por terem sido vetados e o respectivo veto ter sido mantido pelo Congresso Nacional, e que, a meu a sentir, desnudam um pouco os propósitos subjacentes à iniciativa do Poder Legislativo.

Sob essa perspectiva, o destaque inicial repousa sobre o tipo definido no *caput* do **artigo 9º** da Lei, o primeiro, aliás, do rol das figuras típicas que cuidou o legislador de construir. Repetindo uma característica que se tornou comum nos textos legais promulgados desde algum tempo, a tipificação se recente de *rubrica* ou *nomen juris*, mas bem pode ser designada como “**Decreto de privação da liberdade em desconformidade com a lei**” e cujo texto reza: “*Art. 9º Decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais. Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.*”.

Ao descrever a conduta típica, empregou o legislador o verbo **decretar**, o que, desde logo, conduz à certeza de que o sujeito ativo somente pode ser **magistrado**, o que leva à classificação do crime como **de mão própria**, ou seja, a conduta típica somente pode ser praticada pelo sujeito ativo pessoalmente, inadmitindo a coautoria. Inafastável o simbolismo de que o primeiro delito tipificado na lei tenha como sujeito ativo membro do Poder Judiciário, a denotar qual o alvo primordial da iniciativa legislativa.

O objeto material da conduta é **medida de privação da liberdade**, isto é, prisão ou detenção de alguém, objeto material esse delimitado por um **elemento normativo do tipo de caráter legal** consistente em *desconformidade com as hipótese legais*, vale dizer ao arrepio dos regulamentos que balizam as modalidades de medidas privativas de liberdade conhecidas pelo sistema legal pátrio: decorrentes de imposição de decisão condenatória trânsita em julgado ou

de natureza cautelar (prisão temporária, prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão por pronúncia, prisão decorrente de sentença condenatória recorrível), além das prisões civis e as administrativas previstas na *Lei nº 13.445, de 24.05. 2017*. Mas não é só! Incide um segundo **elemento normativo do tipo**, este de **natureza intensiva**, na medida em que denota o grau de intensidade da desconformidade entre o decreto e a lei; é preciso que a desconformidade seja **manifesta**, vale dizer que seja evidente, facilmente perceptível sem maiores indagações. Se o primeiro elemento normativo do tipo é de **caráter objetivo**, afinal, as hipóteses de medidas supressivas do direito de ir e vir estão obviamente reguladas em lei, o segundo é claramente **subjetivo**, vez que envolve um *juízo de valor* que não pode ser explicitado objetivamente. Importa necessariamente uma avaliação subjetiva, ínsita a quem aprecia a hipótese de fato, seja o acusador, ao deduzir o libelo inicial, seja o julgador, ao decidir definitivamente a questão.

Consoante a voz unânime da doutrina, corroborada por remansosa jurisprudência, tipos construídos dessa forma são considerados **tipos abertos**, pois a descrição inserta na **norma penal incriminadora não esgota as características de que se deve revestir o tipo objetivo** e, como tal, ofendem o **princípio constitucional da reserva legal** (Art. 5º, XXXIX da Constituição: - *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*;). Ora, definir o crime, como soa a garantia individual constitucional, é descrever o fato típico com todas as suas circunstâncias; se o tipo objetivo se constrói com o uso de elementares que comportam interpretação subjetiva, o comando constitucional foi postergado e, assim, a norma penal incriminadora deve ser tida como inconstitucional.

Bem de ver, pois, que, neste aspecto, resvalou a lei nova para a mesma balda apontada na lei revogada.

Neste passo, não tenho receio de afirmar que, apesar do entendimento aqui esposado de que parte do dispositivo fere o princípio constitucional da legalidade, nada nele justifica a atitude de vários juízes, que vem sendo noticiada pela imprensa, não só a especializada, mas a comum, de se negar a decretar prisões sob o argumento de se precatarem contra possível processo por abuso de autoridade. Não posso conceber que um juiz não saiba se está ou não decretando uma prisão em desconformidade com a lei. Demais disso, se a situação de fato ou

de direito é contravertida, aplicam-se à hipótese as causas subordinantes da tipicidade subjetiva e especial de exclusão da tipicidade, previstas nos parágrafos 1º e 2º do artigo 1º da Lei, o que afastaria, de plano, a tipicidade do comportamento, de modo a elidir a justa causa para a propositura da ação penal ou a retirar o fundamento capaz de sustentar o desfecho condenatório.

A construção do tipo se complementa com **condutas omissivas** equiparadas incluídas no *parágrafo único* apostado ao *caput* do dispositivo: “*Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judiciária que, dentro de prazo razoável, deixar de: I - relaxar a prisão manifestamente ilegal; II - substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou de conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível; III - deferir liminar ou ordem de habeas corpus, quando manifestamente cabível.*”.

Se, no caso da incriminação contida no *caput* desse artigo 9º, a identificação do **sujeito ativo** demandou, embora breve, um processo de exegese, a partir do exame da conduta nuclear do tipo – **decretar** – para concluir-se tratar-se de **magistrado**, na hipótese daquelas inscritas no seu *parágrafo único* a identificação é explícita: autor dos delitos ali tipificados somente pode ser **autoridade judiciária**. Faz-se aqui a mesma observação no que diz respeito à classificação do crime sob este ponto de vista, cuidando-se de crime classificado como **de mão própria**, isto é, a autoria cabe pessoal e exclusivamente ao sujeito ativo, inadmitindo-se, portanto, o concurso de pessoas.

A ação do sujeito ativo está subordinada a um **elemento normativo do tipo de caráter temporal**: “*dentro de prazo razoável*,”. A quanto monta essa razoabilidade do prazo? A circunstância de a dicção da lei permitir a formulação de tal indagação já denota a **subjetividade da elementar** inserida no tipo objetivo. Sua interpretação importa um *juízo de valor* cuja construção está inteiramente submetida à descrição do acusador, para formular a pretensão punitiva, ou do julgador, ao decidir o mérito da imputação. Ora, como supra referido, a construção do tipo objetivo desta maneira leva a sua classificação como **tipo aberto**, uma vez que as características de sua definição não se encontram inteiramente nele inseridas, em flagrante ofensa ao **princípio constitucional da legalidade estrita**. Inarredável, pois, a conclusão sobre a **inconstitucionalidade** da disposição penal.

No que tange à conduta incriminada, enquanto o *caput* do dispositivo tipifica o comportamento de impor a medida privativa de liberdade de forma abusiva, o seu parágrafo único define comportamentos consistentes na omissão de fazer sair da prisão quem ali não deveria estar, excogitado se o ingresso do paciente no cárcere se deu ou não de forma irregular.

Assim, o **abuso de autoridade** se configura com o deixar o agente de **relaxar a prisão ilegal** (*inciso I*), descumprindo, destarte, o mandamento constitucional contido no inciso *LXV do artigo 5º* da Carta Constitucional (*LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;*). O comportamento vedado, porém, vem condicionado por *elemento normativo do tipo de caráter intensivo*, consistente no advérbio **manifestamente**. Desse modo, não basta que a prisão seja ilegal; é preciso que o seja manifestamente ilegal! Significa, portanto, que a desconformidade entre a medida privativa de liberdade e a lei deve ser evidente, óbvia, facilmente perceptível. Ora, como ressaltado em comentário à conduta tipificada no *caput* da norma penal incriminadora, o emprego de elemento normativo do tipo de tal natureza torna-o de caráter **aberto** – o reconhecimento de sua incidência fica submetido à subjetiva discricção do julgador em flagrante desprezo ao princípio constitucional da legalidade estrita, conduzindo-se, pois, ao raciocínio de sua inconstitucionalidade.

Pode, ainda, o abuso de poder configurar-se pela omissão em *substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa (Inciso II, primeira parte)*. Pune, então, a norma penal o comportamento omissivo de proceder à conversão da medida prisional cautelar (*prisão preventiva*) em uma das diversas medidas substitutivas elencadas no artigo 319 do Código de Processo Penal. Impende, todavia, observar que, nesse caso, apesar do elenco de medidas cautelares alternativas à privação da liberdade oferecidas ao juiz pelo Código de Processo Penal, a imposição da prisão preventiva continua sendo a regra. As estatísticas, de há muito tempo, demonstram que, pelo menos, 40% da imensa população carcerária nacional é constituída por presos provisórios e, nas audiências de custódia, as pesquisas mostram que apenas em torno de 40% dos submetidos à prisão em flagrante se veem beneficiados pelas cautelares restritivas mas não impeditivas da liberdade. Nesse caso, afastou-se um pouco o legislador do padrão observado na construção do tipo objetivo, porque não após à conduta incriminada o elemento

normativo do tipo manifestamente, como o fizera no *caput* e no *inciso* anterior de seu *parágrafo único*. Prevalece, entretanto, para análise do comportamento, a incidência das causas de **subordinação da tipicidade subjetiva** (artigo 1º, §1º) e **exclusão da tipicidade objetiva** (artigo 1º, §2º).

A omissão abusiva pode também configurar-se com o não *conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível* (inciso II, parte final). A conduta incriminada vê-se limitada por **elemento normativo do tipo de caráter legal** – *cabível* – a apontar que a tipicidade objetiva do comportamento somente se aperfeiçoa se a liberdade provisória estiver de acordo com a permissão genérica contida no artigo 321 do Código de Processo Penal (*Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.*). Novamente, porém, o legislador recorreu ao **elemento normativo do tipo de caráter intensivo** – *manifestamente* – a indigitar que a tipicidade objetiva somente pode ser reconhecida se o cabimento da liberdade provisória for ostensivo, óbvio, absolutamente claro, a significar, por conseguinte, que a conduta do agente ignorou as circunstâncias de fato que a tornavam evidentemente cabível ou que a decisão seja desprovida de fundamentação adequada. A lei não dispõe, de forma taxativa, quando será cabível a liberdade provisória. O entendimento de sua concessão se opera por processo de exclusão da incidência da prisão preventiva. Por isso mesmo, será muito difícil afirmar-se quando sua concessão será manifestamente cabível. Excluída a hipótese de fundamentação deficiente (os corriqueiros indeferimentos “*por falta de amparo legal*”), será praticamente impossível a caracterização da tipicidade objetiva dessa incriminação, ainda mais por estar ela subordinada à incidência das cláusulas de **subordinação da tipicidade subjetiva** (artigo 1º, §1º) e **exclusão da tipicidade objetiva** (artigo 1º, §2º).

Cuidou ademais o legislador de tipificar como abuso de poder a omissão em “*deferir liminar ou ordem de habeas corpus, quando manifestamente cabível.*”. Bem de ver, deste modo, que a ação abusiva se configura com o deixar o agente de conceder *liminar* ou *ordem de habeas corpus*. Há evidente impropriedade técnica, tendo usado o legislador terminologia vulgar para expressar medida concedida liminarmente sem sua submissão ao contraditório. Tal provimento cautelar pode ser objeto de deferimento também em ação de *habeas corpus*, quer

em primeiro, quer em segundo grau de jurisdição, por relator designado para o processo. Além da hipótese da antecipação de tutela liminarmente concedida, refere o tipo objetivo o deferimento de *habeas corpus*. A disposição passou ao largo da boa técnica legislativa, faltando-lhe a clareza necessária, mas, a considerar-se a acepção processual adequada, há que entender-se estar a lei aludindo à **decisão de mérito** proferida em **ação de *habeas corpus***. Neste caso, em se tratando de processo de competência originária dos tribunais, a decisão, obrigatoriamente, terá caráter colegiado, importando, pois, a coautoria de todos que nela intervieram. O reconhecimento da tipicidade objetiva está ainda balizado por ***elemento normativo do tipo de caráter legal – cabível – e de natureza intensiva – manifestamente***. Como inexistente norma legal que determine, abstratamente, quando cabível a concessão da medida liminar ou da ordem de *habeas corpus*, a elementar do tipo objetivo somente poderá ser verificada ao exame do caso concreto. Demais disso, mais uma vez recorreu o legislador ao **elemento normativo do tipo manifestamente**, no sentido de ser integrante da tipicidade objetiva a circunstância de ser evidente o cabimento da concessão da medida liminar ou da ordem de *habeas corpus*. Essa opção do legislador, de construir o tipo desta forma, tornando-o **aberto**, agride o princípio constitucional da **legalidade estrita**, vez que delega à apreciação subjetiva do julgador o reconhecimento da tipicidade da conduta do agente.

As hipóteses típicas previstas nesse dispositivo incriminador, tanto no *caput* quanto em seu *parágrafo único*, primam pela incidência de elementos normativos do tipo de caráter aberto, de natureza subjetiva, submetido, portanto, o seu reconhecimento à prudente discricção do acusador e, a final, do julgador. Considerando a má vontade com que o Ministério Público e a Magistratura receberam a lei e o eventual e sempre possível corporativismo de quem vier a apreciar o fato, muito dificilmente alguém será processado por tais condutas. Mas, se por milagre, isso acontecer, uma decisão condenatória superveniente será muito difícil de verificar-se, pois caberá à acusação comprovar que a omissão decorreu de uma das causas elencadas no §1º do artigo 1º ou que não decorreu de nenhuma das hipóteses de exclusão da tipicidade definidas no § 2º do mesmo artigo 1º. Isso se, antes, ao limiar da ação penal, não tiver o imputado aceito a suspensão condicional do processo. Não receio estar errado, por conseguinte, ao afirmar estarmos diante da confirmação de mais um exemplo de Direito Penal simbólico.

Por fim, cabe ressaltar, que essa disposição incriminadora foi originariamente vetada pelo Presidente da República, sob o fundamento de que “*A propositura legislativa, ao dispor que se constitui crime ‘decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais’, gera insegurança jurídica por se tratar de tipo penal aberto e que comportam interpretação, o que poderia comprometer a independência do magistrado ao proferir a decisão pelo receio de criminalização da sua conduta.*”. O Congresso Nacional, entretanto, houve por bem de cassar o veto e a disposição entrou em vigor com sua redação originária. E não se pode negar que bem fez o Parlamento, pois as razões alinhadas para justificar o veto são absolutamente inconsistentes. Em primeiro lugar, embora seja verdadeira a afirmação de que a construção do tipo o tornou “*aberto*”, o que é motivo de críticas por subordinar a definição da tipicidade à interpretação pessoal do julgador, essa circunstância, por si só, não constitui motivo para ensejar o veto, pois, padecendo do mesmo vício, há na lei, inúmeros outros tipos que não foram vetados, todavia. Demais disso, descurou-se, ao formular-se o veto, da atenção à estrutura geral da tipicidade escolhida pelo legislador, pois, a cláusula subordinante da tipicidade subjetiva, inscrita no §1º do artigo 1º, afasta qualquer ofensa à independência funcional do magistrado. Decretar uma prisão sob a motivação elencada em tal dispositivo não é ato de independência jurisdicional, mas rematado ato abusivo que merece ser punido.

Vejamos, agora, o reverso da medalha. O primeiro tipo incriminador estabelecido na lei se dirige a abusos de autoridade contra a liberdade ambulatoria cometidos por juízes. E se a agressão ao direito individual for cometida por um policial? Se um delegado de polícia forjar uma situação flagrancial ou se seus agentes o fizerem, levando ao cárcere uma pessoa inocente? Quantos casos como esse a crônica policial e judiciária arquiva em seus anais? No entanto, como veremos a seguir, o tratamento dado pelo legislador caminhou em sentido diametralmente oposto.

A hipótese vinha tipificada no artigo 11, cujo texto rezava “*Art. 11. Executar a captura, prisão ou busca e apreensão de pessoa que não esteja em situação de flagrante delito ou sem ordem escrita de autoridade judiciária, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei, ou de condenado ou internado fugitivo: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.*”. A disposição, contudo, foi vetada pelo

Presidente da República com os seguintes fundamentos: “*A propositura legislativa, ao dispor sobre a criminalização de execução de captura, prisão ou busca e apreensão de pessoa que não esteja em situação de flagrante delito gera insegurança jurídica, notadamente aos agentes da segurança pública, tendo em vista que há situações que a flagrância pode se alongar no tempo e depende de análise do caso concreto. Ademais, a propositura viola o princípio da proporcionalidade entre o tipo penal descrito e a pena cominada.*”. Em que pese a evidente fragilidade dos fundamentos do veto, ele foi mantido pelo Congresso Nacional, o que é de todo lamentável. O legislador se apressou em restabelecer as normas penais incriminadoras, que também haviam sido vetadas pelo Presidente da República, cujo conteúdo pune o abuso de autoridade praticado por magistrados ao decretarem a prisão ilegal de quem quer que seja, mas acabou deixando impune a conduta da autoridade policial ou de seus agentes que, abusivamente, executarem ou cumprirem ordem ilegal de prisão. Talvez, para a manutenção do veto, tenha predominado o lobby da chamada “bancada da bala” e as seguidas manifestações de associações de integrantes do aparelho de segurança do estado. A verdade é que, nesse ponto, a lei revogada, parida no ventre do estado autoritário, era muito mais precisa, ao dispor na alínea a) do artigo 4º: “*a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder;*”, talvez porque repetia integralmente o texto do revogado *caput* do artigo 350 do Código Penal. O texto do tipo objetivo ampliava a abrangência do sujeito ativo das condutas incriminadas, pois punia quem ordenasse (e este podia ser magistrado ou autoridade policial ou até mesmo autoridade de outra instância administrativa) e quem executasse a medida (que podia ser serventuário da justiça ou agente da autoridade policial).

A verdade, portanto, é que, afinal, o Congresso Nacional acabou por consagrar o entendimento de, se um que um agente público, que não seja magistrado, determinar a prisão ilegal de alguém ou proceder à execução de tal ordem ilegal, não estará a cometer crime de abuso de autoridade!

Penso, ademais, convir um breve comentário sobre o novo fato punível definido no artigo 36 da Lei, cujo texto reza: “*Art. 36. Decretar, em processo judicial, a indisponibilidade de ativos financeiros em quantia que extrapole exacerbadamente o valor estimado para a*

satisfação da dívida da parte e, ante a demonstração, pela parte, da excessividade da medida, deixar de corrigi-la: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”.

Esta é mais uma das incriminações que se dirigem aos magistrados, vez que, ao definir a conduta típica – **Decretar** – o legislador, no mesmo instante, estabeleceu ser o **sujeito ativo** do delito **autoridade judiciária**, uma vez que somente quem estiver revestido dessa peculiar condição jurídica pode determinar, na condução de processo judicial, a indisponibilidade de ativos financeiros ou reduzir-lhe o alcance, se verificado o excesso da medida inicial. Cuida-se, mais uma vez, de crime classificado como **de mão própria**, uma vez que as duas condutas apontadas no tipo objetivo – **decretar** e **corrigir** – somente podem ser praticadas pessoalmente pelo magistrado, inadmitindo-se, no caso, a coautoria.

A redação do dispositivo não prima pela boa técnica legislativa, mas dela se depreende que objetivou o legislador ter como **objeto material** da conduta definida como abuso de autoridade a excessiva indisponibilidade de ativos financeiros como garantia de pagamento de valores objeto de execução em processo judicial. Resvalou, entretanto, a construção do tipo para mais uma hipótese de **tipo aberto** ao inserir como **elemento normativo do tipo de natureza intensiva** a expressão *exacerbadamente*. Trata-se claramente de elementar de **natureza subjetiva**, cuja compreensão envolve, necessariamente, um juízo de valor cuja definição fica entregue à discricção de quem apreciar o fato, seja o acusador, ao formular a imputação inicial, seja o julgador, ao decidir definitivamente a causa. Como já ressaltado anteriormente, tipos penais construídos sob essa modalidade se afastam do *princípio constitucional da legalidade estrita*, visto como, nessa circunstância, não atendeu o legislador ao mandamento de definir o crime, uma vez que ao fazê-lo do modo como o fez não lhe descreveu todas as características.

Acrescente-se, afinal, que a análise do **tipo subjetivo** está subordinada à incidência de uma ou de mais de uma das **causas subordinantes da tipicidade subjetiva** instituídas no § 1º do artigo 1º da Lei. Desse modo, somente se pode cogitar de conduta dolosa praticada pelo magistrado ao fixar o montante da indisponibilidade dos ativos financeiros alcançados por sua decisão se ele o tiver feito com a “*finalidade específica de prejudicar outrem*”, com o objetivo de “*beneficiar-se a si mesmo*” ou impelido por “*capricho ou satisfação pessoal*”. Bem de ver,

por conseguinte, que, como já comentamos anteriormente, será extremamente difícil definir a responsabilidade penal do magistrado no caso deste fato punível, não se justificando, por conseguinte, as atitudes de juízes, noticiadas pela imprensa, de negar a entrega da prestação jurisdicional, recusando-se ao decreto de bloqueio de ativos financeiros com o pretexto de prevenir a possibilidade de se verem acusados de abuso de autoridade.

Por fim, como as presentes notas estarão insertas em uma Revista da Escola Superior da Advocacia, arrisco-me a incursionar pela questão da incriminação do **desrespeito às prerrogativas da advocacia**, pelo qual tanto se empenhou a Ordem dos Advogados do Brasil, inclusive por seu Conselho Federal.

A citada incriminação não se fez por inclusão no rol dos tipos sucessivamente definidos na Lei, mas por acréscimo de um artigo 7ºB ao texto do **Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil** (Lei nº 8.906, de 04/07/1994), a ele incluso pelo artigo 43 da Lei, nos seguintes termos: “A [Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994](#), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 7º-B: ‘[Art. 7º-B](#) Constitui crime violar direito ou prerrogativa de advogado previstos nos incisos II, III, IV e V do **caput** do art. 7º desta Lei: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.’”.

As prerrogativas objeto da tipificação de seu desrespeito são: “ II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia; III - comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis; IV - ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB; V - não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas, e, na sua falta, em prisão domiciliar;”.

A citada incriminação foi originariamente vetada pelo Presidente da República nos seguintes termos: “*A propositura legislativa gera insegurança jurídica, pois criminaliza condutas reputadas legítimas pelo ordenamento jurídico. Ressalta-se que as prerrogativas de advogados não geram imunidade absoluta, a exemplo do direito à inviolabilidade do escritório de advocacia e a própria Lei nº 8.906, de 1996, com redação dada pela Lei nº 11.767, de 2008, que permite a limitação desse direito quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime, notadamente concebido e consumado no âmbito desse local de trabalho, sob pretexto de exercício da profissão, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (v.g. INQ. 2424, Rel. Min. Cezar Peluso, p., j. 26/11/2008)*”. Foi o veto, todavia rejeitado pelo Congresso Nacional e o dispositivo proposto pelo projeto de lei entrou em vigor com sua redação originária.

As razões do veto, como, aliás, se verificou em quase todos os oferecidos pelo Poder Executivo a este projeto de lei, são obviamente frágeis e não deve ter sido difícil ao Congresso Nacional rejeitá-lo.

Essa é uma matéria extremamente sensível para a Advocacia. O desrespeito às prerrogativas asseguradas pela lei ao exercício do direito de defesa se repetem amiudadamente, praticado por autoridades dos mais diversos escalões da Administração Pública, desprezando-se a lição de que não são elas estabelecidas em favor do advogado pessoalmente, mas configuram garantias do cidadão, tornando firme o princípio estabelecido do artigo 133 da Carta da República (Art. 133. *O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.*). Não há dúvida de que seu desrespeito deve, necessariamente, ser objeto de alguma sanção.

O que me pergunto é se a incriminação desse desrespeito tenha sido a melhor das opções para incentivar o acatamento dessas prerrogativas essenciais ao exercício de múnus que o legislador constituinte tributou aos advogados. Os mais de cinquenta anos de estudo e labor na área criminal me conduziram à certeza de que, da incriminação de condutas, nenhuma consequência surge para a redução da criminalidade. O Direito Penal não é o redentor da sociedade e esse messianismo que a ele se atribui não encontra ecos na realidade, nem aqui nem

alhures. Se assim fosse, nos Estados onde determinados crimes são punidos com a pena capital, eles não seriam cometidos. É notório, por exemplo, que a Indonésia pune com a pena de morte o tráfico internacional de drogas; apesar disto, quantos brasileiros já foram executados, vez que apanhados em flagrante quando tentavam ali introduzir entorpecentes? O mesmo se diga do feminicídio. Quantas mulheres foram assassinadas mesmo depois da inclusão do inciso VI ao § 2º do artigo 121 do Código Penal, elevando as penas do homicídio de gênero praticado contra elas?

Minha experiência pessoal me induz à certeza de que a prevenção geral, traçada pela doutrina clássica do Direito Penal para justificar a incriminação de comportamentos, é rigorosamente uma balela. No exercício da função de administrador penitenciário que exerci entre 1975 e 1978, passaram pelas minhas mãos alguns milhares de reclusos. Com alguns deles conversei informalmente sobre os crimes que os levaram à prisão. De nenhum jamais ouvi que a decisão de delinquir tivesse sido obstada em algum momento pela incriminação do comportamento proibido e que ele se dispunha a praticar.

Bem de ver, pois, que resta da incriminação de condutas unicamente o aspecto da resposta repressiva do Estado, punindo os que resolverem descumprir o estatuto penal. A realidade, contudo, demonstra que essa resposta estatal é débil em relação à contenção da criminalidade, pois os elevados percentuais de reincidência, não apenas aqui em nosso país, onde o sistema carcerário é uma lástima, como também em nações que conseguiram estruturar sistemas penitenciários tidos como modelares, e que a prevenção específica, também preconizada pela doutrina clássica do Direito Penal como justificativa para sustentar a preferência pela pena privativa de liberdade como resposta ao fato punível, é também uma falácia, pois a realidade mostra que a passagem pelo cárcere não recupera ninguém.

Sob essa perspectiva, a incriminação de condutas deve configurar a última das opções do Estado na busca da inibição da criminalidade. A moderna dogmática penal preconiza a adoção de um Direito Penal Mínimo, reservando sua incidência para as hipóteses de gravidade exponencial, que induzem a necessidade de uma segregação efetiva do infrator ao menos por um certo período de tempo.

Sob esse prisma, que não se enganem os advogados! A simples incriminação do desrespeito às prerrogativas do exercício de sua função, reconhecida constitucionalmente como indispensável à administração da justiça, não fará com que os agentes públicos contumazes nesse desrespeito mudem sua maneira de agir. As ações desrespeitosas continuarão a existir, como, aliás, já foram praticadas mesmo depois da vigência da Lei nº 13.869/2019!

De outro lado, não tenham muitas expectativas quanto a verem punidos, com base na disposição incriminadora agora discutida, os agentes que desrespeitarem o advogado no exercício de sua função, ignorando suas prerrogativas legais. Será muito pouco provável, dada a inclusão das cláusulas limitativas da tipicidade subjetiva (art. 1º, §1º) e de exclusão da tipicidade (art. 1º, §2º), que o infrator venha a ser processado; e se o for, que venha a ser condenado!

Nesse passo, penso caber indagar o que é preferível: a esperança de punir o culpado ou a possibilidade de que o comportamento abusivo seja abandonado? Não seria talvez mais efetivo do que a incriminação alcançada com a promulgação do artigo 43 da Lei a inclusão, no **artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa** (Lei nº 8.429 de 02/06/1992), de mais um inciso, punindo o desrespeito às prerrogativas do exercício da advocacia? Quem sabe a ameaça da perda da função pública intimide mais do que a ameaça de uma improvável pena de prisão?

Deixo, pois, por derradeiro, essa reflexão.

De tudo, afinal, ficou-me a certeza de que o Congresso Nacional ainda está a dever à sociedade brasileira uma lei moderna e eficaz, mais enxuta e objetiva, com tipos penais bem construídos, que possa, de fato, punir a prática corriqueira do abuso de autoridade.

FONTES BIBLIOGRÁFICAS:

ANDREUCCI, Ricardo Antônio – *Legislação Penal Especial* – Saraiva – São Paulo.

FIGUEIREDO, Lucas – *Boa Ventura! A Corrida do Ouro no Brasil (1697-1810)* – 5ª Ed. – Record – Rio de Janeiro – 2012.

MARQUES, Gabriela e MARQUES, Ivan – ***A Nova Lei de Abuso de Autoridade*** – 1ª Ed. Thonsom Reuters Revista dos Tribunais – São Paulo – 2020.

NETO, Lira – ***Getúlio – 1930-1945 – Do governo provisório à ditadura do Estado Novo*** – 1ª Ed. - Cia das Letras - São Paulo – 2013.

_____ - ***Getúlio – 1945-1954 – Da volta pela consagração ao suicídio*** – 1ª Ed. Cia das Letras – São Paulo – 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza – ***Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*** – Ed. Revista dos Tribunais – São Paulo.

PAGE, Martin – ***Portugal e a Revolução Global*** – 1ª Ed. - Nova Fronteira – Rio de Janeiro – 2011.

PEREIRA, Durval Lourenço – ***Operação Brasil – O ataque alemão que mudou o curso da Segunda Guerra Mundial*** – 1ª Ed. – Ed. Contexto – São Paulo – 2015.

PIERANGELLI, José Henrique – ***Códigos Penais do Brasil – Evolução Histórica*** – Ed, Revista dos Tribunais – São Paulo – 2001.

PINHEIRO, Igor Pereira, CAVALCANTE, André Clark Nunes e CASTELO BRANCO, Emerson – ***Nova Lei de Abuso de Autoridade*** – 1ª Ed. – Ed. J H Mizuno – São Paulo – 2020.

WILLIAM, Wagner – ***O Soldado Absoluto – Uma biografia do Marechal Henrique Lott*** - 1ª Ed. – Record – Rio de Janeiro – 2005.

A ANA – AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO E AS NORMAS DE REFERÊNCIA NACIONAIS

Cesar Pereira

Sócio de Justen, Pereira, Oliveira e Talamini.

Doutor em Direito Administrativo (PUC/SP). FCIArb

1 INTRODUÇÃO²⁵⁴

A aprovação final do PL 4.162/2019 no Senado em 24.6.2020, após tramitação iniciada efetivamente apenas quatro meses antes, ilustra a intenção de acelerar a solução de problemas tornados ainda mais evidentes com a pandemia da Covid-19. Mas o reconhecimento dessa urgência é anterior. A Câmara de Deputados já aprovara em dezembro de 2019 o projeto de lei encaminhado pelo Poder Executivo em julho do mesmo ano. O ambiente provocado pela pandemia tornou impossível deixar de tomar, de imediato, esse passo necessário para a superação das deficiências do Brasil na área de saneamento.²⁵⁵ O urgente agora será a implementação concreta do novo marco legal.

2 NORMAS DE REFERÊNCIA NACIONAIS

Com o objetivo de dar uniformidade e segurança regulatória e administrativa, a Lei nº 14.026 alterou a Lei nº 9.984 para atribuir à ANA – Agência Nacional de Águas e Saneamento

²⁵⁴ Agradeço a Victor Luis Rocha, do Justen, Pereira, Oliveira & Talamini, a colaboração com a pesquisa para a elaboração deste texto. Versão anterior deste artigo foi remetida para publicação em obra coletiva que se encontrava no prelo no fechamento do texto, em fevereiro de 2021.

²⁵⁵ Sobre o histórico de tais deficiências e a evolução normativa do setor, cf. MILARÉ, Édís. MILARÉ, Lucas Tamer. **O marco regulatório do saneamento ambiental**. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/9/F7D8BB20738D5D_PNSBMIGALHAS.pdf>. Acesso em 27 fev 2021.

Básico competência para a edição de normas de referência nacionais, segundo os parâmetros e para os fins definidos na própria Lei nº 9.984 e na Lei nº 11.445.²⁵⁶

Também modificou a Lei nº 11.445 para estabelecer mecanismos para a definição concreta da titularidade dos serviços e da correspondente competência regulatória (art. 8º da Lei nº 11.445), segundo o interesse seja local (inc. I) ou comum (inc. II). As competências administrativas e regulatórias dos titulares podem ser exercitadas de modo isolado ou regionalizado, segundo uma variedade de formas (art. 8º, § 1º).²⁵⁷

A uniformidade regulatória pretende resolver uma dificuldade derivada da titularidade municipal dos serviços de saneamento, consistente na fragmentação de sua disciplina.²⁵⁸ O exercício legítimo da titularidade local pode conduzir a uma pluralidade de soluções, conforme os interesses de cada Município. Na linha do que já haviam previsto as Medidas Provisórias nº 844 e 868, a Lei nº 14.026 criou mecanismos para incentivar a adoção voluntária de regras uniformes e a regulação regionalizada dos serviços de saneamento.²⁵⁹

²⁵⁶ As normas de referência no contexto das alterações do marco legal do saneamento são examinadas em SCHWIND, Rafael Wallbach. **O que muda com o novo marco legal do saneamento? Breves apontamentos sobre quatro alterações relevantes.** In: Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 161, julho de 2020. Disponível em <<http://www.justen.com.br>>. Acesso em 27 fev 2021).

²⁵⁷ Sobre o tema, cf. OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Gestão associada e prestação regionalizada na nova Lei Nacional de Saneamento Básico.** In: Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 161, julho de 2020, disponível em <<http://www.justen.com.br>>. Acesso em 27 fev 2021.

²⁵⁸ Para uma visão geral sobre os desafios da regulação no setor de saneamento, cf. HEINEN, Juliano. **Setor de saneamento básico brasileiro reclama mais obra e menos regra.** Consultor Jurídico, Opinião, 21 jul. 2020. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-21/heinen-complexidade-regulatoria-saneamento-basico>>. Acesso em 27 fev 2021. O mesmo autor examinou diversos outros ângulos do tema em textos específicos: HEINEN, Juliano. **O Brasil em busca da tão perseguida universalização do saneamento básico.** Consultor Jurídico, Opinião, 13 set. 2020. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-set-13/heinen-busca-universalizacao-saneamento-basico>>. Acesso em 27 fev 2021. HEINEN, Juliano. **O caminho escolhido para o saneamento no Brasil ou seu ‘desenho de mercado’.** Consultor Jurídico, Opinião, 5 set. 2020. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-set-05/heinen-caminho-escolhido-saneamento-basico-brasil>>. Acesso em 27 fev 2021. HEINEN, Juliano. **Pela longa estrada da vida na regulação do saneamento básico no Brasil.** Consultor Jurídico, Opinião, 17 ago. 2020. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-ago-17/juliano-heinen-regulacao-saneamento-basico-brasil>>. Acesso em 27 fev 2021.

²⁵⁹ Sobre a relevância da uniformidade regulatória e a validade da atribuição de competências à ANA, ainda sob o regime da MP nº 844, cf. MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado; GOMES, Gabriel Jamur. **O novo marco legal do saneamento básico (Os pontos mais importantes da Medida Provisória nº 844/2018).** In: Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 89-116, jul./set. 2018. Em sentido contrário, VASCONCELOS, Andréa Costa de; LIMA, Priscilla da Costa. **Limites de atuação da entidade reguladora de saneamento básico.** In: Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 9-25, out./dez. 2017. O tema da necessidade de coerência regulatória já havia sido examinado em DINIZ, Cláudio Smirne. **Saneamento básico e regulação.** In: Revista de Direito Público da Economia - RDPE, ano 17, n. 27, jul./ set. 2009.

Como detalhado adiante, a solução adotada se alinha com uma perspectiva de concertação federativa ao incentivar a adesão dos Municípios e, nos casos de competência regionalizada, dos Estados à *soft law*²⁶⁰ estabelecida pela ANA. Não se trata de atribuir à União competências que invadam as atribuições locais, mas de dar eficácia às competências constitucionais da União no setor – e, com isso, assegurar a uniformidade regulatória indispensável para estimular investimentos que conjugam a abrangência local na prestação com exigências de escala regional ou nacional em sua estruturação econômico-financeira.

3 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

O art. 21, XX, da Constituição Federal (CF/88) atribui à União competência para “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”. O art. 23, IX, prevê ser competência comum da União, Distrito Federal, Estados e Municípios promover programas de melhoria das condições de saneamento básico. Em termos mais genéricos, há competência comum também para cuidar da saúde (art. 23, II), proteger o meio ambiente e combater a poluição (art. 23, VI), e competência concorrente para legislar sobre defesa da saúde (art. 24, XII). E há competência privativa da União para legislar sobre águas (art. 22, IV), embora a titularidade da água possa ser federal (art. 20, III) ou estadual (art. 26, I). Conquanto o serviço de saneamento básico (definido pelo art. 3º da Lei nº 11.445 como abrangendo o abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de recursos sólidos e a drenagem e manejo de águas pluviais urbanas) não se confunda com a disciplina da água, há forte impacto de tais serviços sobre a utilização e a manutenção das águas.²⁶¹

Os dispositivos constitucionais que conformam as competências da União são amplos e contemplam grande variedade de instrumentos de ação de que a União se pode valer. Em certa medida, a definição dos meios disponíveis para os Estados, Distrito Federal e Municípios também é condicionada pela competência federal para a edição de normas gerais de licitações

²⁶⁰ CYRINO, André. **A nova Agência Nacional de Águas e as normas de referência: soft law federativo?** Jota. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-nova-agencia-nacional-de-aguas-e-as-normas-de-referencia-soft-law-federativo-23092020>>. Acesso em 27 fev 2021.

²⁶¹ Sobre a vinculação entre os serviços de saneamento e a titularidade dos recursos hídricos, cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Aspectos regulatórios em um novo modelo para o setor de saneamento básico no Brasil**. In: Boletim de Direito Administrativo, v. 9, p. 697-708, 2002.

e contratações. Mesmo no que se refere especificamente a parâmetros substanciais de prestação dos serviços de saneamento, há papel próprio para a atuação da União.

Tais competências justificam que a União destine recursos próprios, não alcançados por transferências obrigatórias, para ações relativas a saneamento. Em grande medida, essa destinação ocorre mediante transferências voluntárias ou financiamento da União ou de entidades federais para outros entes políticos ou o oferecimento de garantias em ações realizadas por estes.²⁶²

4 OBJETO DAS NORMAS DE REFERÊNCIA DA ANA

Conforme o art. 48, III, da Lei nº 11.445, a União, no estabelecimento de sua política de saneamento básico, deverá ter por diretriz a uniformização da regulação do setor e divulgação de melhores práticas, conforme o disposto na Lei nº 9.984, na redação da Lei nº 14.026. O art. 22, I, da Lei nº 11.445 estipula como um dos objetivos da regulação o estabelecimento de padrões e normas para a adequada prestação e a expansão da qualidade dos serviços e para a satisfação dos usuários, observando-se as normas de referência editadas pela ANA. O art. 4º-A, § 7º, da Lei nº 9.984 determina que é dever da ANA zelar pela uniformidade regulatória do setor de saneamento básico e pela segurança jurídica na prestação e na regulação dos serviços, observadas as peculiaridades locais e regionais.²⁶³ O dispositivo garante à ANA uma variedade de instrumentos normativos e concretos para a elaboração de estudos técnicos, edição de guias e manuais e capacitação de recursos humanos.

²⁶² É polêmica a caracterização de atividades de saneamento como gastos com saúde para os fins constitucionais: ARE 1052019/SP, Rel. Min. EDSON FACHIN, j. 31.08.2017, DJe 04.09.2017. No âmbito do TCU, já se decidiu que “as despesas relativas a saneamento básico que podem ser consideradas para fins de cumprimento do valor mínimo a ser destinado à área saúde, previsto no art. 198, § 2º, I, da CF/1988, foram definidas em rol exaustivo no art. 3º da LC 141/2012”. TCU, Acórdão 31/2017, TC 046.061/2012-6 (Consulta), Rel. Min. AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI, Plenário, Data da sessão: 18/01/2017.

²⁶³ Sobre esses três núcleos a serem fixados pelas normas de referências, Guilherme F. Dias Reisdorfer comenta que: “No tocante aos aspectos técnicos, o novo marco visa a ampliar a eficiência do planejamento dos serviços, que, em vista de limitações municipais, muitas vezes se revela precário, e reduzir o custo regulatório a partir da elaboração centralizada das normas de referência pela União. Esses objetivos são ilustrados, ainda, pela possibilidade de o titular do serviço aderir a parâmetros regulatórios inclusive de agências reguladoras de outros Estado (art. 23, § 1º, da Lei 11.445/07). Já as normas sobre os aspectos econômicos e jurídicos acentuam o propósito de agregar previsibilidade e estabilidade ao setor” (REISDORFER, Guilherme F. Das. **O novo marco legal do saneamento (PL 4.162/2019): impactos sobre os contratos em curso e os novos investimentos no setor**. In: Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 161, julho de 2020. Disponível em <<http://www.justen.com.br>>. Acesso em 27 fev 2021).

Nesse contexto, o art. 4º-A, § 7º, da Lei nº 9.984 prevê o objeto das normas de referência, descrito nos treze incisos do dispositivo, e o seu § 3º estabelece os objetivos a serem buscados pela ANA ao instituir tais normas.

5 PROCEDIMENTO PARTICIPATIVO

As normas de referência devem ser instituídas de forma progressiva pela ANA (art. 4º-A, § 2º, da Lei nº 9.984) e seu processo de instituição deverá necessariamente (i) avaliar as melhores práticas regulatórias do setor, além de ouvir as entidades encarregadas da regulação ou fiscalização e as entidades representativas dos Municípios, (ii) contemplar a realização de audiências públicas e (iii) conter também a atuação de grupos ou comissões de trabalho formados por entidades reguladoras ou fiscalizadoras e entidades representativas dos Municípios, para colaborar na elaboração das normas (art. 4º-A, § 4º, incisos I, II e III da Lei nº 9.984).

Esse procedimento participativo destina-se a prevenir conflitos regulatórios por meio do engajamento dos destinatários das normas de referência no processo de sua produção. O envolvimento dos entes reguladores locais favorece a adesão voluntária às soluções adotadas pelas normas de referência.

6 MECANISMOS DE EFETIVAÇÃO

Além de promover a colaboração entre a ANA e os entes reguladores locais na produção das normas de referência, a Lei nº 14.026 (na linha das Medidas Provisórias nº 844 e 868) adotou solução engenhosa para superar os problemas da regulação fragmentária do setor, consistente na utilização do *spending power* da União como sanção premial para a adesão dos entes reguladores às normas de referência a serem editadas pela ANA.²⁶⁴

²⁶⁴ Com referência a *spending power*, cf. REISDORFER, Guilherme F. Das. **O novo marco legal do saneamento (PL 4.162/2019): impactos sobre os contratos em curso e os novos investimentos no setor**. In: Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 161, julho de 2020. Disponível em <<http://www.justen.com.br>>. Acesso em 27 fev 2021. e PEREIRA, Cesar. **Lei 14.026 e a efetividade da regulação nacional uniforme do saneamento**. In: Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 161, julho de 2020. Disponível em <<http://www.justen.com.br>>. Acesso em 27 fev 2021.

Ou seja, não pretendeu qualificar a competência atribuída à ANA para estabelecer normas de referência como parte da definição de normas gerais²⁶⁵ federais para o setor, com caráter impositivo, como lhe caberia segundo algumas das competências constitucionais examinadas em tópico anterior. Ao contrário, a partir da constatação de que recursos federais objeto de transferência não obrigatória são indispensáveis ou, no mínimo, relevantes para as atividades de saneamento dos respectivos titulares, definiu que tais recursos seriam destinados aos serviços regulados por “entidades reguladoras e fiscalizadoras que adotam as normas de referência nacionais para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico” (art. 4º-B da Lei nº 9.984), conforme estabelecia com mais detalhamento o art. 50 da Lei nº 11.445. O dispositivo se refere às diretrizes (art. 48) e objetivos (art. 49) da política federal de saneamento básico, bem como a diversas condições previstas no próprio art. 50. Agora o acesso a tais recursos se vincula também às normas de referência nacionais da ANA.

A utilização do *spending power* da União para orientar condutas de outros entes políticos é conhecida. Diversos dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF, Lei Complementar nº 101/2001) adotam a solução de vedar transferências voluntárias da União para incentivar o cumprimento dos limites de despesas ou endividamento. Também é prevista no art. 28 da Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079) para estimular o respeito ao limite financeiro das parcerias em curso.

7 INEXISTÊNCIA DE DELEGAÇÃO DE FUNÇÃO LEGISLATIVA

Um ponto fundamental do regime adotado pela Lei nº 14.026, na sequência do estabelecido pelas Medidas Provisórias nº 844 e 868, é a natureza não impositiva das normas de referência da ANA. Trata-se de normas estabelecidas no exercício de competências próprias

²⁶⁵ Paulo de Bessa Antunes assimila as normas de referência nacionais às normas gerais editadas com base no art. 24 da CF/88 ao menos no que se refere ao seu campo material de abrangência (ANTUNES, Paulo de Bessa. **Breves considerações sobre o novo marco regulatório do saneamento básico – Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020.** GenJurídico.com.br. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/07/23/marco-regulatorio-saneamento-basico/>>. Acesso em 27 fev 2021 Parece-me, ao contrário, que a intenção da Lei nº 14.026 foi precisamente afastar-se do regime da competência concorrente e estabelecer normas federais com um detalhamento maior do que o de normas gerais, porém de aplicação meramente facultativa e de adesão voluntária. Sobre a necessidade de se definirem limites materiais para as normas de referência que não esvaziem as atribuições regulatórias dos titulares do serviço de saneamento, cf. GRAZIANO, Luiz Felipe Pinto Lima. **O PL 3.261/2019 e a questão das normas de referência da ANA para a regulação dos serviços de saneamento básico.** Agência Infra. Disponível em: <<https://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-o-pl-3-261-2019-e-a-questao-das-normas-de-referencia-da-ana-para-a-regulacao-dos-servicos-de-saneamento-basico/#>>>. Acesso em 27 fev 2021.

da União, cuja aceitação é prevista – entre outros requisitos – como condição para o acesso a recursos federais.

Na expressão de André Cyrino, as normas de referência da ANA são instituídas como um *soft law* federativo, mas se podem converter em *hard law* (de validade a ser determinada) se as dificuldades dos Estados, Distrito Federal e Municípios e sua dependência financeira em relação à União tornarem irrealista e impraticável a liberdade de não aderir às normas de referência.²⁶⁶

Opinião mais contundente é exposta por Édis Milaré e Lucas Milaré, para quem a atribuição de poderes normativos à ANA “ofende a garantia constitucional da legalidade, autorizando a administração pública a usurpar a competência do Poder Legislativo”; para os autores, “o legislador acaba por utilizar um mecanismo coercitivo, uma vez que a perspectiva da ausência de dinheiro arrefece qualquer intenção de autonomia”. Criticam o “esvaziamento total da influência dos municípios, do Distrito Federal e dos estados”, com a edição de normas regulamentadoras pela ANA “mediante o subterfúgio de classificá-las como normas de referência”.²⁶⁷ Gilberto Bercovici reputa que o sistema da Lei nº 14.026 viola o pacto federativo: “Contrariando totalmente a autonomia política dos municípios, a União exigiu que eles se adequem à sua política de privatizações, privilegiando a concessão dos serviços ao setor privado ou as parcerias público-privadas, desestimulando a prestação direta do serviço público. Dessa forma, todos os municípios que buscarem recursos para o setor de saneamento serão obrigados a concordar com a abertura do setor aos agentes privados. A relação que deveria ser de coordenação torna-se uma relação de subordinação, violando o pacto federativo”.²⁶⁸

A despeito de tão expressivas opiniões contrárias, não me parece que a atribuição à ANA para a edição de normas de referência federais ofenda de modo genérico a garantia de legalidade. O art. 4º-A da Lei nº 9.984 não corresponde a uma atribuição aberta e ilimitada de exercício de funções normativas, mas contém uma delimitação de contornos materiais (§ 1º) e

²⁶⁶ CYRINO, André. cit.

²⁶⁷ MILARÉ, Édis. MILARÉ, Lucas Tamer. **O marco regulatório do saneamento ambiental**. Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/9/F7D8BB20738D5D_PNSBMIGALHAS.pdf>. Acesso em 27 fev 2021.

²⁶⁸ BERCOVICI, Gilberto. **As inconstitucionalidades da nova lei do saneamento**. Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-set-27/estado-economia-inconstitucionalidades-lei-saneamento>>. Acesso em 27 fev 2021.

das finalidades e objetivos (§ 3º) do exercício de tais funções normativas. Não parece razoável ou necessário, em face da CF/88, que as normas referidas conceitualmente nos treze incisos do § 1º do art. 4º-A devessem ser editadas por meio de lei formal.

O tema foi levado ao STF por meio da ADI 6.492, cujo pedido de cautelar foi denegado em decisão de que se destaca o trecho seguinte:

“Da mesma forma, demanda maiores esclarecimentos a alegação de inconstitucionalidade do dispositivo que confere à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico o condão de criar normas de caráter regulamentador, como a regulamentação tarifária e a padronização dos instrumentos negociais, que seriam de competência dos municípios. Como visto, o artigo 20, inciso XX, da Constituição, ao conceder competência à União para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, expressamente menciona o saneamento básico.

“Some-se que, em recente precedente, este Supremo reconheceu a competência regulatória de natureza técnico-administrativa de agência reguladora estadual de saneamento básico - sem prejuízo da competência comum aos entes para atuar na área. No caso, o Plenário considerou legítima a atribuição da AGERGS de prevenir e arbitrar, conforme a lei e os contratos, os conflitos de interesses entre concessionários e usuários ou entre aqueles e o Poder concedente (ADI 2095, Relatora CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2019, DJe 26-11-2019).

“A concentração de função regulatória da ANA figurava igualmente de iniciativas anteriores de alteração do marco regulatório do setor, a exemplo das Medidas Provisórias 844/2018 e 868/2018, que não foram convertidas em lei. A medida, a princípio, pretende solucionar os riscos gerados pela sobreposição de entidades reguladoras. Ainda que, em certos casos, a coexistência seja benéfica e

consentânea com a complexidade inerente a alguns sistemas, pode ser ineficiente, ao causar inconsistências, onerar excessivamente o usuário ou comprometer a clareza das diretrizes. Há, ainda, o risco de colapso das regras regulatórias em razão da dependência regulatória, em que a busca por legitimidade de cada agência por seu mandato é moldada pela conduta das outras, na contramão de uma cooperação regulatória (AHDIEH, Robert B. Dialectical regulation. Connecticut Law Review vol. 38. 2005. p. 865). Certamente, a questão demanda um aprofundamento incompatível com a presente análise perfunctória”.²⁶⁹

8 LEGITIMIDADE DA UTILIZAÇÃO DO *SPENDING POWER* COMO SANÇÃO PREMIAL

Por outro lado, superada a objeção quanto à competência da ANA, a utilização do *spending power* da União para obter o alinhamento voluntário da conduta de outros entes políticos a diretrizes federais é amplamente reconhecida como cabível. Trata-se de mecanismo de efetivação utilizado em diversos contextos pela Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101) sem que sua invalidade tenha sido declarada.

No âmbito da LRF, as condutas em questão são condição para a realização de *transferências voluntárias*, definidas pelo art. 25 da LRF como “a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde”. As regras estabelecidas pela Lei nº 14.026 não têm a mesma clareza²⁷⁰ quanto à natureza dos recursos federais a que os demais poderiam ter o acesso vedado: alude-se genericamente à “obtenção de recursos públicos federais” ou expressões equivalentes na Lei nº

²⁶⁹ Os arts. 3º, 5º, 7º, 11, 13, 14 e 18 da Lei nº 14.026 foram impugnados na ADI 6.492 com base nos arts. 3º, III e IV, 21, XX, 23, IX, 29, caput, 30, I e V, 37, caput e XXI, 165, § 7º, 170, VII, e 241 da CF/88. A cautelar foi denegada em decisão monocrática do Relator, Ministro Luiz Fux, em 3 ago 2020. Tramita também perante o STF a ADI 6536.

²⁷⁰ Outro ponto em que o regime da LRF é mais claro é o afastamento das restrições no caso de calamidade pública: Nota Técnica do Ministério da Economia (SEI nº 21231/2020/ME) sobre “Contabilização de Recursos Destinados ao Enfrentamento da Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional Decorrente do Coronavírus (COVID-19)”. Disponível em <https://siconfi.tesouro.gov.br/siconfi/pages/public/arquivo/conteudo/Nota_Tecnica_SEI_n_21231_2020_ME_A_tualizada.pdf>. Acesso em 27 fev 2021.

14.026 (art. 13, §§ 3º e 4º, sobre concessão ou privatização e regulação por outro ente federativo como condições para obtenção de prioridade nos recursos para o plano municipal de saneamento), na Lei nº 9.984 (art. 4º-B, caput, relação de entidades reguladoras e fiscalizadoras que adotam as normas de referência nacionais para “acesso aos recursos públicos federais ou a contratação de financiamentos com recursos da União”) e na Lei nº 11.445 (art. 50, condições iniciais e permanentes para acesso a recursos públicos federais e financiamentos).

Cabe reconhecer que a Lei nº 14.026 não pode frustrar a destinação constitucional obrigatória de recursos, pelo que as restrições nela previstas, inclusive mediante alteração da Lei nº 9.984 ou da Lei nº 11.445, não podem afetar transferências constitucionais obrigatórias. No que se refere a eventuais transferências previstas em lei infraconstitucional, caberá adotar os critérios de solução de conflitos aparentes de normas – notadamente o critério da especialidade – para resolver tais conflitos. Diante da situação concreta, é possível que prevaleça o dever da União de efetivar a transferência prevista em norma anterior ou se dê aplicação à vedação na hipótese de não haver adesão às normas de referência. A questão será saber se a norma da Lei nº 14.026 é uma norma do mesmo grau de especialidade da norma anterior ou se é norma geral posterior que não derroga a especial anterior. Por decorrência, embora as vedações da Lei nº 14.026 somente se apliquem a transferências voluntárias da União,²⁷¹ o conceito de transferência voluntária do art. 25 da LRF não se aplica às hipóteses da Lei nº 14.026, cujas vedações podem atingir transferências não constitucionalmente obrigatórias que decorram de determinação legal, dependendo da interação normativa em cada caso concreto.

O instrumento adotado pela Lei nº 14.026 é concebido como sanção premial ou positiva, por meio da qual o destinatário da norma é estimulado a realizar conduta que lhe proporcionará uma vantagem.²⁷² No caso concreto, a vantagem consiste no acesso a recursos federais que o destinatário (ente político local) não teria o direito de obter exceto mediante um ato voluntário da União.

²⁷¹ Nesse sentido, André Cyrino, cit.

²⁷² Tal mecanismo remonta às lições de Norberto Bobbio acerca da função promocional do Direito: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de Teoria do Direito**. Barueri: Manole, 2007. Sobre o tema, cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Introdução ao Estudo do Direito**. Brasília: edição do autor, 2020, p. 335.

Embora o condicionamento de transferências voluntárias da União a determinados comportamentos dos demais entes políticos possa parecer inovador no setor de saneamento, é mecanismo amplamente conhecido nas finanças públicas. Em texto de 2001, tive a oportunidade de comentar regra semelhante da LRF nos termos seguintes:

“A LRF relaciona requisitos para que seja cabível a transferência voluntária (art. 25, § 1º). São requisitos diretamente relacionados com o princípio da legalidade (existência de dotação orçamentária), com vedações constitucionais (proibição de destinação para despesas com pessoal) – art. 167, X, da CF) e com o exercício de um poder de controle por parte do ente que promove a transferência (inciso IV, alíneas “a” a “c”).

“Esses últimos requisitos (inciso IV) não são diretamente relacionados com as transferências voluntárias, que nem mesmo se caracterizam como operações de crédito. Porém, correspondem a oportunidades de controle adicional sobre o cumprimento de disposições atinentes à limitação de despesas e endividamento e à destinação constitucional dos recursos. Sob certo ângulo, têm uma função de *sanção premial*: representam estímulo ao cumprimento dessas disposições por parte dos entes que pretendem obter transferências voluntárias. É questionável que se possam estipular requisitos com essa finalidade. Porém, podem ser reputados legítimos na medida em que não inovam em relação aos deveres jurídicos do ente beneficiário e valem-se do dito *poder de controle* para realizar tarefa de competência comum dos entes políticos (art. 23, I, da CF).

“O art. 23, § 3º, proíbe transferências voluntárias em favor de entes políticos que descumprirem as normas sobre limites de despesas com pessoal, em certos casos. O art. 31, § 2º, proíbe o recebimento de transferências voluntárias que descumprirem as regras acerca da recondução da dívida aos limites fixados pelo Senado Federal. O § 3º

do art. 33 estende essa sanção também ao ente político que deixar de promover o cancelamento de operação de crédito indevidamente contratada com instituição financeira.

“Nos termos do art. 25, § 3º, essas sanções não atingem as transferências voluntárias relativas a ações de educação, saúde e assistência social. Embora essa exceção possa impedir a efetividade prática da sanção em muitos casos, trata-se de materialização de princípios e objetivos fundamentais da República consagrados nos arts. 1º, III, e 3º, I e III, da CF. Baseia-se na constatação de que os beneficiados por tais programas de assistência não podem ser penalizados por defeitos na administração do ente beneficiário da transferência.

“A inclusão dessa regra frustra, de certo modo, a aplicação do requisito do § 1º, inciso IV, “c”, do art. 25, no que se refere às transferências voluntárias com essas finalidades específicas. É que o descumprimento dos limites e demais determinações da LRF não pode conduzir ao impedimento de tais transferências. Não é cabível, portanto, que um ente político recuse-se a promover a transferência voluntária nessas áreas sob o fundamento de que o ente beneficiário teria descumprido o item “c” do § 1º, inciso IV do art. 25. O requisito somente é inteiramente aplicável às transferências que tenham por finalidade o financiamento de despesas em outras áreas”.²⁷³

A validade do condicionamento de transferências voluntárias especificamente em relação ao art. 11 da LRF (prévio exercício eficiente da competência tributária do ente beneficiário) foi levada ao STF por meio da ADI 2238, que, neste ponto específico, teve sua cautelar indeferida ainda em 2001 e foi julgada improcedente no mérito em 24 de junho de

²⁷³ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **O endividamento público na lei de responsabilidade fiscal**. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **Aspectos relevantes da lei de responsabilidade fiscal**. São Paulo: Dialética, 2001.

2020, juntamente com as demais ADI relativas à LRF (ADI 2.241, 2.256, 2.261, 2.324 e 2.365, considerando que a ADI 6.357 já havia sido extinta).²⁷⁴

Cabe destacar que nenhuma outra das diversas regras da LRF que tratam do condicionamento de transferências voluntárias a condutas fiscalmente responsáveis foi sequer impugnada perante o STF nas várias ADI propostas. O único dispositivo impugnado foi o parágrafo único do art. 11, relacionado com o exercício de competência tributária. O voto do relator, Ministro Alexandre de Moraes, prevaleceu como a orientação unânime do STF nesse particular. Afastou a inconstitucionalidade em face do art. 160 da CF/88, invocado na ADI. Porém, extraem-se do voto considerações adicionais que são úteis para a aferição da compatibilidade entre o sistema instituído pela Lei nº 14.026 e a CF/88:

“Embora a impropriedade do argumento seja evidente, cumpre fazer algumas considerações adicionais ao fundamento geral já apresentado de respeito ao princípio federativo, tendo em vista que, como o art. 160 da Constituição Federal representa uma das garantias institucionais da autonomia dos entes federativos, há quem sustente, a meu ver erroneamente, que a vedação prevista nessa norma da LRF atentaria contra o pacto federativo estabelecido na CF, principalmente se considerada a sua perspectiva cooperativa.

“Alega-se que a avaliação a respeito da instituição ou não de tributos seria uma competência estabelecida privativamente em favor de cada pessoa política da federação. E, não obstante a realização de transferências dessa espécie esteja sob avaliação discricionária da União, o imperativo de solidariedade implícito na federação brasileira reclamaria um papel mais incisivo do ente central na redução das desigualdades regionais, a ser exercido mediante a promoção de auxílio a Municípios em situação de incapacidade financeira.

“Essa tese também não merece acolhida, pois o que o dispositivo legal pretende evitar é que o desequilíbrio fiscal causado

²⁷⁴ ADI 2238/DF, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, j. 24/06/2020, DJe 15/09/2020.

pelo excesso de isenções tributárias estaduais/distritais e municipais precise ser compensado pela União, ou em outras palavras, pretende-se evitar que a irresponsabilidade fiscal do ente federativo, por incompetência ou populismo, seja sustentada e compensada pela União, em detrimento dos demais entes federativos. Pretende-se, pois, evitar que alguns entes federativos façam “cortesia com chapéu alheio”, causando transtorno ao equilíbrio econômico financeiro nacional.

“O motivo para isso está ancorado não apenas em argumentos jurídicos, como também em evidências históricas levantadas pela economia política. As teorias do Federalismo Fiscal buscam explicar, a partir da análise de diferentes arquiteturas institucionais, como os gastos públicos podem ganhar em eficiência.

“Parte desse trabalho pressupõe a identificação de efeitos adversos (externalidades) gerados em determinados modelos de financiamento e a elaboração de propostas de superação. Uma das perplexidades captadas pela Ciência Econômica é pertinente à baixa eficiência dos gastos públicos bancados por transferências intergovernamentais, em relação àqueles sustentados por recursos próprios. Esse fenômeno (efeito flypaper) é muito comum na realidade municipal brasileira e causa distorções graves na experiência federativa nacional.

“As transferências voluntárias da União, componente importante da receita municipal, desempenham papel significativo no propósito de superação de desigualdades regionais, objetivo fundamental da República.

“É válido consignar, aliás, que esse modelo de financiamento complementar, que é uma das bases do federalismo cooperativo brasileiro, ganharia bastante em qualidade, previsibilidade e efetividade, caso fosse regido por regras gerais estabelecidas em lei complementar, diminuindo-se o excessivo subjetivismo da União.

“A intensa dependência, todavia, de muitos Estados e, principalmente, de Municípios, em relação aos recursos advindos de transferências voluntárias, não é um dado positivo do modelo de cooperação aqui praticado, e sim uma evidência das distorções que ele é capaz de gerar.

“O que se espera, num ambiente federativo saudável, é que os diversos níveis de descentralização sejam autossuficientes, isto é, capazes de cumprir suas atribuições a contento, tanto do ponto de vista financeiro, quanto na vertente operacional.

“Assim, se houver insuficiência de recursos, devem os entes federativos, para além de um controle mais rigoroso de suas despesas, diligenciar em busca de uma maior arrecadação dentro do seu próprio orçamento.

“Afinal, isso responde a uma premissa básica de subsidiariedade, ínsita a qualquer organização federativa, segundo a qual a tributação deve recair, preferencialmente, sobre as disponibilidades econômicas daqueles que são mais beneficiados pelas ações estatais.

“Se a ação estatal é local, faz todo sentido que ela seja financiada por receita tributária gerada por impostos locais. Apenas nas hipóteses em que, mesmo com a efetiva arrecadação dos impostos locais, as dificuldades de custeio persistam, é que a federação deve lançar mão de outros instrumentos fiscais, que envolvam recursos exigidos de contribuintes de outras regiões.

“Isso demonstra que a mensagem normativa do parágrafo único do art. 11 da LRF, de instigação ao exercício pleno das competências impositivas dos entes locais, não conflita com a Constituição, traduzindo, na verdade, um raciocínio de subsidiariedade totalmente consentâneo com o princípio federativo, pois não é saudável para a Federação que determinadas entidades federativas não exerçam

suas competências constitucionais tributárias, aguardando compensações não obrigatórias da União. Tal prática sobrecarrega o conjunto de Estados e Municípios, e erroneamente privilegia o populismo político local”.²⁷⁵

A fundamentação do voto destaca os dois aspectos relevantes da questão sob o ângulo da Lei nº 14.026. De um lado, há a avaliação discricionária da União na realização de transferências voluntárias. De outro, há a pauta constitucional de redução das desigualdades regionais – à qual se agregam, no campo específico de saneamento, diversas outras diretrizes de promoção da saúde e do aprimoramento das condições adequadas de vida. Permeiam os dois ângulos do tema a premissa de exercício responsável e eficiente das atribuições financeiras próprias de cada ente político e a superação da dependência em relação a transferências voluntárias federais.

A Lei nº 14.026 traduz uma opção da União, no exercício de suas próprias competências constitucionais, no sentido de destinar recursos de outorga voluntária aos entes políticos cuja atuação se compatibilize com as diretrizes estabelecidas na Lei nº 14.026 sobre como realizar as finalidades constitucionais relativas ao setor de saneamento básico. Não implica frustração dos deveres da União quanto à redução das desigualdades regionais ou violação do federalismo cooperativo, mas a racionalização da destinação de recursos federais a partir de premissas sistematizadas na Lei nº 14.026 e retratadas nas normas de referência da ANA. Nada disso impede o exercício individual ou cooperativo, por parte de Estados ou Municípios, de suas competências com o emprego de seus próprios meios.

Portanto, a experiência na aplicação prática da LRF em relação ao condicionamento de transferências voluntárias, a confirmação da validade do parágrafo único do art. 11 da LRF

²⁷⁵ Item III.2 do voto do Ministro Alexandre de Moraes na ADI 2238. O tema é examinado também por BROLIANI, Jozélia Nogueira. **Responsabilidade na gestão fiscal: reflexões pontuais da Lei Complementar nº 101/2000 no contexto dos Estados-membros**. In: Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C, ano 23, n. 16, 2004. FREITAS, Juarez. **Responsabilidade Fiscal: Exame de Conjunto e Alguns Aspectos Relevantes da Lei Complementar 101/2000**. In: Interesse Público - IP, ano 3, n. 9, p. 34-46, jan./mar. 2001. CARVALHO, José Augusto Moreira de. **A lei de responsabilidade fiscal sob a ótica dos princípios federativo e da separação de poderes**. In: Revista Tributária e de Finanças Públicas, vol. 74/2007, p. 64 – 102, Maio - Jun/2007. ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. **A inconstitucionalidade do art. 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000)**. In: Revista Tributária e de Finanças Públicas, vol. 46/2002, p. 271 – 277, Set - Out / 2002.

e o *obiter dictum* constante do item III.2 do acórdão do STF na ADI 2238 favorecem o reconhecimento da validade das previsões da Lei nº 14.026 que subordinam o acesso a recursos federais (transferências voluntárias) a adesão às normas de referência da ANA e outras diretrizes da legislação federal.

9 PROCEDIMENTOS DA ANA PARA EFETIVAÇÃO DAS NORMAS DE REFERÊNCIA

Compete à ANA verificar periodicamente a adoção das normas de referência pelos demais entes políticos (art. 4º-B, § 2º), a qual também será examinada obrigatoriamente “no momento da contratação dos financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da administração pública federal”. Cabe à ANA inclusive avaliar o impacto regulatório e o cumprimento das normas de referência pelos órgãos e entidades responsáveis pela regulação e fiscalização dos serviços (art. 4º-A, § 6º).

Para evitar dúvidas quanto aos critérios para este exame, compete à ANA editar ato normativo com requisitos e procedimentos “de modo a preservar as expectativas e os direitos decorrentes das normas a serem substituídas e a propiciar a adequada preparação das entidades reguladoras” (art. 4º-B, § 1º). Impõe-se à ANA que observe o devido processo legal regulatório, com a necessária oitiva do setor e a realização de consultas e audiências públicas (art. 4º-A, § 4º), realize estudos técnicos (art. 4º-A, § 10) e esteja disponível para, de modo voluntário e mediante concordância dos interessados, realizar atividades de prevenção ou solução administrativa de “conflitos que envolvam titulares, agências reguladoras ou prestadores de serviços públicos de saneamento básico”.

10 INCENTIVO AO CUMPRIMENTO ESPONTÂNEO PELO REGULADOR LOCAL

Conforme exposto em tópico anterior, o mecanismo adotado pela Lei nº 14.026 cria incentivos positivos para que a sociedade e os entes regulados exercitem eles próprios o controle

social dos entes reguladores, por meio dos instrumentos de participação social²⁷⁶ ou mesmo do exercício formal de direitos subjetivos públicos, exigindo dos reguladores estaduais, regionais ou municipais a adoção das normas de referência nacionais como forma de assegurar o acesso a recursos federais.

A clareza no regime adotado pela Lei nº 14.026 permite que a sociedade civil se valha inclusive de instrumentos como a ação popular ou a ação civil pública, conforme o caso e observadas as regras de reconhecimento de legitimação processual, para exigir que os entes políticos locais e os respectivos reguladores ajam de modo responsável na adesão ou não às normas de referência. Embora seja possível e legítimo que os entes locais decidam não aderir ao regime derivado das normas de referência – essa é até mesmo a premissa que confirma a validade do regime estabelecido pela Lei nº 14.026 –, estão sujeitos à necessária *accountability*, cabendo-lhes prestar contas por opção que impede legalmente a obtenção de recursos federais objeto de transferência voluntária.

11 OUTROS INSTRUMENTOS PARA A UNIFORMIDADE REGULATÓRIA

Além do mecanismo de impedimento de acesso a recursos federais, as alterações da Lei nº 11.445 estabelecem outras formas de promoção da efetividade das normas de referência da ANA.

O art. 25-A da Lei nº 11.445 reitera a competência da ANA para a instituição de normas de referência. O art. 22, I, prevê que um dos objetivos da regulação é “estabelecer padrões e normas para a adequada prestação e a expansão da qualidade dos serviços e para a satisfação dos usuários”, observando-se as “normas de referência editadas pela ANA”. O art. 23, § 1º-B, prevê que a agência reguladora, depois de selecionada, “não poderá ser alterada até o encerramento contratual, salvo se deixar de adotar as normas de referência da ANA”. Uma das condições para que o titular do serviço possa aderir a uma agência reguladora em outro estado da Federação é justamente que “não exista no Estado do titular agência reguladora constituída que tenha aderido às normas de referência da ANA” (art. 23, § 1º-A, I).

²⁷⁶ A Nota Técnica nº 7/2020/GT Saneamento da ANA apresenta a proposta de agenda regulatória para o saneamento básico (biênio 2020-2021) e a submete a consulta pública. Disponível em <<https://participacao-social.ana.gov.br/Consulta/82>>. Acesso em 27 fev 2021.

12 CONCLUSÃO

O objetivo da Lei nº 14.026 é incentivar a adoção efetiva da regulação uniforme, prevenindo conflitos regulatórios a partir da compreensão da multiplicidade de centros de poder existentes no setor de saneamento, como os titulares dos serviços, em atuação isolada ou conjunta, e as correspondentes agências reguladoras estaduais, regionais ou municipais.

Os instrumentos adotados não dependem apenas da iniciativa das agências reguladoras em observar as normas de referência, mas atribuem aos titulares do serviço, aos entes regulados e à sociedade os meios para exigir essa observância. Com isso, incentivam o cumprimento espontâneo das normas de referência pelos entes reguladores e criam condições para se evitar ou corrigir a frustração da diretriz legal de coerência regulatória.

13 REFERÊNCIAS

ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. **A inconstitucionalidade do art. 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000)**. In Revista Tributária e de Finanças Públicas, vol. 46/2002, p. 271 – 277, Set - Out / 2002.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Breves considerações sobre o novo marco regulatório do saneamento básico – Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020**. Publicado em Gen Jurídico.com.br. Acesso em 27 fev 2021. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/07/23/marco-regulatorio-saneamento-basico/>>.

BERCOVICI, Gilberto. **As inconstitucionalidades da nova lei do saneamento**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-set-27/estado-economia-inconstitucionalidades-lei-saneamento>>.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de Teoria do Direito**. Barueri: Manole. 2007.

BROLIANI, Jozélia Nogueira. **Responsabilidade na gestão fiscal: reflexões pontuais da Lei Complementar nº 101/2000 no contexto dos Estados-membros**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C, ano 23, n. 16. 2004.

CARVALHO, José Augusto Moreira de. **A lei de responsabilidade fiscal sob a ótica dos princípios federativo e da separação de poderes.** In Revista Tributária e de Finanças Públicas, vol. 74/2007, p. 64 – 102, Maio - Jun/2007.

CYRINO, André. **A nova Agência Nacional de Águas e as normas de referência: soft law federativo?** Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-nova-agencia-nacional-de-aguas-e-as-normas-de-referencia-soft-law-federativo-23092020>>.

DINIZ, Cláudio Smirne. **Saneamento básico e regulação.** Revista de Direito Público da Economia - RDPE, ano 17, n. 27, jul./ set. 2009.

FREITAS, Juarez. **Responsabilidade Fiscal: Exame de Conjunto e Alguns Aspectos Relevantes da Lei Complementar 101/2000.** São Paulo, Interesse Público - IP, ano 3, n. 9, p. 34-46, jan./mar. 2001. Interesse Público - IP Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan. /mar. 2001.

GRAZIANO, Luiz Felipe Pinto Lima. **O PL 3.261/2019 e a questão das normas de referência da ANA para a regulação dos serviços de saneamento básico.** In: Agência Infra. Disponível em: <<https://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-o-pl-3-261-2019-e-a-questao-das-normas-de-referencia-da-ana-para-a-regulacao-dos-servicos-de-saneamento-basico/#>>>.

HEINEN, Juliano. **Setor de saneamento básico brasileiro reclama mais obra e menos regra.** Consultor Jurídico, Opinião, 21 jul. 2020. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-21/heinen-complexidade-regulatoria-saneamento-basico>>.

HEINEN, Juliano. **O Brasil em busca da tão perseguida universalização do saneamento básico.** Consultor Jurídico, Opinião, 13 set. 2020. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-set-13/heinen-busca-universalizacao-saneamento-basico>>.

HEINEN, Juliano. **O caminho escolhido para o saneamento no Brasil ou seu ‘desenho de mercado’**. Consultor Jurídico, Opinião, 5 set. 2020. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-set-05/heinen-caminho-escolhido-saneamento-basico-brasil>>.

HEINEN, Juliano. **Pela longa estrada da vida na regulação do saneamento básico no Brasil**. Consultor Jurídico, Opinião, 17 ago. 2020. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-ago-17/juliano-heinen-regulacao-saneamento-basico-brasil>>.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Introdução ao Estudo do Direito**. Brasília: edição do autor. 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Aspectos regulatórios em um novo modelo para o setor de saneamento básico no brasil**. In: Boletim de Direito Administrativo, v. 9, p. 697-708, 2002.

MILARÉ, Édis. MILARÉ, Lucas Tamer. **O marco regulatório do saneamento ambiental**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/9/F7D8BB20738D5D_PNSBMIGALHAS.pdf>.

MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloisa Conrado; GOMES, Gabriel Jamur. **O novo marco legal do saneamento básico (Os pontos mais importantes da Medida Provisória nº 844/2018)**. In: Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 89-116, jul./set. 2018.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. **Gestão associada e prestação regionalizada na nova Lei Nacional de Saneamento Básico**. In: Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 161, julho de 2020, disponível em <<http://www.justen.com.br>>.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **O endividamento público na lei de responsabilidade fiscal**. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). Aspectos relevantes da lei de responsabilidade fiscal. São Paulo: Dialética, 2001.

PEREIRA, Cesar. **Lei 14.026 e a efetividade da regulação nacional uniforme do saneamento**. In: Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 161, julho de 2020. Disponível em <<http://www.justen.com.br>>.

REISDORFER, Guilherme F. Das. **O novo marco legal do saneamento (PL 4.162/2019): impactos sobre os contratos em curso e os novos investimentos no setor**. In: Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 161, julho de 2020. Disponível em <<http://www.justen.com.br>>.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **O que muda com o novo marco legal do saneamento? Breves apontamentos sobre quatro alterações relevantes**. In: Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 161, julho de 2020. Disponível em <<http://www.justen.com.br>>.

STF. ADI 2238/DF, Rel. Min ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, j. 24/06/2020, DJe 14/09/2020.

STF. ARE 1052019/SP, Rel. Min. EDSON FACHIN, decisão monocrática, j. 31/08/2017, DJe 04/09/2017.

TCU, Acórdão 31/2017, TC 046.061/2012-6 (Consulta), Rel. Min. AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI, Plenário, Data da sessão: 18/01/2017.

VASCONCELOS, Andréa Costa de; LIMA, Priscilla da Costa. **Limites de atuação da entidade reguladora de saneamento básico**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 9-25, out./dez. 2017.

O CONTRATO DE *FACILITIES* DA LEI Nº 14.011/2020

Christianne de Carvalho Stroppa

Doutora e Mestra em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes Soares da Rocha de Marília (1990). Assessora de Controle Externo no Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Ex-Assessora Jurídica na Secretaria da Saúde do Município de São Paulo. Ex-Procuradora da Universidade de São Paulo. Atualmente é Professora de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro associado do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo - IBDA, do Instituto de Direito Administrativo Paulista – IDAP, do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP e do Instituto de Direito Administrativo Sancionador Brasileiro (IDASAN). É sócia do escritório Carvalho Stroppa Sociedade de Advogados.

Rafael Sérgio de Oliveira

Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, Mestre em Direito, Especialista em Direito Público e Pós-graduado em Direito da Contratação Pública. Participou do Programa de Intercâmbio Erasmus+, desenvolvendo pesquisa na área de Direito da Contratação Pública na Università degli Studi di Roma - Tor Vergata. É Procurador Federal da Advocacia-Geral da União (AGU) e fundador do Portal L&C (licitacaocontrato.com.br).

1 Introdução

O art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal de 1988 determina que compete privativamente à União 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, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, §1º, III.

Como consequência, há uma competência concorrente entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios para legislar sobre o tema das licitações e contratações.

Verifica-se que a Constituição Federal não utilizou a expressão “contrato”, mas, sim, “contratação”; dessa forma, enquanto esta é gênero, já que compreensiva de todas as relações jurídicas decorrentes de pactos e ajustes, aquela é espécie, ao lado das demais formas de parcerias, tais como convênios, consórcios etc.

Entende-se como contratação o “ajuste estabelecido entre a Administração Pública, agindo nessa qualidade, e terceiros, ou somente entre entidades administrativas, submetido ao regime jurídico-administrativo, total ou parcialmente, para a consecução de objetivos de interesse público”.²⁷⁷

São características essenciais e comuns de toda relação jurídica classificada como contratação:

- a) sua comutatividade, pela equivalência intrínseca entre as obrigações pactuadas;
- b) sua natureza sinalagmática, pela reciprocidade das obrigações contraídas por ambas as partes;
- c) a prevalência da vontade contratual sobre a vontade individual das partes, expressa no princípio *lex inter partes*;
- d) a obrigatoriedade do cumprimento das prestações assumidas pelas partes, bem como do respeito à palavra empenhada, expressa no princípio *pacta sunt servanda*.

Adotando como referência a clássica lição de Hely Lopes Meirelles, verifica-se que “convênio e contrato não se confundem, embora tenham em comum a existência de vínculo jurídico fundado na manifestação de vontade dos participantes. A rigor, pode admitir-se que ambos os ajustes se enquadram na categoria dos contratos *lato sensu*, vez que neles estão presentes os elementos essenciais dos negócios consensuais. Para a distinção entre eles, contudo, os contratos serão considerados *stricto sensu*, vale dizer, como uma das espécies da

²⁷⁷ MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 535.

categoria genérica dos contratos”.^{278 279} Assim, no gênero contratação, identificamos duas grandes espécies: o próprio contrato administrativo, de um lado, e as demais formas de acordos, de outro.

O contrato administrativo é “um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado”.²⁸⁰ Suas principais características são: (i) existência de interesses contrapostos; (ii) partes almejam lucro; (iii) presença de 2 (dois) polos na relação jurídica, ainda que num destes haja mais de um pactuante; e (iv) realização de prévia licitação.

De outro lado, estão os denominados convênios, consórcios e outras formas de acordos, cujas características principais são: (i) existência de interesses comuns e coincidentes; (ii) elemento fundamental é a *cooperação*, e não o lucro, pois os recursos financeiros utilizados “servem para cobertura dos custos necessários à operacionalização do acordo”;^{281 282} (iii) não há partes, mas partícipes dotados de mesma posição jurídica; e, (iv) nos moldes do previsto no art. 116 da Lei nº 8.666/1993, o regime licitatório aplica-se “no que couber”.

Em decorrência do aumento da esfera de atuação estatal, com o fito de atender às necessidades dos administrados, percebe-se que não é mais possível enquadrar todas as relações

²⁷⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 231.

²⁷⁹ Sobre as diferenças entre convênios e contratos administrativos, recomenda-se: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Convênio é acordo, mas não é contrato: contributo de Hely Lopes Meirelles para a evolução dos acordos administrativos no Brasil. In: WALD, Arnold; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Org.). *O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 516-527.

²⁸⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. rev. e atual. Até a Emenda Constitucional 99, de 14.12.2017. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 654-655.

²⁸¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 231.

²⁸² TCU, Decisão nº 686/1998: “Oportuno trazer os ensinamentos da Profª. Maria Sylvia Zanella Di Pietro acerca da distinção entre contratos e convênios (*in* temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos, Ed. Malheiros) “Enquanto os contratos abrangidos pela Lei nº 8.666 são necessariamente precedidos de licitação - com as ressalvas legais - no convênio não se cogita de licitação, pois não há viabilidade de competição quando se trata de mútua colaboração, sob variadas formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos, de imóveis, de ‘Know-how’. Não se cogita de preços ou de remuneração que admita competição”.

jurídicas que a administração pública formaliza dentro do conceito estanque de contratação administrativa, em especial naquele previsto na Lei nº 8.666/1993.²⁸³

Aliás, como já afirmado por Floriano de Azevedo Marques Neto,²⁸⁴ “(...) há inegável aumento na complexidade das relações contratuais de que participa o Poder Público. A busca por soluções de financiamento das utilidades públicas (...) leva a uma busca de arranjos contratuais criativos e inovadores, o que pressiona por novas formas de relacionamento contratual”.

Complementa, ainda, referido autor que “(...) o regime jurídico único dos contratos administrativos jamais conseguirá abarcar todas as modalidades de ajustes obrigacionais que podem interessar à Administração”.²⁸⁵

Podemos enumerar alguns motivos para o reconhecimento de uma nova contratualidade administrativa:²⁸⁶

1º) forte tendência na doutrina de, superando as concepções autoritárias subjacentes à supremacia absoluta do interesse público, apontar os riscos da teoria das cláusulas exorbitantes, especialmente quando transformadas em vetor do autoritarismo governamental;

2º) inegável aumento na complexidade das relações contratuais do poder público *versus* recursos públicos finitos;

3º) engrandecimento da atuação do Estado como empresário, acarretando modelos mais flexíveis;

4º) maior deslocamento da norma da lei para o contrato, na medida em que as leis reitoras de contratos do poder público deleguem para o contrato a normatização concreta em cada negócio jurídico;²⁸⁷

²⁸³ Aliás, disso decorre a existência das seguintes espécies de relações jurídicas com legislação própria: (i) concessão e permissão de serviços públicos e obras públicas (Lei nº 8.987/1995); (ii) concessão administrativa e concessão patrocinada (Lei nº 11.079/2004); (iii) contrato de gestão (Lei Federal nº 9.637/1998); (iv) termo de parceria (Lei nº 9.790/1999); entre outras.

²⁸⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Contratos com o Poder Público*, São Paulo: Revista do Advogado, ano XXIX, dez. 2009, n. 107, p. 74-82.

²⁸⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Do contrato administrativo à administração contratual*. p. 74-82.

²⁸⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Contratos com o Poder Público*, São Paulo: Revista do Advogado, ano XXIX, dez. 2009, n. 107, p. 74-82.

²⁸⁷ Em suma, é lícito supor que a Administração possa se valer de instrumentos presentes no Direito em geral para compor suas relações contratuais (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 374).

5º) maior margem de consensualidade, inclusive na estipulação de cláusulas contratuais no âmbito de uma fase pré-contratual de negociação entre o adjudicatário do certame prévio e o poder público;

6º) introdução mais frequente de contratos atípicos, com a multiplicação de objetos;

7º) mais recorrente utilização de contratos por desempenho, em que o particular se vincula não a objetos previamente estipulados, mas a metas de desempenho, ensejadoras inclusive de remuneração variável;

8º) maior flexibilidade na alocação de riscos, com deslocamento de maior parcela de riscos para o privado e clara estipulação da repartição dos ganhos de eficiência com o poder público;

9º) flexibilização do regime de equilíbrio econômico-financeiro com a limitação de situações de aplicação da teoria da imprevisão; e

10º) multiplicação das hipóteses de contratos de cooperação.

Carlos Pinto Coelho Motta,²⁸⁸ no ano de 2011, já alertava sobre o incremento dos mecanismos de cooperação entre o público e o privado, justificador do empenho na construção de soluções jurídicas variadas aplicáveis à formalização de *parcerias* com a iniciativa privada.

Nesse contexto, surge o contrato de *facilities* ou contrato de (serviço de) gestão para ocupação de imóveis públicos, nos termos do art. 7º da Lei nº 14.011/2020.

2 O contrato de *facilities* previsto na Lei nº 14.011/2020

Resultado de um modelo de gestão moldado no âmbito da ENAP – Escola Nacional de Administração Pública²⁸⁹ e da Secretaria de Gestão do Ministério da Economia, com o objetivo de aumentar a eficiência da gestão de contratos dos órgãos do Poder Executivo Federal na Esplanada dos Ministérios, em Brasília (DF), reduzir custos e facilitar a vida dos gestores públicos, foi originalmente previsto na Medida Provisória nº 915/2019, atualmente convertida

²⁸⁸ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas concessões, permissões e parcerias*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 7-8.

²⁸⁹ Vários eventos foram realizados para discutir o tema, dentre os quais destaca-se: *Contratação de Facilities: experiências e aprendizados*. Disponível em: <http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 07 set. 2020.

na Lei nº 14.011/2020, como uma possibilidade de centralização, em um único contrato, da prestação de serviços de gerenciamento e manutenção do imóvel.

Também conhecida como gestão de *facilities*, a ideia é permitir que a administração pública contrate uma empresa que seja responsável por gerenciar esses serviços, que incluem o fornecimento de equipamentos, materiais e outros serviços necessários ao uso do imóvel pela administração pública.

Considerando a extensão dos objetos a serem contratados, é possível identificar o contrato de *facilities full*, no qual se incluem todos os serviços ou o contrato de *facility management*, onde se inclui gestão desses serviços por parte da contratada²⁹⁰.

A terceirização de *facilities*,²⁹¹ no sentido de delegação de tarefas como segurança, higienização, ordenação do espaço e sua manutenção, a uma empresa especializada já é uma estratégia utilizada por muitas empresas e instituições privadas para garantir a qualidade dos serviços e manter o foco dos gestores e das equipes internas na atividade preponderante da companhia, bem como para reduzir custos.²⁹²

A aposta no movimento de *facilities* vem em momento oportuno, na opinião do secretário de Gestão do Ministério da Economia, Cristiano Heckert, devido às restrições orçamentárias, que levam à necessidade de inovar.

Para Heckert, que participou da abertura do workshop, a proposta de contratação única engloba um conjunto grande de atividades que hoje são feitas de forma dispersa e traz ganhos na otimização do trabalho do quadro de servidores. Com isso, os recursos humanos podem ser alocados prioritariamente aos processos finalísticos, no cumprimento da missão de entregar valor público para a sociedade.²⁹³

²⁹⁰ OLIVEIRA, Rafael Sérgio de. Mais algumas notas sobre a contratação de *facilities* nos termos da Lei nº 14.011/2020. *Portal L&C*. Disponível em: <http://www.licitacaocontrato.com.br/artigo/mais-algumas-notas-sobre-contratacao-facilities-termos-lei-n140112020-14102020.html>. Acesso em: 21 out. 2020.

²⁹¹ TCU. Acórdão nº 1214/2013 – Plenário. Relator Ministro Aroldo Cedraz.

²⁹² Disponível em: <https://blog.morhena.com.br/facilities-na-administracao-publica-entenda-os-diferenciais/>. Acesso em: 08 set. 2020.

²⁹³ Disponível em: <https://enap.gov.br/pt/acontece/noticias/gestao-da-ocupacao-trara-economia-e-melhor-administracao-dos-predios-publicos>. Acesso em: 7 set. 2020.

Tratando-se de realidade já vivenciada pelo SEBRAE – Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas,²⁹⁴ pela CEF – Caixa Econômica Federal²⁹⁵ e pela SABESP – Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo,²⁹⁶ a questão que se coloca é saber se as demais instituições públicas também poderiam desfrutar das vantagens decorrentes do *facilities*.²⁹⁷

Lara Brainer Oliveira, diretora da Central de Compras da Secretaria de Gestão do Ministério da Economia, indica serem oito as principais vantagens da gestão de *facilities*:^{298 299}

1) aumenta a eficácia dos processos (foco no resultado) – isso porque, afóra a especialização da terceirizada, a administração pública contratante tem a garantia de que o serviço será prestado de acordo com determinados padrões de qualidade. O estabelecimento de um SLA – *Service Level Agreement* estratégico é fundamental para definir os parâmetros para a atuação e avaliação das tarefas executadas;

2) foco na atividade principal dos órgãos – mesmo que o gestor supervisione o serviço prestado pela equipe especializada, esse não será seu foco principal. Ele terá a oportunidade de utilizar o tempo que seria gasto na organização do setor com atividades referentes à finalidade principal da instituição;

3) otimização dos recursos (todos, não só os do contrato) – a terceirização de *facilities* pode gerar uma redução de custos considerável, que pode ultrapassar 20% (vinte por cento) de economia em relação à realização dos mesmos serviços pelo pessoal interno. Essa é uma das razões pelas quais a terceirização é amplamente utilizada em instituições privadas. Esse modelo administrativo permite realizar

²⁹⁴ TCU. Acórdão nº 10.264/2018 – 2ª Câmara. Relatora Ministra Ana Arraes.

²⁹⁵ TCU. Acórdão nº 929/2017 – Plenário. Relator Ministro José Múcio Monteiro.

²⁹⁶ Disponível em: <http://consad.org.br/wp-content/uploads/2016/06/Painel-43-03.pdf>. Acesso em: 08 set. 2020.

²⁹⁷ O modelo de *facilities management* vem se desenvolvendo ao redor do mundo desde a década de 1960, mas, no setor público brasileiro, a experiência ainda é recente. ‘Este é o grande desafio do governo federal: fazer uma gestão diferenciada dos espaços públicos, saindo do modelo contratual para gestão por resultados’, destacou Lara Brainer, diretora da Central de Compras do Ministério da Economia (ME). Disponível em: <https://www.enap.gov.br/pt/acontece/noticias/gestao-integrada-de-contratos-para-predios-publicos-e-tema-de-webinar>. Acesso em: 8 set. 2020.

²⁹⁸ A ISO – Internacional Organization for Standardization (Organização Internacional de Normalização) define *Facilities Management* (FM) como a “função organizacional que integra pessoas, propriedade e processo dentro do ambiente construído com objetivo de melhorar a qualidade de vida das pessoas e a produtividade do negócio principal”. Disponível em: <https://www.abrafac.org.br/blog/as-11-competencias-essenciais-de-facility-management-da-ifma/>. Acesso em: 8 set. 2020.

²⁹⁹ O conteúdo dos objetivos da terceirização de *facilities* foi extraído do texto “Facilities na administração pública: entenda os diferenciais”. Disponível em: <https://blog.morhena.com.br/facilities-na-administracao-publica-entenda-os-diferenciais/>. Acesso em: 8 set. 2020.

ajustes fazendo com que os serviços alcancem um nível de qualidade possível dentro de custos adequados;

4) custo de infraestrutura de fixo para variável;

5) aumento da vida útil das instalações – quando o ambiente é bem cuidado por profissionais especializados, a organização pode contar com a desaceleração do desgaste. Isso acontece porque a aplicação de procedimentos apropriados – aliados a uma detecção precoce de problemas e a um trabalho de manutenção preventiva – aumenta a vida útil das instalações, gerando menos gastos com reparos. Nos espaços públicos, sabemos que esse cuidado é ainda mais importante. Escolas, hospitais, prédios e órgãos governamentais em geral estão sujeitos à deterioração acelerada quando não recebem a atenção apropriada. A grande diferença em relação às organizações privadas é que o processo para a obtenção de recursos para reformas e revisões pode ser moroso, agravando as condições do ambiente e, em alguns casos, inviabilizando sua utilização total ou parcial;

6) soluções diversas em um único contrato – em vez de gerenciar contratos de diferentes serviços com fornecedores variados, a terceirização de *facilities* realmente simplifica o trabalho da equipe de gestão. Ela permite a integração de diversos serviços – limpeza, cuidado de áreas verdes, recepção, copeiragem, manutenção (predial, elétrica, hidráulica, dos sistemas de ar-condicionado), desinsetização ou desratização – tudo em um único contrato.

7) foco na satisfação do usuário – um ambiente limpo e bem cuidado influencia outro aspecto fundamental quando falamos do serviço público: a percepção do usuário. O evidente zelo pela instituição aumenta a satisfação do cidadão que busca os serviços oferecidos naquele espaço. Isso demonstra todo um cuidado com o patrimônio público e uma preocupação com o ser humano;

8) embasamento técnico para gestão operacional – quando recorre a profissionais devidamente capacitados, a instituição pública pode contar com pareceres técnicos. Isso faz com que a gestão operacional seja embasada na avaliação de pessoas com *expertise* reconhecida na área, gerando decisões acuradas e aumentando a qualidade dos serviços.

Essa vantajosidade será em breve implementada pelo Ministério da Economia, o qual realizará uma licitação para contratar serviços de apoio administrativo, recepção e secretariado para 51 (cinquenta e um) órgãos e entidades da administração pública federal localizados no Distrito Federal. Com a centralização, estima-se uma economia de R\$106 milhões.³⁰⁰

Nesse contexto, necessário verificar o que o art. 7º da Lei nº 14.011/2020 inseriu como novidade no regime jurídico da gestão para ocupação de imóveis públicos.

3 Regime jurídico do contrato de *facilities*

O regime jurídico do contrato de *facilities* pode ser extraído do citado art. 7º, *in verbis*:

Art. 7º A administração pública poderá celebrar contrato de gestão para ocupação de imóveis públicos, nos termos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

§1º O contrato de gestão para ocupação de imóveis públicos consiste na prestação, em um único contrato, de serviços de gerenciamento e manutenção de imóvel, incluído o fornecimento dos equipamentos, materiais e outros serviços necessários ao uso do imóvel pela administração pública, por escopo ou continuados.

§2º O contrato de gestão para ocupação de imóveis públicos poderá:

I - incluir a realização de obras para adequação do imóvel, inclusive a elaboração dos projetos básico e executivo; e

II - ter prazo de duração de até 20 (vinte) anos, quando incluir investimentos iniciais relacionados à realização de obras e o fornecimento de bens.

§3º (VETADO).

§4º Na hipótese de que trata o §2º deste artigo, as obras e os bens disponibilizados serão de propriedade do contratante.

§5º Ato do Poder Executivo poderá regulamentar o disposto neste artigo.

Compõem o regime jurídico do contrato de *facilities* ou contrato de (serviço de) gestão para ocupação de imóveis públicos os seguintes elementos:

³⁰⁰ Disponível em: <https://odia.ig.com.br/colunas/servidor/2020/08/5978211-ministerio-da-economia-promete-reduzir-gastos-ao-centralizar-licitacoes-de-terceirizados.html>. Acesso em: 08 set. 2020.

- a) modalidade de contrato administrativo típico;
- b) fundamento para contratação está na Lei nº 8.666/1993;
- c) pode ser utilizado pelos demais entes federativos;
- d) possibilita a efetiva ocupação dos imóveis públicos;
- e) pode ser utilizado mesmo quando a administração pública locar imóvel privado;
- f) consiste na prestação, em um único contrato, de um rol de serviços;
- g) possibilita a inclusão de obras;
- h) pode ter prazo de duração de até 20 (vinte) anos.

Para a exata compreensão, passaremos a tecer algumas breves considerações sobre cada um deles.

a) Modalidade de contrato administrativo típico

Inicialmente, verifica-se que não se confunde com a figura do “contrato de gestão” formalizado com as organizações sociais, nos termos do art. 5º da Lei nº 9.637/1998, e com as agências executivas, art. 51, inciso II, da Lei nº 9.648/1998. Tampouco tem como justificativa o previsto no §8º do art. 37 da Constituição Federal, agora denominado de “contrato público de desempenho”, de acordo com a Lei nº 13.935/2019.

Como contrato administrativo típico, caracteriza-se pela presença de cláusulas exorbitantes, o que implica um regime jurídico próprio, predominantemente de direito público, nos termos do art. 54 da Lei nº 8.666/1993.

Como “contrato de gestão para ocupação”, tem como objeto preponderante serviços como os de limpeza, recepcionista, copeiragem, vigilância, brigadista, manutenção predial e outros.³⁰¹

³⁰¹ FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio de. Os novos procedimentos de gestão e alienação dos imóveis públicos. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-02/interesse-publico-novos-procedimentos-gestao-alienacao-imoveis-publicos>. Acesso em: 7 set. 2020.

A contratação dos serviços pode ser por escopo³⁰² ou continuados.³⁰³

Oportuna a crítica formulada por Rafael Sérgio de Oliveira³⁰⁴, no sentido de que essa contratação não é competível com a modelagem de contratos ‘por escopo’, porquanto o objeto central de um contrato de gestão de *facilities* compreende atividades que são tipicamente de execução continuada. Nesse sentido, em verdade, serão incluídos no contrato de gestão para ocupação de imóvel serviços que tradicionalmente são contratados por escopo, mas, será mantida a lógica de um contrato de natureza continuada.

b) Fundamento para contratação está na Lei nº 8.666/1993

Não obstante a expressa referência à Lei nº 8.666/1993, por certo pela possibilidade de inclusão da execução de obras, certo que o Tribunal de Contas da União afirmou ser irregular a contratação de serviços de *facilities* por meio de modalidade de licitação que não seja o pregão, na forma eletrônica (Acórdão nº 1.534/2020 – TCU – Plenário, relator ministro-substituto André de Carvalho). Para o TCU, a adoção de outra modalidade que não seja o pregão eletrônico³⁰⁵ pode caracterizar ato de gestão antieconômico, sujeitando os responsáveis às sanções previstas no art. 58 da Lei nº 8.443/1992.

Determinou, ainda, o uso obrigatório do pregão eletrônico para a contratação dos serviços de engenharia comuns, aí incluídos os eventuais serviços comuns de *facilities*, em sintonia, por exemplo, com a regulamentação procedida pelo Decreto Federal nº 10.024/2019.

³⁰² Aquele cujo prazo de execução somente se extingue quando o contratado entrega para a estatal o objeto contratado. Daí que o tempo não importa o encerramento das obrigações do contratado. O tempo apenas caracteriza ou não a mora do contratado. (...), até que ele execute e até que a estatal, depois de executado, pague o que é devido, o contrato segue vigente (NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Licitações e contratos das estatais*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 273).

³⁰³ Também denominado de contrato por prazo certo, é aquele em que a obrigação principal do contratado é extinta em razão de termo preestabelecido. Melhor explicando, é aquele cujo prazo de execução extingue-se em data preestabelecida, independentemente do que fora ou não realizado pelo contratado. Os contratos de prestação de serviços contínuos, como vigilância, limpeza etc., são contratos por prazo certo (NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Licitações e contratos das estatais*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 273).

³⁰⁴ OLIVEIRA, Rafael Sérgio de. Mais algumas notas sobre a contratação de *facilities* nos termos da Lei nº 14.011/2020. *Portal L&C*. Disponível em: <http://www.licitacaocontrato.com.br/artigo/mais-algumas-notas-sobre-contratacao-facilities-termos-lei-n140112020-14102020.html>. Acesso em: 21 out. 2020.

³⁰⁵ Oportuno lembrar que, até o momento, não houve contratação de *facilities* com inclusão da execução de obras.

Também como decorrência de decisão proferida pelo TCU, no Acórdão nº 929/2017 – Plenário, decorrem os seguintes aspectos:³⁰⁶

- dada a complexidade da contratação, é preciso que se admita que as interessadas se organizem em consórcios, com previsão de regras claras no edital;
- adequação dos critérios de habilitação técnica com a Súmula nº 263 do TCU, que exige que a qualificação técnica incida sobre parcelas de maior relevância e de valor significativo; e
- necessidade de comprovar o elastecimento do prazo de vigência inicial.

c) Recepção do contrato de facilities pelo PL nº 4.253/2020

No dia 10 de dezembro de 2020, o Senado Federal aprovou o projeto da denominada “Nova Lei de Licitação e Contrato Administrativo”, registrado como PL nº 4.253/2020.

Cumpre salientar que, restando algumas etapas para a efetiva conclusão do processo legislativo, ainda não temos a “nova” lei. O novo diploma das contratações públicas somente virá com a sanção presidencial e, para tanto, é preciso que o texto consolidado do projeto de lei aprovado pelas Casas do Poder Legislativo federal seja materializado e cristalizado nos chamados “autógrafos”.

Para tanto, é preciso que a Secretaria-Geral da Mesa do Senado Federal finalize o minucioso e importante trabalho de consolidação do que foi aprovado pelo Plenário da Casa em 10.12.2020, o que pode demandar ajustes redacionais para garantir a correção semântica e a aderência legística do projeto. O texto consolidado comporá os “autógrafos” que serão assinados pelo Presidente do Senado Federal e remetidos à Presidência da República para sanção e veto (total ou parcial), na forma do art. 66 da CRFB.

O prazo de 15 dias úteis de que trata o §1º do art. 66 da CRFB para a sanção/veto presidencial tem termo inicial com o protocolo dos “autógrafos” na Subchefia Adjunta de Assuntos Legislativos (SAAL), unidade integrante da Secretaria-Geral da Presidência da República.

³⁰⁶ Aspectos destacados por Rafael Sérgio de Oliveira em palestra sobre gestão da ocupação realizada na edição online do INFRA FM Centro-Oeste no último dia 26 de agosto.

Esperam-se alguns vetos parciais até mesmo pela magnitude e pela extensão do seu texto.³⁰⁷

Mesmo que alguns vetos sejam esperados, certo que em nada impactarão a imediata vigência indicada no art. 190, bem como na sua convivência com as Leis nº 8.666/1993 e Lei nº 10.520/2020, pelo prazo de 2 (dois) anos contados da publicação oficial da Lei.

Por outro lado, destaca-se o contido no art. 190, §4º, indicando que o contrato relativo a imóvel do patrimônio da União ou de suas autarquias e fundações continuará regido pela legislação pertinente, aplicada esta Lei subsidiariamente.

Sobre as modalidades que poderão ser utilizadas, lembramos que tanto o convite quanto a tomada de contas foram eliminadas, ficando mantidas as modalidades concorrência, pregão, concurso e leilão, tendo sido acrescida o diálogo competitivo^{308, 309, 310}.

Tendo em vista que o procedimento das modalidades concorrência³¹¹ e pregão³¹², por expressa previsão do art. 29, seguem o rito procedimental comum do art. 17, ou seja, a fase de habilitação sucede as de apresentação de propostas e lances e de julgamento, minimizam a questão atinente à adoção da modalidade concorrência, quando a contratação de *facilities* incluir a realização de obras, como apontado pelo TCU.

Ainda quanto às modalidades, enxergamos no diálogo competitivo uma ferramenta frutífera para a contratação de *facilities*. Essa modalidade se diferencia das demais porque ela

³⁰⁷ PEDRA, Anderson. OLIVEIRA, Rafael Sérgio de. AMORIM, Victor. O Projeto da Nova Lei de Licitações e a Espada de Dâmocles: sanção *versus* veto e uma tentativa de contribuição ao PL nº 4.253/2020. *Portal L&C*. Disponível em: www.licitacaocontrato.com.br. Acesso em: 18 jan. 2021.

³⁰⁸ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. As Modalidades de Licitação no Projeto de Nova Lei de Licitações, Aprovado pela Câmara dos Deputados. *Revista SÍNTESE Licitações, Contratos e Convênios*. Vol. 10, n. 55 (fev./mar. 2020). São Paulo: Editorial SÍNTESE, p. 15-19.

³⁰⁹ OLIVEIRA, Rafael Sérgio de. O diálogo competitivo do projeto de lei de licitação e contrato brasileiro. *Portal L&C*. Disponível em: <http://www.licitacaocontrato.com.br/exibeArtigo.html?assunto=oDialogoCompetitivoProjetoLeiLicitacaoEContratoBrasileiro>. Acesso em: 5 fev. 2021.

1.1.1 ³¹⁰ OLIVEIRA, Rafael Sérgio de. Os 10 tópicos mais relevantes do Projeto da Nova Lei de Licitação e Contrato. *Portal L&C*. Disponível em: <http://www.licitacaocontrato.com.br/lecComenta/10-topicos-mais-relevantes-projeto-nova-lei-licitacao-contrato-14122020.html>. Acesso em: 5 fev. 2021.

³¹¹ PL nº 4.253/2020. Art. 6º, XXXVIII – modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser: (a) menor preço; (b) melhor técnica ou conteúdo artístico; (c) técnica e preço; (d) maior retorno econômico; (e) maior desconto.

³¹² PL nº 4.253/2020. Art. 6º, XLI – modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o menor preço ou o maior desconto.

possui dentro dela uma etapa voltada para a construção dialógica, entre as empresas concorrentes e a Administração, do objeto da contratação. Ele é usado nos casos em que a solução para a necessidade pública se apresenta complexa do ponto de vista técnico ou jurídico ou financeiro. Sendo assim, o Poder Público recorre ao mercado para, por meio de um diálogo individual e reservado, selecionar uma ou mais soluções para, em seguida, eleger o licitante que irá ser contratado para executar uma das soluções.

Nesses termos, essa modalidade conta com três fases: a) a **seleção prévia dos licitantes** (art. 32, § 1º, I e II, do PL); b) o **diálogo individual e reservado com cada um dos licitantes** para a construção/definição da solução (art. 32, § 1º, III a VIII, do PL); e c) a **competição pelo contrato**, que se dará exclusivamente entre os licitantes previamente selecionados, a fim de eleger quem será o futuro contratado (art. 32, § 1º, VIII a X, do PL)³¹³.

Pois bem, o contrato de *facilities*, sobretudo na sua forma do contrato de gestão para ocupação nos termos do art. 7º da Lei nº 14.011/2020, tem como pressuposto o reconhecimento de que o mercado tem condições de auxiliar a Administração na concepção do objeto da contratação. Trata-se de um ato de deferência do Poder Público para com as empresas concorrentes, na medida em que o Estado aceita que não é dotado de competência para sozinho definir a solução para a sua necessidade. Assim, busca no mercado opções de projetos para desenhar os serviços de *facilities* de que precisa. Nesse prumo, a utilização da modalidade de diálogo competitivo pode ser muito bem-vinda.

Ainda nessa linha de construção das soluções públicas a serem contratadas em conjunto com o mercado, temos no projeto da nova lei de licitações um procedimento auxiliar que pode ser muito útil para os contratos de *facilities*. Trata-se do PMI – Procedimento de Manifestação de Interesse, previsto no art. 80 do PL. Na mesma linha do diálogo competitivo, o PMI é voltado para construção de soluções públicas em conjunto com o mercado. A diferença entre o diálogo competitivo e o PMI é que este se caracteriza como um procedimento auxiliar, prévio à licitação. Ou seja, o PMI antecede a abertura do certame e, mais do que isso, é possível que a Administração nem realize a licitação, que seria o caso de o Estado desistir da contratação. Já o diálogo competitivo é a própria licitação. Além disso, a licitação que se sucede ao PMI é

³¹³ BONATTO, Hamilton; OLIVEIRA, Rafael Sérgio de. A Admissão do Projetista na Execução do Contrato e a Nova Lei de Licitações. *Portal L&C*. Disponível em: <http://www.licitacaocontrato.com.br/artigo/a-admissao-projetista-execucao-contrato-nova-lei-licitacoes-26012021.html>. Acesso em: 5 fev. 2021.

aberta para todos os interessados, não sendo restrita aos operadores econômicos que participaram do PMI. Já no diálogo competitivo, só quem participar da fase competitiva, apresentando propostas para concorrer à adjudicação do contrato, são as empresas pré-selecionadas para participar do diálogo.

A rigor, é possível dizer que o diálogo competitivo oferece vantagens aos empresários concorrentes, de modo que seu procedimento é mais atrativo para o mercado. Por isso, nas situações em o desenvolvimento da solução requer mais esforço é recomendável que se use o diálogo ao invés do PMI.

Dentro desse espectro de complexidade do contrato de *facilities*, também se realça no Projeto da Nova Lei o critério de julgamento de técnica e preço, que passa a poder ser utilizado para:

objetos que admitam soluções específicas e alternativas e variações de execução, com repercussões significativas e concretamente mensuráveis sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade, quando essas soluções e variações puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, conforme critérios objetivamente definidos no edital de licitação (art. 36, § 1º, V).

Em nossa avaliação, os contratos de *facilities*, encaixam-se muito bem nessa possibilidade. Há uma significativa heterogeneidade na concepção, gestão e execução das facilidades necessárias para o funcionamento das organizações públicas, de modo que o uso da técnica e preço poderia colaborar com um melhor resultado para a Administração³¹⁴.

Por oportuno, lembramos que o regime de contratação fornecimento e prestação de serviço associado, indicado no inciso XXXIV, do art. 6º do PL nº 4.253/2020, que se caracteriza, além do fornecimento do objeto, pela responsabilização do contratado por sua operação, manutenção ou ambas, por tempo determinado, não é adequado na contratação de *facilities*. Este se caracteriza pelo oferecimento de serviços por uma empresa contratada, a qual também pode ficar incumbida do fornecimento de bens e da execução de obras. Ou seja, no

³¹⁴ NOBREGA, Marcos; OLIVEIRA, Rafael Sérgio de. O projeto da nova lei de licitação, o “fetichismo da mediocridade” e o empecilho ao *best value for money*. Portal L&C. Disponível em: <http://www.licitacaocontrato.com.br/artigo/o-projeto-nova-lei-licitacao-fetichismo-mediocridade-empecilho-best-value-money-08012021.html>. Acesso em: 5 fev. 2021.

facilities, o principal é o serviço, sendo o fornecimento e a obra o accidental. No caso do fornecimento do inciso XXXIV do art. 6º do PL, é o inverso, o fornecimento é o principal, sendo possível, acidentalmente, associar a ele serviços.

d) Pode ser utilizado pelos demais entes federativos

Por se tratar de norma geral, a Lei nº 14.011/2020, no tocante ao tema da contratação de *facilities*, é de observância obrigatória por todos os entes e órgãos da administração direta e indireta; inclusive, pode ser observado pelas empresas estatais.

O fato é que, considerando o teor do seu caput e dos seus parágrafos, o dispositivo em comento é uma verdadeira “norma geral”, no sentido do art. 22, XXVII, da Constituição, motivo pelo qual é dotado de caráter nacional e aplicável às esferas federal, estadual, distrital e municipal. Notemos que a norma trata de reunião de serviços, bens e até de obras em um único contrato, assim como também de vigência contratual (art. 7º, §2º, II), aspectos sensíveis ao sistema de contratação pública brasileiro como um todo e, por isso, típicos de lei nacional.³¹⁵

e) Possibilita a efetiva ocupação dos imóveis públicos

É de todos sabido que a administração pública tem um histórico de imóveis públicos vazios, abandonados e subutilizados, em geral, por questões orçamentárias. Porquanto, “ante a falta de recursos orçamentários para reformar os imóveis de sua propriedade, a Administração Pública opta por abandonar tais prédios e passar a funcionar em imóveis locados. Com isso, a solução para o imóvel de propriedade do Estado acaba sendo a alienação”.³¹⁶

O que se pretende com a gestão de *facilities* é possibilitar que a administração pública contrate alguém que, além de propiciar que o imóvel esteja em condições de pleno uso, também cuide de sua manutenção, colocando-se como opção à transferência patrimonial.

³¹⁵ FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio de. Os novos procedimentos de gestão e alienação dos imóveis públicos. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-02/interesse-publico-novos-procedimentos-gestao-alienacao-imoveis-publicos>. Acesso em: 07 set. 2020.

³¹⁶ FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio de. Os novos procedimentos de gestão e alienação dos imóveis públicos. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-02/interesse-publico-novos-procedimentos-gestao-alienacao-imoveis-publicos>. Acesso em: 07 set. 2020.

f) Pode ser utilizado mesmo quando a administração pública loca imóvel privado

A ideia de que o modelo de contratação de *facilities management* ou de gestão da ocupação não seria aplicável aos imóveis ocupados pela administração pública na qualidade de locatária:

[...] não se coaduna com os potenciais ganhos de eficiência trazidos pelo instituto para a Administração Pública, que por diversas vezes atua se valendo de imóveis privados. Não há razão para vedar a contratação de gestão da ocupação nos termos do §1º do art. 7º da Lei nº 14.011/20 nas ocasiões em que a Administração Pública funciona em imóvel locado. Os ganhos trazidos pelo modelo nesses casos serão os mesmos oferecidos no caso de funcionamento em imóvel público.

[...] o ideal seria que o caput do art. 7º não tivesse restringido o conceito do instituto aos imóveis públicos. Porém, ainda assim, não encontramos óbices à sua interpretação mais ampla, abarcando também os casos em que a Administração funcione em prédios locados. Nesse aspecto, cabe registrar que mesmo antes da Lei 14.011/20 o TCU já admitia a contratação nos moldes de *facilities*, sem a restringir a imóveis públicos.³¹⁷

g) Consiste na prestação, em um único contrato, de um rol de serviços

Em interessante e oportuna análise, Daniel Ribas Beatriz indica que o termo *facilities* “está relacionado aos serviços de infraestrutura como limpeza, segurança e manutenção e a tudo que pode facilitar os processos do dia a dia de uma organização (pública ou privada), sem, contudo, estar ligado à atividade fim dela. A boa aceitação pela Administração Pública se dá por diversos motivos, podendo destacar que a contratação integrada de serviços, bens e até obras, no formato *facilities*, propicia a existência de sinergia entre os diversos serviços

³¹⁷ FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio de. Os novos procedimentos de gestão e alienação dos imóveis públicos. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-02/interesse-publico-novos-procedimentos-gestao-alienacao-imoveis-publicos>. Acesso em: 7 set. 2020.

prestados em um mesmo ambiente e facilita eventual identificação de responsabilidades por serviços realizados de forma equivocada”.³¹⁸

Mesmo que a reunião em um único contrato seja controversa no ordenamento jurídico pátrio em razão da regra do parcelamento do objeto, prevista no art. 23, §1º, da Lei nº 8.666/1993, a norma acabou por consolidar entendimento já exarado pelo TCU, sobre o tema da unificação de serviços de *facilities*, no sentido de que a contratação não configura afronta à Lei de Licitações, devendo apenas ser observadas algumas regras.

Como exemplo, o TCU, no Acórdão nº 1.214/2013 – Plenário (relator ministro Aroldo Cedraz), indicava que a reunião de diversos serviços é admitida quando demonstrado que o parcelamento do objeto (divisão da contratação em itens) resulta em comprovada perda de eficiência, prejuízo técnico à administração e potencial comprometimento da satisfatória e integral execução contratual. Vale ressaltar que esse posicionamento do TCU, na forma como manifestado no Acórdão nº 1.214/2013, indica que aquela Corte de Contas considera que o §1º do art. 23 da Lei nº 8.666/1993 deve sempre considerar a situação concreta do mercado. Ou seja, não há ali um mandamento de parcelamento (loteamento) em abstrato. Disso decorre que o Tribunal entende que: a) nos mercados em que não há segmentação da atuação das empresas, é possível reunir diversos serviços em um só contrato; e b) ainda assim, é preciso admitir mecanismos como a competição por consórcio e a subcontratação futura, isso como uma maneira de potencializar a concorrência.

Importante lembrar que, ao lado da prestação dos serviços de gerenciamento e manutenção de imóvel, possibilita a inclusão no escopo do contrato de equipamentos, materiais e obras, bem como a prestação de outros serviços necessários ao uso do imóvel pela administração pública.

h) Possibilita a inclusão de obras

³¹⁸ BEATRIZ, Daniel Ribas. *A contratação de serviços de facilities deve ser realizada por meio de pregão eletrônico*. Disponível em: <https://www.vgplaw.com.br/a-contratacao-de-servicos-de-facilities-deve-ser-realizada-por-meio-de-pregao-eletronico/>. Acesso em: 8 set. 2020.

O que não se pode aceitar “para o caso dos imóveis locados é a hipótese do §2º do mesmo art. 7º, que admite a inclusão de obras no objeto do contrato. Isso porque, a princípio, seria irrazoável o Poder Público pagar por obras a serem realizadas em imóveis particulares”.³¹⁹

Por sua vez, quando for possível a inclusão da execução de obras, afora compreender a elaboração dos projetos básico e executivo (contratação superintegrada), serão elas de propriedade da administração pública contratante. Igual raciocínio é utilizado para os bens fornecidos pelo contratado.

h) Pode ter prazo de duração de até 20 (vinte anos)

Nos termos do §2º do art. 7º da Lei nº 14.011/20, quando a contratação de *facilities* incluir investimentos referentes à realização de obras e ao fornecimento de bens, poderá ter prazo de duração de até 20 (vinte) anos, o que permitirá sua diluição nas parcelas mensais a serem pagas.

4 A utilização do contrato de facilities para valorização dos bens imóveis públicos

Recente matéria publicada pela revista Veja São Paulo³²⁰, discorre sobre o desperdício de recursos públicos com aluguéis de imóveis privados, porquanto “os governos federal, estadual e municipal desembolsaram neste ano, juntos, 637 milhões de reais com a locação de mais de 3400 imóveis particulares instalados na capital paulista – enquanto há prédios próprios sem uso”. É possível identificar, ainda, que a “União soma 741 imóveis próprios na cidade, segundo levantamento feito pela empresa de informações territoriais Urbit. Muitas dessas propriedades estão abandonadas ou malcuidadas, como o terreno ao lado da linha férrea na Barra Funda”. Outro aspecto destacado é que, enquanto “gastam com aluguéis e nem sempre mantêm seus patrimônios intactos, as três esferas públicas possuem mecanismos de venda de ativos, mas todas patinam no quesito consolidação de ideias”.

Cristiana Fortini e Rafael Sérgio de Oliveira, alertando que não “são raras as notícias de imóveis públicos, geradores de despesas, desprovidos de finalidade e/ou abandonados, o que

³¹⁹ FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio de. Os novos procedimentos de gestão e alienação dos imóveis públicos. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-02/interesse-publico-novos-procedimentos-gestao-alienacao-imoveis-publicos>. Acesso em: 7 set. 2020.

³²⁰ Veja São Paulo, São Paulo: Editora Abril, de 23 de dezembro de 2020.

eleva a probabilidade de que estejam a descumprir o princípio constitucional da função social, comando constitucional que também alcança a propriedade pública”, apontam que a “MP 915/19 e agora a Lei 14.011/20 oferecem, nem sempre de forma original, ferramentas que o gestor poderá utilizar, sem impor a alienação como saída única aos problemas vivenciados. Ao contrário, a melhoria da gestão dos bens públicos, especialmente por meio do contrato de que trata o art. 7º da Lei, poderá desincentivar a opção pela transferência patrimonial”.

Assim, essa nova modalidade contratual pode ser uma saída eficiente e econômica para a utilização dos imóveis públicos pelos entes federativos.

5 Conclusão

A modelagem de contratação explanada nesse trabalho apresenta um grande potencial de melhoramento na gestão pública brasileira. Também conhecida como gestão de *facilities* (na modelagem *facilities full* ou *facilities management*), a ideia básica desse modelo é permitir que a administração pública contrate uma empresa que seja responsável por gerenciar serviços, que incluem o fornecimento de equipamentos, materiais e outros serviços necessários ao uso do imóvel pela administração pública, bem como a realização de obras para adequação do imóvel.

Nesse ponto, ganha destaque o fato de a própria concepção do serviço ser projetada pela contratada de modo customizado para as necessidades da Administração contratante. Conta-se aqui com a união do *know-how* da contratada, empresa especializada nesse tipo de serviço de *facilities*, com o conhecimento da Administração acerca das suas necessidades.

Ressaltamos, que se trata ainda de nova modalidade de contratação com vistas a possibilitar que os imóveis públicos atinjam plenamente sua função social, pois muitos voltarão a ser afetados a uma finalidade pública. A possibilidade de incluir obras no bojo desses contratos tem um grande potencial de resgatar a função pública de diversos imóveis que precisam de reformas para serem posto em funcionamento.

É de observar, por outro lado, que essas contratações tendem a ser complexas, razão pela qual será necessário que os agentes públicos explorem bem as possibilidades jurídicas para a utilização de institutos com potencial de garantir maior eficácia e eficiência a esses contratos, sobretudo no quadro da vindoura nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Referências

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. rev. e atual. Até a Emenda Constitucional 99, de 14.12.2017. São Paulo: Malheiros, 2019.

BEATRIZ, Daniel Ribas. *A contratação de serviços de facilities deve ser realizada por meio de pregão eletrônico*. Disponível em: <https://www.vgplaw.com.br/a-contratacao-de-servicos-de-facilities-deve-ser-realizada-por-meio-de-pregao-eletronico/>. Acesso em: 8 set. 2020.

BONATTO, Hamilton; OLIVEIRA, Rafael Sérgio de. A Admissão do Projetista na Execução do Contrato e a Nova Lei de Licitações. *Portal L&C*. Disponível em: <http://www.licitacaocontrato.com.br/artigo/a-admissao-projetista-execucao-contrato-nova-lei-licitacoes-26012021.html>. Acesso em: 5 fev. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio de. Os novos procedimentos de gestão e alienação dos imóveis públicos. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-02/interesse-publico-novos-procedimentos-gestao-alienacao-imoveis-publicos>. Acesso em: 7 set. 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Contratos com o Poder Público*, São Paulo: Revista do Advogado, Ano XXIX, dez. 2009, n. 107.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas concessões, permissões e parcerias*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Licitações e contratos das estatais*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NOBREGA, Marcos; OLIVEIRA, Rafael Sérgio de. O projeto da nova lei de licitação, o “fetiche da mediocridade” e o empecilho ao *best value for money*. *Portal L&C*. Disponível em: <http://www.licitacaocontrato.com.br/artigo/o-projeto-nova-lei-licitacao-fetiche-mediocridade-empecilho-best-value-money-08012021.html>. Acesso em: 5 fev. 2021.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Convênio é acordo, mas não é contrato: contributo de Hely Lopes Meirelles para a evolução dos acordos administrativos no Brasil. In: WALD, Arnold; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (Org.). *O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 516-527.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio de. Mais algumas notas sobre a contratação de *facilities* nos termos da Lei nº 14.011/2020. *Portal L&C*. Disponível em: <http://www.licitacaocontrato.com.br/artigo/mais-algumas-notas-sobre-contratacao-facilities-termos-lei-n140112020-14102020.html>. Acesso em: 21 out. 2020.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio de. O diálogo competitivo do projeto de lei de licitação e contrato brasileiro. *Portal L&C*. Disponível em: <http://www.licitacaocontrato.com.br/exibeArtigo.html?assunto=oDialogoCompetitivoProjetoLeiLicitacaoEContratoBrasileiro>. Acesso em: 5 fev. 2021.

PEDRA, Anderson. OLIVEIRA, Rafael Sérgio de. AMORIM, Victor. O Projeto da Nova Lei de Licitações e a Espada de Dâmocles: sanção *versus* veto e uma tentativa de contribuição ao PL nº 4.253/2020. *Portal L&C*. Disponível em: www.licitacaocontrato.com.br. Acesso em: 18 jan. 2021.



PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. As Modalidades de Licitação no Projeto de Nova Lei de Licitações, Aprovado pela Câmara dos Deputados. *Revista SÍNTESE Licitações, Contratos e Convênios*. Vol. 10, n. 55 (fev./mar. 2020). São Paulo: Editorial SÍNTESE.

OBRAS PÚBLICAS INACABADAS E SEGURO-GARANTIA: QUAL A SUA IMPORTÂNCIA E O QUE ESPERAR DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Cristiana Fortini

Professora de Direito Administrativo da UFMG e da Faculdade de Direito Milton Campos. Vice-Presidente do IBDA. Pós-Doutora pela George Washington University. Advogada. E-mail: crisfortini@uol.com.br

Rafael Amorim de Amorim

Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (Belo Horizonte-MG, Brasil). Consultor Legislativo da Câmara dos Deputados - Área Direito Administrativo e Administração Pública. Advogado. E-mail: rafaelamorimdeamorim@hotmail.com

Resumo: A Administração Pública brasileira enfrenta diversos problemas em suas contratações, a exemplo de obras públicas paralisadas e inacabadas por todo o País. Ao longo do texto, promover-se-á, a partir de trabalhos elaborados pelo Tribunal de Contas da União, a identificação das possíveis causas de obras paralisadas e inacabadas no País e a análise do arcabouço normativo em vigor relacionado às garantias exigidas durante as licitações públicas, em especial do seguro-garantia, para, na sequência, possibilitar a avaliação das propostas constantes do Projeto de Lei nº 1.292/1995.

Palavras-chave: contratações públicas; obras paralisadas e inacabadas; seguro-garantia; contratação pública; nova lei de licitações.

Abstract: Brazilian Public Administration faces many problems in its public procurement for example in its paralyzed and unfinished public works around the entire country. Throughout this text, taking into consideration the works created by the Federal Court of Auditors, the possible causes for the paralyzed and unfinished public works around the entire country and the analysis of the current legislative framework related to the warranties required during public

procurement especially the insurance guarantee(surety-bond), will be identified, so that the proposals present in bill 1292-1996 can be evaluated.

Keywords: public procurement; paralyzed and unfinished works; surety-bond; public procurement; new bidding law.

1. Introdução

A centralidade das “compras públicas” é reconhecida mundialmente. A despeito de orientações político-ideológicas de matizes distintas, de concepções não uniformes sobre as finalidades das licitações e, logo, de regras jurídicas que não são idênticas, todos os países realizam contratações públicas. O volume expressivo de recursos envolvidos, o risco de corrupção³²¹ e os impactos positivos ou negativos que decorrem das contratações públicas para

³²¹ A preocupação com corrupção justifica movimento de várias entidades e por todo o globo. Dai o advento das várias leis a prever a responsabilidade das pessoas jurídicas por atos de corrupção. No Brasil, a questão é tratada na Lei 12.846/13 e parte considerável dos atos catalogados como corruptos se relaciona ao ambiente das contratações públicas. FORTINI, Cristiana; VIEIRA, Ariane Shemam Moraes. Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre o princípio do bis in idem. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 91-112, maio/ago. 2018. Disponível em: . Acesso em: 3 set. 2018. FORTINI, Cristiana; DADALTO, Lucas Dutra

Responsabilização na lei anticorrupção: natureza e amplitude subjetiva. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 17, n. 25, p.81-106, maio/ago. 2019. No mesmo sentido o FCPA- Foreign Corrupt Practice Act. Ver FORTINI, Cristiana. Uma rápida comparação entre a Lei 12.846/13 e norte-americano foreign corrupt practices act (FCPA). *Direito do Estado*, 24 nov. 2015. Disponível em: . Acesso em: 1º dez. 2017. A Diretiva Europeia 2014/24 fala abertamente sobre corrupção nas contratações públicas. A respeito do tema, ver La Vattiana, F. C. (2019). The prevention and punishment of corruption in the Italian legislation. *Revista Brasileira De Estudos Políticos*, 119. <https://doi.org/10.9732/rbep.v119i0.723>. Parisi, N. (2019). The institutionalisation of strategies to prevent corruption: the international and European model. *Revista Brasileira De Estudos Políticos*, 119. <https://doi.org/10.9732/rbep.v119i0.724>

o agir estatal são usualmente referenciados como razões que justificam um olhar atento sobre o tema.^{322 323}

De fato, os problemas relacionados às contratações públicas podem desencadear diversos outros na materialização das atividades a cargo Estado. Isso porque todas as políticas públicas dependem das contratações realizadas pelo Estado. Para além da esfera de atuação da Administração Pública, também Judiciário e Legislativo realizam contratações sem as quais suas missões estariam comprometidas.

Portanto, como podem ocasionar externalidades negativas que impactam toda a população, a busca de soluções para os problemas em licitações e contratos deve ser prioritária, como forma de potencializar a capacidade de ação estatal e a satisfação das necessidades públicas.

Nesse sentido, por exemplo, as obras inconclusas são objeto constante de preocupações porque ocasionam prejuízos econômicos e sociais elevados, decorrentes da deterioração do que já foi executado pelo contratado e do desatendimento do interesse da coletividade, que não usufrui dos benefícios que seriam proporcionados.

³²² Conforme informa a Comissão Europeia, as contratações realizadas por cerca de 250.000 (duzentos e cinquenta mil) autoridades públicas alcançam aproximadamente 14% (quatorze por cento) do GDP – Gross Domestic Product, algo equivalente ao nosso PIB – Produto Interno Bruto. Disponível em Acesso em 10 de agosto de 2020. https://www.em.com.br/app/noticia/direito-e-justica/2019/04/05/interna_direito_e_justica,1043972/a-diretiva-europeia-2014-24-e-as-contratacoes-publicas-no-brasil.shtml

Ainda, a OCDE estima que seus membros gastam cerca de 12% do seu GPD em contratações. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/gov_glance-2011-sum-pt.pdf?expires=1593472637&id=id&accname=guest&checksum=576F613165B840E59EF360DEEEBD582E. Acesso em 10 ago. 2020.

³²³ A Organização Mundial de Comércio, por meio do *Government Procurement Agreement* ou Acordo de Compras Públicas, pretende remover possíveis barreiras para a livre e igualitária participação das empresas, ambicionando um comércio público sem protecionismos. O art. XXII, nº 4, do ACP impõe o dever de adaptação da legislação interna dos Estados-Partes aos termos dispostos no acordo da OMC, a partir da premissa de que a uniformidade das legislações dos países sobre contratação pública é importante para que as empresas possam competir fora do seu ambiente doméstico. A respeito da adesão brasileira ao GPA, conferir OLIVEIRA, Rafael Sérgio de Lima de; FORTINI, Cristiana. A adesão brasileira ao acordo de compras governamentais da Organização Mundial de Comércio. Revista Opinião Jurídica, v 18, n 29, 0 120-151, set/dez 2020

Periodicamente, testemunham-se intensos debates sobre propostas ligadas ao tema. Recentemente, retoma-se a discussão porque está em tramitação no Congresso Nacional o PL 1292/95, que pretende substituir a Lei 8666/93 e outras³²⁴.

Os diagnósticos já realizados acerca do problema não têm sido considerados em tais discussões, apontando-se o seguro-garantia como possível solução para as obras paralisadas e inacabadas, sem também considerar que a legislação em vigor já o define como a modalidade de garantia que objetiva proporcionar “o fiel cumprimento das obrigações assumidas por empresas em licitações e contratos” (art. 6º, VI, da Lei nº 8.666, de 21/6/1993³²⁵).

Convém, então, indagar: por que o seguro-garantia não vem contribuindo suficientemente para a diminuição do número de obras paralisadas e inacabadas no País?

O trabalho se divide basicamente em quatro partes: inicialmente, identificam-se as razões usualmente apontadas como raiz do problema. Em seguida, analisa-se o arcabouço normativo em vigor relacionado às garantias em contratações públicas; depois, além de breve incursão na experiência estrangeira, analisa-se o seguro-garantia especificamente, aí se incluindo a Circular da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) nº 477, de 30/9/2013; e, por último, avaliam-se as inovações debatidas no Congresso Nacional acerca do seguro-garantia.

2. Breve Diagnóstico das Causas de Obras Paralisadas e Inacabadas

³²⁴ O Plenário da Câmara dos Deputados aprovou, em 17 de setembro de 2019, o Projeto de Lei nº 1292/1995 e seus apensados, remetendo o texto aprovado para apreciação final do Senado Federal em 10 de outubro de 2019 (até o momento, não houve a apreciação do texto aprovado pela Câmara dos Deputados). Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7407A2EB7802FE1ED67CB879A41C7FF9.proposicoesWebExterno2?codteor=1819390&filename=REDACAO+FINAL+-+PL+1292/1995. Acesso em 10 mar. 2020.

³²⁵ Desde o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, o art. 135 já previa a possibilidade de a Administração exigir a prestação de garantia da proposta e da execução contratual, sem estabelecer qualquer limite de percentual, admitindo que o particular optasse por uma das seguintes modalidades: “I - caução em dinheiro, em títulos da dívida pública ou fidejussória; II - fiança bancária; III - seguro-garantia”. Com a revogação do art. 135 do Decreto-Lei nº 200/1967 pelo Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, o art. 46 passou a admitir apenas a possibilidade de a Administração exigir prestação de garantia da execução contratual, com limite de 5% do valor do contrato, mantendo a possibilidade de o particular optar por uma das modalidades de garantia já especificadas.

É importante compreender os principais motivos que ocasionam obras paralisadas e inacabadas em todo o País, de modo a subsidiar a elaboração de possíveis respostas para o problema já delimitado.

Os trabalhos empíricos acerca das causas das obras paralisadas e inacabadas são escassos e, até o momento, ainda que possam estar sujeitos a críticas metodológicas, os realizados pelo TCU, especialmente os resultados constantes nos Acórdãos n^{os} 1188/2007-TCU/Plenário e 1079/2019-TCU/Plenário³²⁶, são os mais consistentes e revelam evidências que contribuem para a busca de soluções para mitigação de riscos de obras paralisadas e inacabadas.

2.1 Acórdão n^o 1188/2007-TCU-Plenário

O TCU realizou, no Acórdão n.º 1188/2007-Plenário, diagnóstico de obras paralisadas e inacabadas³²⁷ de responsabilidade de órgãos e entidades do Poder Executivo Federal que tinham, no período de realização do trabalho, maior concentração de empreendimentos (Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão; da Educação; da Saúde; da Integração Nacional; da Ciência e Tecnologia; das Cidades; das Comunicações; e do Turismo; e Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes).

Ainda que tenha sido reconhecida a dificuldade de obtenção de informações confiáveis, o TCU analisou 400 obras paralisadas e inacabadas (130 executadas diretamente pelo órgão ou entidade federal responsável; 270 executadas por Estados e Municípios com recursos federais provenientes de transferências voluntárias), a saber:

³²⁶ Disponível em: www.tcu.gov.br. Acesso em 10 mar. 2020.

³²⁷ De acordo com a classificação adotada pelo TCU Acórdão n.º 1188/2007-Plenário, obras paralisadas possuem contrato vigente, mas não têm execução orçamentária há mais de um ano, enquanto obras inacabadas, apesar de o contrato já ter expirado, ainda não estão concluídas.

	OBRAS DA UNIÃO				OBRAS DOS ESTADOS/MUNICÍPIOS			
	Tot al	Valor Atual	Valor Faltante p/ Conclusão	Valor Aplicad o	Tot al	Valor Atual	Valor Faltante p/ Conclusã o	Valor Aplicado
Obras não concluída s (Sem vigência)	108	1.662.666.143,03	1.183.648.181,96	746.723.932,37	125	1.014.140.977,10	569.764.565,98	616.224.885,13
Obras Paralisad as	22	163.314.780,98	308.728.035,77	340.947.629,34	145	502.431.231,84	222.447.425,56	263.884.137,81
Subtotal	130	1.825.980.924,01	1.492.376.217,73	1.087.671.561,72	270	1.516.572.208,94	792.211.991,54	880.108.022,94
Total Geral	400	3.342.553.132,95	2.284.588.209,26	1.967.780.584,66				

Tabela 1: Acórdão TCU nº 1188/2007, p. 8.

O TCU excluiu da sua análise obras paralisadas e inacabadas sem motivo informado, aprofundando, em seguida, a análise de 302 obras inconclusas. Dessa forma, apesar da

dificuldade de obter dados confiáveis para elaboração do trabalho, o TCU conseguiu consolidar os principais motivos do problema:

Causas	Obras Inacabadas da União	%	Obras Inacabadas de Est./Municípios	%	Total	%
Decisão Judicial	3	3,03 %	4	1,97 %	7	2,32 %
Quadro Bloqueio LOA	4	4,04 %	4	1,97 %	8	2,65 %
Questões Ambientais	1	1,01 %	6	2,96 %	7	2,32 %
Fluxo Orçamentário/Financeiro	79	79,80 %	80	39,41 %	159	52,65 %
Problemas no Projeto/Execução da Obra	4	4,04 %	37	18,23 %	41	13,58 %
Rescisão Contratual	6	6,06 %	18	8,87 %	24	7,95 %
Cancelamento do Ajuste	0	0,00 %	1	0,49 %	1	0,33 %
Inadimplência do Tomador/Conveniente	0	0,00 %	33	16,26 %	33	10,93 %

Problemas com a Construtora	1	1,01 %	12	5,91 %	13	4,30 %
Acórdão TCU	1	1,01 %	4	1,97 %	5	1,66 %
Interferências Externas	0	0,00 %	4	1,97 %	4	1,32 %
Total	99	100 %	203	100 %	302	100 %

Tabela 2: Acórdão TCU nº 1188/2007, p. 16.

Há a possibilidade de classificar as causas elencadas pelo TCU em dois grupos: de um lado, os motivos possivelmente ocasionados pelos contratados, aí incluídos os “problemas no projeto/execução da obra” (13,58%), “rescisão contratual” (7,95%) e “problemas com a construtora” (4,30%), que somam 25,83% do total de problemas identificados.

De outro lado, os motivos ocasionados pelo Poder Público, abrangendo manifestações originárias de diversas esferas, tais como “decisão judicial” (2,32%), “quadro bloqueio LOA” (2,65%), “questões ambientais” (2,32%), “fluxo orçamentário/financeiro” (52,65%), “cancelamento do ajuste” (0,33%), “inadimplência do tomador/conveniente” (10,93%), “acórdão TCU” (1,66%) e “interferências externas” (1,32%), que somam 74,18% das obras inacabadas da amostra.

O diagnóstico realizado pelo TCU revela, por exemplo, que, de cada quatro obras paralisadas ou inacabadas da amostra, aproximadamente três decorreram de problemas possivelmente ocasionados pelo Poder Público (74,18%) e apenas uma delas decorreu de problemas possivelmente atribuíveis aos contratados (25,83%). Também se extrai do estudo que, de cada três obras paralisadas ou inacabadas da amostra, aproximadamente duas decorrem de problemas orçamentários/financeiros de responsabilidade do Poder Público (“bloqueio

LOA”, “fluxo orçamentário/financeiro” e “inadimplência do tomador/conveniente”³²⁸ - 66,23%) e apenas uma delas está relacionada às demais causas.

331

Portanto, a partir dos dados constantes no Acórdão n.º 1188/2007-Plenário, é possível depreender que os órgãos e entidades públicas podem ser os grandes responsáveis pelas obras paralisadas e inacabadas do País, a evidenciar, desde logo, que alterações no seguro-garantia podem não ter impactos tão significativos na resolução de tal problema.

O TCU assinalou, a propósito, que a principal razão das obras da amostra analisada no Acórdão n.º 1188/2007-Plenário estarem inconclusas à época era “decorrente de problemas orçamentários e financeiros”, ressaltando que, à exceção das obras do antigo Projeto Piloto de Investimentos, que contavam com garantia de fluxo orçamentário/financeiro contínuo e não estavam sujeitas a contingenciamento, não era “o planejamento da obra ou o valor contratado pela Administração constante no cronograma físico-financeiro que determina[va] o seu desenvolvimento, e sim a disponibilidade de recursos”³²⁹, o que significa, na prática, que o inadimplemento pela Administração do pagamento das despesas correspondentes às obras executadas deveria centralizar o debate relacionado à solução do problema.

A esse respeito interessante considerar que as contratações de obras públicas em regra decorrem de procedimentos licitatórios, e que esses se desenvolvem a partir de uma fase de planejamento. As licitações relativas a obras devem observar em especial o art. 7º da Lei n.º 8.666/93, cujo § 2º reclama orçamento detalhado e previsão orçamentária³³⁰.

³²⁸ Como inadimplência do tomador/conveniente, incluem-se a falta de contrapartida, ausência de prestação de contas e desídia do administrador na execução e acompanhamento a obra.

³²⁹ Acórdão n.º 1188/2007. p. 17/27.

³³⁰ § 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando: I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório; II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários; III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma; IV - o produto dela esperado estiver contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual de que trata o [art. 165 da Constituição Federal](#), quando for o caso.

Ocorre que inexistente um regramento nacional mais apurado sobre como se realizar orçamento. Apesar de exigí-lo, a Lei n.º 8.666/93 não desce em detalhes, não explicita como ele deve ser feito, o que contraria seu próprio perfil, conhecida que é como uma lei minuciosa.

A isso se adiciona o fato de que a Lei em comento não prevê a necessidade de recursos financeiros para que cada etapa da obra tenha início. Logo, mesmo que se tenha indicado a fonte orçamentária no edital, os recursos financeiros podem não existir. A ausência de recursos em caixa adquire maior sensibilidade porque as etapas das obras podem ser autorizadas sem que exista verba para sustentá-las. A isso se alia a regra do art. 78, inciso XV, considerada cláusula exorbitante por impor um sacrifício do contratado de permanecer executando o que lhe cabe mesmo diante de atrasos nos pagamentos públicos por até 90 dias.³³¹

Vê-se, pois, com bons olhos algumas das mudanças que o PL n.º 1292/95 propõe, com realce para a redução do prazo de tolerância com o inadimplemento público (dois meses), a preocupação com a garantia dos recursos financeiros para custear a execução de etapas de obras e a previsão de atualização monetária e incidência de juros a partir de 45 dias de atraso.³³²

2.2 Acórdão n.º 1079/2019-TCU-Plenário

³³¹ Art. 78 ...XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

³³² Ver art. 136 § 2º inciso IV, art. 114 § 2º e art. 140, § 4º. A coautora deste artigo já se manifestou em diversas oportunidades como uma crítica ao excesso de uso de prerrogativas públicas que servem a encarecer o contrato. Destaca-se o seguinte trabalho. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pagamento-antecipado-por-bens-adquiridos-pelos-orgaos-publicos-na-pandemia-16042020>. Sugere-se ainda ler *O Leviatã retroalimentado: quem paga a conta das Cláusulas Exorbitantes?* disponível em www.direitodoestado.com.br. E *O fracasso do contrato administrativo*, disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/o-fracasso-do-contrato-administrativo>

O TCU elaborou, no Acórdão n.º 1079/2019-Plenário, novo diagnóstico acerca das obras paralisadas e inacabadas no País, adotando metodologia diferente do trabalho anterior já analisado.

De início, o TCU adotou, como referência, as bases de dados da Caixa Econômica Federal (14.224 contratos, equivalendo a 37,03 do total de contratos e 2,07% do investimento), do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC (10.666 contratos, equivalendo a 27,77% dos contratos e 91,11% dos investimentos), do Ministério da Educação (10.067 contratos, equivalendo a 26,21% do total de contratos) e 2,24% do investimento, da Fundação Nacional de Saúde (2.287 contratos, equivalendo a 5,95% do total de contratos e 0,67% do investimento), e do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (1.168 contratos, equivalendo a 5,95% do total de contratos e 3,92% dos investimentos), compreendendo, no total, 38.412 contratos nas seguintes situações:

Situação	Quant. de Contratos	Investimento - R\$	% Qtd	Participação % no Total de Investimento
Em reformulação	590	204.988.942,85	1,54%	0,03%
Adiantada	950	957.961.227,72	2,47%	0,13%
Atrasada	2.700	4.105.680.314,13	7,03%	0,57%
Normal/em execução/ obras/ativo em	19.728	575.829.146.944,31	51,36%	79,37%
Obra iniciada sem medição	41	44.541.721,12	0,11%	0,01%
Paralisada/inacabada	14.403	144.314.132.476,62	37,50%	19,89%

Total Geral	38.412	725.456.451.626,7 4	100,00 %	100,00%

Tabela 3: Acórdão TCU n° 1079/2019, p. 8.

Na tabela elaborada pelo TCU, 14.403 contratos estavam apontados como paralisados (média de 37,50% dos contratos), envolvendo recursos totais de aproximadamente R\$ 144 bilhões³³³. Destaca-se, a propósito, que as bases de dados utilizadas pelo TCU revelaram significativa discrepância no percentual médio de contratos paralisados, evidenciando-se, por exemplo, na base de dados do PAC, que, do total de 10.666 contratos, 2.292 estavam paralisados, representando 21% do total de contratos.

O TCU apontou, em diversos excertos do Acórdão n.º 1079/2019-Plenário, a dificuldade em obter dados confiáveis para realização do diagnóstico, o que pode ser comprovado pelo cotejamento dos dados do PAC obtidos pelo TCU com relatório elaborado pela União em junho de 2018, que apontava, à época, o total de 4.738 paralisações de obras do PAC³³⁴.

Não obstante, ao aprofundar a análise das causas das paralisações encontradas em seus trabalhos, o TCU optou, no Acórdão n.º 1079/2019-Plenário, por analisar exclusivamente as paralisações constantes na base de dados do PAC, ainda que tenha reconhecido que “os resultados podem apresentar-se distorcidos pelo fato de as obras do PAC apresentarem rito de execução diferenciado, menos propenso à retenção de recursos”³³⁵. Afinal, à semelhança do que ocorria nas obras do Projeto Piloto de Investimentos, existente na época da elaboração do

³³³ De acordo com a classificação adotada pelo TCU Acórdão n.º 1079/2019-Plenário (p. 6), obra paralisada é aquela que obedeça a qualquer dos seguintes critérios: “a. declaração pelo órgão como paralisada; b. declaração da empresa executora de que não dará continuidade à obra; c. baixa execução física do contrato, considera-se baixa execução aquele contrato que durante 3 meses avança menos que 10% da evolução física prevista inicialmente; d. não houver novas medições de serviços em período superior a 90 dias. Não devem ser admitidas como medições que alterem a classificação dos contratos aquelas que se refiram apenas a manutenção de canteiro e/ou administração local”.

³³⁴ Disponível em: http://www.pac.gov.br/pub/EmpreendimentosdoPACparalisados-Junho_2018_VF.pdf. Acesso em: 20 out. 2019.

³³⁵ Acórdão n.º 1079/2019-Plenário. p. 55.

Acórdão n.º 1188/2007-Plenário, as obras do PAC contaram, até a crise fiscal de 2015³³⁶, com fluxo garantido de recursos orçamentários e financeiros, sem a imposição de contingenciamentos, o que possivelmente repercutiu nas causas de paralisação de obras a seguir elencadas:

Motivo da paralisação	Qtd	Total (R\$ Milhões)	% Qtd	% Recursos
Técnico	1.359	R\$25.540,58	47%	19%
Abandono pela empresa	674	R\$5.842,71	23%	4%
Outros	344	R\$21.678,21	12%	16%
Orçamentário/Financeiro	294	R\$62.960,61	10%	48%
Órgãos de Controle	93	R\$4.506,36	3%	3%
SUREJudicial	83	R\$6.120,61	3%	5%
Titularidade/Desapropriação	35	R\$3.432,52	1%	3%
Ambiental	32	R\$2.145,38	1%	2%
Total Geral	2.914³³⁷	R\$132.226,99	100%	100%

Tabela 4: Acórdão TCU n.º 1079/2019, p. 21.

O Acórdão TCU n.º 1079/2019-Plenário, ainda que tenha utilizado amostra de obras do PAC, identificou que 10% das obras paralisadas decorriam de problemas orçamentários e financeiros, provavelmente relacionados à contrapartida de entes subnacionais ou aos

³³⁶ PINTO, Marcos Cesar de Oliveira. Uma História de Dois PACs: A Gestão dos Investimentos Públicos em Infraestrutura a partir do Programa de Aceleração do Crescimento. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas e Desenvolvimento). Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: 2018. p. 85-86.

³³⁷ De acordo com o Acórdão n.º 1079/2019-Plenário, a diferença entre a quantidade de obras paralisadas indicadas na Tabela 3 (p. 8 - 2292 obras) e a quantidade de obras cujas causas de paralisação são analisadas na Tabela 4 (p. 21 – 2914) decorre da inclusão, na última Tabela, das obras constantes das bases de dados do MEC e da Funasa que também estavam incluídas no PAC e foram retiradas do diagnóstico da Tabela 3 para não duplicarem os dados analisados.

contingenciamentos realizados nos recursos orçamentários e financeiros de obras do PAC a partir de 2015. No último trabalho do TCU, os motivos mais significativos das paralisações de obras foram: 47% das obras paralisadas decorriam de problemas técnicos (tendem “a se relacionar mais diretamente com falhas de projeto ou dificuldades de caráter executivo!”) e 23% das obras paralisadas decorrem de abandono da execução contratual pela empresa, totalizando 70% do total de obras paralisadas.

Em conjunto, os trabalhos do TCU, ainda que tenham adotado metodologias diferentes e focado exclusivamente em obras custeadas com recursos federais, revelam que a mitigação dos riscos para o problema em questão envolve: principalmente, a garantia de fluxo orçamentário e financeiro contínuo para garantia do adimplemento da execução contratual, hipótese corroborada pela significativa diminuição desse problema nas obras do PAC analisadas no Acórdão TCU n.º 1079/2019-Plenário³³⁸; e, depois disso, aí sim o seguro-garantia pode ter um impacto mais significativo na resolução dos problemas de obras paralisadas no País, notadamente para mitigar os riscos de abandono de obras pelas empresas e de problemas exclusivamente relacionados aos contratados pela Administração Pública.

3. As Garantias nas Contratações Públicas

O diagnóstico realizado pelo TCU demonstra, em síntese, que o Poder Público é o grande responsável por obras paralisadas ou inacabadas pelo País.

Considerando esses estudos, as garantias oferecidas pelos privados podem apenas contribuir para mitigação de problemas ocasionados pelos contratados em obras públicas, aqui compreendidas como “toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação” (art. 6º, inciso I, da Lei n.º 8.666/1993).

³³⁸ Nesse contexto, os §§ 2º e 3º do art. 114 do Substitutivo representarão um enorme avanço, pois, para cada etapa da obra a ser executada, exigir-se-á o prévio depósito em conta vinculada dos recursos financeiros necessários para custear as despesas correspondentes. “Art. 114. [...] § 2º Nas contratações de obras, a expedição da ordem de serviço para execução de cada etapa será obrigatoriamente precedida de depósito em conta vinculada dos recursos financeiros necessários para custear as despesas correspondentes à etapa a ser executada. § 3º São absolutamente impenhoráveis os valores depositados na conta vinculada a que se refere o § 2º deste artigo.”

As garantias das contratações públicas³³⁹ estão disciplinadas em dispositivos da Lei n.º 8.666/1993, da Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002, e da Lei n.º 12.462, de 4 de agosto de 2011 (Regime Diferenciado de Contratações - RDC). No caso do seguro-garantia, como será detalhado no capítulo posterior, a Circular SUSEP nº 477/2013, regulamenta tal modalidade de garantia em todo o País.

Deve ser de pronto observado que, na seara dos contratos ordinários, quais sejam, os regidos pela Lei 8.666/1993, não há regra prescrevendo a exigência de garantia privada como cláusula essencial do instrumento contratual. O art. 55, VI e o art. 56 reverberam no mesmo tom, facultando à Administração exigir ou não a prestação de garantias pelos particulares

Daí se concluir que, segundo o legislador, responsável pela Lei 8.666/93, a salvaguarda do interesse público não está condicionada à apresentação de garantia privada, como regra geral. E não se cuida de legislador desatento à previsão de prerrogativas. Ao contrário, a Lei 8.666/93 as traz em número considerável, sob a justificativa de que a proteção do interesse público assim reclama. Esse aspecto precisa ser considerado porque reforça a avaliação do então legislador sobre a desnecessidade ou inconveniência de se prescrever a inafastabilidade das garantias.

Caberá, pois, à Administração Pública, na fase preparatória da licitação, quando entender necessário acautelar o interesse público de forma mais intensa, incluir, motivadamente, tal exigência no instrumento convocatório de suas contratações, inclusive todos os elementos necessários para sua aceitação³⁴⁰.

O ordenamento jurídico reserva espaços decisórios ao administrador dada a incapacidade do legislador de antever sempre soluções que melhor enderecem o interesse público. Daí concluir que a liberdade administrativa, quando assegurada, é sempre relativa porque emoldurada pela ordem jurídica e atrelada à finalidade pública, razão pela qual a raiz de

339 As garantias a serem analisadas não podem ser confundidas com as “garantias técnicas”, que também são admitidas pela legislação vigente e são normalmente exigidas pela Administração por determinado período posterior à execução do contrato, para assegurar a integridade, solidez e durabilidade do objeto entregue ou executado. Ver: JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

340 MENDES, Renato Geraldo. Lei de Licitações e Contratos Anotada. 9. Ed. Curitiba: Zênite, 2013.

legitimidade há de estar exposta. A atuação administrativa gozará de prestígio caso esteja presente motivação densa, apta a explicar as escolhas adotadas, suficiente para que se possa compreender o caminho percorrido.

Alegações com base em cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados não são bastante para sustentar a decisão pela cláusula da garantia, como bem preconiza o art. 20 introduzido na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro por meio da Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018³⁴¹

Com efeito, a justificativa há explicar os motivos que conduziram a opção pela imposição de prestação de garantia pelo particular, sobretudo porque não se trata de escolha indolor. A atratividade do certame e o valor do contrato poderão ser impactados. Garantias privadas podem de tal sorte onerar a proposta, pelo que o melhor caminho é não vulgarizar seu uso.

Se a Administração exigir a prestação de garantia, o § 1º do art. 56 da Lei n.º 8.666/1993 faculta ao particular optar pela modalidade de garantia que lhe é mais favorável, entre as arroladas nos incisos do citado dispositivo legal. Embora os custos relacionados à garantia sejam repassados ao valor cobrado da Administração³⁴², como a lei faculta ao particular escolher a modalidade de garantia, ele obviamente optará por aquela que lhe é mais vantajosa, o que possibilita a apresentação de proposta mais competitiva na fase pré-contratual ou, até mesmo, a obtenção de lucros mais elevados na fase de execução contratual³⁴³, a evidenciar a

³⁴¹ Decreto-Lei nº 4.657, de 4/9/1942 - “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.” (Incluído pela Lei nº 13.655/2018)

³⁴² De acordo com os Acórdãos 2622/2013-Plenário-TCU e 3034/2014-Plenário-TCU, na taxa de BDI que compõem a planilha de custos das obras, o TCU determina a inclusão dos valores relativos aos seguros, o que denota, por óbvio, que seus custos são efetivamente repassados à Administração. Ver: Tribunal de Contas da União. Obras Públicas – Recomendações Básicas para a Contratação e Fiscalização de Obras em Edificações Públicas. 3. ed. Brasília: TCU, 2013. p. 24.

³⁴³ Eduardo Fiuza explica que, “se os fornecedores forem livres para escolherem eles mesmos as mesmas garantias oferecidas, dificilmente escolherão a eficiente, já que não têm incentivos a internalizar as externalidades infligidas à Administração por suas escolhas”. In.: FIUZA, Eduardo. P. S. Licitações e governança de contratos: a visão dos economistas. p. 269. In: SALGADO, Lúcia H.; FIUZA, Eduardo P.S. (Org.). Marcos Regulatórios no Brasil: É tempo de rever regras? Rio de Janeiro: IPEA, 2009. p. 239-274.

necessidade de a Administração efetivamente se preocupar com a correta especificação, no instrumento convocatório, de todos os elementos necessários para aceitação da garantia.

3.1 Garantias da Licitação

Na fase pré-contratual, à exceção das licitações disciplinadas pela Lei n.º 10.520/2002, que veda a exigência de garantia da proposta em pregão³⁴⁴, existe a possibilidade de a Administração exigir, nos termos do inciso III do art. 31 da Lei n.º 8.666/1993, como requisito de qualificação econômico-financeira para habilitação do licitante nas contratações de obras, serviços e compras, a apresentação de garantia no limite máximo de até 1% (um por cento) do valor da contratação, devendo atentar, a teor do disposto no § 2º do art. 31 da Lei de Licitações³⁴⁵, para a seguinte Súmula do Tribunal de Contas da União (TCU):

“Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração pode exigir das licitantes, de forma não cumulativa, capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços”. (Súmula TCU n.º 275)

O TCU vedou, em reiteradas decisões, a exigência de apresentação de garantia da proposta antes da data da apresentação dos documentos de habilitação, ao fundamento de que tal prática permitiria o conhecimento antecipado dos licitantes, o que facilita o conluio, e

³⁴⁴ Lei n.º 10.520/2002 [...] Art. 5º É vedada a exigência de: I – garantia de proposta; [...]”. Daí decorre o entendimento consagrado no Acórdão n.º 1517/2015-Plenário TCU: “A exigência de comprovação de prestação de garantia da proposta a que alude o art. 31, inciso III, da Lei n.º 8.666/1993 não encontra amparo no âmbito do pregão, conforme se depreende do art. 5º, inciso I, da Lei 10.520/2002.”

³⁴⁵ Há controvérsia acerca da constitucionalidade do inciso III do art. 31 da Lei n.º 8.666/1993 à luz da parte final do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal (“[...] somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”), prevalecendo, a exemplo da posição de Jessé Torres Pereira Junior, entendimento que defende a constitucionalidade do referido dispositivo legal. In.: Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 13. Ed. São Paulo: Dialética, 2009.

reduziria indevidamente o prazo legal para os licitantes obterem os documentos de habilitação, o que constitui um fator restritivo à competitividade³⁴⁶.

Decerto, ao buscar mitigar riscos relacionados à licitação, a garantia da proposta objetiva assegurar a participação de particulares que tenham condições mínimas para competir no certame, estimular os licitantes a serem mais responsáveis na apresentação de suas propostas e incentivar o licitante vencedor a assinar o respectivo instrumento contratual³⁴⁷. Quando o licitante não mantiver sua proposta, aí sim a garantia suportará custos adicionais relacionados à convocação do segundo colocado ou à realização de uma nova licitação.

3.2 Garantias da Execução Contratual

A Administração pode, na fase contratual, ainda que a licitação seja disciplinada pela Lei n.º 10.520/2002 ou pela Lei n.º 12.462/2011 (RDC), exigir da pessoa física ou jurídica apresentação de garantia no momento da celebração do instrumento contratual (inciso VI do art. 55 c/c caput do art. 56 da Lei n.º 8.666/1993), não se admitindo, em decisões reiteradas do TCU, a possibilidade de exigência dessa garantia em momento anterior à assinatura do contrato³⁴⁸.

Com efeito, à exceção das licitações sob a égide da Lei n.º 12.462/2011, que admitem a exigência de garantia em percentuais superiores³⁴⁹, aplica-se o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 56 da Lei n.º 8.666/1993, que dispõem que a exigência de garantia não excederá 5% (cinco por

³⁴⁶ Ver: Acórdãos 2923/2010-Plenário TCU; 2074/2012-Plenário TCU; 3014/2015-Plenário TCU; 6193/2015-Plenário TCU; 802/2016-Plenário TCU; 2552/2017-Plenário TCU; 447/2018-Plenário TCU.

³⁴⁷ De acordo com o Acórdão 1790/2014-Plenário TCU, nas garantias prestadas por empresas consorciadas, aplica-se o seguinte entendimento: “É irregular a exigência de garantia de proposta para todas as empresas participantes de consórcio, mesmo que de modo proporcional à participação de cada uma. A garantia pode ser satisfeita por qualquer uma das integrantes, ainda que tenha participação minoritária. As empresas formadoras do consórcio são responsáveis solidárias pelos atos praticados na licitação, por força do disposto no art. 33, inciso V, da Lei 8.666/1993”.

³⁴⁸ Ver: Acórdãos 401/2008-Plenário TCU; 2292/2010-Plenário TCU.

³⁴⁹ De acordo com o inciso IV do art. 4º da Lei n.º 12.462/2011, no RDC, as condições de aquisição, de seguros, de garantias e de pagamento devem ser compatíveis com as condições do setor privado. Por conta disso, consagrou-se o entendimento de que, no “RDC, é possível a exigência de garantia superior às previstas no art. 56 da Lei de Licitações, desde que devidamente motivada e proporcional aos riscos assumidos” (Acórdão 2745/2013-Plenário TCU).

cento) do valor do contrato³⁵⁰, ressalvadas as contratações de grande vulto com alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis³⁵¹, comprovados em parecer técnico aprovado pela autoridade competente, que admitem a elevação da garantia para até 10% (dez por cento) do valor do contrato³⁵².

A garantia da execução contratual tem objetivos semelhantes à garantia exigida na licitação. Na espécie, em acréscimo aos requisitos de habilitação, busca-se mitigar riscos afastando-se, de início, todos aqueles que não tiverem condições de prestar a garantia na forma estabelecida no edital e, depois de celebrado o contrato, incentivando o contratado a honrar as obrigações pactuadas. O adimplemento integral do contrato ou a rescisão contratual sem culpa do contratado, conforme § 4º do art. 56 c/c inciso I do § 2º do art. 79 da Lei Geral de Licitações, ensejarão a liberação ou restituição da garantia à pessoa física ou jurídica contratada, inclusive com a atualização do respectivo valor quando prestada a garantia mediante caução em dinheiro.

De acordo com o inciso III do art. 80 da Lei n.º 8.666/1993, no caso de rescisão contratual por culpa do contratado³⁵³, a Administração deverá executar a garantia contratual, de

³⁵⁰ O valor da garantia deve ser mantido atualizado durante toda a execução contratual, observando-se, para tanto, eventuais alterações do valor total do contrato. V.: Acórdãos 1836/2008-Plenário TCU; 3404/2010-Plenário TCU; 2599/2011-Plenário TCU; 3253/2011-Plenário TCU; 2372/2013-Plenário TCU.

³⁵¹ Nos termos do inciso V do art. 6º da Lei n.º 8.666/1993, considera-se contratação de grande vulto “aquelas cujo valor estimado seja superior a 25 (vinte e cinco) vezes o limite estabelecido na alínea “c” do inciso I do caput do art. 23 desta Lei”. Como o art. 120 da Lei n.º 8.666/1993 prevê a atualização dos valores constantes na Lei de Licitações, o Decreto n.º 9.412, de 18 de junho de 2018, estabeleceu o valor de R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil) para a alínea “c” do inciso I do caput do art. 23 da Lei n.º 8.666/1993, definindo-se, a partir disso, como contratação de grande vulto, aquelas com valor superior a R\$ 82.500.000,00 (oitenta e dois milhões e quinhentos mil reais).

³⁵² A Lei Geral de Licitações prevê outras duas situações de acréscimo excepcional do valor da garantia, a saber: “Art. 48 [...] § 2º Dos licitantes classificados na forma do parágrafo anterior cujo valor global da proposta for inferior a 80% (oitenta por cento) do menor valor a que se referem as alíneas “a” e “b”, será exigida, para a assinatura do contrato, prestação de garantia adicional, dentre as modalidades previstas no § 1º do art. 56, igual a diferença entre o valor resultante do parágrafo anterior e o valor da correspondente proposta.”; [...] Art. 56 [...] § 5º Nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens.”

³⁵³ As hipóteses de inadimplemento que fundamentam rescisão por culpa do contratado são especificadas nos incisos I a XI do art. 78 da Lei n.º 8.666/1993, a saber: “Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos; II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos; III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados; IV - o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento; V - a paralisação da obra, do

modo a compensar os prejuízos decorrentes do inadimplemento ocasionado pela pessoa física ou jurídica contratada, o que, em regra, devido aos limites percentuais já expostos, não ocorre de forma integral, pois o valor das garantias geralmente suporta apenas os valores das multas aplicadas ao contratado, conforme previsto no § 2º do art. 86 da Lei Geral de Licitações³⁵⁴.

4. O Seguro-Garantia

O seguro-garantia é, na legislação vigente, uma alternativa à disposição dos particulares, que podem, como já destacado, nas hipóteses em que a Administração exige garantias, por ele optar.

O art. 6º, inciso VI, da Lei n.º 8.666/1993 define o seguro-garantia como “o seguro que garante o fiel cumprimento das obrigações assumidas por empresas em licitações e contratos”. O legislador não disse nada além do óbvio, porque todas as modalidades de garantia preordenam-se exatamente a garantir que o contrato reste cumprido.

Interessante ponderar se nas obras inconclusas, por culpa do privado, se exigiu garantia, mais especificamente o seguro garantia. Se sim, pode-se concluir que a finalidade que se perseguia com a exigência de garantia não fora alcançada. Seria porque o percentual máximo de garantia que hoje se pode exigir é insuficiente para impulsionar o cumprimento ou haveria necessidade de outros ajustes a fim de aperfeiçoar o instrumento?

serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração; VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato; VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores; VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei; IX - a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil; X - a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado; XI - a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato; [...]”

³⁵⁴ Lei n.º 8.666/1993 [...] “Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato. § 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei. § 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.”

Nos debates já realizados pelo Congresso Nacional na tramitação do PL n.º 1.292/1995 e dos seus apensados, essa modalidade de garantia foi apontada como possível alternativa para resolução dos problemas relacionados às obras não concluídas, inclusive fazendo-se referência à experiência dos Estados Unidos.

4.1 As Origens do Seguro-Garantia

A preocupação com o correto cumprimento dos contratos não é particularidade brasileira. Nos Estados Unidos, o Federal Acquisition Regulation também se ocupa do tema.

355

Nos moldes do FAR, diploma que conduz as licitações e contratações públicas no âmbito federal dos Estados Unidos, há diferença entre responsibility e responsiveness. A capacidade de cumprir todos os requisitos de uma oferta corresponde à *responsiveness*. Responsabilidade, ou responsibility, por outro lado, envolve a questão de saber se o licitante pode ou irá “executar” como prometeu, e ao contratante é concedida uma grande margem de poder de decisão para chegar a essa conclusão.

O seguro-garantia (“*surety bond*”), explica Fernando Galiza, foi concebido, nos Estados Unidos, por meio do “*Heard Act*” de 1893, como instrumento para possibilitar à Administração Pública transferir para o setor privado riscos relacionados ao inadimplemento

³⁵⁵ Importante considerar que nos Estados Unidos não há uma lei nacional de licitação e contratação pública. Portanto, quando se aborda o “modelo norte-americano de contratação pública, a alusão é ao FAR- Federal Acquisition Regulation, que disciplina o tema na órbita federal. Os estados que compõem os Estados Unidos da América gozam de liberdade para legislar sobre o tema, o que se afasta do formato brasileiro, a concentrar na União a competência para a edição de normas gerais.

A comparação entre os dois sistemas, brasileiro e norte-americano, não é tão singela já pela descentralização da competência legislativa. Mas avança-se para além disso. Os países são produtos de movimentos históricos muito distintos, bem como influenciados por religiões diversas. Os dois fatores são fundamentais para a compreensão das diferenças. Embora o FAR e a Lei 8666/93 sejam diplomas extensos, descendo em detalhes na tratativa da matéria, o primeiro reconhece ao administrador inúmeras vezes espaços de discricionariedade. Os fluxos e condutas prescritos no FAR podem ser afastados, em diversos momentos. A discricionariedade não é recebida com a desconfiança encarada no Brasil. Sugerimos ler GIACOMUZZI, José Guilherme. Estado e Contrato: supremacia do interesse público “versus” igualdade um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo. São Paulo: Malheiros, 2011.

dos seus contratados. Especialmente com o “Federal Miller Act” de 1935, o seguro-garantia passou a cobrir diversos riscos associados a uma contratação pública, exsurto diferentes espécies de seguro-garantia (por exemplo, “*bid bond*”, para garantia das obrigações relacionadas às licitações, “*performance bond*”, para garantia da execução contratual, e “*labor and material bond*”, para garantia do pagamento de obrigações com a mão de obra, com os fornecedores e com os subcontratados)³⁵⁶.

A apólice conforma, no seguro-garantia, uma relação entre três sujeitos: primeiro, o tomador do seguro, que pagará o prêmio para fins de emissão da apólice; segundo, a seguradora, que receberá o prêmio, depois emitirá a apólice e, assim, garantirá as obrigações do tomador, podendo, inclusive, nesse ínterim, exigir contragarantias do tomador do seguro; e, terceiro, o segurado, que é o credor da obrigação do tomador e o beneficiário da apólice emitida pela seguradora^{357 358}:



356 GALIZA, Francisco. Uma análise comparativa do Seguro Garantia em obras públicas. Escola Nacional de Seguros, 2015. Disponível em: http://www.ens.edu.br/arquivos/estudos_ed29_fgaliza_1.pdf. Acesso em: 15 jun. 2018.

357 A Circular Susep n.º 477, de 30/9/2013 traz algumas definições importantes: “Anexo I [...] 2.14. **Seguradora**: a sociedade de seguros garantidora, nos termos da apólice, do cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador”; “Art. 6º [...] II - **Tomador**: devedor das obrigações por ele assumidas perante o segurado”; “Anexo I [...] 2.9. **Prêmio**: a importância paga pelo tomador à seguradora, em função da cobertura do seguro, e que deverá constar na apólice ou endosso”; “Anexo I [...] 2.1. **Apólice**: documento, assinado pela seguradora, que representa formalmente o contrato de seguro-garantia”; “Art. 6º [...] § 1º [...] II - **Segurado**: a Administração Pública ou o Poder Concedente”; “Anexo I [...] 2.6. **Endosso**: instrumento formal, assinado pela seguradora, que introduz modificações na apólice de seguro-garantia, mediante solicitação e anuência expressa das partes”; “Art. 6º [...] I - **Sinistro**: o inadimplemento das obrigações do tomador cobertas pelo seguro.” Disponível em:

<http://www2.susep.gov.br/bibliotecaweb/docOriginal.aspx?tipo=1&codigo=31460>. Acesso em: 26 ago. 2019.

358 Escola Nacional de Seguros. Seguro-Garantia. 7ª ed. Rio de Janeiro: Funenseg, 2016. p. 14.

Dessa forma, a apólice garante a um terceiro (segurado) que o tomador dispõe, a princípio, de condições técnicas, econômicas e financeiras para honrar as obrigações assumidas na forma e no prazo acordados, responsabilizando a seguradora, a partir disso, por eventual inadimplemento do tomador³⁵⁹. O risco do inadimplemento do particular é transferido para as seguradoras nos limites estabelecidos nas apólices, que, no modelo norte-americano, garantem, em regra, 100% (cem por cento) do valor do contrato nas obras federais, a revelar uma estrutura de incentivos favorável à adoção pelas seguradoras de todas as cautelas necessárias para evitarem responsabilização futura.

As seguradoras promovem, antes da emissão das apólices, análises aprofundadas dos tomadores de seguro, normalmente exigindo a apresentação de contragarantias em seu favor³⁶⁰; e, depois de emitidas as apólices, as seguradoras ainda promovem contínuo acompanhamento da atuação dos tomadores, com o objetivo de se precaverem de possíveis inadimplementos, caracterizadores de sinistro. Por conta disso, nos Estados Unidos, a Administração Pública acaba tendo mais segurança das condições técnicas, econômicas e financeiras do contratado e, em especial, do regular cumprimento das obrigações pactuadas, o que lhe proporciona ganhos de eficiência consideráveis por se desincumbir de atividades realizadas pela seguradora.

Na hipótese de inadimplemento do tomador, a Administração deve observar algumas formalidades, a começar pela notificação da seguradora da ocorrência de inadimplemento, o que ocasionará a realização de uma investigação sobre as causas subjacentes ao não cumprimento das obrigações pelo tomador e, ao final, quando constatada a cobertura do sinistro pela apólice, ensejará a assunção pela seguradora da responsabilidade pelos danos causados ao segurado, admitindo-se, no caso da modalidade “performance bond”, que a seguradora escolha uma das seguintes alternativas:

359 GALIZA, Francisco. *Op. Cit.* p. 17-18.

360 De acordo com Modesto Carvalhosa, quando firmado um contrato de seguro-garantia, é firmado simultaneamente outro contrato de indenização em favor da seguradora, que é subscrito pelo tomador do seguro e, se for o caso, por seus administradores e por demais pessoas jurídicas do grupo empresarial, tendo por objeto a indenização ou o reembolso dos valores pagos pela seguradora ao segurado pela inadimplência total ou parcial do tomador. *In.*: CARVALHOSA, Modesto. Combate efetivo à corrupção depende da quebra do capitalismo de laços. 12 jul. 2018. Disponível em: www.conjur.com.br. Consulta em: 30 jun. 2019.

“1 - Assumir ela própria seguradora o restante da obra, como general contractor; ou

2 - Contratar um novo general contractor; ou

3 - Financiar o próprio contratante inadimplente para a complementação da obra, desde que dentro dos prazos contratados; ou

4 - Indenizar o ente público, não assumindo nenhum compromisso com o término da obra; ou

5 - Recusar o pagamento do bônus por descumprimento das obrigações contratuais da Apólice por inadimplência do ente público;”³⁶¹

No modelo norte-americano³⁶², o seguro-garantia é, em essência, um instrumento que alcança sua finalidade, o que significa, na prática, a efetiva mitigação dos riscos de obras paralisadas ou inacabadas, com as seguradoras realmente contribuindo para a solução dos problemas nos casos de inadimplemento dos segurados.

4.2 A Experiência Brasileira

No Brasil, o seguro-garantia também é fundamentado na relação entre tomador do seguro, responsável pelo pagamento do prêmio, seguradora, responsável pela emissão da apólice após o recebimento do prêmio, e segurado, credor da obrigação do tomador e beneficiário da apólice emitida pela seguradora. Contudo, embora tenha sido influenciado pelo modelo norte-americano, o seguro-garantia possui muitas peculiaridades, que acabam comprometendo os resultados alcançados por essa modalidade de garantia.

As peculiaridades brasileiras do seguro-garantia serão, a partir de agora, objeto de análise cuidadosa, com vistas a revelar os motivos que têm impossibilitado o seguro-garantia, ainda que a emissão da primeira apólice tenha ocorrido em 1972 para garantir obrigações

361 CARVALHOSA, Modesto. Combate efetivo à corrupção depende da quebra do capitalismo de laços. 12 jul. 2018. Disponível em: www.conjur.com.br. Consulta em: 30 jun. 2019.

relacionadas ao sistema de controle do Metrô de São Paulo³⁶³, de efetivamente alcançar o seu objetivo, que é, em tese, assegurar “o fiel cumprimento das obrigações assumidas por empresas em licitações e contratos”³⁶⁴.

4.2.1 Principais Características do Mercado de Seguro-Garantia Aplicável ao Setor Público

De início, antes de adentrar na regulamentação do seguro-garantia em licitações e contratos, convém apresentar alguns dados consolidados da SUSEP relativos ao “ramo 0775: Segurado Setor Público”³⁶⁵.

A análise jurídica a ser posteriormente empreendida não pode estar desvinculada da realidade do mercado, especialmente da evolução dos valores desembolsados para pagamento de prêmios a seguradoras e dos valores despendidos pelas seguradoras para indenização de sinistros à Administração entre 2011 e 2019, bem como da concentração de seguradoras que emitiram apólices de seguro-garantia do ramo especificado em 2019:

³⁶³ Escola Nacional de Seguros. Seguro-Garantia. 7º ed. Rio de Janeiro: Funenseg, 2016. p. 11.

³⁶⁴ Após análise do seguro-garantia no País, Adilson Neri Pereira afirmou que, na melhor das hipóteses, o objetivo alcançado é indenizatório, voltado exclusivamente a reparar prejuízos decorrentes do inadimplemento. In.: PEREIRA, Adilson Neri. Seguro de Garantia de Obrigações em Contratos Administrativos. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico). Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo: 2017. p. 132.

³⁶⁵ Na Circular SUSEP n.º 477/2013, a Entidade reguladora disciplinou o “ramo 0775: Segurado Setor Público” (Anexo I) e o “ramo 0776: Segurado Setor Privado” (Anexo II). Na elaboração dos gráficos 1 e 2, foram utilizados dados do “ramo 0775 – Segurado Setor Público” exclusivamente, obtidos no Sistema de Estatísticas da SUSEP, especificamente na consulta Operações – Seguros: Prêmios e Sinistros. Disponível em: <http://www2.susep.gov.br/menuestatistica/SES/premiossinistros.aspx?id=54>. Acesso em 20 mar. 2020.

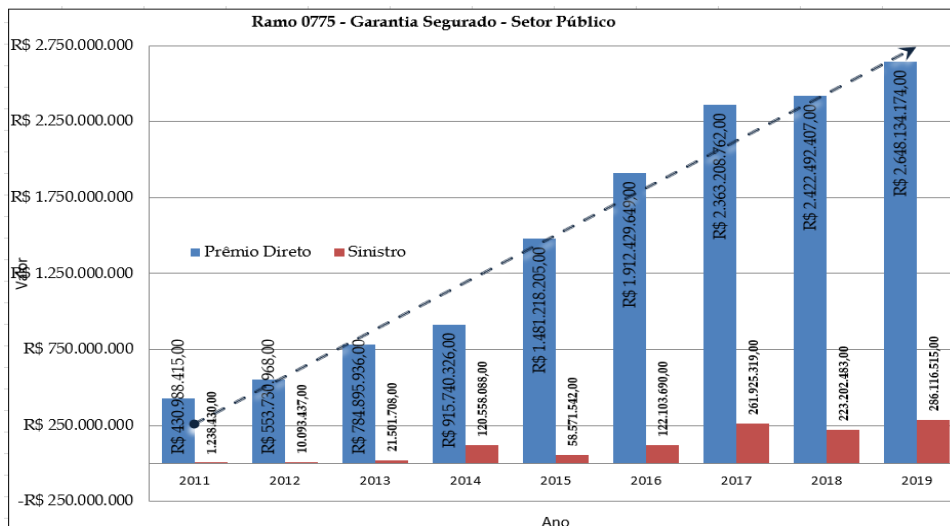


Gráfico 1: Prêmio vs. Sinistro de 2011 a 2019 - Ramo 0775 – Setor Público

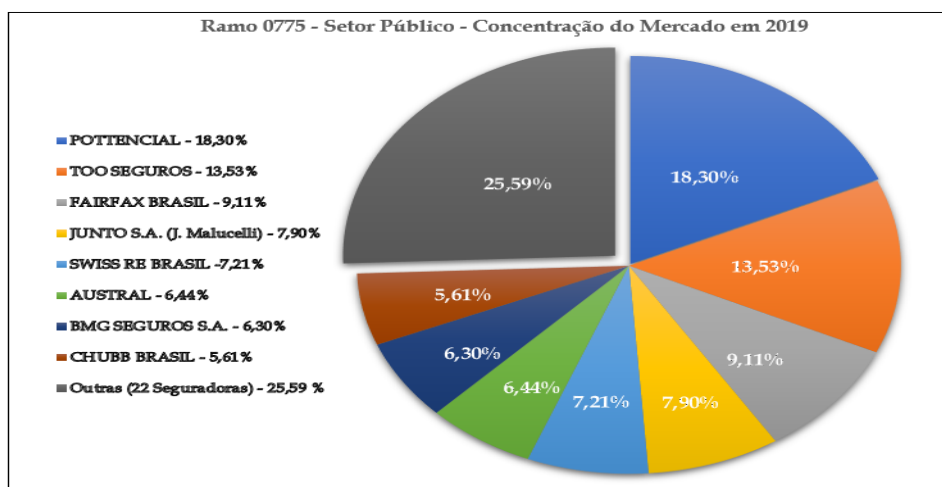


Gráfico 2 – Concentração do Mercado em 2019 - Ramo 0775 – Setor Público

No geral, ainda que não contemple exclusivamente o seguro-garantia utilizado em licitações e contratos, os dados da SUSEP demonstram que o “ramo 0775: Segurado Setor Público” vem conquistando cada vez mais espaço no País. Observa-se, contudo, de um lado, a

elevada desproporção entre os valores de prêmios e sinistros (gráfico 1)³⁶⁶; e, de outro lado, ainda que trinta seguradores tenham emitido apólices do ramo já especificado em 2019, a concentração de aproximadamente 75% de todos os prêmios de seguro-garantia em oito seguradoras (gráfico 2).

4.2.2 A Regulamentação do Seguro-Garantia Aplicável ao Setor Público pela SUSEP

O seguro-garantia no País é regulamentado pela Circular SUSEP n.º 477/2013³⁶⁷, aqui interessando, além dos arts. 1º a 25 da Circular, as condições gerais e especiais constantes no Anexo I, aplicáveis exclusivamente às modalidades e à cobertura adicional do “ramo 0775: Segurado Setor Público”). É, a essa altura, importante destacar o art. 4º da Circular já especificada:

“Art. 4º Define-se Seguro-Garantia: Segurado – Setor Público o seguro que objetiva garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurado em razão de participação em licitação, em contrato principal pertinente a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, concessões ou permissões no âmbito dos Poderes da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios ou ainda as obrigações assumidas em função de:

I – processos administrativos;

II – processos judiciais, inclusive execuções fiscais;

³⁶⁶ De acordo com a Escola Nacional de Seguros, o seguro-garantia se caracteriza pela severidade das perdas, não pela frequência, o que pode, em princípio, justificar a elevada desproporção entre valores de prêmios e sinistros. *In.*: Escola Nacional de Seguros. Seguro-Garantia. 7ª ed. Rio de Janeiro: Funenseg, 2016. p. 30.

³⁶⁷ O art. 36, alínea “b”, do Decreto-Lei n.º 73, de 21/11/1966, estabelece a competência da SUSEP para “baixar instruções e expedir circulares relativas à regulamentação das operações de seguro”. Disponível em: <http://www2.susep.gov.br/bibliotecaweb/docOriginal.aspx?tipo=1&codigo=31460>. Acesso em: 26 ago. 2019..

III – parcelamentos administrativos de créditos fiscais, inscritos ou não em dívida ativa;

IV – regulamentos administrativos.”

Como se constata, o “ramo 0775: Segurado Setor Público” não se limita a garantir, em favor de órgão ou entidade integrante da Administração Pública, riscos de tomadores relacionados a contratações públicas, também contemplando, por meio de planos padronizados e não-padronizados³⁶⁸, coberturas relacionadas a obrigações atinentes a concessões/permissões, processos administrativos e judiciais, parcelamentos administrativos de créditos fiscais e, até mesmo, regulamentos administrativos. Portanto, o “ramo 0775: Segurado Setor Público” é gênero que comporta dez modalidades de seguros e uma garantia adicional, cujas coberturas não estão limitadas apenas a obrigações relacionadas a contratações públicas.

O seguro-garantia, inclusive na modalidade utilizada em contratos administrativos (“Modalidade II – Seguro-Garantia para Construção, Fornecimento ou Prestação de Serviços”, que é o produto que mais se aproxima do “*performance bond*” dos Estados Unidos)³⁶⁹, além de estar subordinado aos ditames da Circular SUSEP n.º 477/2013, também está sujeito a condições gerais aplicáveis ao “ramo 0775: Segurado Setor Público” (Capítulo I do Anexo I),

³⁶⁸ De acordo com a Circular SUSEP n.º 265, de 16/8/2004, plano padronizado é “plano de seguro cujas condições contratuais são idênticas àsquelas: a) constantes das normas publicadas pela SUSEP ou Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP, incluindo a tarifação padronizada, quando prevista; ou b) aprovadas pelo Conselho Diretor da SUSEP e disponibilizadas em seu site.”; e plano não-padronizado é o “plano de seguro cujas condições contratuais e nota técnica atuarial são elaboradas pela própria sociedade seguradora”. A Circular SUSEP n.º 477/2013 estabelece, nos arts. 18 a 20, as regras para as seguradoras ofertarem produtos do “ramo 0775: Segurado Setor Público”, admitindo a oferta de planos padronizados nos termos da própria Circular e também de planos não-padronizados, desde que previamente aprovados pela Entidade reguladora. Disponível em: <https://www2.susep.gov.br/bibliotecaweb/docOriginal.aspx?tpo=1&codigo=16029>. Acesso em 30 set. 2019

³⁶⁹ A Circular SUSEP n.º 477/2013, no Capítulos II do Anexo I, assim define a “Modalidade II Seguro-Garantia para Construção, Fornecimento ou Prestação de Serviços” - “1. Objeto: Este seguro garante a indenização, até o valor da garantia fixado na apólice, pelos prejuízos decorrentes do inadimplemento das obrigações assumidas pelo tomador, em contrato de construção, fornecimento ou prestação de serviços, firmado entre ele e o segurado, e coberto pela apólice.”

condições especiais de cada produto padronizado pela SUSEP (Capítulos II e III do Anexo I) e condições particulares estabelecidas pelas seguradoras em suas respectivas apólices³⁷⁰.

É importante conhecer o procedimento prévio à emissão da apólice pela seguradora. O interessado na obtenção de apólice de seguro-garantia – por exemplo, o licitante ou potencial contratado pela Administração Pública - deve apresentar proposta à seguradora, que, nos termos do item 3 do Capítulo I do Anexo I da Circular SUSEP n.º 477/2013, analisará, no prazo de 15 (quinze) dias (passível de prorrogação quando exigidos documentos complementares ou quando necessária manifestação de ressegurador), os elementos necessários para aceitação do risco, aí incluídos o próprio tomador e o objeto relacionado às obrigações a serem garantidas.

No País, ainda que existam muitas peculiaridades, a análise dos tomadores também é apontada como uma das grandes vantagens do seguro-garantia³⁷¹, o que pode ser constatado em materiais que orientam a atuação das próprias seguradoras:

“Através da fiança, o banco é fiador das responsabilidades assumidas pelo contratado, enquanto no seguro, a seguradora garante que o contrato realizará a obra ou os serviços a que se propõe. Para dar uma carta de fiança, o banco leva em consideração, exclusivamente, a capacidade financeira da empresa. Ou seja, a capacidade de esta empresa (tomador) ressarcir o banco de despesas dele com a empresa afiançada. [...]”

“No Seguro Garantia, ao contrário, a seguradora que emite a apólice analisa não só os aspectos da saúde econômico-financeira da empresa tomadora, mas também a sua capacidade técnica para executar aquilo a que se propõe. Analisa os seus balanços e sua experiência em contratos

³⁷⁰ Circular SUSEP n.º 477/2013 [...] Anexo I [...] Capítulo I [...] “2.2. Condições Gerais: conjunto das cláusulas, comuns a todas as modalidades e/ou coberturas de um plano de seguro, que estabelecem as obrigações e os direitos das partes contratantes. 2.3. Condições Especiais: conjunto das disposições específicas relativas a cada modalidade e/ou cobertura de um plano de seguro, que alteram as disposições estabelecidas nas Condições Gerais. 2.4. Condições Particulares: conjunto de cláusulas que alteram, de alguma forma, as Condições Gerais e/ou Condições Especiais, de acordo com cada segurado.”

³⁷¹ Fundação Escola Nacional de Seguros. O garante: as perspectivas do seguro garantia no Brasil. Caderno de Seguro. Rio de Janeiro, jan./fev. 1999, p. 8.

anteriores, constituindo-se numa verdadeira pré-qualificação. Antes da emissão de qualquer apólice, a seguradora analisa, ainda, o edital de licitação ou o contrato a ser assinado, para verificar se a empresa tomadora tem condições de realizá-lo, observando, principalmente, o preço, as cláusulas e o prazo”.³⁷²

As seguradoras promovem análises do tomador e do objeto a ser segurado, o que, em conjunto, objetiva mitigar os riscos relacionados à emissão da apólice, isto é, diminuir a possibilidade de posterior ocorrência de sinistro.

De início, a partir de documentos disponibilizados e de bases de dados existentes, as seguradoras avaliam apenas o tomador (inclusive, se for o caso, os sócios/acionistas), com objetivo de conhecer o seu caráter/reputação (“refere-se à situação do tomador na praça, bem como à constituição legal do tomador”), a sua capacidade econômico/financeira (objetiva “projetar sua capacidade de pagamento”) e à sua capacidade técnica (isto é, a capacidade do tomador em “cumprir determinado tipo de obrigação e sua experiência em contratos semelhantes”), definindo, então, previamente limites de garantia que disponibilizará ao tomador para posterior emissão de apólices. Depois disso, em cada caso, as seguradoras avaliam o objeto da garantia e, aí sim, identificam os riscos específicos a que estarão sujeitas na hipótese de emissão da apólice³⁷³, o que leva Eduardo Fiuza e Bernardo Medeiros³⁷⁴ a apresentarem a seguinte conclusão:

“o comprador deveria dar preferência a seguros-garantia em vez de cauções em dinheiro ou fianças bancárias, pois o acesso do contratado ao seguro-garantia é um sinalizador muito mais eficaz de sua solvência, e o custo maior do seguro-garantia para firmas menos solventes será

³⁷² Escola Nacional de Seguros. Seguro-Garantia. 7ª ed. Rio de Janeiro: Funenseg, 2016. p. 12.

³⁷³ Escola Nacional de Seguros. Seguro-Garantia. 7ª ed. Rio de Janeiro: Funenseg, 2016. p. 27-30.

³⁷⁴ FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. A reforma da Lei 8.666/93 e do arcabouço de comprar públicas no Brasil: contribuições do IPEA à Consulta Pública do Senado (Nota Técnica n.º 8). Brasília: IPEA, nov. 2013.

transmitido a seus lances, reduzindo suas chances de ganhar o contrato”.

A seguradora deverá, em cada caso, emitir a apólice para formalizar a aceitação do risco, de modo a disciplinar a relação entre seguradora, tomador e segurado. Em contrapartida, o tomador apresentará contragarantias à seguradora³⁷⁵ e também pagará o denominado prêmio, cujo valor equivale, na atualidade, a um percentual de 0,3% a 1,5% do valor nominal garantido na apólice³⁷⁶. O prêmio cobrado para assunção do risco, explica Cesar Van Der Laan³⁷⁷, “independentemente do valor coberto, já considera a expectativa de ocorrência de sinistro, que está atrelada ao risco do segurado e da própria viabilidade inerente ao objeto a ser segurado”.

Dessa forma, os valores auferidos como prêmio são utilizados pelas seguradoras para cobrir custos relacionados à emissão de apólices, ao acompanhamento da execução contratual e à cobertura de eventuais sinistros, possibilitando, ainda, ao final, a obtenção de lucro. Se o tomador não pagar o prêmio na data fixada na apólice, a Circular SUSEP n.º 477/2013 estabelece que o seguro-garantia continuará em vigor, a saber:

³⁷⁵ As contragarantias são fundamentais para o seguro-garantia e são exigidas pelas seguradoras dos tomadores de seguro para, inicialmente, demonstrar a capacidade econômico-financeira dos tomadores e, no caso de inadimplemento, para possibilitar seu “ressarcimento junto ao tomador e seus fiadores (normalmente, os sócios da empresa tomadora)” de valores pagos aos segurados ou de prêmios não adimplidos pelo tomador. O contrato de contragarantia é livremente pactuado entre seguradora e tomador, que disponibiliza bens e direitos em contragarantia à emissão da apólice, aplicando-se o disposto no art. 21 da Circular SUSEP n.º 477/2013: “Art. 21 O contrato de contragarantia, que rege as relações entre a sociedade seguradora e o tomador, será livremente pactuado, não podendo interferir no direito do segurado. Parágrafo único. O contrato de contragarantia de que trata o caput não será submetido à análise da Susep.” In.: Escola Nacional de Seguros. Seguro-Garantia. 7ª ed. Rio de Janeiro: Funenseg, 2016. p. 22-23.

³⁷⁶ Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Visa, Saúde Suplementar e Capitalização. Seguro Garantia: obras do governo e aumento do limite da garantia. 2012. Disponível em: <http://cnseg.org.br/publicacoes/seguro-garantia-obras-do-governo-e-aumento-do-limite-de-garantia.html>. Acesso em: 15 jun. 2018.

³⁷⁷ LAAN, Cesar Van Der. Reformulação da Lei de Licitações e Contratações Públicas: fragilidades na proposta de uso de seguro-garantia como instrumento anticorrupção (Texto para Discussão n.º 206). Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Set. 2016. p. 4. Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 12 set. 2019.

“Circular SUSEP n.º 477/2013 [...] Art. 11 O tomador é responsável pelo pagamento do prêmio à seguradora por todo o prazo de vigência da apólice.

§1º O seguro continuará em vigor mesmo quando o tomador não houver pagado o prêmio nas datas convencionadas.

§2º Não paga pelo tomador, na data fixada, qualquer parcela do prêmio devido, poderá a seguradora recorrer à execução do contrato de contragarantia;”

O contrato de seguro delimita as obrigações assumidas pela seguradora nos exatos limites da apólice (valor, prazo, condições), não se vinculando a todas as obrigações do tomador constantes no contrato principal. Portanto, ainda que o contrato de seguro tenha correlação com o contrato principal celebrado entre tomador e segurado (Administração Pública) e, em abstrato, tenha o objetivo de garantir “o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurado” (item 1.1 do Capítulo I do Anexo I da Circular SUSEP n.º 477/2013), o contrato de seguro não garantirá, na prática, todas as obrigações do tomador perante o segurado, pois a seguradora cobrirá apenas os riscos constantes na apólice, que decorre de um acordo entre tomador e seguradora, sem a participação do segurado (Administração Pública).

Há, no acordo entre tomador e seguradora, a possibilidade de serem estabelecidas condições particulares com alterações de condições gerais e/ou condições especiais, restringindo-se, *ex ante*, a possibilidade de posterior responsabilização da seguradora em caso de sinistro. E, nesse momento, não se pode desconsiderar o interesse das seguradoras de limitarem ao máximo sua exposição ao risco e, ao mesmo tempo, a tendência de os tomadores aceitarem a exclusão de riscos devido à diminuição do prêmio a ser pago e das contragarantias exigidas.

A aceitação de apólices de seguro-garantia é, por essa razão, uma das questões mais sensíveis e controversas em seguro-garantia, especialmente pelo fato de seu beneficiário não participar das tratativas entre tomador e segurador. Logo, como já destacado anteriormente, o

instrumento convocatório da licitação deve, quando a Administração decidir exigir garantia, estabelecer todos os elementos necessários para fins de aceitação de seguro-garantia, possibilitando a rejeição de apólices que contenham cláusulas particulares que excluam indevidamente a cobertura de riscos relacionados a inadimplemento do tomador. Do contrário, o seguro-garantia jamais atingirá sua finalidade, que é, em licitações e contratos, resguardar a Administração do não cumprimento de obrigações por particulares.

Portanto, a Administração, depois de estabelecer no instrumento convocatório os elementos necessários para aceitação de garantia, deverá, em cada caso, se certificar da regularidade formal das apólices apresentadas por particulares e promover minuciosa análise de suas cláusulas, especialmente das suas condições particulares, atentando para restrições indevidas de responsabilidade de seguradoras em casos de sinistros, a exemplo do que ocorria com a inclusão de condição particular que excluía a cobertura de prejuízos decorrentes de quaisquer atos de corrupção, com a utilização de “textos genéricos e extremamente abrangentes em relação às situações, atos e pessoas”³⁷⁸⁻³⁷⁹.

³⁷⁸ A SUSEP editou a Carta Circular Eletrônica nº 1/2018, com proibição de inclusão da cláusula especificada, admitindo a exclusão de cobertura de atos de corrupção apenas quando há a participação do segurado ou do seu representante, a saber: “[...] 5. Uma vez ocorrida a inadimplência contratual do tomador perante o objeto do contrato principal, sem atos ilícitos praticados pelo segurado neste contrato, a seguradora não poderá se isentar do pagamento da indenização. 6. Toda a questão relativa a perda da cobertura ou não, derivada de atos de corrupção, passará pela identificação de ato doloso do segurado ou seu representante, como derivado do art. 762 do Código Civil. Ou seja, caso o tomador tenha infringido normas anticorrupção, sem concurso ou conhecimento do segurado, seja no contrato objeto do seguro ou em outro contrato, havendo inadimplemento no primeiro, resta o dever de indenizar. 7. Assim, a cláusula somente poderá dispor que não estarão cobertos atos dolosos violadores de normas anticorrupção, perpetrados pelo segurado ou seu representante legal e pelo tomador ou seu representante legal. [...]”. Disponível em: <http://www2.susep.gov.br/bibliotecaweb/docOriginal.aspx?tipo=1&codigo=43995>. Acesso em: 10 out. 2019.

³⁷⁹ No Acórdão 1216/2019-Plenário, o TCU reforçou a orientação da SUSEP nos seguintes termos: “Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal podem aceitar apólice de seguro - apresentada por empresa vencedora de certame licitatório para garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas no contrato - que contenha cláusula que exclua de cobertura prejuízos e demais penalidades causados ou relacionados a atos ou fatos violadores de normas de anticorrupção que tenham sido provocados pelo segurado ou seu representante, seja isoladamente, seja em concurso com o tomador ou seu representante. Por outro lado, os órgãos e entidades da Administração Pública Federal devem recusar apólice de seguro - apresentada por empresa vencedora de certame licitatório para garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas no contrato - que contenha cláusula que exclua de cobertura prejuízos e demais penalidades causados ou relacionados a atos ou fatos violadores de normas de anticorrupção que tenham sido provocados exclusivamente pelo tomador ou seu representante, sem o concurso do segurado ou seu representante”.

O seguro-garantia pressupõe harmonia em suas relações, a fim de equilibrar os interesses existentes e evitar excessos capazes de comprometer o alcance das finalidades ínsitas a essa modalidade de garantia quando utilizada em licitações e contratos³⁸⁰.

Depois da aceitação da apólice pela Administração, a Circular SUSEP n.º 477/2013 impõe que qualquer alteração no contrato principal, até mesmo simples adequações de prazo de execução contratual, ou no documento que serviu de base para aceitação do risco, seja submetida à apreciação da seguradora, que, se concordar com a alteração, aí sim emitirá o endosso, instrumento formal que introduz modificações na apólice de seguro-garantia:

“Art. 7º [...] §2º Para alterações posteriores efetuadas no contrato principal ou no documento que serviu de base para a aceitação do risco pela seguradora, em virtude das quais se faça necessária a modificação do valor contratual, o valor da garantia poderá acompanhar tais modificações, desde que solicitado e haja o respectivo aceite pela seguradora, por meio da emissão de endosso.”

“Art. 8º [...] §2º Para alterações posteriores efetuadas no contrato principal ou no documento que serviu de base para a aceitação do risco pela seguradora, em virtude das quais se faça necessária a modificação da vigência da apólice, esta poderá acompanhar tais modificações, desde que solicitado e haja o respectivo aceite pela seguradora, por meio da emissão de endosso.”

Os desafios à efetividade do seguro-garantia são assim redobrados, pois, especialmente em obras, são rotineiros os aditamentos contratuais, inclusive para simples prorrogações de prazos. Dessa forma, sempre que não emitir o devido endosso, até mesmo em alterações simples que não afetam os riscos envolvidos no negócio, as seguradoras deixarão de

³⁸⁰ Federação Nacional de Seguros Gerais. Guia de Boas Práticas – Seguro-Garantia. Disponível em: http://midias.cnseg.org.br/data/files/17/E5/D8/BC/58A285108C5BC875A88AA8A8/Manual%20de%20boas%20praticas%20-%20Seguro%20Garantia%20-%20Fenseg_31out2016.pdf. Acesso em 30 set. 2019.

ter responsabilidade por obrigações relacionadas ao contrato principal³⁸¹⁻³⁸², o que pode prejudicar o alcance das finalidades subjacentes ao seguro-garantia.

Com efeito, o seguro-garantia não configura uma “garantia à primeira demanda”, o que significa que, na hipótese de inadimplemento contratual, a Administração não tem a prerrogativa de determinar que a seguradora promova o imediato pagamento dos valores segurados pela apólice³⁸³. Há, nos termos estabelecidos na Circular SUSEP n.º 477/2013, “procedimentos a serem adotados com a finalidade de o segurado comunicar e registrar a expectativa de sinistro e oficializar a reclamação de sinistro”, inclusive “critérios a serem satisfeitos para a caracterização do sinistro”, a saber:

Art. 12. A seguradora deverá deixar claro nas Condições Contratuais, para cada modalidade, os procedimentos a serem adotados com a finalidade de comunicar e registrar a Expectativa de Sinistro e oficializar a Reclamação de Sinistro, além dos critérios a serem satisfeitos para a Caracterização do Sinistro.

§1º A Expectativa de Sinistro deverá descrever o fato que possa gerar prejuízo ao segurado, sendo que o sinistro restará caracterizado quando comprovada a inadimplência do tomador em relação às obrigações cobertas pela apólice.

§2º Deverão ser especificados e definidos os procedimentos a serem adotados pelo segurado, assim como os documentos que deverão ser apresentados.

³⁸¹ Na “Modalidade II – Seguro-Garantia para Construção, Fornecimento ou Prestação de Serviços”, o item 3.1 das condições especiais (Capítulo II do Anexo I) define que o período de vigência da apólice coincidirá com o prazo de vigência do contrato administrativo pertinente à execução de obras, serviços e/ou compras.

³⁸² Ernesto Tzirulnk faz o seguinte alerta: “assistimos hoje à violação dos costumes e à captura da regulamentação administrativa, de forma que as prorrogações deixam de ser automáticas e passam a ser “subscritas” caso a caso. Essa realidade contraria o Direito ao afastar-se a garantia do seguro do interesse segurado [...]”. TZIRULNK, Ernesto. Breves considerações sobre o seguro de riscos de engenharia e o interesse do segurado. Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, set. 2012/fev. 2013.

³⁸³ PEREIRA, Adilson Neri. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico). Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo: 2017. p. 73.

§3º Tendo em vista a particularidade de cada modalidade, a seguradora poderá ficar dispensada de apresentar definição de Expectativa e Reclamação do Sinistro.

§4º A Reclamação de Sinistros poderá ser realizada durante o prazo prescricional.”

De início, a Administração deverá, na “Modalidade II - Seguro-Garantia para Construção, Fornecimento ou Prestação de Serviços”, instaurar processo administrativo para apurar possível inadimplência, notificar imediatamente o tomador, com a indicação dos itens não cumpridos e do prazo para sua regularização, e remeter cópia da notificação para a seguradora. Se não regularizado o problema pelo tomador, a expectativa de sinistro será, então, “convertida em reclamação, mediante comunicação do segurado à seguradora, da finalização do procedimento administrativo que comprove o inadimplemento do tomador”, exigindo-se, ainda, o encaminhamento de uma série de documentos comprobatórios³⁸⁴.

O gestor do contrato deve, por isso, estabelecer uma rotina de comunicação com a seguradora, cientificando-a de toda intercorrência que possa configurar posterior inadimplemento contratual.

Possivelmente, ao estabelecer uma série de exigências a cargo da Administração, a Circular SUSEP n.º 477/2013 acaba não estimulando as seguradoras a promoverem o contínuo acompanhamento da execução contratual pelos tomadores, assim não se proporcionando à Administração todos os benefícios do seguro-garantia identificados em outros países, ou seja,

³⁸⁴ O Item 4 do Capítulo II do Anexo I da Circular SUSEP n.º 477/2013 disciplina os procedimentos relacionados à expectativa, reclamação e caracterização do sinistro, incluindo, no item 4.2.1, para fins de reclamação do sinistro, a exigência de apresentação dos seguintes documentos: “a) Cópia do contrato principal ou do documento em que constam as obrigações assumidas pelo tomador, seus anexos e aditivos se houver, devidamente assinados pelo segurado e pelo tomador; b) Cópia do processo administrativo que documentou a inadimplência do tomador; c) Cópias de atas, notificações, contra notificações, documentos, correspondências, inclusive e-mails, trocados entre o segurado e o tomador, relacionados à inadimplência do tomador; d) Planilha, relatório e/ou correspondências informando da existência de valores retidos; e) Planilha, relatório e/ou correspondências informando os valores dos prejuízos sofridos;”

não propiciando os ganhos de eficiência decorrentes de atribuições que são assumidas, em maior proporção, pelas seguradoras em outros países.

Em complemento, além de impor uma série de formalidades, inclusive a instauração de processo administrativo para comprovação do inadimplemento do tomador, os itens 2.10, 2.12 e 7 do Capítulo I do Anexo I da Circular SUSEP especificada conferem às seguradoras toda a responsabilidade pela denominada “regulação do sinistro”, consubstanciada na condução do “processo de regulação de sinistro”, “procedimento pelo qual a seguradora constatará a procedência ou não da reclamação de sinistro”. A seguradora, no prazo máximo de 30 (trinta) dias contados do recebimento do último documento solicitado, deve emitir o “relatório final de regulação”, documento “no qual se transmite o posicionamento acerca da caracterização ou não do sinistro reclamado, bem como os possíveis valores a serem indenizados”.

A seguradora é, portanto, quem tem a palavra final sobre o inadimplemento contratual e a caracterização do sinistro. O relatório final de regulação considerará, além das formalidades já comentadas, as diversas hipóteses que ocasionam a perda de direito à indenização pela Administração (item 11 do Capítulo I do Anexo I da Circular SUSEP n.º 477/2013), a saber:

- “I – Casos fortuitos ou de força maior, nos termos do Código Civil Brasileiro;
- II – Descumprimento das obrigações do tomador decorrente de atos ou fatos de responsabilidade do segurado;
- III – Alteração das obrigações contratuais garantidas por esta apólice, que tenham sido acordadas entre segurado e tomador, sem prévia anuência da seguradora;
- IV – Atos ilícitos dolosos ou por culpa grave equiparável ao dolo praticados pelo segurado, pelo beneficiário ou pelo representante, de um ou de outro;
- V – O segurado não cumprir integralmente quaisquer obrigações previstas no contrato de seguro;

VI – Se o segurado ou seu representante legal fizer declarações inexatas ou omitir de má-fé circunstâncias de seu conhecimento que configurem agravação de risco de inadimplência do tomador ou que possam influenciar na aceitação da proposta;

VII – Se o Segurado agravar intencionalmente o risco;”

Em conclusão, na “regulação de sinistro”, a seguradora avaliará se o caso concreto é alcançado por uma das hipóteses de exclusão de sua própria responsabilidade e, ainda que o processo administrativo instaurado pela Administração tenha comprovado o inadimplemento do tomador, poderá concluir no “relatório final de regulação” pela não configuração do sinistro, o que pode comprometer o desejado equilíbrio e harmonia que devem prevalecer nas relações subjacentes ao seguro-garantia³⁸⁵, notadamente quando considerada a racionalidade ínsita a todo negócio, sempre voltada à maximização dos ganhos.

A elevada desproporção entre os valores de prêmios e sinistros relacionados ao “ramo 0775: Segurado Setor Público” pode, ainda que o mercado segurador alegue que a taxa de sinistralidade deva ser zero³⁸⁶, decorrer dos óbices formais e materiais identificados, que, em princípio, podem dificultar a efetiva transferência de riscos às seguradoras. Por essas e outras razões, além de não propiciar os ganhos de eficiência observados na experiência de outros países, o seguro-garantia acaba não viabilizando atualmente, nos casos de inadimplemento contratual, o “fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurado”³⁸⁷.

³⁸⁵ Federação Nacional de Seguros Gerais. Guia de Boas Práticas – Seguro-Garantia. Disponível em: http://midias.cnseg.org.br/data/files/17/E5/D8/BC/58A285108C5BC875A88AA8A8/Manual%20de%20boas%20praticas%20-%20Seguro%20Garantia%20-%20Fenseg_31out2016.pdf. Acesso em 30 set. 2019.

³⁸⁶ De acordo com Francisco Galiza, no seguro-garantia, a taxa de sinistralidade tem que ser zero, pois, se a seguradora avalia que pode haver algum risco relevante na operação, o seguro simplesmente não é emitido. In.: GALIZA, Francisco. Uma análise comparativa do Seguro Garantia em obras públicas. Escola Nacional de Seguros, 2015. Disponível em: http://www.ens.edu.br/arquivos/estudos_ed29_fgaliza_1.pdf. Acesso em: 15 jun. 2018. p. 17.

³⁸⁷ Diante dos debates realizados na Câmara dos Deputados durante a tramitação do Projeto de Lei n.º 1292/1995 e seus apensados, convém destacar que a Circular SUSEP n.º 477/2013 já admite, em tese, na hipótese de caracterização do sinistro, que a seguradora, até o limite máximo de garantia da apólice, promova, conforme acordado pelas partes, a execução do objeto do contrato principal por meio de terceiros ou a indenização o

5. As Garantias no Novo Marco Legal de Licitações e Contratos em Debate no Congresso Nacional

Na análise de trabalhos do TCU, constatou-se que a responsabilidade por obras paralisadas e inacabadas é, muitas vezes, da própria Administração, especialmente quando as obras não possuem garantia de fluxo orçamentário e financeiro contínuo para garantir o pagamento da execução contratual³⁸⁸.

A essa altura, não pode subsistir dúvida de que as garantias prestadas nas contratações públicas, aí se incluindo o seguro-garantia, não terão, ainda que aperfeiçoadas no novo marco legal das licitações e contratos, capacidade de resolver todos os problemas relacionados a obras inconclusas, ficando seu alcance limitado a problemas ocasionados pelos agentes privados. Convém agora, principalmente em razão das limitações fáticas e jurídicas já expostas, avaliar a redação final das disposições relacionadas a garantias em licitações e contratos constantes no texto aprovado pela Câmara dos Deputados em 17/9/2019 (Capítulo II do Título III e outros dispositivos esparsos), no decorrer da tramitação do Projeto de Lei nº 1292/1995 e dos seus apensados.

Destaca-se, de pronto, a preocupação do novo marco legal das contratações públicas em debate no Congresso Nacional com o planejamento das contratações públicas, aqui interessando, o inciso III do art. 18, que disciplina a fase preparatória³⁸⁹, a obrigatoriedade de a Administração avaliar, em cada caso, além dos custos estimados, os riscos existentes, aí se

segurado mediante pagamento em dinheiro, abarcando os prejuízos e as multas decorrentes do inadimplemento (item 8 do Anexo I da Circular SUSEP n.º 477/2013).

³⁸⁸ Na Câmara dos Deputados, quando aprovado o texto do Projeto de Lei nº 1292/1995 e dos seus apensados em 17/9/2019, ainda pendente de apreciação final pelo Senado Federal, houve o acréscimo, no § 2º do art. 114, de disposição que possivelmente contribuirá para a diminuição de obras paralisadas e inacabadas: “Art. 114. [...] § 2º Nas contratações de obras, a expedição da ordem de serviço para execução de cada etapa será obrigatoriamente precedida de depósito em conta vinculada dos recursos financeiros necessários para custear as despesas correspondentes à etapa a ser executada.”

³⁸⁹ “Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos: [...] III - a definição das condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento;”

incluindo todas as variáveis capazes de impactar no resultado da contratação pública³⁹⁰. E, neste momento, é importante considerar o seguinte *trade off*: de um lado, ao preparar a licitação, a Administração deve promover o aumento da competitividade; de outro, deve minimizar riscos existentes³⁹¹, o que pode, por sua vez, impactar na própria competitividade da licitação, com reflexos na seleção da proposta mais vantajosa.

Deve ser considerado que a fase embrionária do certame é extremamente importante, não apenas porque o fracasso e o sucesso da licitação dela dependem – ainda que não de forma exclusiva –, mas também pelo risco de corrupção relacionado à dificuldade de controle social que, como regra, caracteriza este momento.³⁹²

A Administração Pública manterá, portanto, no novo marco legal das licitações e contratos, a prerrogativa de decidir acerca da necessidade de apresentação de garantia pelos licitantes e contratados e, em cada caso, deverá decidir de forma fundamentada sobre a exigência ou não de garantia na contratação pública, considerando notadamente a necessidade de equilíbrio entre medidas voltadas à mitigação de riscos e à competitividade da licitação.

Em relação às garantias na fase pré-contratual, não há alterações significativas no Substitutivo, mantendo-se, no art. 57, a possibilidade de a Administração exigir, em seus editais, a apresentação de garantia da proposta pelos licitantes, até o limite de 1% do valor estimado da contratação. Com o novo rito procedimental estabelecido no art. 17 do texto aprovado pela Câmara dos Deputados, a habilitação ocorrerá depois das fases de apresentação das propostas e do respectivo julgamento, o que potencializará a importância de assegurar a

³⁹⁰ Eduardo Fiuza demonstra a importância de uma análise apropriada dos riscos: “Basta imaginar dois projetos: um, barato, mas arriscado e outro bem mais caro, mas basicamente sem riscos”. Em tese, ainda que caro, o projeto sem risco pode não justificar a exigência de garantias. In.: FIUZA, Eduardo. P. S. Licitações e governança de contratos: a visão dos economistas. p. 270. In: SALGADO, Lúcia H.; FIUZA, Eduardo P.S. (Org.). Marcos Regulatórios no Brasil: É tempo de rever regras? Rio de Janeiro: IPEA, 2009. p. 239-274.

³⁹¹ FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. A reforma da Lei 8.666/93 e do arcabouço de comprar públicas no Brasil: contribuições do IPEA à Consulta Pública do Senado (Nota Técnica n.º 8). Brasília: IPEA, nov. 2013. p. 29.

³⁹² FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016.

participação de licitantes que tenham condições mínimas e de dificultar a participação de pessoas mal intencionadas na licitação³⁹³.

A garantia da proposta pode mitigar os riscos de ocorrência de práticas irregulares ao longo da licitação (por exemplo, “coelho”³⁹⁴) e, ainda, constranger os licitantes a terem mais responsabilidade em suas propostas, a apresentarem os documentos necessários para habilitação e, finalmente, a assinarem o respectivo instrumento contratual.

Decerto, se cumprir suas obrigações durante o certame, o licitante terá a garantia da proposta devolvida ou liberada no prazo de 10 (dez) dias úteis, contado da assinatura do contrato ou da data em que for declarada fracassada a contratação. Por sua vez, não honrando os compromissos relacionados à participação na licitação, haverá a aplicação das penalidades cabíveis e a execução da garantia da proposta apresentada pelo licitante, *in verbis*:

“Art. 56. [...] § 3º Implicará execução do valor integral da garantia de proposta a recusa em assinar o contrato ou a não apresentação dos documentos para a contratação.”

“Art. 88. [...] § 5º A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato ou em aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo estabelecido pela Administração, caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas e à imediata perda da garantia de proposta em favor do órgão ou entidade licitante.”

³⁹³ O TCU, quando publicada a nova Lei de Licitações, deverá compatibilizá-la com o entendimento consagrado nos Acórdãos 2923/2010-Plenário TCU; 2074/2012-Plenário TCU; 3014/2015-Plenário TCU; 6193/2015-Plenário TCU; 802/2016-Plenário TCU; 2552/2017-Plenário TCU; 447/2018-Plenário TCU. Em tais Acórdãos, como já destacado, o TCU vedava a exigência de apresentação de garantia da proposta antes da data da apresentação dos documentos de habilitação, devendo, com a alteração do rito procedimental das licitações, passar a admitir a exigência de que o licitante apresente a garantia em conjunto com a sua respectiva proposta.

³⁹⁴ De acordo com o Acórdão 754/2015-Plenário TCU, o “coelho” apresenta proposta excessivamente baixa para induzir outras empresas a desistirem de competir, possibilitando ao segundo colocado, ao atuar em conluio com o “coelho”, obter êxito no certame com preço superior ao que seria obtido pela Administração em situação de efetiva competição entre os licitantes.

Em relação às garantias da fase contratual, constata-se a existência de poucas inovações, ainda que os debates realizados na Câmara dos Deputados sinalizassem modificações mais substanciais na matéria. De acordo com o inciso XII do art. 91 e caput do art. 95 do texto aprovado pelos deputados federais, a garantia da execução contratual deverá estar prevista no edital e também disciplinada em cláusula do respectivo contrato administrativo, vislumbrando-se, em razão de decisões do TCU já especificadas, a impossibilidade de sua exigência ocorrer em momento anterior à assinatura do contrato³⁹⁵.

A Administração Pública continuará a ter prerrogativa de exigir a prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e fornecimentos até o limite de 5% do valor do contrato, mantendo-se, nas contratações com elevada complexidade técnica e com riscos significativos envolvidos, a possibilidade de majoração desse limite para até 10% do valor do contrato (arts. 95, caput, e 97, caput)³⁹⁶ e, nos contratos que ensejam entrega de bens pela Administração, a possibilidade de acréscimo ao valor da garantia da quantia correspondente aos bens que o contratado ficará como depositário (art. 100).

Há, ainda, a possibilidade de exigência de garantia adicional da execução contratual em três situações: *a)* nas contratações de obras e serviços de engenharia cuja proposta vencedora tenha sido inferior a 85% do valor orçado pela Administração³⁹⁷; *b)* na hipótese de antecipação de valores a título de pagamento³⁹⁸; e *c)* nos contratos de serviços contínuos com dedicação exclusiva de mão de obra para cobertura de verbas rescisórias inadimplidas³⁹⁹.

³⁹⁵ Ver: Acórdãos 401/2008-Plenário TCU; 2292/2010-Plenário TCU.

³⁹⁶ De acordo com o parágrafo único do art. 97 do texto aprovado pela Câmara dos Deputados, nas contratações de serviços e fornecimentos contínuos cujo contrato tenha vigência superior a 1 (um) ano, deverá ser considerado o valor anual do contrato para aplicação dos limites percentuais de garantia, de modo a não elevar excessivamente o valor da garantia a ser prestada nessas situações (à luz do art. 105 do Substitutivo, os contratos para prestação de serviços ou fornecimentos contínuos poderão ter vigência de até cinco anos, o que impactará no valor total do instrumento contratual).

³⁹⁷ “Art. 58 [...] § 5º Nas contratações de obras e serviços de engenharia, será exigida garantia adicional do licitante vencedor cuja proposta for inferior a 85% (oitenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração, equivalente à diferença entre esse último e o valor da proposta, sem prejuízo das demais garantias exigíveis de acordo com esta Lei”.

³⁹⁸ “Art. 144. [...] § 2º A Administração poderá exigir a prestação de garantia adicional como condição para o pagamento antecipado.”

³⁹⁹ “Art. 120. [...] § 3º Nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, para assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas pelo contratado, a Administração, mediante

Em continuidade, constata-se que os agentes privados continuarão a ter a prerrogativa de escolher uma das modalidades já consagradas pela legislação⁴⁰⁰, prevendo-se sua liberação ou restituição após a fiel execução do contrato ou a sua extinção por culpa exclusiva da Administração.

“Art. 57 [...] § 4º A garantia de proposta poderá ser prestada nas modalidades de que trata o § 1º do art. 95 desta Lei.”

“Art. 95 [...] § 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I – caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil, e avaliados por seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Economia;

II – seguro-garantia;

III – fiança bancária emitida por banco ou instituição financeira devidamente autorizada.”

O contratado, quando optar pelo seguro-garantia, terá o prazo mínimo de 1 (um) mês, entre a homologação da licitação e a assinatura do contrato, para providenciar a emissão da respectiva apólice e apresentá-la a Administração (§ 3º do art. 95⁴⁰¹). De acordo com o inciso I

disposição em edital ou em contrato, poderá, entre outras medidas: I – exigir caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia com cobertura para verbas rescisórias inadimplidas;”

⁴⁰⁰ De com o inciso LIX do art. 6º e o caput do art. 96 do texto aprovado pela Câmara dos Deputados, o seguro-garantia objetiva garantir “o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado”, advindo daí duas possíveis impropriedades: a primeira, ao limitar a definição a obrigações do contratado, desconsidera a possibilidade de utilização do seguro-garantia como instrumento voltado a assegurar obrigações do licitante; a segunda, ao sustentar que o seguro-garantia “garante o fiel cumprimento das obrigações”, desconsidera todas as limitações já expostas dessa modalidade de garantia, inclusive os limites de valores garantidos em razão dos percentuais máximos também definidos na proposta do novo marco legal das contratações públicas.

⁴⁰¹ Deve-se considerar que a celeridade do rito procedimental, especialmente nas contratações de bens e serviços comuns, poderá ser prejudicada pela previsão do § 3º do art. 95 do Substitutivo, postergando sobremaneira a satisfação das necessidades da Administração subjacentes à contratação pública.

do art. 96 do texto aprovado pela Câmara dos Deputados, a apólice deverá ter vigência igual ou superior ao prazo estabelecido no contrato principal e, no caso de prorrogação de prazo, estarão obrigadas a emitir o respectivo endosso⁴⁰². O responsável pelo pagamento do prêmio é o tomador, mantendo-se a vigência da apólice, em favor da Administração, mesmo na hipótese do seu inadimplemento (inciso II do art. 96).

Em realidade, nas obras e serviços de engenharia de grande vulto (acima de R\$ 200.000.000,00⁴⁰³), revelam-se as grandes inovações do Substitutivo no tocante às garantias, aí sim se buscando potencializar a efetividade do seguro-garantia como instrumento voltado a assegurar o “fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado junto à Administração”, notadamente com a possibilidade de a Administração exigir prestação de garantia na modalidade seguro-garantia, com cláusula de retomada, em percentual equivalente a até 30 % valor inicial do contrato (art. 98), aplicando-se, nessa hipótese, o disposto no art. 101 do texto aprovado pela Câmara dos Deputados, *in verbis*:

“Art. 101. Na contratação de obras e serviços de engenharia, o edital poderá exigir a prestação da garantia na modalidade seguro-garantia e prever a obrigação de a seguradora, em caso de inadimplemento pelo contratado, assumir a execução e concluir o objeto do contrato, hipótese em que: [...]”.

O legislador acertou ao não impor a obrigatoriedade do seguro-garantia em todas as contratações de grande vulto, especialmente porque a “falta de um mercado preparado para absorver a demanda desse produto poderia resultar na inviabilidade de contratação desse tipo

⁴⁰² De acordo com o § 2º do art. 95 do texto aprovado pela Câmara dos Deputados, na hipótese de suspensão do contrato por ordem ou inadimplemento da Administração, o contratado ficará desobrigado de renovar a garantia ou de endossar a apólice de seguro até a ordem de reinício da execução ou o adimplemento pela Administração. Por sua vez, de acordo com o parágrafo único do art. 96, a critério do tomador, nos contratos de execução continuada ou de fornecimento contínuo de bens e serviços, a apólice de seguro-garantia na data da renovação ou do aniversário poderá ser substituída, desde que mantidas as mesmas condições e coberturas da apólice vigente e desde que nenhum período fique descoberto, ressalvado o disposto no § 2º do art. 95 desta Lei.

⁴⁰³ De acordo com o inciso XXII do art. 6º do texto aprovado pela Câmara dos Deputados, obras e serviços de engenharia de grande vulto são aqueles cujo valor estimado da contratação seja superior a R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais).

de seguro ou em seguros com prêmios muito altos”⁴⁰⁴. Em cada caso, de acordo com análise de custo e benefício realizada na fase preparatória da licitação, a Administração decidirá se exige ou não garantia na forma prevista nos arts. 98 e 101 já comentados, podendo estabelecer garantia em percentual equivalente a até 30% do valor inicial do contrato.

Em uma leitura apressada, é possível considerar a garantia equivalente a 30 % do valor do contrato insuficiente para possibilitar a conclusão do objeto segurado. Porém, nos casos de inadimplemento contratual, a Administração normalmente ainda não terá desembolsado todos os valores correspondentes ao contrato, o que denota que o percentual estabelecido será, em regra, suficiente para cobrir os custos adicionais necessários para conclusão da obra paralisada, desde que complementados pelos valores pendentes de pagamento pela Administração.

Os riscos assumidos pelas seguradoras em obras e serviços de engenharia serão mais significativos. Este o principal aspecto a se destacar. Com isso, apesar do provável aumento do valor do prêmio e das exigências relacionadas às contragarantias, com possíveis reflexos nas barreiras à entrada de competidores e, até mesmo, na maior concentração do mercado⁴⁰⁵, existirão mais incentivos para a realização de análises mais aprofundadas dos tomadores e dos objetos segurados, o que possibilitará a seleção de agentes privados mais aptos para a execução contratual. Quando emitirem suas apólices, as seguradoras terão mais estímulos para efetivamente acompanhar a execução contratual e, para tanto, nos termos do inciso I do art. 101, poderão “ter livre acesso às instalações em que for executado o contrato principal”, “acompanhar a execução do contrato principal”, “ter acesso a auditoria técnica e contábil” e “requerer esclarecimentos ao responsável técnico pela obra ou pelo fornecimento”.

Como já exposto, o caput do art. 101 confere à Administração a prerrogativa de exigir seguro-garantia com cláusula de retomada obrigatória na hipótese de inadimplemento do tomador, inclusive prevendo-se, nos incisos II e III do caput do art. 101, a possibilidade de a seguradora subcontratar a conclusão do contrato e, em relação aos valores pendentes de

⁴⁰⁴ COUTINHO FILHO, Augusto; XAVIER, Vitor Boaventura; MIRANDA, Vitor Leão. O Seguro-garantia e seus impactos na qualidade dos projetos de engenharia e no ambiente de contratação e execução de obras públicas no Brasil. p. 16. In: Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 16, n. 187, p. 9-21, jul. 2017

⁴⁰⁵ Mauricio Portugal. *Performance bond* como um critério de seleção nas licitações. Valor Econômico, 15 mar. 2016. p. A-12.

pagamentos pela Administração, a possibilidade de os respectivos empenhos serem realizados em nome da seguradora ou em nome de quem ela indicar para a conclusão do contrato. Contudo, até mesmo contrariando os objetivos subjacentes às inovações propostas, o parágrafo único do art. 101 do texto ora analisado abre brecha para as seguradoras não assumirem a execução do contrato, impondo-se a elas, nessa hipótese, o simples pagamento da importância segurada pela apólice.

Evidentemente que interessa às seguradoras apenas indenizar, desonerando-se do encargo que seria assumir a obra. Se o foco é a conclusão da obra, a indenização não resolve.

Não se identificou nenhuma justificativa para que o PL as tenha liberado do dever de executar. Logo, ainda que a experiência norte-americana tenha sido tão ventilada, há um distanciamento dela.

O novo marco legal das contratações públicas em debate no Congresso Nacional ainda disciplina algumas formalidades relacionadas à configuração do inadimplemento contratual. Em cada caso, sempre que houver possível descumprimento contratual, a Administração deverá instaurar processo administrativo para sua apuração, exigindo-se, no § 4º do art. 135, que os “os emitentes das garantias previstas no art. 95 da Lei” sejam notificados, visto que, se confirmado o inadimplemento contratual do contratado, haverá a extinção unilateral do contrato pela Administração, possibilitando, então, a execução da garantia contratual, inclusive “a exigência da assunção da execução e conclusão do objeto do contrato pela seguradora, quando cabível”⁴⁰⁶.

⁴⁰⁶ Art. 138. A extinção determinada por ato unilateral da Administração poderá acarretar, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei, as seguintes consequências:

[...] III – execução da garantia contratual, para:

- a) ressarcimento da Administração Pública por prejuízos decorrentes da não execução;
- b) pagamento de verbas trabalhistas, fundiárias e previdenciárias, quando cabível;
- c) pagamento de valores das multas devidas à Administração Pública;
- d) exigência da assunção da execução e conclusão do objeto do contrato pela seguradora, quando cabível;

Decerto, acaso aprovado o novo marco das contratações públicas em debate no Congresso Nacional, a SUSEP deverá compatibilizar sua regulamentação aos ditames da nova Lei, pois ainda subsistirá espaço de atuação da Entidade reguladora, devendo-se, para tanto, observar com atenção o interesse do legislador de potencializar a efetividade do seguro-garantia como instrumento voltado a assegurar o fiel cumprimento das obrigações do tomador perante a Administração.

6. Conclusão

Os debates realizados no decorrer da tramitação do novo marco legal das licitações e contratos da Administração direta, autárquica e fundacional (Projeto de Lei nº 1292/1995 e dos seus apensados) explicitaram preocupação com obras paralisadas e inacabadas espalhadas por todo o País, incorporando-se inovações ao seguro-garantia de obras de grande vulto como forma de mitigar tal problema, sem maiores reflexões sobre os motivos que originam obras paralisadas e inacabadas.

Com o propósito de compreender o potencial de o seguro-garantia efetivamente contribuir para a resolução do problema já delimitado, promoveu-se análise de trabalhos realizados pelo TCU que diagnosticaram as causas de obras paralisadas e inacabadas, revelando-se, a partir disso, que a Administração é, muitas vezes, responsável pelo problema, especialmente por licitar e contratar sem contar com a garantia de fluxo orçamentário e financeiro contínuo para custear as despesas correspondentes à execução do contrato.

As garantias das contratações públicas não cobrem problemas causados pela própria Administração e, na melhor das hipóteses, podem contribuir para mitigação de riscos que envolvam licitantes e contratados pelo Poder Público, o que, de pronto, revela as limitações do seguro-garantia para resolver, por si só, em definitivo, o problema de obras inconclusas. Ademais, da análise do arcabouço normativo em vigor, advém outros óbices que limitam o alcance de suas finalidades.

De início, o problema começa pela limitação do valor das garantias previsto na legislação (em regra, 5% do valor do contrato, podendo, excepcionalmente, chegar a 10% do

valor do contrato). Além de não possibilitar que as seguradoras efetivamente garantam “o fiel cumprimento das obrigações assumidas por empresas”, não as estimulam a promoverem análises aprofundadas dos tomadores, bem como não as incentivam a realmente acompanharem a execução contratual pelos tomadores.

A Circular SUPEP nº 477/2013, ao disciplinar o seguro-garantia, especialmente o ramo 0775 – seguro setor público, também contém dispositivos que podem desequilibrar as relações entre seguradoras, tomadores e segurados, o que pode, em princípio, estar se refletindo na considerável desproporção entre os prêmios auferidos pelas seguradoras (entre os anos 2011 e 2019, em todos os produtos do ramo já especificado, os prêmios aumentaram de R\$ 430 milhões para mais de 2 bilhões e 600 milhões) e os valores despendidos com sinistros (gráfico 1).

Há, por exemplo, na regulamentação da SUSEP, a possibilidade de as seguradoras imporem cláusulas particulares capazes de mitigar a sua exposição ao risco, repercutindo, em concreto, nas próprias garantias da Administração em caso de inadimplemento do tomador. Em caso de sinistro, a Circular SUSEP já especificada ainda estabelece uma série de formalidades a serem observadas pela Administração e, no âmbito do denominado processo de regulação de sinistro, confere às seguradoras a palavra final acerca do inadimplemento contratual e da própria caracterização do sinistro.

As inovações debatidas no Congresso Nacional não alcançarão as obras e serviços de engenharia com valor inferior a R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais), que manterão, no geral, as mesmas regras já previstas na legislação vigente. Tais inovações alcançarão exclusivamente às obras e serviços de engenharia de grande vulto e almejam, nessas contratações, potencializar o papel do seguro-garantia como garantidor das obrigações assumidas pelo tomador perante a Administração Pública, tornando-o um instrumento efetivo de diminuição do número de obras paralisadas e inacabadas por culpa dos contratados.

Em cada caso, a Administração poderá, conforme custos e benefícios subjacentes, avaliar a necessidade de exigir seguro-garantia em obras de grande vulto, em percentual de 30% do valor do contrato e com cláusula de retomada pela seguradora, o que, nessa hipótese, estimulará as seguradoras a realizarem análises mais exaustivas dos tomadores e as incentivará

a acompanharem efetivamente a execução contratual, inclusive prevendo, em caso de inadimplemento, a extinção unilateral do contrato pela Administração, com a exigência de conclusão do objeto do contrato pela seguradora.

O novo marco legal das licitações e contratos, se aprovado pelo Congresso Nacional nesses termos, produzirá mudanças significativas, inclusive exigirá que a SUSEP compatibilize sua regulamentação aos novos ditames legais. A Administração deverá estar atenta para o aumento do prêmio que tais mudanças ocasionarão e, ao mesmo tempo, precisará acompanhar o próprio comportamento das seguradoras, inclusive avaliar se tais medidas não ocasionarão excessiva concentração do mercado de grandes obras e serviços de engenharia, impactando demasiadamente nos valores totais das contratações.

Referências

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Subemenda Substitutiva Global ao Projeto de Lei nº 1.292/1995 e aos Apensados (aprovada em 17 de setembro de 2019). Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7407A2EB7802FE1ED67CB879AA1C7FF9.proposicoesWebExterno2?codteor=1819390&filename=REDA_CAO+FINAL+-+PL+1292/1995. Acesso em 10 mar. 2020.

CARVALHOSA, Modesto. Combate efetivo à corrupção depende da quebra do capitalismo de laços. 12 ju. 2018. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 30 jun. 2019.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SEGUROS GERAIS, PREVIDÊNCIA PRIVADA e VIDA, SAÚDE SUPLEMENTAR E CAPITALIZAÇÃO. Seguro Garantia: obras do governo e aumento do limite da garantia. 2012. Disponível em: <http://cnseg.org.br/publicacoes/seguero-garantia-obras-do-governo-e-aumento-do-limite-de-garantia.html>. Acesso em: 15 jun. 2019.

COUTINHO FILHO, Augusto; XAVIER, Vitor Boaventura; MIRANDA, Vitor Leão. O Seguro-garantia e seus impactos na qualidade dos projetos de engenharia e no ambiente de contratação e execução de obras públicas no Brasil. In: Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 16, n. 187, p. 9-21, jul. 2017

ESCOLA NACIONAL DE SEGUROS. Seguro-Garantia. 7º ed. Rio de Janeiro: Funenseg, 2016.

_____. Tipos de Coberturas – Garantias. Disponível em: <https://www.tudosobreseguros.org.br/tipos-de-coberturas-4/> . Acesso em: 10 out. 2019.

FEDERAÇÃO NACIONAL DE SEGUROS GERAIS. Disponível em: http://midias.cnseg.org.br/data/files/17/E5/D8/BC/58A285108C5BC875A88AA8A8/Manual%20de%20boas%20praticas%20-%20Seguro%20Garantia%20-%20Fenseg_31out2016.pdf. Acesso em 30 set. 2019.

FORTINI, Cristiana. Uma rápida comparação entre a Lei 12.846/13 e norte-americano foreign corrupt practices act (FCPA). Direito do Estado, 24 nov. 2015. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/cristiana-fortini/uma-rapida-comparacao-entre-a-lei-1284613-e-norte-americano-foreign-corrupt-practices-act-fcpa> .

Acesso em: 10 ago. 2020.

FORTINI, Cristiana; VIEIRA, Ariane Shermam Moraes. Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre o princípio do bis in idem. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 91-112, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/57614/35888>. Acesso em: 3 set. 2018.

FORTINI, Cristiana; DADALTO, Lucas Dutra Responsabilização na lei anticorrupção: natureza e amplitude subjetiva. Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, ano 17, n. 25, p.81-106, maio/ago. 2019

FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016.

FIUZA, Eduardo. Pedral Sampaio. Licitações e governança de contratos: a visão dos economistas. In: SALGADO, Lúcia H.; FIUZA, Eduardo P.S. (Org.). Marcos Regulatórios no Brasil: É tempo de rever regras? Rio de Janeiro: IPEA, 2009. p. 239-274.

FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. A reforma da Lei 8.666/93 e do arcabouço de comprar públicas no Brasil: contribuições do IPEA à Consulta Pública do Senado (Nota Técnica n.º 8). Brasília: IPEA, nov. 2013.

FUNDAÇÃO ESCOLA NACIONAL DE SEGUROS. O garante: as perspectivas do seguro garantia no Brasil. Caderno de Seguro. Rio de Janeiro, jan./fev. 1999.

GALIZA, Francisco. Uma análise comparativa do Seguro Garantia em obras públicas. Escola Nacional de Seguros, 2015. Disponível em: http://www.ens.edu.br/arquivos/estudos_ed29_fgaliza_1.pdf. Acesso em: 15 jun. 2019.

GIACOMUZZI, José Guilherme. Estado e Contrato: supremacia do interesse público “versus” igualdade um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo. São Paulo: Malheiros, 2011.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. Aspectos do Seguro de Responsabilidade Civil. In: TEIXEIRA, Antônio Carlos (coord.). Em Debate. Responsabilidade Civil: Garantia. FUNENSEG, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

LAAN, Cesar Van Der. Reformulação da Lei de Licitações e Contratações Públicas: fragilidades na proposta de uso de seguro-garantia como instrumento anticorrupção (Texto para Discussão n.º 206). Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Set. 2016. p. 4. Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 12 set. 2019.

MENDES, Renato Geraldo. Lei de Licitações e Contratos Anotada. 9. ed. Curitiba: Zênite, 2013.

Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Governance at a Glance 2011. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/gov_glance-2011-summary.pdf?expires=1593472637&id=id&accname=guest&checksum=576F613165B840E59EF360DEEEBD582E. Acesso em 10 ago. 2020.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio de Lima de; FORTINI, Cristiana. A adesão brasileira ao acordo de compras governamentais da Organização Mundial de Comércio. Revista Opinião Jurídica, v 18, n 29, p. 120-151, set/dez 2020.

PEREIRA, Adilson Neri. Seguro de Garantia de Obrigações em Contratos Administrativos. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico). Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo: 2017.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009

PORTUGAL, Mauricio. Performance bond como um critério de seleção nas licitações. Valor Econômico, 15 mar. 2016. p. A-12.

PROGRAMA DE ACELERAÇÃO DO CRESCIMENTO. Empreendimentos do PAC paralisados – Junho/2018. Disponível em: http://www.pac.gov.br/pub/EmpreendimentosdoPACparalisados-Junho_2018_VF.pdf. Acesso em: 20 out. 2019.

SWISS RE CORPORATE SOLUTIONS. Cenário Atual do Seguro Garantia para Infraestrutura. Jul. 2016. Disponível em: <http://www.ens.edu.br/arquivos/20%2007%20%20Sem%20%20Seguro%20Garantia%20-%20Joao%20Di%20Girolamo.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2018.

SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS. Circular SUSEP n.º 265, de 16 de agosto de 2004. Disponível em: <https://www2.susep.gov.br/bibliotecaweb/docOriginal.aspx?tpo=1&codigo=16029>. Acesso em 30 set. 2019.

_____. Circular SUSEP n.º 477, de 30 de setembro de 2013. Disponível em: <http://www2.susep.gov.br/bibliotecaweb/docOriginal.aspx?tipo=1&codigo=31460>. Acesso em: 26 ago. 2019.

_____. Carta Circular Eletrônica n.º 1/2018. Disponível em: <http://www2.susep.gov.br/bibliotecaweb/docOriginal.aspx?tipo=1&codigo=43995>. Acesso em: 10 out. 2019.



_____. Carta Circular Eletrônica n.º 3/2019. Disponível em: <http://www2.susep.gov.br/bibliotecaweb/docOriginal.aspx?tipo=1&codigo=46180>. Acesso em: 10 out. 2019.

376

_____. Estatísticas da SUSEP - Consulta Operações – Seguros: Prêmios e Sinistros. Disponível em: <http://www2.susep.gov.br/menuestatistica/SES/premiosesinistros.aspx?id=54>. Acesso em 10 mar. 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Obras Públicas – Recomendações Básicas para a Contratação e Fiscalização de Obras em Edificações Públicas. 3. ed. Brasília: TCU, 2013.

_____. Acórdãos. Disponíveis em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/jurisprudencia>. Acesso em: 22 out. 2019.

BOA-FÉ COMO BALIZA DA RELAÇÃO JURÍDICO-ADMINISTRATIVA*

377

Edilson Pereira Nobre Júnior

Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Doutor em Direito Público – UFPE. Realizou investigação ao nível de Pós-Doutoramento no Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Desembargador do Tribunal Regional Federal da Quinta Região. Membro do Instituto de Direito Administrativo Sancionador – IDASAN, exercendo a Coordenação da Comissão de Direito Comparado.

Apesar de cronologicamente jovem, pois sua sistematização somente se dá a partir da Revolução Francesa, o direito administrativo apresentou sensíveis evoluções, na tentativa de procurar acompanhar as vertiginosas transformações sociais posteriores.

Cada vez mais, com a descaracterização do Estado liberal clássico, através da tentativa de sua substituição pelo Estado interventor e, mais recentemente, pelo Estado que se pode apontar como subsidiário ou garantidor, tem-se a redução da distância que extrema o administrado da Administração, bem assim a menor intensidade dos mecanismos de pressão que esta exercia sobre aquele.

O desenvolvimento da ação administrativa não mais sucede com a marca da unilateralidade da presença da Administração Pública, mas antes com uma harmoniosa colaboração desta com os particulares.

De igual modo, o interesse público, embora ostentando primazia diante do interesse particular, não mais é exercido monopolisticamente pela Administração, igualmente passando a ter a sua medida e delimitação pela ordem jurídica⁴⁰⁷.

* O presente texto anteriormente foi publicado no periódico Carta Forense (www.cartaforense.com.br), edição de 04-05-2009, seguindo agora, com modificações e acréscimos de pormenor, para atender honroso convite da Professora Thaís Marçal, a fim de integrar obra em homenagem ao Professor Jessé Torres Pereira Júnior, por sua dedicação ao ensino do direito administrativo.

⁴⁰⁷ Interessante, nesse sentido, Didier Truchet, quando diz que “o interesse geral se impõe sobre o interesse privado quando os dois divergem. Não arbitrariamente, com certeza: a superioridade do interesse geral apenas existe à medida onde as regras do direito administrativo assim permitem e passa pela demonstração da existência e da necessidade do interesse geral, a qual terminamos de recordar” (l’intérêt général s’impose à l’intérêt privé lorsque

Portanto, essa salutar colaboração entre Administração e administrado, para fins de realização do interesse público, reclama o predomínio de princípios a norteá-la, destacando-se o da boa-fé⁴⁰⁸.

De origem antiga, remontando ao direito romano, mais precisamente às ações de boa-fé da época clássica (*bonae fidei iudicia*), mediante as quais, nas relações dos romanos entre si, ou no comércio jurídico com os peregrinos, facultava-se ao magistrado julgar que uma das partes estaria obrigada à outra segundo o delineado pela boa-fé, representando, inicialmente, o dever de respeitar a palavra dada (*fides*) para, numa fase posterior, erigir-se em fundamento de obrigatoriedade jurídica para todos os homens, tendo em vista consistir numa atitude leal e honesta do homem médio diante de determinadas circunstâncias concretas.

Assim, como frisado por Guiseppe Grosso⁴⁰⁹, a *fides*, com a qualificação ética introduzida pela expressão *bona (fides bona)*, passou a corresponder a uma confiança, que exprimia uma generalizada relação de fidelidade, seja no âmbito da cidade⁴¹⁰, através da discricionariedade de seus magistrados, seja diretamente com os particulares, com os quais negócios eram realizados, nascendo uma *correttezza*⁴¹¹ comercial, que regia o comércio nesta parte do mundo, competindo ao pretor, mais especificamente o pretor peregrino, ditar as consequências que destas relações nasceriam⁴¹².

Da lição romana, de atualidade incontestável, extraiu-se padrão objetivo de conduta imprescindível para as relações jurídicas em geral.

les deux divergent. Pas arbitrairement, bien sûr: la supériorité de l'intérêt général n'existe que dans la mesure où les règles du droit administratif le permettent et passe par la démonstration de l'existence et de la nécessité de l'intérêt général, que l'on vient d'évoquer" (Droit administratif. 7^a ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2008., p. 48).

⁴⁰⁸ A importância do princípio da boa-fé para que se concretize a contento a colaboração entre a Administração e os particulares é objeto de realce por Raquel Carvalho (*O direito à informação administrativa procedimental*. Porto: Publicações Universidade Católica, 1999, p. 68-69).

⁴⁰⁹ Buona fede (dir. rom.). In: *Enciclopedia del diritto*. Giuffrè Editore: Varese, 1959. Vol. V, p. 662.

⁴¹⁰ A referência à cidade se dá porque, já à época, a *fides* operava fora dos lindes privados, conforme sucedeu com os tratados firmados entre Roma e Cartago, por volta do Século IV a. C., mediante os quais os romanos obrigavam-se a outorgar proteção, sob *publica fide*, aos negócios e interesses cartagineses nas suas zonas territoriais de influência, estipulando-se o mesmo quanto aos cartagineses perante os romanos.

⁴¹¹ O vocábulo, que entendemos manter no original itálico, dá idéia de correção e seriedade, figurando no art. 1.175 do Código Civil de 1942, para modular a conduta do devedor e do credor no cumprimento dos liames das obrigações.

⁴¹² Interessante ainda, dentre vários autores, exposição levada a cabo por Max Kaser (*Direito privado romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1992, p. 199-201. Tradução de: Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle).

Se certo é que a sedimentação da boa-fé perante as relações jurídicas disciplinadas pelo direito privado adveio com maior rapidez e receptividade, conforme mostra sua aceitação pelo direito canônico⁴¹³ e, ao depois, pelos principais códigos civis ainda vigorantes na atualidade⁴¹⁴, não menos correto é a sua influência na província do direito público. Seria inconcebível que aos vínculos entre o cidadão e o Estado fosse completamente estranha a nota da lealdade.

Porém, é evidente que o desenvolvimento da boa-fé no direito público enfrenta maiores resistências, decorrentes das peculiaridades deste, das relações que regula, dos interesses que visa proteger, dentre outros fatores. Tais reações, de modo algum, apresentam-se insuperáveis.

Fernando Sainz Moreno⁴¹⁵, em sua clareza e pujança analítica, desmistificou, tal qual a destruição dum castelo de cartas, os óbices apontados em detrimento duma sistematização da boa-fé no direito administrativo. Dentre as razões adversas, as mais generalizadas se centravam na: a) distinção qualitativa das partes na relação jurídico-administrativa; b) vinculação da Administração ao princípio da legalidade; c) natureza diversa dos interesses em jogo.

Para o autor, a posição institucional da Administração Pública no liame jurídico-administrativo, embora diferente daquela ocupada pelos particulares, não é imanente àquela como designativa de ente superior, mas uma necessidade imposta pelo fato de encontrar-se a serviço dos interesses gerais, conforme o art. 103.1, da Constituição espanhola de 1978⁴¹⁶. Portanto, o lugar institucional ocupado pela Administração, só por só, não é capaz de afastar a incidência do princípio da boa-fé, pois é superiormente legítimo que aquela confie no cidadão e vice-versa.

O argumento da sujeição do aparato administrativo ao princípio da legalidade não convence, porquanto, conforme mais uma vez frisa o autor, aquele é apenas um dos elementos do Estado

⁴¹³ A presença da boa-fé na tradição canônica é densamente analisada por Luigi Scavo Lombardo (Buona fede (dir. can.). In: *Enciclopedia del diritto*. Giuffrè Editore: Varese, 1959. Vol. V, p. 664-677).

⁴¹⁴ Sem preocupação exaustiva, conferir os Códigos Civis da França (art. 1.334, alínea 3ª), do Chile (art. 1.546), da Espanha (arts. 7.1 e 1.258), da Alemanha (§§ 157 e 242), da Suíça (arts. 2º e 3º), da Itália (arts. 1.175, 1.337, 1.366 e 1.375), de Portugal (arts. 227º, 239º, 272º, 334º, 437º e 762º), do Quebec (arts. 6º e 1.375), do Brasil (arts. 113, 187 e 422) e da Argentina (art. 1.198).

⁴¹⁵ La buena fe en las relaciones de la administración con los administrados. *Revista de Administración Pública*, n. 89, maio-agosto, 1979, p. 310-313)

⁴¹⁶ Artigo 103. 1. A Administración Pública serve com objetividade os interesses gerais e atua de acordo com os princípios de eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação, com submissão plena à lei e ao Direito (Artículo 103. 1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. Disponível em: www.app.congreso.es. Acesso em: 03-02-2021).

de Direito, guiado, consoante os arts. 1º/1, 9º/3 e 10.1⁴¹⁷, todos da Constituição hispânica, por valores superiores de um ordenamento jurídico, tais como liberdade, justiça, igualdade, segurança jurídica e paz social, de maneira que a boa-fé, em representando o reconhecimento do valor ético social da confiança, é um elemento indispensável para a paz e segurança jurídica.

À derradeira, a diferença entre os interesses postos na relação jurídica (interesse público *versus* interesse privado) tampouco é justificativa relevante, pois a boa-fé é invocável tanto pela Administração quanto pelos administrados, conforme se trate da defesa do interesse público e do interesse particular, respectivamente.

Daí não haver sido à toa Héctor Mairal⁴¹⁸ apontar, com facilidade, no remate de parecer difícil considerar o Estado excluído da obrigação de respeitar um princípio básico do direito e da moral, como é o da boa-fé, pois o simples fato da administração procurar o bem comum não lhe autoriza querer fugir de tal limite.

Rechacados os tradicionais impedimentos, a aplicação da boa-fé aos quadrantes do direito administrativo se impõe por razões de várias ordens. A primeira é a de que, com o gradual abrandamento dos postulados do Estado Liberal, que durante muito tempo prevaleceram na Administração Pública, alteraram-se as fontes jurídicas de observância imperiosa por esta.

Abandonou-se a concepção do princípio da legalidade, representativa do vetusto aforismo de que a Administração somente pode fazer o que a lei impõe que se faça, com a sua

⁴¹⁷ Artigo 1.1. Espanha se constitui num Estado social e democrático de Direito, que propugna como valores superiores do seu ordenamento jurídico a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político. (...) Artigo 9. (...) 3. A Constituição garante o princípio da legalidade, a hierarquia normativa, a publicidade das normas, a irretroatividade das disposições sancionadoras não favoráveis ou restritivas de direitos individuais. Artigo 10.1. A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamento da ordem política e da paz social. (Artículo 1 1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. (...) Artículo 9. (...) 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Artículo 10.1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. Disponível em: www.app.congreso.es. Acesso em: 03-02-2021).

⁴¹⁸ *La doctrina de los propios actos y la Administración Pública*. Buenos Aires: Depalma, 1994, p. 52.

substituição pela sua vinculação ao Direito em todas as suas dimensões, dentre as quais avulta sobranceira a dos princípios, dado o seu caráter informador e dirigente do sistema jurídico⁴¹⁹.

De outro ângulo, a só menção da boa-fé nas codificações, à guisa de princípio geral, é suficiente, só por só, para seu traspasso ao direito administrativo, tendo em vista o caráter de generalidade que é conferido ao direito civil pela sua antecedência cronológica na gênese jurídica⁴²⁰.

Reforçando, não se pode olvidar que, recentemente, o reconhecimento da imposição da boa-fé ao direito administrativo não mais resulta de normas tomadas por empréstimo do direito privado, mas de lastro normativo específico. Isto porque as constituições hodiernas, ora expressamente⁴²¹, ora de maneira tácita⁴²², impõem a boa-fé como princípio cardeal da Administração, o que é seguido pelas leis de procedimento administrativo⁴²³.

No sistema jurídico pátrio, conforme acentuamos em trabalho sobre o assunto⁴²⁴, o princípio da boa-fé, não se encontrando presente de forma expressa na Constituição, é suscetível de ser

⁴¹⁹ Esse novo perfil do princípio da legalidade – que, a bem da verdade, transforma-o em princípio da juridicidade –, no sentido de albergar força jurídica (e, na maioria das vezes, com carga predominante) é ressaltado por Eduardo García de Enterría (Reflexiones sobre la ley e los principios generales del derecho en el derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*, n. 40, ener.-abr. 1963, p. 189-222), Juan de la Cruz Ferrer (La elaboración y desarrollo de la teoría de los principios generales del derecho publico Frances. *Revista de Administración Pública*, n. 11, set.-dez., 1986), Wolff, Bachof e Stober (Direito administrativo. 11ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. Vol. 1, p. 342-345, tradução de António Francisco de Souza).

⁴²⁰ Esse traço não suprimível do direito civil é realçado por Menezes Cordeiro (*Tratado de direito civil português – parte geral*. 2ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. Tomo I, p. 33). Favorável ao reconhecimento da influência do direito civil frente ao direito administrativo, mais precisamente quanto aos princípios gerais do direito que aquele acolhe e disciplina, ver Juan Carlos Cassagne (*Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*. Reimpressão. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1992, p. 13-14 e 16).

⁴²¹ Art. 266º, nº 2, da Constituição da República Portuguesa, dispõe: “Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé”. Disponível em: www.parlamento.pt. Acesso em: 03-02-2021.

⁴²² Tanto foi assim que Carlo Marzuoli (*La bonne foi dans les relations entre l'État et les particuliers, Rapports Italiens*. In: ASSOCIATION HENRI CAPITANT. *La bonne foi (Journées lousianaises)*. Paris: Litec, 1992. Tome XLIII, p. 442) entende inserido o dever de atuar de boa-fé da Administração no princípio da imparcialidade, positivado no art. 97 da Constituição italiana de 1947. Na mesma linha, lê-se em Fabio Merusi (Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: il caso della <altranzanza>. *Rivista di Diritto Civile*, anno XLVII, p. 564-565, 2001) manifestação favorável à aplicação do princípio da boa-fé a lastrear a tutela da confiança gerada pelo precedente comportamento da Administração Pública e do legislador.

⁴²³ Arts. 3.1 e 106 da *Ley* 30, de 26 de novembro de 1992, que, em solo espanhol, disciplina o Regime Jurídico das Administrações Públicas e o Procedimento Administrativo Comum. Ver também o § 48 da Lei do Procedimento Administrativo da República Federal da Alemanha, o art. 11 da *Legge* 241/90, o art. 6º - A do Código de Procedimento Administrativo lusitano, o art. 2º, k, do Código de Procedimento Administrativo do Uruguai (Decreto 500/91) e o artigo 10º do Decreto-lei 04/2015.

⁴²⁴ Trata-se de *O princípio da boa-fé e sua aplicação ao direito administrativo brasileiro* (Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 153-161).

extraído de outras normas desta. Assim, aquele pode ser visualizado através do: a) art. 3º, I, ao apontar a construção duma sociedade livre, justa e solidária como objetivo fundamental do Estado brasileiro; b) art. 5º, XXXVI, ao prestigiar a segurança jurídica; c) art. 5º, LIV, ao garantir ao particular a adoção do devido processo legal quando da imposição de restrições de direito por atos estatais; d) o art. 37, *caput*, ao inserir a moralidade como princípio da Administração Pública.

A tudo isso se acresce, no plano infraconstitucional, a Lei 9.784/99 que, a pretexto de estatuir normas sobre o procedimento administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, consagra atenção à boa-fé em vários de seus preceitos (arts. 2º, parágrafo único, IV e XIII, 4º, I a IV, e 54, *caput*).

Amostra contundente da importância da boa-fé como paradigma para as relações aperfeiçoadas entre Administração e administrados nos é demonstrada em recentes manifestações jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal (MS 24.268-0 – MG, RE 442.683-8 – RS, MS 25.112-3 ACO 970-1 – PA) e do Superior Tribunal de Justiça (RMS 14.924 - DF e RESP 488.905 – RS) que tenderam à delinação do princípio como um importante norte interpretativo aos vínculos entre a Administração e o particular. Também recentemente, a boa-fé, nessa qualidade, tem alcançado enorme prestígio perante o Tribunal Constitucional espanhol (STC 193/1992; 228/199; 214/2002)⁴²⁵

⁴²⁵ Omiti, de caso pensado, a menção a qualquer das decisões, nacionais ou estrangeiras, às quais me referi em trabalho que escrevi sobre o assunto, preferindo citar manifestações mais novas, justamente para deixar claro o prestígio que o princípio da boa-fé vem angariando na esfera do direito público material. As sentenças do Tribunal Constitucional da Espanha se acham, no seu inteiro teor, disponíveis em: http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/jurisprudencia_constitucional.php.

ELEMENTOS PARA CONFIGURAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Edgar Guimarães

Advogado; Pós-Doutor em Direito pela Università del Salento (Itália). Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP; Professor de Licitação nos cursos de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar e da Universidade Positivo; Consultor Jurídico (aposentado) do Tribunal de Contas do Estado do Paraná; Presidente do Instituto Paranaense de Direito Administrativo; Membro dos Institutos Brasileiro de Direito Administrativo, do Instituto dos Advogados do Paraná e do Conselho Científico do Instituto Romeu Felipe Bacellar. Árbitro da Câmara de Arbitragem e Mediação da FIEP/PR. Conselheiro da OAB/PR.

1. Introdução

A improbidade administrativa faz parte do grupo de inovações normativas que a Constituição de 1988 trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro. Embora a proteção à probidade administrativa já fosse uma preocupação presente em alguns dispositivos penais e em diplomas que disciplinavam a atividade dos agentes públicos, não havia, antes do novo cenário constitucional, um dispositivo que tratasse de um regime específico de combate à improbidade administrativa.

A Constituição de 1946 foi a primeira a prever a edição de lei que tratava do sequestro e do perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, decorrente do abuso de cargo ou função pública. Em cumprimento ao comando constitucional, foi publicada a Lei 3.164/57 que regulava o procedimento de sequestro e perda de bens adquiridos pelo servidor público em virtude da influência ou abuso da função pública. Na sequência, a Lei 3.502/58 disciplinou o

sequestro e o perdimento de bens nas hipóteses de enriquecimento ilícito oportunizado pela influência ou pelo abuso do cargo público.

A Constituição de 1967 também previu, no art. 150, § 11, a possibilidade de perdimento de bens por danos causados ao erário ou nos casos de enriquecimento ilícito obtido no exercício da função pública. O enriquecimento ilícito teve o seu escopo ampliado pelo § 11 do art. 153 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, ao dispor que o perdimento de bens se daria por danos ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito ocorrido no exercício de cargo, função, ou emprego na Administração Pública direta ou indireta.

Mas foi somente com a Constituição Federal de 1988 que a proteção à probidade da conduta dos agentes públicos ganhou contornos de destaque. Além de consagrar o princípio da moralidade expressamente em seu texto, a Constituição ainda previu a instituição de um regime específico de combate à improbidade administrativa em seu art. 37, § 4º, cuja redação dispõe que: *“Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em Lei, sem prejuízo da ação penal cabível”*.

Contudo, como qualquer instituto jurídico inovador, a compreensão do conceito e dos limites da improbidade administrativa incitaram dúvidas tanto na doutrina quanto na jurisprudência, mesmo após a edição da Lei 8.429/92, que regulamentou o comando constitucional e previu as modalidades de atos de improbidade administrativa. Uma destas controvérsias consiste nos elementos necessários à configuração dos atos de improbidade administrativa.

2. Improbidade Administrativa na Lei nº 8.429/92

A Lei nº 8.429/92, popularmente conhecida como Lei de Improbidade Administrativa - LIA, surgiu para dar materialidade ao comando contido no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal. Seu corpo de normas além de estabelecer a forma de imposição e gradação das sanções

aplicáveis aos agentes públicos ímprobos, também fixou um sistema tripartite contemplando três modalidades de atos de improbidade administrativa.

O art. 9º da Lei 8.429/92 trata dos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito do agente público, no exercício da função pública. O tipo geral, disposto no *caput* do artigo, consiste em “*auferir vantagem patrimonial indevida em razão do exercício do cargo, mandato, função, emprego ou atividade*” nas entidades arroladas no art. 1ª da Lei. A tipicidade prevista no *caput* é esmiuçada nos 12 incisos seguintes em que se descrevem condutas específicas de enriquecimento ilícito no exercício da função pública.

O art. 10 do diploma legal diz respeito aos atos que resultam em prejuízo ao erário. O *caput* do artigo prevê o tipo geral da improbidade composto por “*qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres*” das entidades indicadas no art. 1ª da Lei de Improbidade. Na sequência, o dispositivo elenca 21 tipos específicos de condutas ímprobos lesivas ao erário.

Ainda na seara da modalidade de improbidade que resulta em dano ao erário, incumbe registrar que Lei Complementar nº 157/2016, que acrescentou o art. 10-A à Lei 8.429/92, previu uma nova hipótese desta modalidade de improbidade. O novo dispositivo aduz que: “*constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõe o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116/2003*”.

O art. 8-A da Lei Complementar nº 116/2003 fixa uma alíquota mínima de 2% ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, e veda a possibilidade de concessão de qualquer forma de isenção, incentivo ou benefício tributário ou financeiro que resulte em aplicação de alíquota inferior à de 2%, excetuando-se os serviços previstos na própria legislação complementar.

Apesar da nova disposição ter sido incluída em artigo apartado das demais hipóteses do art. 10 da LIA – como se fosse uma nova modalidade de improbidade – em verdade ela prevê

apenas mais um tipo específico de ato ímprobo que resulta um dano ao erário. A concessão de isenção, incentivo ou benefício tributário ou financeiro fora das exceções previstas na legislação complementar, diminuirá a arrecadação tributária, o que configura uma lesão aos cofres públicos.

Por fim, o art. 11 da Lei 8.429/92 institui atos de improbidade que atentem contra os princípios da Administração Pública. Objeto de grandes controvérsias na doutrina e jurisprudência, este dispositivo prevê a modalidade de improbidade de maior abrangência, pois pode incidir sobre qualquer conduta que infrinja os princípios da Administração. Tanto o tipo geral disposto no *caput* quanto os tipos específicos, previstos nos sete incisos do artigo englobam condutas que afrontam “os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições”.

Embora os mencionados artigos da Lei 8.429/92 consignem as modalidades de improbidade administrativa e prevejam, expressamente, condutas ímprobas, a lei não fixou um conceito universal de ato de improbidade administrativa capaz de enquadrar todas as modalidades de improbidade arroladas no seu corpo normativo. Essa omissão legislativa decorre, em boa parte, da dificuldade em se oferecer uma proposta conceitual de ato de improbidade que possa, a um só tempo, gozar do alcance necessário para abranger todas as situações elencadas como atos de improbidade, sem excessos ou omissões injustificáveis.

A falta de um conceito legal de improbidade administrativa cria para o operador jurídico uma grande dificuldade para se identificar os elementos constitutivos do ato de improbidade. Na tentativa de solucionar esta omissão legal e oferecer uma noção adequada de improbidade administrativa, Pedro Roberto Decomain aponta para a tendência de boa parte da doutrina de associar o conceito indeterminado disposto no art. 37, § 4º, da Constituição com a ideia de moralidade administrativa⁴²⁶. É o caso, por exemplo, de Luís Octavio Sequeira de Cerqueira:

⁴²⁶ DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007. p. 22.

“A improbidade administrativa constitui uma violação ao princípio constitucional da moralidade, princípio basilar da Administração Pública, estabelecido no *caput* do art. 37 da CF. Assim, a improbidade pode ser classificada como uma imoralidade administrativa qualificada, na medida em que somente as condutas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 da LIA podem ser consideradas atos de improbidade administrativa”⁴²⁷.

Marcelo Figueiredo segue caminho semelhante ao defender que a noção de improbidade administrativa constitui uma espécie do gênero “moralidade administrativa”:

“Entendemos que a probidade é espécie do gênero ‘moralidade administrativa’ a que alude, v.g., o art. 37, *caput* e seu § 4º, da CF. O núcleo da probidade está associado (deflui) ao princípio maior da moralidade administrativa; verdadeiro norte à Administração em todas as suas manifestações. Se correta estive a análise, podemos associar, como faz a moderna doutrina do direito administrativo, os atos atentatórios à probidade como também atentatórios à moralidade administrativa. (...) A probidade é, portanto, corolário do princípio da moralidade administrativa”⁴²⁸.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, leciona que, enquanto princípios, moralidade e probidade significam praticamente a mesma coisa. Todavia, quando pensada como ato ilícito, a improbidade tem uma compreensão muito mais ampla que a moralidade, pois abarca atos que vão além do meramente desonesto ou imoral. Nesse sentido, propugna que:

“quando se fala em improbidade como ato ilícito, como infração sancionada pelo ordenamento jurídico, deixa de haver

⁴²⁷ SEQUEIRA DE CERQUEIRA, Luis Otávio. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 40.

⁴²⁸ FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar**. 6ª edição, atualizada e revisada. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 47-48.

sinonímia entre as expressões improbidade e imoralidade, porque aquela tem um sentido muito mais amplo e muito mais preciso, que abrange não só atos desonestos e imorais, mas também e principalmente atos ilegais”⁴²⁹.

Importante ressaltar que a ilegalidade a que a autora faz referência, não diz respeito à legalidade estrita. A legalidade aqui compreendida é a legalidade em sentido amplo, que abarca não só a obediência à lei, mas também a observância dos princípios e valores que estão na base do ordenamento jurídico. Assim, Maria Sylvia Zanella Di Pietro conclui que o ato de improbidade não resulta apenas da lesividade ao princípio da moralidade, mas decorre de qualquer conduta do agente público que contrarie a legalidade considerada em sentido amplo:

“Vale dizer que a lesão ao princípio da moralidade ou a qualquer outro princípio imposto à Administração Pública constitui uma das modalidades de ato de improbidade. Para ser ato de improbidade, não é necessária a demonstração de ilegalidade do ato; basta demonstrar a lesão à moralidade administrativa. Concluindo: a legalidade estrita não se confunde com a moralidade e a honestidade, porque diz respeito ao cumprimento da lei; a legalidade em sentido amplo (o Direito) abrange a moralidade, a probidade, e todos os demais princípios e valores consagrados pelo ordenamento jurídico”⁴³⁰.

Nota-se que enquanto Marcelo Figueiredo e Luís Octavio Sequeira de Cerqueira associam o conceito de improbidade a noção de moralidade administrativa, Maria Sylvia Zanella Di Pietro vai além e conceitua o ato de improbidade como qualquer conduta que afronte um dos princípios regentes da Administração Pública, o que denota a existência de uma divergência na doutrina sobre o significado do termo improbidade administrativa.

⁴²⁹ ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 29ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Forense, 2016. p. 975.

⁴³⁰ ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 29ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Forense, 2016. p. 991-992.

Mateus Bertoncini retrata a existência de, ao menos, cinco concepções empregadas pela doutrina para compreender a ideia de improbidade administrativa⁴³¹. A primeira, identificada como “substantiva”, reconhece o ato de improbidade como sendo qualquer violação ao princípio da moralidade administrativa. A segunda, chamada de “legalista ou formal”, quando o ato de improbidade deriva de uma violação à estrita legalidade.

A concepção mista, os atos de improbidade resultam da violação simultânea dos princípios da legalidade estrita e da moralidade administrativa. Ou seja, para que o ato se constitua como ímprobo, ele deve ser, ao mesmo tempo, ilegal e imoral. O autor ainda elenca as concepções principiológica restrita e principiológica ampla ou da juridicidade. A primeira “entende o ato de improbidade como violação dos princípios do art. 37, caput, da CF”⁴³². Já, a segunda, define o ato de improbidade como “violação de todos os princípios da Administração Pública ou como atentado à juridicidade ou à legalidade em sentido amplo”⁴³³.

Do exposto, é perceptível que a noção de “improbidade” lança suas estruturas com base nos deveres éticos impostos aos exercentes de funções públicas de pautar suas condutas na mais clara, absoluta e inquestionável moralidade. A improbidade, nesse cenário, constitui o desprezo pelos valores principiológicos (entre eles os de ordem moral) que devem presidir a atuação desempenhada em nome da coisa pública.

Contudo, como muito bem ressalta Marcelo Figueiredo, a proximidade dos conceitos de probidade e moralidade administrativa não resulta em uma identidade completa, pois a probidade é um aspecto, peculiar e específico, da noção de moralidade administrativa⁴³⁴.

⁴³¹ BERTONCINI, Mateus. **Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/92**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 70

⁴³² BERTONCINI, Mateus. **Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/92**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 70

⁴³³ BERTONCINI, Mateus. **Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/92**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 70

⁴³⁴ FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar**. 6ª edição, atualizada e revisada. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 48.

Marcio Cammarosano segue a mesma linha ao destacar que a improbidade representa uma imoralidade tipificada legalmente como tal, notadamente pelo disposto na Lei 8.429/92. Vejamos:

“improbidade é a imoralidade administrativa especialmente qualificada, que a relação é entre conteúdo e continente, de sorte que toda improbidade constitui ofensa à moralidade administrativa, mas não basta que haja ofensa a esta para que, *ipso facto*, se tenha como caracterizada aquela.”⁴³⁵

A improbidade administrativa também não se configura com a mera ilicitude da conduta praticada pelo agente público. Cesar Asfor Rocha ressalta que os atos de improbidade administrativa devem ser compreendidos de forma apartada dos atos ilícitos cometidos no exercício da função administrativa⁴³⁶. A ilicitude administrativa tem um campo compreensivo muito mais amplo do que o âmbito da improbidade administrativa, sendo o ato ímprobo uma conduta ilícita permeada por outros elementos configuradores da improbidade.

Nesta esteira, não basta que haja ofensa à moralidade ou à legalidade administrativa para que se configure um ato ímprobo, é necessário que a conduta do agente público preencha outras condicionantes dispostas na Lei de Improbidade Administrativa.

3. Os Elementos Configuradores do Ato de Improbidade Administrativa

A definição de elementos gerais configuradores de todas as modalidades de atos de improbidade é tema tormentoso e que gera grandes controvérsias. A falta de um conceito geral de ato de improbidade administrativa aliado à discrepância existente entre as três modalidades de improbidade previstas na Lei 8.429/92 leva a doutrina, na maioria das vezes, a optar por analisar os requisitos de cada uma de forma individualizada, sem enfrentar o tema de maneira

⁴³⁵ CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 109.

⁴³⁶ ASFOR ROCHA, Cesar. **Breves reflexões críticas sobre a ação de improbidade administrativa**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012. p. 52.

ampla. Não obstante, pensamos ser possível elencar ao menos seis elementos essenciais para a configuração das três modalidades de ato de improbidade.

O primeiro requisito essencial é a existência de uma ação ou omissão infringente do ordenamento jurídico. A improbidade depende da ilicitude da atuação ativa ou manifestação omissiva do agente supostamente ímprobo. Não parece ser crível que um ato totalmente em sintonia com o arcabouço normativo possa dar ensejo a uma improbidade administrativa. Nesse sentido é o pensamento de Marcelo Harger:

“Há quem afirme que a existência de atos legais, porém eivados do vício de improbidade. Diante do conceito de improbidade já exposto, é forçoso refutar essa afirmação. Os atos legais jamais poderão ofender a lei de improbidade. A improbidade depende de ilicitude, mas nem todos os atos ilícitos serão passíveis de punição por improbidade”⁴³⁷.

Cabe salientar que o conceito de ilicitude mencionado não se identifica com a concepção de legalidade estrita. O ato ímprobo pode decorrer de uma conduta que não viola a lei, em sentido estrito. É o caso, por exemplo, das situações em que um agente público recebe propina para praticar um ato que é, de fato, de sua competência ou na hipótese em que é agraciado patrimonialmente por um terceiro para que promova a dispensa de licitação em situação na qual ela realmente não era obrigatória. Nestes casos, não se configura uma transgressão a lei.

Ocorre que, nestes exemplos, a conduta do agente poderá ser enquadrada como improbidade pelo fato de afrontar os princípios e valores que regem a função administrativa. A ilicitude deve ser pensada por meio do conceito de legalidade em sentido amplo, constituindo-se não só quando o ato viole a lei, mas também quando afronte os princípios e valores incidentes sobre a atividade administrativa. Assim, para a configuração da improbidade administrativa, é

⁴³⁷ HARGER, Marcelo. **Improbidade Administrativa: comentários à lei 8.429/92**. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 16.

imprescindível que a conduta comissiva ou omissiva do agente seja ilícita, isto é, contrarie um comando normativo disposto em uma regra ou princípio incidente sobre a função administrativa.

Entretanto, conforme assentado no primeiro ponto deste trabalho, a mera ilicitude da conduta do agente público não constitui automaticamente um ato de improbidade administrativa. É necessário também que a conduta se enquadre em um dos tipos normativos arrolados nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.492/92. Estes três dispositivos são compostos por um tipo geral de improbidade – descrito no *caput* – e tipos específicos dispostos nos incisos de cada artigo.

O art. 9º traz em seu *caput* o tipo geral da modalidade que importa em enriquecimento ilícito, prevendo como critério material a conduta “*auferir vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades*” arroladas na lei.

O art. 10, por sua vez, prevê como núcleo do tipo as ações ou omissões, dolosas ou culposas, que ocasionem “*perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades*” objeto da Lei de Improbidade.

Já o núcleo do tipo geral previsto no *caput* do art. 11 consiste em “*ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições*”.

Uma eventual conduta ilícita cometida no exercício da função pública só poderá ser elevada à categoria de improbidade administrativa se dela resultar **(i)** uma vantagem patrimonial indevida; **(ii)** um dano ou lesão patrimonial à Administração Pública; ou **(iii)** uma infração aos deveres inerentes à atividade administrativa. Se do ato ilícito não decorrer nenhuma destas consequências, então se estará diante de uma mera ilicitude, reprimível com outras censuras que não as dispostas na Lei de Improbidade Administrativa.

Da premissa acima fixada é forçoso concluir que a tipicidade aparece como um elemento essencial para configuração do ato de improbidade administrativa. Francisco Octavio de Almeida Prado adota conclusão semelhante ao ressaltar que a exigência de tipicidade revela-se mais intensa em relação aos atos de improbidade administrativa do que para a configuração de outras faltas administrativas, especialmente pela gravidade das sanções passíveis de serem impostas aos agentes ímprobos⁴³⁸. No mesmo sentido é o pensamento de César Asfor Rocha que assim assinala:

“o terceiro elemento é a tipicidade entendida esta como o enquadramento perfeito da conduta pessoal do agente em algum dos itens positivados nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, sem o que não se terá configurada a improbidade, embora se possa até falar na presença de alguma forma de ilegalidade”⁴³⁹.

Outro requisito essencial para a configuração das modalidades de ato de improbidade administrativa arroladas nos arts. 9º a 11 da Lei 8.429/92 é o sujeito passivo. A Lei de Improbidade, no seu art. 1º, indica como sujeitos passivos dos atos de improbidade a *“administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Territórios, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual*.

Já o parágrafo único acrescenta ainda as entidades que recebem *“subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual”*. Nota-se que o diploma legal inseriu um grande número de entidades no campo de incidência da Lei de Improbidade, objetivando, com isso, como muito bem ressalta

⁴³⁸ PRADO, Francisco Octavio de Almeida. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Editora Malheiros, 2001. p. 59.

⁴³⁹ ASFOR ROCHA, Cesar. **Breves reflexões críticas sobre a ação de improbidade administrativa**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012. p. 53.

Francisco Octavio de Almeida Prado, proteger “fundamentalmente o dinheiro público, onde quer que ele se encontre”⁴⁴⁰.

Compõem, portanto, o catálogo de sujeitos passivos da improbidade administrativa todos os órgãos integrantes da Administração Direta e Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos territórios, bem como os órgãos dos Poderes Judiciário e Legislativo de todos os entes federados. Somem-se a elas as empresas que não foram criadas por lei, como as empresas públicas, mas que, por alguma razão, foram incorporadas ao patrimônio público por intermédio da aquisição de ações ou quotas, e as entidades nas quais o Poder Público tenha concorrido para a criação ou custeio, ou que ainda concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual.

Os últimos sujeitos passivos são as entidades que recebem algum tipo de aporte financeiro dos cofres públicos por meio de subvenção, benefício, incentivo fiscal ou creditício, ou que o ente público tenha contribuído com qualquer valor inferior a 50% do patrimônio ou da receita anual. Essas entidades arroladas pelo parágrafo único do dispositivo legal merecem um tratamento diferenciado, pois manuseiam tanto aportes públicos quanto recursos privados.

Considerando que a finalidade da Lei de Improbidade é zelar pela aplicação correta do dinheiro público, não parece fazer sentido aplicar as disposições do diploma da improbidade em situações nas quais estas entidades estejam fazendo uso somente de recursos privados. Isso significa dizer que estas entidades que recebem recursos financeiros oriundos do erário, mas que também manuseiam receitas privadas, somente se submetem à Lei de Improbidade nas situações em que manuseiam verbas públicas. Esse é o entendimento de Marcelo Harger, assim encontrado:

“É necessário esclarecer que as entidades de direito privado que recebam recursos públicos, subvenções, benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios recebem apenas parcial proteção da lei de improbidade. Isso ocorre porque essas entidades manuseiam recursos

⁴⁴⁰ PRADO, Francisco Octavio de Almeida. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Editora Malheiros, 2001. p. 59.

privados e públicos. Não há sentido em submeter os recursos privados que essas entidades receberem ao regramento destinado a proteger o patrimônio público. Isso significa dizer que a lei de improbidade somente se aplica quando estas entidades manusearem recursos públicos”⁴⁴¹.

Ainda no tocante aos requisitos essenciais para configuração de improbidade, a Lei 8.429/92 identifica os sujeitos ativos do ato de improbidade administrativa. O art. 1º considera como sujeito ativo o agente público, assim conceituado pelo art. 2º como sendo “*todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função*” nas entidades mencionadas no art. 1º da aludida lei.

O conceito de agente público engloba servidores estatutários, empregados públicos, agentes políticos e particulares colaboradores que, no exercício da função pública, pratiquem qualquer tipo de ato ilícito tipificado na Lei de Improbidade. Há que se reconhecer também, por força do disposto no art. 1º da LIA, que integram a categoria de agente público os empregados de pessoas jurídicas de direito privado que recebam receitas, subvenções, benefícios e incentivo fiscal ou creditício do Poder Público.

Além dos agentes públicos, o art. 3º da Lei 8.429/92 inclui como sujeitos ativos do ato de improbidade administrativa qualquer particular que induza ou concorra para a prática da improbidade, ou se beneficie dos seus efeitos de forma direta ou indireta. Tanto pessoas físicas quanto pessoas jurídicas podem vir a ser responsabilizadas pelo cometimento de uma improbidade, mas, para que isso ocorra, é necessário que haja um ato de um agente público. Não é possível que os particulares, desprovidos de *múnus* público materializem, isoladamente, um ato de improbidade. É preciso, para sua responsabilização, que eles induzam, concorram ou, ao menos, se beneficiem dolosamente da conduta ímproba cometida por um agente público.

⁴⁴¹ HARGER, Marcelo. **Improbidade Administrativa: comentários à lei 8.429/92**. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 100.

Sobre esta última hipótese, é importante ressaltar que o particular de boa-fé, em nenhuma circunstância poderá ser responsabilizado, mesmo que venha a se beneficiar, direta ou indiretamente, dos efeitos oriundos do ato de improbidade administrativa. A aplicação das sanções previstas na Lei 8.429/92 sobre os particulares prescinde do elemento subjetivo dolo na conduta da pessoa física ou jurídica.

Em verdade, a culpabilidade do sujeito ativo é exigida em qualquer hipótese de improbidade administrativa, consistindo no quarto requisito essencial para materialização do ato de improbidade. A exigência da verificação da culpabilidade do sujeito ativo é característica da modalidade da responsabilidade subjetiva, que se contrapõe a modalidade objetiva que dispensa a análise do plano da subjetividade do sujeito ativo.

A responsabilidade subjetiva constitui verdadeira garantia individual positivada na Constituição que impede que o Estado faça uso da sua competência sancionatória ou punitiva para reprimir o indivíduo sem que se atente para o seu plano subjetivo. Como afirma José Roberto Pimenta Oliveira, o princípio da culpabilidade é requisito constitucional de legitimação para edição de qualquer medida sancionatória estatal, inclusive as sanções previstas para os atos de improbidade administrativa⁴⁴².

Compõem o plano de subjetividade do sujeito os elementos do dolo e da culpa. O dolo consiste na vontade consciente do agente em realizar a sua conduta em contrariedade a uma vedação normativa. No plano penal, a doutrina o divide em dolo direto, quando a vontade do agente é dirigida à realização do fato típico, e o dolo eventual, que se dá nas hipóteses em que o agente não almeja diretamente a realização do tipo, mas tem consciência de que a sua conduta pode caracteriza-lo, assumindo, com isso, os riscos da produção do resultado.

⁴⁴² PIMENTA OLIVEIRA, José Roberto. **Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 215.

A culpa, por sua vez, consiste na violação do dever de cuidado inerente à atividade realizada, configurando-se nas situações que o agente age de forma imprudente, negligente ou imperita em que se produz um resultado típico. O enquadramento do elemento subjetivo nas hipóteses de improbidade administrativa tem sido objeto de grande discussão na doutrina, especialmente em virtude da previsão do art. 10 de que a conduta culposa pode dar ensejo à improbidade administrativa. Em razão dessa divergência doutrinária, o elemento subjetivo será tratado em um tópico próprio a seguir disposto.

4. O elemento subjetivo na formação do ato de improbidade

O elemento subjetivo da conduta cumpre um papel fundamental na configuração da improbidade administrativa. É somente após a sua análise que a ação ou omissão típica do agente público ou do particular materializará uma improbidade administrativa. O problema que se constrói por trás do seu enquadramento na Lei 8.429/92 é o de saber se a configuração de um ato de improbidade exige dolo do agente ou pode restar caracterizada nas hipóteses em que a conduta supostamente ímproba é fundada em mera culpa ou inaptidão funcional.

Ao tomar como referência as disposições legais que presidem a matéria, atentando-se para a interpretação literal dos seus termos, desde logo parece possível afirmar que as condutas descritas no art. 10 da Lei 8.429/92 abrangem atos de improbidade tanto nos casos de dolo quanto nos casos de culpa do agente. Isso se deve ao fato de que a regra legal alude expressamente que, uma ação ou omissão dolosa ou culposa que dê ensejo a prejuízo ao erário consistirá em ato de improbidade.

Em contrapartida, os casos tratados nos arts. 9º e 11 não fazem remissão à modalidade culposa, o que leva a crer que as situações de fato neles descritas somente se constituem se houver a demonstração do dolo do agente na realização da conduta típica. Contudo, no plano da doutrina, a questão ganha maior complexidade, na medida em que há autores que defendem a impossibilidade da caracterização de ato de improbidade decorrente de culpa do agente, e

autores que entendem ser possível a modalidade culposa, inclusive em hipóteses previstas além do art. 10 da Lei 8.429/92.

Francisco Octávio de Almeida Prado caminha no sentido da impossibilidade de se caracterizar o ato de improbidade com base em uma conduta culposa. Na concepção do autor, todos os dispositivos tipificadores dos atos de improbidade requisitam dolo para a sua configuração, mesmo os casos estabelecidos no art. 10 da Lei 8.429/92. Vejamos:

“Observa-se, portanto, que os atos de improbidade administrativa, ao contrário do que sucede com as faltas disciplinares, encontram-se muito mais no domínio do dolo que da simples culpa. A ideia de culpa, traduzida na imprudência, imperícia ou negligência, é incompatível com a noção de improbidade, que, pressupondo um desvio de ordem ética e merecendo uma qualificação infamante, só muito excepcionalmente poderá admitir modalidade meramente culposa. (...).

A previsão do art. 10, quando alude à forma culposa, não admite que esse elemento subjetivo possa configurar o ilícito em todas as hipóteses elencadas, de atos de improbidade que causam lesão ao erário. É que muitas hipóteses, por sua própria formulação, deixam evidente a essencialidade do dolo. Isso ocorre, aliás, com a maioria das hipóteses, convindo lembrar que o vocábulo ‘improbidade’, constante da formulação constitucional, repele a possibilidade de sancionar, como ímprobos, atos que não evidenciem um desvio ético, uma desonestidade, uma transgressão consciente a preceito de observância obrigatória.”⁴⁴³

Marcelo Harger vai além ao defender a inconstitucionalidade do art. 10 da Lei de Improbidade, no trecho em que consagra a culpa como elemento suficiente para configuração de ato de improbidade. Na visão do autor, a improbidade pressupõe quebra/ruptura do dever de

⁴⁴³ PRADO. Francisco Octavio Almeida. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 37-38.

honestidade. Essa honestidade, por sua vez, não admite sua formação por meio de uma conduta culposa do agente, mas somente através de uma conduta dolosa⁴⁴⁴.

Fabio Medina Osório adota opção diversa ao sustentar a constitucionalidade dos atos de improbidade culposos. No seu entender, a própria Constituição da República já autoriza a materialização de atos de improbidade fundados exclusivamente em comportamentos culposos, na medida em que reforçou a proteção dos valores “eficiência” ou “economicidade”, vinculando-os à moralidade administrativa e aos princípios constitucionais da Administração Pública⁴⁴⁵.

Referido autor também sustenta que a improbidade nos seus tipos culposos não engloba os simples erros cometidos pelos agentes públicos no exercício das suas funções. Não se poderia utilizar a Lei de Improbidade para punir qualquer defeito na conduta dos agentes públicos. Todavia, na sua visão, isso não exclui a possibilidade de se constituir atos de improbidade decorrentes de comportamentos profissionais gravemente culposos⁴⁴⁶.

Com base nestas premissas, Medina Osório aponta para a constitucionalidade da previsão da improbidade culposa do art. 10 da Lei 8.429/92 e vai além ao sustentar que alguns tipos específicos de improbidade arrolados nos incisos do art. 11 da Lei também admitem a forma culposa. Pela sua concepção, o tipo geral previsto no *caput* do art. 11 da Lei de Improbidade só contempla modalidades dolosas, mas as situações indicadas nos incisos do dispositivo admitem condutas culposas. Vejamos:

“Entendemos que o *caput* do dispositivo constante do art. 11 a LGIA efetivamente contempla, a título de cláusula geral, apenas condutas dolosas. A transgressão ali descrita conduz, razoavelmente, a

⁴⁴⁴ HARGER, Marcelo. **Improbidade Administrativa: comentários à lei 8.429/92**. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 21.

⁴⁴⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência**. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 231.

⁴⁴⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência**. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 231-232.

essa assertiva. É natural que assim seja, em busca de limitações mais rígidas ao direito punitivo. Porém, os incisos desse mesmo bloco normativo admitem várias condutas culposas, dentro de uma ideia de excepcionalidade e fragmentariedade, respeitadas as peculiaridades sancionatórias da cada tipo setorial e também a perspectiva de colaboração das legislações extravagantes, com inserções pontuais de condutas tipificáveis no universo do art. 11 da LGIA.”⁴⁴⁷

José Roberto Pimenta Oliveira, por sua vez, também argumenta ser possível a configuração de improbidade administrativa fundada em conduta culposa, mas somente na modalidade prevista no art. 10 da Lei 8.429/92⁴⁴⁸. Na sua concepção, a conduta tipificada no art. 9º - auferir vantagem indevida em razão da função pública – não pode decorrer de negligência, imprudência ou imperícia.

Ademais, a garantia constitucional da tipicidade não permite que o intérprete estabeleça modalidades de improbidade que fujam ao texto legal. Tal premissa afasta também a possibilidade de configuração de atos ímprobos previstos no art. 11 com base em conduta culposa. Todavia, no caso de lesão ao erário, entendido como zelo a coisa pública, o mencionado autor entende ser possível a materialização de improbidade administrativa baseada em conduta culposa do agente público, tendo o legislador optado por incluir essa hipótese no art. 10 da Lei de Improbidade⁴⁴⁹.

Marçal Justen Filho adota posicionamento semelhante no sentido de que as hipóteses descritas nos arts. 9º e 11 não comportam a improbidade culposa, ao passo que,

⁴⁴⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**: má gestão pública, corrupção, ineficiência. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 221

⁴⁴⁸ PIMENTA OLIVEIRA, José Roberto. **Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 275-276.

⁴⁴⁹ PIMENTA OLIVEIRA, José Roberto. **Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 276.

excepcionalmente, a modalidade de improbidade prevista no art. 10 da lei pode se constituir mediante a culpa grave do agente⁴⁵⁰.

Todavia, Justen Filho ressalta que a maioria dos tipos específicos arrolados nos incisos do art. 10 exigem a presença de dolo para a configuração da improbidade⁴⁵¹. É o caso, por exemplo, do inciso VIII, o qual dispõe que constituirá improbidade aquele que *“frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente”*.

Na visão do autor, a hipótese em apreço pressupõe o dolo, pois a frustração da “licitude” do certame somente se configurará mediante uma conduta consciente e intencional do agente. A partir disso, conclui que a modalidade culposa de improbidade administrativa só poderá se configurar nas hipóteses que a própria redação legal assim o dispuser, como é o caso do inc. X do art. 10: *“agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda”*. E mesmos nestes casos, a improbidade só restará configurada se a infração culposa do agente público produzir efeitos danosos extraordinários:

“A improbidade não se configura pela mera atuação defeituosa do agente – o que não significa reconhecer a regularidade jurídica de ações e omissões culposas. (...) Para que se configure a improbidade, é necessário que a infração produza efeitos danosos sérios e relevantes. Se a infração não prejudicar, de modo consistente, interesses, bens ou direitos da Administração, não se configura improbidade”⁴⁵².

Considerando as posições doutrinárias antes citadas, é passível de se concluir que a configuração do ato de improbidade admite a modalidade culposa, mas somente nos tipos

⁴⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1139.

⁴⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1140

⁴⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1126-1127

previstos no art. 10 da Lei 8.429/92. Deste modo, a negligência, imprudência ou imperícia do agente no zelo com o patrimônio público poderá dar ensejo a configuração da improbidade administrativa.

Contudo, não será qualquer comportamento culposos que resultará em um ato de improbidade, ainda que tal conduta encontre previsão no art. 10 da Lei 8.429/92. Não se pode enquadrar os simples erros funcionais ou a mera inépcia do agente como conduta ensejadora de improbidade administrativa. A improbidade culposa deve estar fundada em uma conduta culposa grave, que extrapole os limites tolerados pelo caráter falível dos seres humanos. São comportamentos que demonstrem verdadeiro desdém com relação ao zelo e cuidados elementares exigidos dos agentes públicos.

Ademais, comungando do pensamento de Marçal Justen Filho, entendemos que a conduta gravemente culposa só ensejará uma improbidade administrativa se os efeitos danosos que dela decorrerem forem sérios e relevantes. Se a conduta culposa do agente não promover uma grave lesão à Administração Pública, deverá o agente recompor o erário na proporção do prejuízo a que deu causa e responder administrativamente pela sua conduta, sem que disso resulte uma punição por improbidade.

5. A controvérsia relativa ao elemento do dano

Alguns autores incluem como requisito geral para a configuração das três modalidades de improbidade administrativa o elemento do dano. É o caso de Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Marcelo Figueiredo que sustentam não ser possível punir uma pessoa sem que do seu ato resulte algum tipo de dano ou lesão à Administração Pública.

A Lei de Improbidade Administrativa tratou da exigência ou não da ocorrência do dano para a configuração do ato ímprobo no inciso I, do art. 21, ao dispor que a aplicação das sanções previstas na Lei independe “*da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento*”. Nota-se que o dispositivo legal dispensou a demonstração da

ocorrência de dano ao patrimônio público para as hipóteses do art. 9º e 11 da Lei, ressalvando apenas a modalidade de improbidade resultante de dano ao erário, na qual se terá que demonstrar a efetiva lesão ao patrimônio da Administração.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro defende que o dispositivo mencionado, ao se utilizar da expressão “patrimônio público” fez referência ao sentido restrito do termo, que engloba somente o patrimônio econômico-financeiro da Administração⁴⁵³. Contudo, no seu entender, o instituto da improbidade administrativa visa proteger um sentido mais amplo do termo “patrimônio público”, que engloba a moralidade da Administração Pública.

Na visão da autora, além dos danos ao patrimônio econômico, a ação de improbidade administrativa também reprime condutas lesivas ao patrimônio moral da Administração Pública. Assim, a dispensa da presença de lesão ao patrimônio público, prevista no art. 21, I, da Lei 8.429/92, apenas autorizaria que o ato de improbidade administrativa pode se caracterizar sem a ocorrência de dano econômico-financeiro ao Poder Público, mas isso não quer dizer que a configuração da improbidade prescindiria do elemento dano. No seu entender, qualquer modalidade de improbidade administrativa exige que o ato seja danoso, mesmo que a lesão ocorra no patrimônio moral da Administração⁴⁵⁴.

Marcelo Figueiredo adota posição semelhante no sentido de que seria um contrassenso punir o agente sem que houvesse qualquer tipo de prejuízo, mesmo moral⁴⁵⁵. De acordo com este autor, a Lei de Improbidade pune não somente atos dos quais decorram prejuízos materiais à Administração, mas também aqueles que resultem em alguma lesão ou violação à moralidade administrativa. Assim, ausente qualquer tipo de prejuízo ou lesão à Administração Pública, inexistiria interesse jurídico em reprimir a conduta do agente público⁴⁵⁶.

⁴⁵³ ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 29ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Forense, 2016. p. 992

⁴⁵⁴ ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 29ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Forense, 2016. p. 992

⁴⁵⁵ FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar**. 6ª edição, atualizada e revisada. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 239.

A existência de um dano como requisito para configuração da improbidade administrativa é questionada por Marcelo Harger. Na sua concepção a formação do ato de improbidade, independentemente da existência de dano, é possível nas hipóteses previstas nos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/92, sendo o elemento dano exigido somente nos tipos de improbidade elencados no art. 10 do diploma⁴⁵⁷.

Em que pese o respeito às posições mencionadas, entende-se que a ocorrência de dano só é exigível na modalidade prevista na art. 10 da Lei de Improbidade. O conceito amplo de patrimônio público incorporado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Marcelo Figueiredo parece se assimilar com a noção de ilegalidade, pois bastaria o mero enquadramento da conduta funcional em alguma das hipóteses de improbidade para que, de forma automática, a moralidade administrativa fosse lesada, numa espécie de dano presumido.

Ademais, os termos “dano à moralidade administrativa” ou “lesão ao patrimônio moral” não possuem um conceito claramente determinado, o que dificultaria sobremaneira o trabalho do operador jurídico na tipificação da conduta do agente público nas hipóteses de improbidade. De fato, seria extremamente dificultoso definir em que situações um ato tipificado como ímprobo viola ou não a moralidade administrativa., a não ser que se parta da premissa de que a mera tipificação da conduta como ímproba já resulta em um dano à moralidade.

Nesse aspecto, nos parece mais acertado o entendimento de José Roberto Pimenta Oliveira e Fabio Medina Osório que fazem remissão, respectivamente, à relevância da ofensa ao bem jurídico tutelado e ao desvalor do resultado da ação. Pimenta Oliveira compreende não ser qualquer ofensa à probidade administrativa que configura um ato de improbidade administrativa. No seu entender, condutas ilegais tipificadas como ímprobos podem não ser

⁴⁵⁶ FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar**. 6ª edição, atualizada e revisada. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 238-239

⁴⁵⁷ HARGER, Marcelo. **Improbidade Administrativa: comentários à lei 8.429/92**. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 116

reprimidas pelo sistema de normas da Lei de Improbidade, se o seu nível de agressão aos bens jurídicos tutelados não for relevante⁴⁵⁸.

Fábio Medina Osório segue a mesma linha ao sustentar que o desvalor do resultado da conduta tipificada como ímproba constitui um fator determinante para a configuração da improbidade administrativa⁴⁵⁹. Na visão deste autor, a conduta do agente deve se submeter a uma valorização em que o operador jurídico analisará o contexto fático que norteou o comportamento do agente, a fim de se extrair, por meio do postulado da proporcionalidade, o grau de reprovação da conduta tipificada como ímproba⁴⁶⁰.

Desse modo, a configuração das modalidades de improbidade administrativa irá depender do nível de reprovabilidade da conduta do agente público. Se a ponderação realizada sobre a conjuntura fática que permeou o comportamento do agente público demonstrar que a sua conduta, tipificada como improbidade pela Lei 8.429/92, não possui uma reprovabilidade extraordinária, então não se terá constituído o ato de improbidade administrativa.

Tal conclusão deriva diretamente do princípio da insignificância, que funciona como causa de afastamento da tipificação da conduta quando os seus efeitos forem irrelevantes para a entidade afetada. Assim, concluímos que a ocorrência de dano só constitui requisito essencial para a configuração da modalidade de improbidade administrativa disposta no art. 10 da Lei 8.429/92. O requisito geral configurador de todas as modalidades de improbidade administrativa é o grau de reprovabilidade da conduta do agente público.

Com isso, completa-se o rol de elementos configuradores dos atos de improbidade administrativa: **(i)** a conduta comissiva ou omissiva ilícita; **(ii)** a tipicidade; **(iii)** o sujeito

⁴⁵⁸ PIMENTA OLIVEIRA, José Roberto. **Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 281-282.

⁴⁵⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência**. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 244.

⁴⁶⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência**. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 245.

passivo; **(iv)** o sujeito ativo; **(v)** o elemento subjetivo do dolo e, excepcionalmente, da culpa; e **(vi)** a reprovabilidade extraordinária da conduta do agente.

6. A jurisprudência acerca dos elementos configuradores da improbidade administrativa

Os requisitos essenciais para configuração dos atos de improbidade administrativa também têm sido objeto de ampla discussão no âmbito jurisprudencial. Nos últimos anos, o Superior Tribunal de Justiça tem realizado esforços no sentido de uniformizar um posicionamento acerca da improbidade administrativa e as suas modalidades previstas na Lei 8.429/92.

No julgamento da AIA 30/AM⁴⁶¹, de relatoria do Ministro Teori Albino Zavaski, a Corte Especial do Tribunal enfrentou a questão relativa à distinção entre atos meramente ilegais e atos ímprobos. A lide versava sobre a configuração de atos de improbidade, na modalidade prevista no art. 11 da Lei 8.429/92, praticados pela Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região quando da edição de Portarias que determinaram o afastamento sumário de juiz substituto do exercício regular de suas funções.

No julgamento, os Ministros, de forma unânime, entenderam que o Ministério Público Federal, então proponente da ação, não cumpriu com o ônus de demonstrar o elemento dolo na conduta praticada. Sem o elemento subjetivo, as condutas relatadas na ação constituíam apenas atos eivados de ilegalidade, o que afastava a incidência das prescrições da Lei 8.429/92.

A Corte entendeu que não é qualquer ato violador dos princípios constitucionais da Administração Pública que constitui uma improbidade administrativa. Para que a conduta ilegal seja elevada à categoria de ato ímprobo é imprescindível que estejam presentes todos os requisitos essenciais da improbidade. No que concerne ao elemento subjetivo, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que as hipóteses descritas nos art. 9º e 11 da Lei

⁴⁶¹ AIA 30/AM, Rel. Min. Teori Albino Zavaski, Corte Especial, julgado em 21.09.2011, DJe 28.09.2011.

8.429/92 prescindem do dolo do agente público, ao passo que a modalidade do art. 10 pode se materializar com base em um comportamento culposo grave.

No Recurso Especial nº 1.528.102/PR⁴⁶², de relatoria do Ministro Herman Benjamin, por exemplo, ressaltou-se que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92 requer a demonstração de dolo, assim entendido como a simples vontade consciente de realizar a conduta que produzirá os resultados vedados pela norma jurídica ou a simples anuência aos resultados contrários ao Direito.

Outros precedentes que incluíram este raciocínio em sua fundamentação foram: AgRg no AREsp 297.450/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, 2. T., julgado em 16.05.2017, DJe 23.05.2017; AgInt no AREsp 848373/GO, Rel. Min. Herman Benjamin, 2. T., julgado em 04.04.2017, DJe 24.04.2017; AgInt no REsp 1624885/RS, Rel. Min. Og Fernandes, 2. T., julgado em 16.03.2017, DJe 24.03.2017; AgInt no AREsp 755082/DF, Rel. Min. Sérgio Kukina, 1. T., julgado em 27.10.2016, DJe 22.11.2016.

No caso dos atos de improbidade decorrentes de prejuízo ao erário, o Superior Tribunal de Justiça tem compreendido que a configuração da modalidade culposa só é possível quando fundada em uma culpa grave do agente. Na apreciação do AgInt no Resp 1580128/SP⁴⁶³, o Ministro relator Mauro Campbell Marques assentou como requisitos essenciais para configuração das condutas de improbidade arroladas no art. 10 da Lei 8.429/92 o prejuízo ao erário e o elemento subjetivo, consistindo no dolo ou na culpa grave.

Por sua vez, no AgRg no AResp 77103/PR⁴⁶⁴, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, a Corte manteve o acórdão do Tribunal *a quo* que condenou um ex-prefeito por improbidade administrativa fundada em culpa grave. No caso, o agente público ímprobo, enquanto exercente do mandato de Prefeito Municipal determinou a distribuição de 6.000

⁴⁶² Resp 1528102/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, 2. T., julgado em 02.05.2017, DJe 12.05.2017.

⁴⁶³ AgInt no Resp 1580128/SE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2. T., julgado em 17.11.2017, DJe. 23.11.2016.

⁴⁶⁴ AgRg no AResp 77103/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1. T., julgado em 01.10.2013, DJe 24.03.2014.

exemplares da Revista Comemorativa aos 60 anos do Município, na qual se dava amplo destaque as suas gestões, fato que configurou propaganda eleitoral às custas do erário.

Diante desse quadro fático, a Corte concluiu que mesmo não havendo a intenção dolosa do agente público de se promover com a distribuição das Revistas, a situação fática levava à conclusão de que a sua conduta foi fundada em, no mínimo, uma culpa grave.

No AgInt no AREsp 413498/DF⁴⁶⁵, de relatoria da Ministra Regina Helena Costa, a Primeira Turma do Tribunal delineou a culpa grave como sendo “*aquela que decorre de uma conduta anterior dolosa*”. Nota-se, portanto, que a compreensão quanto ao conceito de culpa grave se aproxima do elencado pela doutrina, no sentido de ser aquele comportamento que se aproxima, sobremaneira, de uma conduta dolosa.

Acerca dos sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa, a Reclamação 2790/SC⁴⁶⁶, de relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, criou uma exceção ao conceito de agentes públicos descrito no art. 2º da Lei 8.429/92, ao assentar que os atos de improbidade administrativa praticados pelo Presidente da República não estão sujeitos às penalidades dispostas no diploma de improbidade. De acordo com o Tribunal, o inciso V, do art. 85, da Constituição Federal, classifica como crime de responsabilidade os atos praticados pelo Presidente da República contra a “probidade na administração”, o que remete à conclusão de que qualquer ato de improbidade cometido pelo Presidente se submeterá ao regime sancionatório dos crimes de responsabilidade, e não ao corpo de normas da Lei 8.429/92.

Outro ponto que mereceu análise do Superior Tribunal de Justiça foi o papel do dano na configuração das modalidades de improbidade administrativa. Nesse caso, o Tribunal construiu um entendimento no sentido de que o dano só é elemento essencial para a configuração da modalidade de improbidade prevista no art. 10 da Lei de Improbidade.

⁴⁶⁵ AgInt no AREsp 413498/DF, Rel. Min. Regina Helena Costa, 1. T., julgado em 16.03.2017, DJe 24.03.2017.

⁴⁶⁶ Rcl 2790/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 02.12.2009, DJe 04.03.2010.

No julgamento do Recurso Especial 1412214/PR⁴⁶⁷, a Corte fixou a tese de que não há a necessidade de lesão ao patrimônio público em ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito. Entendeu-se, no caso, que a demonstração da incompatibilidade entre os vencimentos e o incremento patrimonial do acusado era medida suficiente para materializar o ato de improbidade, sendo dispensável a comprovação de eventual dano ao erário.

Da mesma forma, no Recurso Especial nº 1192758/MG⁴⁶⁸, a Primeira Turma do Tribunal entendeu que o art. 11 da Lei 8.429/92 dispensa a apuração de efetivo dano ao erário para a configuração da modalidade de improbidade ali prevista. No caso, a Corte concluiu ser incabível o não recebimento de ação de improbidade, fundamentada no art. 11 da Lei de Improbidade, com base no argumento de que não há indícios de prejuízo ao patrimônio público.

Por fim, cumpre ainda ressaltar que a reprovabilidade da conduta dos agentes ímprobos tem sido utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça como um elemento para a realização da dosimetria das sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, e não para a configuração do ato de improbidade administrativa. Esse foi o posicionamento adotado no Recurso Especial 1130198/RR⁴⁶⁹, de relatoria do Ministro Luiz Fux, em que a Primeira Turma do Tribunal assentou que a pena do agente ímprobo deve levar em conta a lesividade e a reprovabilidade da conduta praticada.

7. Conclusões

As considerações lançadas ao longo deste ensaio demonstram que a identificação de elementos gerais que se aplicam às três modalidades de improbidade administrativa descritas na Lei 8.429/92 não encontra calmaria no âmbito doutrinário. A falta de um conceito legal de

⁴⁶⁷ Resp 1412214/PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1. T., julgado em 08.03.2016, DJe 28.03.2016.

⁴⁶⁸ Resp 1192758/MG, Rel. Min. Sérgio Kukina, 1. T., julgado em 04.09.2014, DJe 15.10.2014.

⁴⁶⁹ Resp 1130198/RR, Rel. Min. Luiz Fux, 1. T., julgado em 02.12.2010, DJe 15.12.2010.

ato de improbidade administrativa aliada às dessemelhanças das hipóteses de atos de improbidade, são fatores que colaboram para as divergências registradas neste trabalho.

Em que pese tal contexto, entendemos ser possível identificar ao menos seis requisitos essenciais para a configuração dos atos de improbidade administrativa, são eles: (i) conduta comissiva ou omissiva ilícita; (ii) tipicidade; (iii) sujeito passivo; (iv) sujeito ativo; (v) elemento subjetivo composto pelo dolo e, excepcionalmente, pela culpa grave e; (vi) a reprovabilidade da conduta.

Neste cenário, salientamos como os elementos que mais geram controvérsias na doutrina e na jurisprudência o elemento subjetivo e a reprovabilidade da conduta. A constitucionalidade da previsão do art. 10 da Lei de Improbidade que positivou a modalidade culposa da improbidade é questionada por parcela de estudiosos da matéria. Muitos autores aludem que abrir esta possibilidade significaria reprimir o simples erro funcional ou o defeito não intencional do agente público no exercício da sua função administrativa.

Balizados na corrente doutrinária majoritária e no entendimento jurisprudencial, concluímos que a modalidade culposa é admitida pela Constituição na hipótese de improbidade decorrente de dano ao erário, mas somente nas hipóteses em que a conduta do agente ímprobo estiver fundada em uma culpa grave que, além de se caracterizar como verdadeiro desleixo com o zelo do patrimônio público, também resulta em uma lesão séria e relevante à Administração Pública. Se a conduta não gerar um dano grave ao erário, entendemos que seja o caso de punir o agente com outras medidas menos rigorosas que as sanções previstas na Lei de Improbidade.

Quanto à reprovabilidade da conduta, entendemos que a configuração das modalidades de improbidade administrativa irá depender do nível de reprovabilidade. Se a ponderação realizada sobre a conjuntura fática que permeou o comportamento do agente público demonstrar que a sua conduta, tipificada como improbidade pela Lei 8.429/92, não possui uma reprovabilidade extraordinária, então não se terá constituído o ato de improbidade administrativa.

Por fim, com o devido respeito, afastamos as posições doutrinárias que elencam o dano como um requisito geral de materialização dos atos de improbidade, por entendermos que o conceito amplo de patrimônio público adotado por esta corrente doutrinária para se defender a existência de lesão ao patrimônio moral da Administração em todas as modalidades de improbidade, identifica-se com a ideia de ilicitude. De acordo com essa concepção, o mero enquadramento da conduta do agente em algumas das hipóteses de improbidade já resultaria, automaticamente, em uma lesão ao patrimônio moral da Administração, numa espécie de dano presumido.

Ademais, a imprecisão dos termos “moralidade administrativa” ou “patrimônio moral da Administração” traria dificuldades ao operador jurídico no momento da verificação da subsunção do tipo à conduta supostamente ímproba do agente, pois sem um conceito claro não haveria como constatar se a conduta do agente está ou não lesando a moralidade da Administração. Por essa razão, concluímos que o dano constitui um elemento essencial somente para configuração da modalidade de improbidade prevista no art. 10 da Lei 8.429/92.

8. Referência Bibliográficas

ASFOR ROCHA, Cesar. **Breves reflexões críticas sobre a ação de improbidade administrativa**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.

BERTONCINI, Mateus. **Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/92**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar**. 6ª edição, atualizada e revisada. São Paulo: Malheiros, 2009.

HARGER, Marcelo. **Improbidade Administrativa: comentários à lei 8.429/92**. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência**. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Francisco Octavio de Almeida. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

PIMENTA OLIVEIRA, José Roberto. **Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

SEQUEIRA DE CERQUEIRA, Luis Otávio. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 29ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Forense, 2016.

THE THREE DIMENSIONS OF ADMINISTRATIVE LAW

Eduardo Jordão

Professor of Law, FGV Law School in Rio de Janeiro, Brazil. For their comments to earlier versions of this paper, I am thankful to Matthew Stephenson, Jean-Bernard Auby, Paulo Barrozo, my colleagues from FGV Law School in Rio de Janeiro who participated in a research seminar where the paper was discussed (especially Diego Werneck, Thomaz Pereira, Fernando Leal, Ivar Hartmann, Leandro Molhano, Pedro Cantisano and Natasha Salinas), José Vicente dos Santos Mendonça, Gustavo Binenbojm and his students in the postgraduate program of the State University of Rio de Janeiro (UERJ).

Abstract: My claim is that administrative law has three dimensions: legal, managerial and political. I intend to present them and to discuss their relations with each other. I also plan to show how the tridimensional framework can be helpful and contribute to the development of this branch of law. The tridimensional conception of administrative law provides relevant analytical uses. First, it allows one to understand the dilemmas involved in each administrative choice. Second, it gives meaning to the differences found in the solutions that different jurisdictions give to similar legal problems. Third, it permits to identify and rationalize historical fluctuations that happen inside the same jurisdiction. Fourth, the tridimensional framework has the merit of overcoming a monistic conception of administrative law, which for long fails to capture the complexity of contemporary public administration. And it can open room for a more realistic justification of options inside administrative law.

Keywords: Administrative Law; Dimensions; Legal; Managerial; Political; Comparative Law.

Resumo: A minha tese é a de que o direito administrativo possui três dimensões: jurídica, gerencial e política. Eu pretendo apresenta-las e discutir as relações e interações entre elas. Eu também pretendo mostrar como este quadro analítico tridimensional pode ser útil e contribuir para o desenvolvimento deste ramo do direito. A concepção tridimensional do direito administrativo permite, em primeiro lugar, que se compreendam os dilemas envolvidos em cada escolha administrativa. Segundo, ela dá sentido às diferenças encontradas nas soluções que diferentes jurisdições dão a problemas jurídicos similares. Terceiro, ela permite identificar e racionalizar flutuações históricas que acontecem numa dada jurisdição. Quarto, o quadro analítico tridimensional tem o mérito de superar uma concepção monística do direito administrativo, que há muito falha em capturar a complexidade da administração pública. E ele abre espaço para uma motivação mais realista das escolhas públicas no direito administrativo.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Dimensões; Jurídica; Gerencial; Política; Direito Comparado.

INTRODUCTION

My claim is that administrative law has three dimensions: legal, managerial and political. I intend to present them and to discuss their relations with each other. I also plan to show how the tridimensional framework can be helpful and contribute to the development of this branch of law.

The word "dimension" has a few different meanings. I use it here as a synonym of *element*, *aspect* or *component* of a complex whole. One of the goals of this paper is precisely to assert that a full understanding of administrative law issues and debates requires attention to all these aspects. In any case, the problem that I will address here has been treated under different labels elsewhere. In one recent example, Cass Sunstein and Adrian Vermeule talk

about the “multiple aims” of Administrative Law.⁴⁷⁰ They denounce the fact that some decisions of the US Supreme Court suppose, on the contrary, that this branch of law serves a single goal. Despite the different terminologies used, it is possible to equate the theoretical concerns of these two Harvard Law professors with at least part of mine, as I will show later. I myself have referred to the problem I am addressing now as the “three different goals” of administrative law.⁴⁷¹ On the other hand, other studies - one of which I have co-authored with Susan Rose-Ackerman - already referred to these same three-dimensionality, but claimed they were elements of the *accountability*⁴⁷² or elements of the *legitimacy*⁴⁷³ of the State, rather than elements of administrative law itself.⁴⁷⁴ Finally, there are intersections between the concerns of this paper and those of some works published in my home country Brazil that try identify *the* peculiar legal regime of administrative law.⁴⁷⁵

The tridimensional conception of administrative law provides relevant analytical uses. First, it allows one to understand the dilemmas involved in each administrative choice. Second, it gives meaning to the differences found in the solutions that different jurisdictions give to similar legal problems. Third, it permits to identify and rationalize historical fluctuations that happen inside the same jurisdiction. Fourth, the tridimensional framework has the merit of overcoming a monistic conception of administrative law, which for long fails to capture the

⁴⁷⁰ Cass Sunstein & Adrian Vermeule, *The New Coke: On the Plural Aims of Administrative Law*, *The Supreme Court review* 2015(1): 41-88. The aims they cite are: preventing the abuse of power, promoting the rationality of policymaking, democratic participation and political accountability, and the promotion of overall welfare.

⁴⁷¹ Eduardo Jordão, *Controle judicial de uma administração pública complexa*, São Paulo, Malheiros, 2016 (Portuguese version of my PhD dissertation); or Eduardo Jordão, *Le juge et l’administration: entre le contrôle et la deference*, Bruxelles, Bruylant, 2016 (French version of my PhD dissertation).

⁴⁷² Jerry L. Mashaw, *Judicial Review of Administrative Action: Reflections on Balancing Political, Managerial and Legal Accountability*, 1 *Revista Direito GV* 153 (2005).

⁴⁷³ Eduardo Jordão & Susan Rose-Ackerman, *Judicial Review of Executive Policymaking in Advanced Democracies: Beyond Rights Review*, 66 *Admin. L. Rev.* 1 (2014).

⁴⁷⁴ In the same vein, Bruce Ackerman refers to three ways in which institutions can legitimate their action, and his classification, though more readily concerned with constitutional law, is similar to mine: democratic legitimacy, functional specialization and fundamental rights (in *The New Separation of Powers*, 113 *Harvard Law Review* 633, 639-640 (2000)). In his own words: “I return repeatedly to three legitimating ideals in answering the question, “Separating power on behalf of what?” The first ideal is democracy. In one way or another, separation may serve (or hinder) the project of popular self-government. The second ideal is professional competence. Democratic laws remain purely symbolic unless courts and bureaucracies can implement them in a relatively impartial way. The third ideal is the protection and enhancement of fundamental rights. Without these, democratic rule and professional administration can readily become engines of tyranny”.

⁴⁷⁵ See, for example, Marçal Justen Filho, *Curso de direito administrativo*, 13. ed., São Paulo, RT, 2018, chapter 1; and Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 33. ed., São Paulo, Malheiros, 2018, chapter 1.

complexity of contemporary public administration. And it can open room for a more realistic justification of options inside administrative law. I will develop these points further.

WHICH DIMENSIONS?

Administrative law has a legal, a managerial and a political dimension. In this first section I will try to explain each of them. First of all, it might seem odd to claim that *only one aspect* of administrative law is legal in nature. To be sure, every part of administrative law is legal *in the specific sense* that they are elements of a branch of the legal system. I could call this first sense a *first level* legal nature. All the dimensions I cite below share this *first level* legal nature. However, the norms of administrative law regulate different kinds of issues – and some of them are *more intrinsically legal* than others. I could then say that they are *legal in a second level* – a level in which the other norms will have other natures. Try to compare, for example, a rule that establishes the right to petition government for redress of grievances with a rule that creates and organize the action of a regulatory agency. The first one can at least relatively be more appropriately called legal than the second, given that it is more directly connected to legal issues.

At the end of the day, what I mean when I say that Administrative law has three dimensions is that *there are reasons of three different natures that justify the regulation of administrative action*. In short, there are legal, managerial and political reasons to regulate the public administration.

THE LEGAL DIMENSION

Public administration is in constant relationship with citizens and private companies. It establishes with them contractual relationships, it expropriates some of their assets, it manages and allocates resources on their behalf, it is responsible for regulating their freedom

and their exercise of private activities, it applies fines and other kind of sanctions to them and it even competes with them in some markets. This close and continuous contact generates tensions. In short, administrative action interferes in the private domain, affects citizen's interests and can violate rights. The first dimension of administrative law encompasses efforts to regulate this relationship and to protect the rights of the citizens.

This dimension is salient in rules that limit government action and provide room for action and liberty of individuals, such as those that define the jurisdiction and the powers of administrative agencies. But this aspect of administrative law is also easily captured in efforts to *prevent* violations of individual rights. There is a whole set of rules that (i) create institutions to review administrative action (such as administrative courts, ombudsmen, court of accounts) or (ii) establish procedural tools to prevent or stop potentially harmful administrative actions (different types of actions, such as civil action or class action, and internal procedural mechanisms, such as injunctions and protective measures).

Likewise, the legal dimension of administrative law is clear in rules of a financial nature, such as those providing for the management of public resources. Take for example the rules on public procurement in general, or specifically those that set debt limits for public entities establishing long term contracts. Regarding the first, it is fairly common to predict objective criteria to guide the acquisitions of goods and services, to ensure for example that no provider of goods or services will be favored for their close relationship with officials. With regard to the provisions that set limits on public indebtedness, there is a clear element of public resources protection. These standards are common in long-term contracts in which public administration have financial obligations, such as in the so-called public-private partnerships.

In all the above examples, the legal dimension was revealed through rules that establish a *negative obligation* to public administration: it must *avoid* doing something (i.e. violating rights). But it is also possible to identify efforts to protect the rights of citizens in rules that determine a *positive action* from administrative entities. The most obvious example comes from the obligation to repair damages caused by public entities. In this case, as a result of a violation of rights, comes an obligation to compensate. But there are other, less obvious examples. Think about the promotion of legal certainty and the protection given to the legitimate expectations of

persons in their relationship with public bodies. The government has a duty to provide a consistent and predictable state of affairs in which private activities can be developed appropriately.

The legal dimension is identifiable in efforts to promote the lawfulness of administrative action. But it goes beyond that. In some cases, administrative law will protect the rights of citizens even in the absence of any unlawful action from the government. The best-known example of this hypothesis is called the "theory of unequal public charges", which preaches the need for repair when a public measure, although lawful, caused particularly significant damage to specific citizens.

THE MANAGERIAL DIMENSION

The public administrator does not act on his own behalf. He is a servant of the citizens, to whom he provides benefits of different natures, such as the regulation of risky activities, the direct provision of certain economic activities, the competitiveness of the markets or the stability of financial markets. The second dimension of administrative law is directly linked to this circumstance. It comprises the efforts to ensure that these benefits of different natures are provided *efficiently* by the public administration.

It is possible to spot this dimension in efforts to equip the public administration. These measures are intended to structure the administrative apparatus so that it can properly perform its duties. This concern is particularly easy to identify in the course of major changes in the model of the State. Thus, for example, administrative law created the institute of "public enterprises" so that the State could perform its business activity more efficiently. This legal innovation (and the expansion of its use) preceded the accentuation of state intervention in the economy - for example, in the post war periods. Similarly, administrative law created the institute of "regulatory agencies" so that the State could perform more efficiently its regulatory activity. Hence the progressive explosion of these structures at the same time that the States

withdrew from direct intervention in the economy to act as arbitrators of private actors in competition.

In addition to these examples of macro legal innovations, there is a whole range of micro measures, sometimes internal to administrative authorities, in order to make them better able to perform their duties. Take, for example, the rule according to which the mandates of the members of a regulatory agency must not be coincident. This is a strategy to insulate the agencies from the political arena, ensuring that their action is of a technical nature – an institutional design that is more suitable to their duties.

But the managerial dimension can also be identified in measures aimed to broaden the range of possible administrative actions, giving agencies greater flexibility to meet certain public needs. A recent example: in many countries with civil law tradition (such as France and Brazil), governments were not allowed to enter into agreements such as public private partnerships, until the law explicitly established such a possibility.

THE POLITICAL DIMENSION

The public administration makes numerous *autonomous* choices within the liberty explicitly granted by law or resulting from its indeterminacy. These choices have a political nature, at least in a weak sense.⁴⁷⁶ They convey some kind of weighting of conflicting interests. It is indeed often necessary to prioritize some of them, to the detriment of others. Take for example the decision to expropriate certain residential houses for the construction of a university town, or the decision to build a high-speed route inside a public park, or the choice of a national technological standard for digital television.

In these and many other cases, the government will have to make difficult choices, benefiting some citizens and disadvantaging others. In those cases in which it operates in a political or quasi-political function, it is important to discuss the legitimacy of the options taken

⁴⁷⁶ In *Pauley v. Bethenergy Mines, Inc.*, 501 U.S. 680, 696 (1991), the US Supreme Court famously affirmed that “the resolution of ambiguity in a statutory text is often more a question of policy than of law”.

by the public administrator. Administrative law does not stand at the edge of this concern: it also has a *political dimension*. The intent to ensure the legitimacy of these administrative choices is clear in measures of two kinds.

First, in efforts to make administrative action adherent to the wishes of the people. Take for example the proliferation of rules requiring (or regulating) the participation of citizens in rules made by administrative authorities. The openness to public participation serves to ensure that their wishes are heard and that the resulting administrative decision is reasonably informed by these inflows.

Second, in initiatives aimed at ensuring *transparency* of administrative action. Think about the rules on publicity or reason giving in administrative decisions, as well as rules concerning access to documents held by public bodies. They are ways to guarantee the legitimacy of administrative action through the dissemination of its most important aspects.

RELATIONS AND INTERFERENCES ACROSS THE DIMENSIONS

The three dimensions presented above are not separate realities. They converse with each other, and this may produce either a mutual reinforcement or the weakening of one dimension to the benefit of the other. In short, the attention to one dimension can *bolster* or *undermine* another.

MUTUAL REINFORCEMENT

First of all, one measure or rule of administrative law can be interpreted as an expression of different dimensions. Thus, for example, the rules that predict the participation of citizens in the proceedings prior to the implementation of any regulation serve both to increase the democratic legitimacy of the administration (*political dimension*), and to contribute

to its quality (*managerial dimension*). The data gathered by the public administration with the participation mechanisms can serve to inform the officials of technical aspects that are essential for an *effective* regulation. But this mechanism also gives them the relevant information about the *preferences* of the citizens, which is essential to the production of a *legitimate* regulation, from a political perspective.

A second possibility is similar to the first, but not entirely equivalent. This is the case where measures aimed at reinforcing a particular dimension end up bolstering (laterally, additionally) also another one. Thus, for instance, it seems that the purpose of the rules on State liability is the protection of the rights of the citizens (*legal dimension*), with the redress for damages caused to them. But the duty to compensate also generates positive consequences for the administrative efficiency (*managerial dimension*). This is so because we can assume that the administrative authorities will seek to improve their activities to prevent further violations of rights that would result in obligations to repair.

CLASHING DIMENSIONS

More problematic are the cases in which the efforts towards one specific dimension end up undermining others. In these cases, a balance between these conflicting objectives will be necessary, with the option of privileging one over the other. This weighting and this option may be explicit or implicit, intentional or unintentional - but it cannot be escaped. Any decision taken will necessarily correspond to a specific balance between these clashing dimensions.

Take the example of the judicial review of administrative action. Efforts to control the public administration are particularly related to the protection of the rights of the citizens, and thus to the reinforcement of what we have called the *legal dimension* of administrative law. Indeed, it is reasonable to expect that the more intense and more frequent the review, the more protected citizens will be against eventual violations of their rights. These efforts toward this dimension, however, may affect the others. In the case of the judicial review of public administration, the most widespread argument in this regard is that an intense judicial

intervention in the decisions of public administration could undermine the efficiency of administrative action. A reinforcement of the *legal dimension* could then jeopardize or weaken the *managerial dimension*.

First, the judicial intervention can disrupt and compromise the performance of administrative agencies in different ways. It can limit the range of their options, damaging their flexibility. It can affect the proper time of their action, by imposing unnecessary constraints, making their action too costly and causing their paralysis.⁴⁷⁷ It can affect the coherence of their regulation, by voiding only partially or regionally the measures they have taken.⁴⁷⁸

Second, judicial intervention may end up conveying less efficient public decisions.⁴⁷⁹ This risk would result from the substitution of the agency's decisions by those of the courts. In these cases, considering that the agency is usually better placed to take that particular technical decision, for example, there is a potential loss of efficiency in the fact that the decision will be allocated to an institution less able to make it. Basically, here it would be the courts themselves - and not the public administration - offering certain utilities for the citizens. The risk is that they would potentially do it less efficiently, given their comparatively low institutional skills.

These considerations imply that advances in judicial review, despite potentially generating greater rights protection, tend to diminish administrative efficiency. When deciding how much review to allow in a given jurisdiction, this trade-off is unavoidable, even if it is made implicitly. For any option made, there will necessarily be an underlying weighting between these conflicting dimensions of administrative law.

⁴⁷⁷ See Thomas O. McGarity, "Some Thoughts on 'Deossifying' the Rulemaking Process", 1992 Duke L.J. 138; Richard J. Pierce Jr., "Seven Ways to Deossify Agency Rulemaking", 47 Admin. L. Rev. 59 (1995) and Marcello Clarich, "Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario", Foro amministrativo: TAR, 2002, pp. 3858-3871.

⁴⁷⁸ On the problem of the "balkanization of administrative law", see Clark Byse "Judicial Review of Administrative Interpretation of Statutes: an analysis of Chevron's Step Two", 2 Admin. L.J. 255 (1988) and Douglas W. Kmiec "Judicial Deference to Execute Agencies and the Decline of the Nondelegation Doctrine", 2 Admin. L.J. 269, 282 (1988). On the problems of the partial voiding of a regulatory policy, see Eben Moglen e Richard J. Pierce Jr, Sustain's New Canons: Choosing the fictions of statutory interpretation, 57 U. Chi. L. Rev. 1203, 1239-1243 (1990) and Peter Strauss, One Hundred Fifty Cases Per Year: Some Implications of the Supreme Court's Limited Resources for Judicial Review of Agency Action, 87 Columbia Law Review 1093 (1987).

⁴⁷⁹ See Stephen Breyer, "Judicial Review of Questions of Law and Policy", 38 Admin. L. Rev. 363 (1986).

Consider as an example the Chevron Doctrine, established by the American Supreme Court in 1984. According to this doctrine, the issues for which the law does not provide clear answer should be construed by administrative authorities – and give rise to judicial intervention only when such constructions are *impermissible* or *unreasonable*.⁴⁸⁰ The Supreme Court justifies its orientation as a means to allocate decision-making power to the agencies by virtue of their greater political legitimacy and greater technical expertise, when compared to the courts'.⁴⁸¹ It is undisputable, however, that this is done at the expense of a greater protection of rights that could arise from an alternative solution.

To define how and when the courts should defer to the decisions of the public administration, each jurisdiction will devote a specific weighting to these contrasting dimensions. French administrative courts opt for a solution that is the exact opposite of the Chevron Doctrine. In France, ambiguous legislations are to be ultimately construed by the courts.⁴⁸² There is no deference to statutory constructions put forward by administrative agencies. Courts will look for *errors of law* (“erreurs de droit”), subjecting the agency construction to an unlimited standard of review.⁴⁸³

One way to understand the differences between French and American Law is precisely to read them as a result of the privilege of different dimensions, as I will show in the next

⁴⁸⁰ Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984), at. 842- 843: “First, always, is the question whether Congress has directly spoken to the precise question at issue. If the intent of Congress is clear, that is the end of the matter; for the court, as well as the agency, must give effect to the unambiguously expressed intent of Congress. If, however, the court determines Congress has not directly addressed the precise question at issue, the court does not simply impose its own construction on the statute, as would be necessary in the absence of an administrative interpretation. Rather, if the statute is silent or ambiguous with respect to the specific issue, the question for the court is whether the agency's answer is based on a permissible construction of the statute”.

⁴⁸¹ Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837, 864-866 (1984).

⁴⁸² See, for example, the case CE, 31 mai 2000, Société Cora et Société Casino-Guichard-Perrachon, in which the Conseil d'Etat gives no deference to the interpretation that both the Antitrust Authority and the Minister of Economic Affairs had given to a specific term of the antitrust legislation. In the words of the then commissaire du gouvernement Francis Lamy: “En exigeant dans la présente affaire qu’une entreprise commune ait tous les attributs d’une société autonome pour être qualifiée de concentration le ministre s’est en réalité rallié à la doctrine du Conseil de la Concurrence, ce qui naturellement ne vous dispense pas de vous prononcer sur le bien fondé de l’interprétation retenue en l’espèce par le ministre puisqu’elle est critiquée par les requérantes”.

⁴⁸³ For a longer account of the French orientation, see duardo Jordão, *Controle judicial de uma administração pública complexa*, São Paulo, Malheiros, 2016 (Portuguese version of my PhD dissertation); or Eduardo Jordão, *Le juge et l’administration: entre le contrôle et la deference*, Bruxelles, Bruylant, 2016 (French version of my PhD dissertation).

item.⁴⁸⁴ For now, I should add that this circumstance implies that it is nonsense to talk about “best solutions” in the abstract. We could, of course, talk of a best solution if we keep constant a particular dimension. Then we could say that one solution is preferable because it will reinforce this given dimension. We can also assign superiority to an alternative on the grounds that it establishes a specific weighting of the dimensions that is convenient in the face of historical, political or social aspects of a given jurisdiction. Imagine, for example, a jurisdiction marked by a history of abuses of power committed by the public administration (for example, in a context of authoritarian governments). This circumstance can justify a privilege of the first dimension over the others, for example. But it is puerile to advocate for the superiority of one solution *in the abstract*.

I have been using the example of judicial review to illustrate clashes among dimensions. But other examples can be found in different areas.⁴⁸⁵ In public procurement, for instance, the more you constrain the liberty of the administrator to purchase goods and services; the more you will be protecting the interest of those that want to offer these goods or services. However, you will probably be doing that at the expense of the managerial dimension. Likewise, with the creation of independent agencies, a government might achieve superior results from a managerial point of view – but there will be a potential loss of political legitimacy.

The tridimensional conception of administrative law does not provide answers for the various dilemmas of administrative law, but it offers a theoretical framework by which to understand and position the varying answers to them.

⁴⁸⁴ Duncan Kennedy, "Political ideology and comparative law", in Mauro Bussani & Ugo Mattei, (ed.), *Comparative Law*, Cambridge, CUP, 2012: “one way to understand any particular difference between two contemporary legal systems is as the product of different balances between conflicting considerations, be they principles or policies, rights, powers, or whatever”.

⁴⁸⁵ For Jerry L. Mashaw, “[t]he stresses involved in balancing accountability regimes show up anywhere and everywhere in administrative law doctrine”, in *Judicial Review of Administrative Action: Reflections on Balancing Political, Managerial and Legal Accountability*, 1 *Revista Direito GV* 153, 157 (2005).

VARIATIONS ACROSS JURISDICTIONS

The attention a jurisdiction pays to a given dimension varies. It would be impossible (i) to prove the prevalence in a specific jurisdiction of a particular dimension over the others or (ii) to demonstrate the greater importance of one specific dimension in a jurisdiction as compared to the importance given to it in another. I can however present some widely shared intuitions about these two points.

On the first one - comparison of the internal relevance of different dimensions in the same jurisdiction -, it is quite clear to someone with legal training in countries with a civil law tradition (such as France, Italy and Brazil) the greater inclination that these jurisdictions devote to the legal dimension. In these countries, the protection of the rights of the citizens is often presented as *the* (sole) purpose of administrative law. Indicative of this prevalence of the legal dimension (or perhaps a consequence thereof) is the relative little deference that judges give to the decisions of the public administration. Judicial deference is a clear example of the legal dimension giving way to the managerial and the political dimensions. Indeed, deference doctrines are usually justified on the grounds that the decision-making should be allocated to the institutions that are better designed to take it from a technical or a political point of view (see item above).

In a previous study, I have speculated over the impact of the nature of the legal education to this circumstance. The more dogmatic way to teach law that is common in civil law countries seems to contribute to this prevalence of the legal dimension. The multidisciplinary way to teach law in Anglo-Saxon countries would make the courts in these countries more ready to recognize their own limitations (or the limitations of the legal expertise to address social problems) and more ready to defer to the options of the public administration.⁴⁸⁶

⁴⁸⁶ Eduardo Jordão, *Controle judicial de uma administração pública complexa*, São Paulo, Malheiros, 2016 (Portuguese version of my PhD dissertation); or Eduardo Jordão, *Le juge et l'administration: entre le contrôle et la deference*, Bruxelles, Bruylant, 2016 (French version of my PhD dissertation).

On the second point - comparison of the relevance of the same purpose in different jurisdictions -, few comparative law scholars would contest the intuition that the political dimension is more pronounced in countries of Anglo-Saxon tradition (like the United States, UK and Canada) than in civil law countries. Some key terms and indicators of this particular concern, such as *accountability*, do not even find proper translation outside the English-speaking legal world.⁴⁸⁷ There are of course a cross-fertilization process that leads to the export of different traditions and mechanisms - and that hampers this kind of conclusion.⁴⁸⁸ However, the identification of these flows (where they originated and to which direction they go) can assist in revealing these different trends. The experience of the European Union is a rich illustration of this reality. Concerns related to access to documents and transparency of European administrative authorities were largely product of an import from British law – and from the European Union Law they have been exported to other Member States.

At this point, a personal anecdote may be illustrative. In an entrance examination for a master's program in Brazil, I came across a direct question: "What is the purpose of administrative law?" The answer I gave was pretty obvious to me at that point, considering my Brazilian legal education: administrative law serves to protect the rights of the citizens against the overarching government. Just over a year later, when I was starting a second master's degree at the London School of Economics, I heard the same question at the inaugural lecture on Administrative Law by Professors Richard Rawlings and Carol Harlow. I was then surprised to realize that the foreign students who attended that course totally neglected my "obvious answer". They seemed to focus on aspects such as the promotion of accountability or the necessity to organize the public service. My initial estrangement was confirmed over the following years, when I contrasted the table of contents of administrative law textbooks in civil law jurisdictions (French, Italian, Spanish, Portuguese, Brazilian) with those of common law

⁴⁸⁷ See Denis Choffel & Jérémy Aldrin, *Réflexions autour de la notion « d'accountability » à travers l'application d'une grille d'analyse sur deux études de terrain en management public*, *Gestion et management public* 2015/3 (v.4/n°1).

⁴⁸⁸ See Giacinto della Cananea, "I fattori sovranazionali e internazionali di convergenza e di integrazione", in Giulio Napolitano (a cura di), *Diritto Amministrativo comparato*, Milano, Giuffrè, 2007 and Sabino Cassese, "Le problème de la convergence des droits administratifs: ver un modèle administratif européen?", in *L'État de Droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996.

countries like the United States, England and Canada).⁴⁸⁹ Themes that were ubiquitous in the latter (such as access to documents and transparency) were virtually ignored (or relegated to minor importance) in the former, where they only recently began to gain relevance.

HISTORICAL FLUCTUATIONS ACROSS DIMENSIONS

The tridimensional framework is also helpful to spot major changes in the administrative law of a given jurisdiction. The emphasis put in one of the three dimensions fluctuates over time. The history of French Administrative law can illustrate this statement. Over the course of the twentieth century in France, there was a clear move in focus from the managerial dimension to the legal dimension. A more recent trend towards the political dimension can be located in the last two decades – possibly as a consequence of the cross-fertilization movement mentioned above. Let's see this in detail.⁴⁹⁰

Legal historians dissent on where to locate the origins of French administrative law, but there are two main landmarks: (i) the *ancien régime* and (ii) the *arrêt Blanco*, in 1873. For the purpose of this section, the divergence is irrelevant because in both periods French administrative law was mostly about ensuring the proper functioning of the administrative apparatus. There was a clear focus on the managerial dimension.

Thus, some authors heed the thesis of Alexis de Tocqueville, for whom the origin of French administrative law is to be found in the *ancien régime*, between the seventeenth and eighteenth centuries.⁴⁹¹ By then, the administrative law architected by the Cardinal of Richelieu was primarily concerned with the structure and the functioning of the royal administration. This was the justification for many of its most characteristic features, such as (i) the hierarchical organization, (ii) the limited decentralization of power; (iii) the creation of the King's Council;

⁴⁸⁹ See, for example, Emerson Gabardo, Understanding brazilian administrative law, the related literature, and education: a comparison with the system in the United States. *Vienna Journal on International Constitutional Law*, v. 9, p. 371-397, 2015.

⁴⁹⁰ For a more comprehensive account, see Marco D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato: trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia, Bologna*, Il Mulino, 1992.

⁴⁹¹ Alexis de Tocqueville, *L'Ancien régime et la révolution*, Paris, Folio, 1985.

(iv) the impossibility to hold the monarch liable for his decisions, since “the king [could] do no wrong”; (iv) the incompetence of judicial courts to judge the lawfulness of administrative decisions.⁴⁹² The protection of the (very limited) rights of the citizens was clearly a secondary concern.

This tradition did not change soon after the French revolution. The state was then officially under the law, but this still produced very limited rights to citizens. The public administration kept large discretionary powers, the so-called exorbitant prerogatives were maintained and the powers of expropriation were consolidated and expanded. The Constitution of the year VIII provides for the existence of *Préfets* (decentralized administrators), but keeps concentrating power in the central government. In addition, it provides that public officials can only be convicted if the *Conseil d’État* authorizes. The focus on the managerial dimension is also present in the landmark *Arrêt Blanco*, judged by the *Tribunal des Conflits*. Its underlying thesis is precisely that state liability cannot follow the same rules of the civil liability of private persons, so that the government could function properly (“*règles spéciales qui varient suivant les besoins du service*”).⁴⁹³

This explains why the creation of the *Conseil d’État* in 1799 was not initially seen as a pro-citizen movement. On the contrary, the *Conseil d’État* was born with the taint of being pro-administration and to favor authoritarianism⁴⁹⁴, a stain that it still tries to get rid of. An exempt observer of its performance on the course of the twentieth century however would have to recognize that it is precisely the *Conseil d’État* which made the (autonomous) move toward the protection of the rights of citizens and gave a new face to French administrative law. During the first decades of the century, it promotes major advances in the domain of review of

⁴⁹² See the *Édit de Saint-Germain-en-Laye*, of 1641.

⁴⁹³ Tribunal des Conflits, 8 février 1873, M. Blanco contre Manufacture des tabacs de Bordeaux: “Considérant que la responsabilité, qui peut incomber à l’État, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu’il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier ; Que cette responsabilité n’est ni générale, ni absolue ; qu’elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l’État avec les droits privés”.

⁴⁹⁴ This impression was behind Albert Venn Dicey famous criticisms to French administrative law in his “Studies of the Law of the Constitution”. On this subject, see Harry Arthurs, ‘Rethinking administrative law: a slightly Dicey business’ (1979) 17 Osgood Hall L.J. 1, and Felix Frankfurter, “Foreword: Current Developments in Administrative Law” (1938) 47 Yale L. J. 515.

administrative action, strongly increasing the protection of the rights of citizens. Take, for example, the creation of the concept of *abuse of powers* (*détournement de pouvoir*), the steps to favor the review of errors of fact⁴⁹⁵, the idea of manifest error of appraisal⁴⁹⁶, the cost-benefit analysis in cases of expropriation⁴⁹⁷, and the recognition of implicit principles of law from the 60s.⁴⁹⁸ All these steps have been made in the absence of specific legal provisions – a circumstance that proves the efforts of the *Conseil d'État* to expand the protection of individual rights against administrative action.

Such efforts were quite successful. Achille Mestre, an important French administrative law scholar from the beginning of the last century, reports the differences between the administrative law textbooks of 1870 and those of 1920.⁴⁹⁹ The former dealt mainly with authorities, councils and courts and discussed rules that restricted individual liberties. No mention was found to concepts such as “state liability” or “abuse of power” in their table of contents. A completely different perspective informs the latter. The textbooks of Hauriou, Duguit and Jèze, for example, were rather focused on the protection of the rights of the citizens. Another revealing fact from the same period was the change in the *fundamental criterium* of administrative law⁵⁰⁰ from the ideas of “puissance publique” and “actes de gestion” (both related to the managerial dimension) to the idea of “service public” (which is closer to the legal dimension).

⁴⁹⁵ CE, 4 avril 1914, Gomel; CE, 14 janvier 1916, Camino.

⁴⁹⁶ CE, 15 février 1961, Lagrange.

⁴⁹⁷ CE, A, 28 mai 1971, ‘Ville Nouvelle Est’.

⁴⁹⁸ Georges Vedel, *Droit administratif*, 9. ed., 1984, p. 444: « les larges pouvoirs de création du droit que possède le juge administratif lui permettent de poser des règles de droit nouvelles qui intègrent à la légalité nombre d'éléments se rapportant à l'opportunité de l'acte... Au point de vue du droit fait, il n'y a jamais contrôle de l'opportunité et du pouvoir discrétionnaire ; au point de vue du droit qui se fait, le juge s'assure le contrôle de certains éléments d'opportunité et de pouvoir discrétionnaire en forgeant des règles de droit qui étendent le domaine de la compétence liée et de la légalité ».).

⁴⁹⁹ Apud Marco D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato: trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia, Bologna, Il Mulino*, 1992, pp. 36-37.

⁵⁰⁰ By “the fundamental criterium of administrative law” (*le critère du droit administratif*), French administrative law scholars refer to the notion that would justify the application of the exorbitant legal regime of this branch of law. Historically, the two most important theses were those of Maurice Hauriou (*puissance publique*) and Léon Duguit (*service public*). According to the first, what justifies the application of the administrative law regime is the holding, by the government, of the monopoly of force. In the second, what justifies such application is the provision of public services to citizens.

After this evolution reported here, a more recent movement can be spotted – one that aims at reinforcing the political legitimacy of administrative action. It is in this domain that we have seen the most spectacular evolution from the 70s and the 80s of the last century. This trend is linked mainly to a procedural strengthening of administrative action, under the influence of the Anglo-Saxon tradition. Two good examples are the law of reason giving in 1979 and the law on the democratization of public inquiries. In the first case, we can see an enlargement of the transparency of public administration, thereafter required to explain the reasons behind some of its decisions. In the second case, we have an effort of opening up for popular participation in administrative decisions. In recent years, this trend has proliferated within the decisions taken by regulatory agencies. In all, we might be experiencing now a move of focus towards the political dimension of administrative law in France.

THE INSUFFICIENCY OF ONE-DIMENSIONAL JUSTIFICATIONS

One major practical consequence of the tridimensional framework is to cast doubt over one-dimensional justifications of choices in administrative law. I refer to choices made by the legislator, the public administrator or courts in spaces of previous legal indeterminacy. Consider, for example, (i) the choice of the legislator to establish a legal regime for public procurement in one specific domain, (ii) the choice of the public administrator to expropriate residential houses to build a university town, or (iii) the choice of courts to defer to statutory constructions put forth by administrative agencies. All these choices will have to be justified. My claim here is that any justifications that focus exclusively in one of the three dimensions of administrative law are insufficient. A well-justified choice in administrative law needs to recognize potential trade-offs among the dimensions and explain the specific balance that it enshrines.

One-dimensional justifications are fairly common in administrative law. French administrative courts do not recognize that their non-deferential approach to administrative decisions or interpretations of law can lead to suboptimal outcomes from a managerial or

political point of view. In *Chevron*, the US Supreme Court did not recognize that its orientation could lead to violations of rights being left unscathed. The author of one-dimensional justifications will often limit himself to show the benefits his choice promotes to the dimension he is privileging.

In a recently published article, Cass Sunstein and Adrian Vermeule express a similar concern. They denounce that the US Supreme Court has taken some decisions during the last term that assume a single goal of administrative law.⁵⁰¹ Those decisions were exclusively based on the need to prevent abuse of power – a circumstance that, according to the framework I propose here, would place their focus on the legal dimension of administrative law. For example, in one case about the application of judicial deference to agencies interpretations of their own regulations, Justice Scalia wrote that "[w]hen the legislative and executive powers are united in the same person (...) there can be no liberty; because apprehensions may arise, lest the same monarch or senate should enact tyrannical laws, to execute them in a tyrannical manner".

Such an approach is, however, “one sided (...) and offers an irremediably partial (and sometimes downright odd) account of both administrative and constitutional law (...) [T]he U.S. constitutional order in general, and administrative law in particular, attend to other goals and risks as well, and do not take abuse-prevention on the part of the executive as the overriding goal or master principle. Executive abuses are not to be strictly minimized, either as a matter of original understanding or optimal institutional design. Instead, public law in effect trades off the risks of executive abuse against other goals and commitments, including the rationality of policymaking, democratic participation and political accountability, and the promotion of overall welfare - often by means of executive action from public officials, who sometimes display constitutionally legitimate ‘energy’”.⁵⁰²

In short, if the prevention of abuse of power is not the only goal of administrative law, we might need to accept some institutional designs that could potentially lead to such abuses,

⁵⁰¹ Cass Sunstein & Adrian Vermeule, *The New Coke: On the Plural Aims of Administrative Law*, *The Supreme Court review* 2015(1): 41-88.

⁵⁰² Cass Sunstein & Adrian Vermeule, *The New Coke: On the Plural Aims of Administrative Law*, *The Supreme Court review* 2015(1): 41-88.

to the extent that they are able to promote these other conflicting goals.⁵⁰³ In this sense, it will not be enough to justify one decision by claiming that it will undermine *a given* goal or *a given* dimension.

The specific one-dimensionality focused by Sunstein and Vermeule is one that is intuitively expected from Courts. Their favoring of the legal dimension can be explained both by the nature of their expertise and as a mechanism of preserving power in their hands. This however does not imply the social convenience of such orientation. In Canada and in the US, many have denounced the downsides of the “supremacy of law”⁵⁰⁴ and the moves towards judicial deference were read as a means to privilege the “option for efficiency” previously made with the creation of the administrative state itself.⁵⁰⁵

Finally, one-dimensional justifications often come disguised. The author of the choice (the legislator, the public administrator, the courts) will cherry pick an abstract principle of law or specific provisions, while neglecting those that would point to an alternative solution. In his discourse, the choice is not his – it has been previously established and he is only applying it. Failure to recognize legal indeterminacy is just another manifestation of one-dimensional justifications. In this sense, an important contribution of the tridimensional framework would be to force the recognition of the alternatives and of the trade-offs involved in different decisions. Taken seriously, the tridimensional conception of administrative law would serve to make the justification of administrative decisions more realistic.

⁵⁰³ In another article, Adrian Vermeule talks about the 'Optimal Abuse of Power' (2015) 109 Northwestern University Law Review 673.

⁵⁰⁴ See Richard C. B. Risk, “In Memoriam: John Willis” (1997) 47 U.T.L.J. 301, 303. See also Cass Sunstein: “Law and Administration after Chevron”, 90 Colum. L. Rev. 2071, 2072 (1990): “Indeed, the creation of the administrative state was largely a self-conscious repudiation of legalism. The New Deal reformers believed that modern problems required institutions having flexibility, expertise, managerial capacity, political accountability, and powers of initiative far beyond those of the courts. On this view, the appropriate response of the legal system to the rise of administration is one of retreat”.

⁵⁰⁵ See, for example, Audrey Macklin, “Standard of review: the pragmatic and functional test”, in Coleen Flood and Lorne Sossin (coord.), Administrative Law in Context, Toronto, Emond Montgomery, 2008, p. 204, and David Dyzenhaus e Evan Fox-Decent, “Rethinking the Process/Substance Distinction: Baker v. Canada”.

REFERENCES

ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers, 113 Harvard Law Review 633 (2000).

ARTHURS, Harry. ‘Rethinking administrative law: a slightly Dicey business’ (1979) 17 Osgood Hall L.J. 1.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 21. ed, São Paulo, Malheiros, 2006.

BREYER, Stephen. “Judicial Review of Questions of Law and Policy”, 38 Admin. L. Rev. 363 (1986).

BYSE, Clark. “Judicial Review of Administrative Interpretation of Statutes: an analysis of Chevron’s Step Two”, 2 Admin. L.J. 255 (1988)

CASSESE, Sabino. "Le problème de la convergence des droits administratifs: ver un modèle administratif européen?, in L'État de Droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, Paris, Dalloz, 1996.

CHOFFEL, Denis; ALDRIN, Jérémy. Réflexions autour de la notion « d’accountability » à travers l’application d’une grille d’analyse sur deux études de terrain en management public, Gestion et management public 2015/3 (v.4/n°1).

CLARICH, Marcello. “Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario”, Foro amministrativo: TAR, 2002, pp. 3858-3871.

D'ALBERTI, Marco. Diritto amministrativo comparato: trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia, Bologna, Il Mulino, 1992.

DELLA CANANEA, Giacinto. "I fattori sovranazionali e internazionali di convergenza e di integrazione", in Giulio Napolitano (a cura di), Diritto Amministrativo comparato, Milano, Giuffré, 2007.

DYZENHAUS, David; FOX-DECENT, Evan. "Rethinking the Process/Substance Distinction: Baker v. Canada.

FRANKFURTER, Felix. "Foreword: Current Developments in Administrative Law" (1938) 47 Yale L. J. 515.

GABARDO, Emerson. Understanding brazilian administrative law, the related literature, and education: a comparison with the system in the United States. Vienna Journal on International Constitutional Law, v. 9, p. 371-397, 2015.

JORDÃO, Eduardo; ROSE-ACKERMAN, Susan, Judicial Review of Executive Policymaking in Advanced Democracies: Beyond Rights Review, 66 Administrative Law Review 1 (2014).

JORDÃO, Eduardo. Controle judicial de uma administração pública complexa, São Paulo, Malheiros, 2016.

JORDÃO, Eduardo. Le juge et l'administration: entre le contrôle et la deference, Bruxelles, Bruylant, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo, 10. ed., São Paulo, RT, 2014.

KENNEDY, Duncan. "Political ideology and comparative law", in Mauro Bussani & Ugo Mattei, (ed.), *Comparative Law*, Cambridge, CUP, 2012.

KMIEC, Douglas W. "Judicial Deference to Executive Agencies and the Decline of the Nondelegation Doctrine", 2 *Admin. L.J.* 269, 282 (1988).

MACKLIN, Audrey. "Standard of review: the pragmatic and functional test", in Coleen Flood and Lorne Sossin (coord.), *Administrative Law in Context*, Toronto, Emond Montgomery, 2008.

MASHAW, Jerry L. *Judicial Review of Administrative Action: Reflections on Balancing Political, Managerial and Legal Accountability*, 1 *Revista Direito GV* 153, 157 (2005).

McGARITY, Thomas O. "Some Thoughts on 'Deossifying' the Rulemaking Process", 1992 *Duke L.J.* 138.

MOGLEN, Eben; PIERCE JR., Richard, *Sustein's New Canons: Choosing the fictions of statutory interpretation*, 57 *U. Chi. L. Rev.* 1203, 1239-1243 (1990)

PIERCE JR., Richard J., "Seven Ways to Deossify Agency Rulemaking", 47 *Admin. L. Rev.* 59 (1995).

RISK, Richard C. B. "In Memoriam: John Willis" (1997) 47 *U.T.L.J.* 301, 303.

STRAUSS, Peter. *One Hundred Fifty Cases Per Year: Some Implications of the Supreme Court's Limited Resources for Judicial Review of Agency Action*, 87 *Columbia Law Review* 1093 (1987).



SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. The New Coke: On the Plural Aims of Administrative Law, The Supreme Court review 2015(1): 41-88.

SUNSTEIN, Cass. “Law and Administration after Chevron”, 90 Colum. L. Rev. 2071, 2072 (1990).

TOCQUEVILLE, Alexis de. L’Ancien régime et la révolution, Paris, Folio, 1985.

VEDEL, Georges. Droit administratif, 9. ed., 1984, p. 444.

VERMEULE, Adrian, Optimal Abuse of Power (2015) 109 Northwestern University Law Review 673.

**UM PROBLEMA ESTRUTURAL QUE POTENCIALIZA A MÁ
QUALIDADE DO GASTO PÚBLICO:
PLANEJAMENTO ESTATAL GENÉRICO E PADRONIZADO**

Élida Graziane Pinto

*Doutora em Direito pela UFMG, Professora de Finanças Públicas da EAESP-FGV
e Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo.*

Uma doença terminal acomete a Administração Pública brasileira e há décadas nossa sociedade tem acatado soluções falsas que desonesta e preguiçosamente a ocultam por intervalos cada vez mais curtos de tempo. Planejamos mal e, por isso, gastamos mal, daí porque nossas políticas públicas não entregam resultados qualitativamente compatíveis com o custo que elas nos impõem, direta ou indiretamente.

No bojo da Proposta de Emenda à Constituição 188/2019 (denominada de PEC do Pacto Federativo), a mais recente promessa aparentemente milagrosa de cura rápida para essa espécie de câncer generalizado na gestão pública reside na aventada proposta de desvinculação total do orçamento público. Ocorre, contudo, que soluções rápidas e simples para problemas antigos e complexos, se existissem ou fossem pragmaticamente possíveis, já teriam sido aviadas...

Sem pautar a fragilidade do planejamento governamental, a agenda em prol de uma suposta “PEC da Liberdade Orçamentária” apenas tende a majorar os riscos de ineficiência alocativa e retrocesso patrimonialista com a ilusória tese de que bastaria uma desvinculação total do orçamento público para melhorar a qualidade do gasto público. Aqui, aliás, cabe retomar o alerta de Miriam Leitão⁵⁰⁶:

O risco é, se conseguir aprovar, o futuro governo aproveitar para estrangular as áreas pelas quais não demonstra interesse como, para citar um caso, os órgãos de controle da área ambiental. Só vale ter a liberdade orçamentária se for para tornar mais racional e eficiente o gasto público e não para apagar agendas que o governo não valoriza.

⁵⁰⁶ Artigo disponível em <https://blogs.oglobo.globo.com/miriam-leitao/post/tirar-o-gesso-do-orcamento.html>

Falar em desvinculação total do orçamento público é, no plano fático, mera promessa retórica de quem busca discricionariedade desatrelada de metas objetivamente comprometidas com o planejamento intertemporal das políticas públicas. Há, no ideário propagandístico em prol de uma “base zero” para o ciclo orçamentário brasileiro, espécie de engodo jurídico que oculta a impossibilidade factual de se comprimir – em absoluto – gastos com servidores, encargos da dívida pública e despesas previdenciárias, por exemplo.

Se a desvinculação total, mais cedo ou mais tarde, há de se revelar praticamente impossível, a busca por discricionariedade majorada no orçamento público só faz sentido se implicitamente pretender incidir sobre as repartições federativas obrigatórias, sobre as autonomias orçamentário-financeiras que lastreiam fiscalmente o sistema de freios e contrapesos, sobre os pisos de custeio da saúde e educação, sobre os fundos e sobre as destinações que justificam a existência de determinados tributos... Em nosso ordenamento, vinculações a fins constitucionais podem ser aprimoradas, mas não podem ser esvaziadas ou preteridas. Eis, por sinal, a gênese do canto da sereia que embala os devaneios de quem imagina ser possível uma nova Constituinte, ao arrepio do pacto civilizatório que nos rege há trinta anos.

Em qualquer caso, contudo, é preciso retomar a consciência histórica de que liberdade decisória sem finalidades claras que lhe justificam a existência tende, mais cedo ou mais tarde, a se corromper em arbitrariedade. O risco absolutamente consistente é de que saíamos do extremo de prevalência das vinculações orçamentárias para cairmos no seu antípoda igualmente extremado do puro e simples fisiologismo fiscal.

Assim como a febre é apenas um sintoma da doença, cuja(s) causa(s) merece(m) investigação específica e atenta, a metástase das políticas públicas brasileiras não pode ser atribuída nuclearmente ao estágio atual de rigidez orçamentária.

A vinculação orçamentária não está na origem estrutural do nosso adoecimento que causa concomitantemente corrupção e ineficiência na gestão dos escassos recursos públicos. Nosso “câncer coletivo”, por assim dizer, tem, cada vez mais, se espalhado por todas as áreas da vida em sociedade e decorre do fato de que não sabemos o que é prioridade legítima da ação governamental, tampouco temos clareza da ordenação das escolhas alocativas do Estado. Se não é possível resolver todos os problemas de uma vez só para atender a todos, deveria haver

clareza sobre o que pode ser feito a cada vez, em favor de quem e dentro de qual equação de custo-efetividade.

Mas infelizmente tal horizonte soa quimera em nosso país mesmo às vésperas da viragem para a segunda década do segundo milênio. Não sabemos o que fazer, porque não conhecemos consistentemente nossos problemas e, por conseguinte, não elegemos aqueles conflitos que serão enfrentados em qual sequência temporal, nem somos capazes de precisar quais insumos/meios são considerados faticamente necessários para tentar resolvê-los. Nós não avaliamos adequadamente os gastos públicos em sua série histórica, nem mesmo monitoramos os resultados e falhas das políticas públicas verificados anteriormente, de modo que quase sempre aceitamos como normal a trágica repetição dos erros ao longo dos anos e décadas.

Uma ignorância histórica de tal monta nos encerra em cenário de capturas cumulativas – sofregamente vívidas no curto prazo – que perpassam nosso capitalismo de compadrio, revelado nas múltiplas e conflituosas demandas por renúncias fiscais, créditos subsidiados, emendas parlamentares, contratos administrativos direcionados, subvenções, auxílios etc. É como se só fosse possível a gestão patrimonialista, porque não refletimos e corrigimos nossos erros, porque o controle não é pedagógico, tampouco retroalimenta o planejamento no ciclo da política pública.

A notícia do severo risco de constrangimento fiscal para a realização do censo demográfico que deveria ter sido realizado em 2020 (mas, por força da pandemia da Covid-19, foi adiado para 2021) reforça essa nossa limitação bovina... Simplesmente não nos ocupamos do básico esforço de diagnosticar seriamente todos os problemas e, a partir daí, não confrontamos reciprocamente suas pretensões de prioridade.

Assim tudo parece caótico, tudo reclama qualquer solução, tudo pode ser alvo de consultorias ou promessas milagrosas de cura pelo mercado ou pelo terceiro setor, diante de um Estado inepto e capturado não só pela cadeia produtiva de fornecedores e variados tipos de intermediários, mas até mesmo por seus agentes públicos insulados burocraticamente.

Nesse contexto, a analogia com uma metástase é, a bem da verdade, insuficiente, embora tão profundamente dramática quanto o desenrolar agravado de um câncer para a vida de qualquer pessoa. Nossa desigualdade social se alastra com o quadro quase falimentar nas contas públicas e com a deterioração evidente dos serviços públicos. Diante de tais fatos, há

quem suscite ainda a necessidade de reduzirmos o tamanho do Estado brasileiro apenas às funções de polícia e justiça, em resposta que retrocede ao século XIX e que só agrava nossa injusta equação fiscal.

Diante desse quadro de indagações antigas e ainda pendentes de resolução, alguns caminhos analíticos cobram de nós mudança de postura interpretativa, a começar do próprio faz-de-conta que encerra o planejamento estatal. Nenhuma promessa de aprimoramento da qualidade do gasto público se implementará, de fato, sem nos dedicarmos ao diagnóstico – sempre temporal e territorialmente circunstanciado – dos nossos problemas.

Obviamente não há como pensar em soluções sem se conhecer em profundidade os problemas. Infelizmente, porém, a praxe da maioria dos nossos municípios reside na contratação de consultorias contábeis e jurídicas que oferecem modelos padronizados e genéricos de planejamento setorial e/ou orçamentário.

Neste ano que hoje se inicia, a existência de haver quem venda e quem compre planejamento genérico e padronizado para fins meramente protocolares na Administração Pública brasileira reclama ser reconhecida como uma das causas centrais da metástase nas nossas políticas públicas.

As consultorias contábeis e jurídicas que vendem sistemas informatizados com modelos padronizados, por exemplo, de plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual (PPA, LDO e LOA) precisam ser questionadas do mesmo modo que médicos têm sido demandados em juízo por oferecerem cirurgias sem prévio diagnóstico exaustivo das condições clínicas de cada paciente e sem cumprirem o dever de informação especializado para fins de consentimento específico sobre as soluções contratuais propostas. Esse, por sinal, é o forte entendimento do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.540.580-DF, cuja ementa é a seguinte:

RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. **RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR INADIMPLEMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO. NECESSIDADE DE ESPECIALIZAÇÃO DA INFORMAÇÃO E DE CONSENTIMENTO ESPECÍFICO.**

OFENSA AO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO. VALORIZAÇÃO DO SUJEITO DE DIREITO. DANO EXTRAPATRIMONIAL CONFIGURADO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. BOA-FÉ OBJETIVA. ÔNUS DA PROVA DO MÉDICO.

[...] 2. É uma prestação de serviços especial a relação existente entre médico e paciente, cujo objeto engloba deveres anexos, de suma relevância, para além da intervenção técnica dirigida ao tratamento da enfermidade, entre os quais está o dever de informação.

3. O dever de informação é a obrigação que possui o médico de esclarecer o paciente sobre os riscos do tratamento, suas vantagens e desvantagens, as possíveis técnicas a serem empregadas, bem como a revelação quanto aos prognósticos e aos quadros clínico e cirúrgico, salvo quando tal informação possa afetá-lo psicologicamente, ocasião em que a comunicação será feita a seu representante legal.

4. O princípio da autonomia da vontade, ou autodeterminação, com base constitucional e previsão em diversos documentos internacionais, é fonte do dever de informação e do correlato direito ao consentimento livre e informado do paciente e preconiza a valorização do sujeito de direito por trás do paciente, enfatizando a sua capacidade de se autogovernar, de fazer opções e de agir segundo suas próprias deliberações.

5. Haverá efetivo cumprimento do dever de informação quando os esclarecimentos se relacionarem especificamente ao caso do paciente, não se mostrando suficiente a informação genérica. Da mesma forma, para validar a informação prestada, não pode o consentimento do paciente ser genérico (*blanket consent*), necessitando ser claramente individualizado.

6. O dever de informar é dever de conduta decorrente da boa-fé objetiva e sua simples inobservância caracteriza inadimplemento

contratual, fonte de responsabilidade civil *per se*. A indenização, nesses casos, é devida pela privação sofrida pelo paciente em sua autodeterminação, por lhe ter sido retirada a oportunidade de ponderar os riscos e vantagens de determinado tratamento, que, ao final, lhe causou danos, que poderiam não ter sido causados, caso não fosse realizado o procedimento, por opção do paciente.

7. O ônus da prova quanto ao cumprimento do dever de informar e obter o consentimento informado do paciente é do médico ou do hospital, orientado pelo princípio da colaboração processual, em que cada parte deve contribuir com os elementos probatórios que mais facilmente lhe possam ser exigidos.

[...] 9. Inexistente legislação específica para regulamentar o dever de informação, é o Código de Defesa do Consumidor o diploma que desempenha essa função, tornando bastante rigorosos os deveres de informar com clareza, lealdade e exatidão (art. 6º, III, art. 8º, art. 9º).

10. Recurso especial provido, para reconhecer o dano extrapatrimonial causado pelo inadimplemento do dever de informação.

Modelos genéricos e padronizados de PPA-LDO-LOA são como cirurgias realizadas em abstrato, porquanto sem suficiente informação prévia individualizada do paciente (aqui equiparado, no nosso caso, à coletividade afetada pela política pública proposta sem prévio diagnóstico circunstanciado). A sociedade não pode permitir que haja, em seu nome, tal horizonte de “consentimento em branco” (*blanket consent*), tal como avisara o belo precedente do STJ acima citado.

Tecnicamente a responsabilidade estrutural da atividade de planejamento sequer pode ser terceirizada para consultorias, vez que só é cabível a execução indireta naquilo que implicar “serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios”. Esse é o teor do artigo 3º, inciso I e § 1º do Decreto 9.507/2018, que regulamentou a execução indireta (terceirização) no âmbito da Administração Pública federal:

Art. 3º Não serão objeto de execução indireta na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os serviços:

I - que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;

[...]

*§ 1º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de que tratam os incisos do **caput** poderão ser executados de forma indireta, vedada a transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado. [...]*

Assim como o médico não pode promover tratamento genérico para seus pacientes, as consultorias contábeis e jurídicas não podem vender modelos padronizados de planejamento setorial e orçamentário, sob pena de nulidade absoluta dessa terceirização e de responsabilidade extracontratual de tais prestadores de serviço, nos moldes dos artigos 6º e 14 do Código de Defesa do Consumidor.

As consequências da frágil concepção terceirizada e pasteurizada do planejamento estatal vão desde a abertura excessiva de créditos adicionais suplementares e especiais, até a própria ineficiência da gestão pública que realiza gastos fúteis diante de tantos vazios assistenciais em outras áreas prioritárias.

O aprimoramento democrático da concepção sobre qual é o papel do Estado brasileiro e sobre quais são suas prioridades na consecução de políticas públicas deve ser um dos nossos maiores desafios neste ano que ora se inicia. O público precisa ser feito em público, até porque diagnóstico de problemas e prognóstico de possíveis soluções na Administração Pública pressupõe inafastavelmente participação popular, tal como exigido pelo artigo 48, §1º, inciso I da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Diferentemente do que temos visto na agenda governamental que suscita a ideia de uma suposta desvinculação total do orçamento público, talvez seja chegada a hora de exigir majoradamente a vinculação orçamentária do gestor ao planejamento que ele formula em

diálogo com a sociedade. Para tanto, é preciso retomar a imprescindibilidade do dever de diagnóstico específico que se impõe tanto ao gestor, quanto a todas as consultorias que ele contrata a título de “serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios”.

É preciso diagnóstico circunstanciado e individualizado de cada ente político da federação em cada política pública, para que a população possa – durante o processo legislativo que fomenta o debate das leis do planejamento setorial e orçamentário – exercer seu direito ao consentimento informado específico sobre o que ela reputa democrática e republicanamente ser prioridade da ação governamental.

Sem esse esforço estrutural, a informação genérica (“consentimento em branco”, verdadeiro cheque em branco fiscal ou mesmo “assine aqui”) continuará a ser permissivo de soluções ineptas ou abusivas em nossos instrumentos legais de planejamento protocolar, de onde se originam a má qualidade do gasto público posteriormente executado, a corrupção e a inércia preguiçosa do controle que quase sempre se orienta tardiamente para a punição dos delitos e improbidades consumados.

Nossa metástase coletiva reclama participação direta ou indireta de cada qual de nós para sua resolução e isso não é suscetível de terceirização. Precisamos de maiores e melhores informações (diagnóstico circunstanciado) para que possamos realizar nosso direito de consentimento informado sobre as propostas de escolhas que ordenarão as prioridades da ação governamental. Sem isso, o que nos aguarda é ainda mais adoecimento e charlatões que nos vendem tratamentos para curas impossíveis.

O que fazer então?

Administrar para apagar incêndio não é apenas uma metáfora para a realidade brasileira. É sina. Quiçá seja até mesmo uma rota de escolhas deliberadas para o curto prazo dos políticos que se negam ao cumprimento do planejado.

Como andantes erráticos de caminhos discricionários e quase sempre mirabolantes, nós nos esquivamos de exigir que nossos governantes fiquem adstritos ao percurso da execução aderente ao planejamento. Ora, o que se espera da execução de políticas públicas é que seja sempre um processo intertemporalmente racional, motivado e subordinado à busca do alcance

finalístico das metas físicas e financeiras legitimamente definidas em lei como norte da ação estatal.

De tragédia em tragédia, contudo, habituamo-nos a aceitar que a Administração Pública só se ocupe de apagar o incêndio mais recente ou mais grave, porque adota a tática da gestão por “tentativa-e-erro”. Jeitinhos e engodos nos são oferecidos diuturnamente por consultorias, por corporações ou por mercadores de bens, serviços e obras que vendem seus interesses privados para gestores que, na mais miúda e otimista das hipóteses, almejam comprar promessas de notoriedade pessoal imediata.

Ideal seria que assegurássemos continuidade ao curso de aprendizagem das políticas públicas já em andamento e verificássemos se o executado é consonante com o planejado, mediante a necessária correção de possíveis erros de rota (tal como exigido pelo art. 74, incisos I e II da Constituição de 1988). Mas, ao invés disso, o que vemos é a insana e patrimonialista pretensão de reinventar – do zero – programas para customizá-los à agenda político-eleitoral do governante de ocasião. A cada mudança de gestão com novos mandatários ou mesmo com a troca incessante de ocupantes de cargos comissionados, o poder público no Brasil tem a pretensão arrogante de reinventar a roda.

Não nos ocupamos – de fato e de direito – dos processos pedagógicos de levantar a série histórica de problemas coletivos e ordenar, por nível de prioridade, as mais diversas respostas que eles reclamam do Estado (no que se incluem o estoque de demandas judiciais e as ressalvas emitidas pelos órgãos de controle externo e social). Sem tal diagnóstico, tampouco empreendemos seriamente os esforços de identificação e avaliação de prognósticos possíveis, legítimos e economicamente sustentáveis para resolver os inúmeros problemas latentes da vida em sociedade.

Ora, a nuclear tarefa de concepção do que cabe ao Estado fazer em nome da coletividade tem sido desavergonhadamente substituída pela compra casuística de “soluções” junto ao mercado ou ao terceiro setor, o que se sujeita, por óbvio, a toda sorte de conflitos de interesses e reforça a captura do público pelo privado no nosso capitalismo de compadrio. Nas pequenas prefeituras (que, por sinal, são a maioria), o que vemos é a quase completa terceirização da concepção finalística da ação estatal para consultorias jurídico-contábeis que padronizam a oferta de peças orçamentárias e de planejamento setorial.

Uma vez assentada a possibilidade de terceirização das atividades-fim⁵⁰⁷ pelo Supremo Tribunal Federal, nosso temor é de que se popularize a tese de ao Estado incumbe apenas evitar a pura barbárie no campo das estruturas de polícia e justiça. Em meio à gestão da pandemia da Covid-19, o questionamento sobre a razão de ser do Estado nunca foi tão forte. Pena que não saibamos extrair do nosso marco constitucional vigente o compromisso civilizatório com a defesa inegociável dos direitos fundamentais.

Fato é que a complexidade dos nossos desafios coletivos tem sido gerida pela simplificação de modelos pasteurizados, para que o gestor possa, com isso, reclamar a necessidade de majorar sua discricionariedade interpretativa ao longo da execução de tais normas que deveriam constituir o eixo estrutural das escolhas políticas do Estado.

Na ausência de um diagnóstico democraticamente bem construído sobre a ordenação de prioridades da sociedade, o planejamento setorial e orçamentário se torna mera formalidade a ser descumprida ou solenemente ignorada durante a execução do orçamento, em cenário de severo conflito distributivo entre as políticas públicas. Eis o terreno onde prolifera, como já dito, a usurpação privada do interesse público e a corrupção da atividade estatal propriamente dita. A fragilidade do instrumento legítimo de ordenação das prioridades alocativas da sociedade acarreta a abertura de franco campo de disputas por nacos de orçamento público.

Em meio ao caos, guinadas bruscas ao sabor da conveniência político-partidária de ocasião são oferecidas como soluções mágicas e rápidas para problemas antigos e complexos. Diante disso, há quem sustente a tese de controle excessivo (cujo antídoto seria a Lei 13.655/2018), em face do qual seria necessário flexibilizar ainda mais o ciclo decisório estatal para que fossem obtidas maiores eficiência e segurança jurídica.

A bem da verdade, na tensão entre controle e gestão, o grande ausente é o próprio processo democrático que deveria ampliar qualitativamente o escopo do debate com os cidadãos, como bem suscitaram Marcus Vinicius de Azevedo Braga e Ana Carla Bliacheriene⁵⁰⁸:

⁵⁰⁷ O Supremo Tribunal Federal fixou, nos autos do Recurso Extraordinário 958.252, a seguinte tese de repercussão geral: "É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante".

⁵⁰⁸ Em artigo disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lindb-mais-sobre-efeitos-do-que-sobre-o-combate-as-causas-desejadas-28072018>

Não cabe dizer que o controle cresceu mais que a gestão, pois essas são duas faces da mesma moeda, e que precisam convergir, alinhadas, na mesma direção. Faz-se necessário buscar os objetivos, combinando conformidade e resultados, e que todos se alinhem nesse desiderato: gestores, e as demais camadas de controle, formadas por diversos órgãos.

[...] Entendemos que, não obstante toda a celeuma causada com a promulgação da Lei nº 13.655/2018, a discussão mais relevante, sobre a nossa maturidade política, e o papel do Estado, bem como o equilíbrio necessário entre a função de gestão e a função de controle, permanece submersa na nossa sociedade, sem se apontar nortes convergentes possíveis para uma pacificação normativa e social. Essa crise é uma crise da própria democracia liberal como modelo, e enquanto todas as instituições se sentem injustiçadas e atacadas e a participação social se resume, quando muito, a audiências públicas com meia dúzia de “representantes” dos atores sociais – a despeito de tudo que as novas tecnologias nos fornecem hoje – a real causa não será atacada, e a Lei nº 13.655/2018 será mais um vaso a ser encostado e sem uso na perfumaria normativa brasileira.

Se administrar é empregar adequadamente os meios para melhor assegurar o atingimento dos fins, em nosso país quem tem decidido quais fins serão buscados em nome da sociedade infelizmente têm sido os próprios fornecedores/ intermediários da cadeia produtiva dos meios.

Assim apagamos o passado e penhoramos nosso futuro para deixarmos que os gestores gozem de “cheques em branco”, enquanto permanecemos preguiçosamente à espera de lideranças carismáticas ou tradicionais que decidam em nome de todos nós. Por conseguinte, a sociedade passa a flertar com discursos totalitários que minimizam a razão de ser do Estado e da democracia, como se isso fosse uma opção válida.



A quem nós queremos enganar quando nos miramos no espelho da nossa democracia? Tão somente a nós mesmos... Terceirizar concepção do que queremos como sociedade e o planejamento que incumbe ao Estado fazer em nosso nome, com a nossa participação direta ou indireta, é simplesmente destruir nossa identidade histórica, juntamente com a demolição de qualquer promessa de futuro justo.

A defesa resiliente da Constituição de 1988 requer retomada do inegociável compromisso democrático de todas(os) brasileiras(os) com o país que queremos construir juntos, sem terceirizar o cabe a cada cidadão fazer na concepção do papel nuclear do Estado. Para isso, é preciso resgatar o eixo de ordenação de prioridades que o planejamento define. Para isso precisamos voltar a prestigiar nossa democracia em pilares substantivos.

O DIREITO SANCIONADOR E A CONSENSUALIDADE POR MEIO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL⁵⁰⁹

Fabício Rocha Bastos

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – Doutorando e Mestre pela Università Degli Studi di Roma Tor Vergata – Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – Membro da Associação Brasileira de Direito Processual – Membro do International Association Of Prosecutors.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo apresentar a possibilidade de aplicação consensual do Direito Sancionador decorrente da prática do ato de improbidade administrativa, por meio da celebração do Acordo de Não Persecução Cível. Nesta senda, abordarei todos os elementos obrigatórios e sancionatórios que poderão ser abrangidos pelo referido instrumento.

Abstract: The purpose of this article is to present the possibility of consensual application of the Sanctioning Law resulting from the practice of the act of administrative improbity, through the execution of the Civil Non-Persecution Agreement. In this path, I will address all the mandatory and sanctioning elements that may be covered by that instrument.

1) Introdução

1.1) Situação do tema

⁵⁰⁹ Fabício Rocha Bastos – Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – Doutorando e Mestre pela *Università Degli Studi di Roma Tor Vergata* – Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – Membro da Associação Brasileira de Direito Processual – Membro do International Association Of Prosecutors.

Apesar da imperatividade estatal gerar a concentração do poder coercitivo, não há empecilho, a rigor, para um maior espaço de aplicabilidade da esfera consensual no direito sancionador.

O incentivo às soluções consensuais gera maior efetividade ao direito sancionador, reduz custos e aumenta a celeridade das resoluções. A consensualidade, portanto, apesar de algumas poucas resistências, é uma das vias mais importantes para conferir eficiência administrativa.⁵¹⁰

Esta nova feição da atividade administrativa sancionadora tem como premissa, também, a maior necessidade de flexibilizar as relações entre os particulares e a Administração Pública⁵¹¹, com o fim de minimizar os custos e as consequências negativas e maximizar os benefícios.⁵¹²

Neste diapasão, surgem duas modalidades, no âmbito do direito sancionador, da consensualidade, devem ser citadas para fins de desenvolvimento do tema: i) **consensualidade de submissão** e ii) **consensualidade de plena transação**⁵¹³.

Na consensualidade de submissão, um dos acordantes deve estar submetido às diretrizes estabelecidas pelo outro, mormente nas hipóteses de indisponibilidade do direito material, como é o caso da improbidade administrativa, de um modo geral.

Na consensualidade de plena transação, há liberdade entre os sujeitos, para a realização da avença, pois estão em situação jurídica de igualdade.

⁵¹⁰ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial, Rio de Janeiro: Forense, 16ª ed. ver. e atual, 2014, p.100.

⁵¹¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no direito administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. Revista de Direito do Estado, v. 1, 2006, p. 157.

⁵¹² TOJAL, Sebastião Botto de Barros; TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. A leniência anticorrupção: primeiras aplicações, suas dificuldades e alguns horizontes para o instituto. In Colaboração Premiada, Coord. Maria Thereza de Assis Moura e Pierpaolo Cruz Bottini. São Paulo: RT, 2017, p. 239.

⁵¹³ GARCIA, Emerson. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992. Revista Síntese. São Paulo, v. 12, n. 141, Edição especial, p. 542-595.

No Acordo de Não Persecução Cível, em minha visão, a situação jurídica é híbrida, pois o modelo poderá abranger tanto hipótese de submissão quanto na de plena transação, a depender das peculiaridades do caso concreto.⁵¹⁴

Na doutrina, há outra divisão importante a ser considerada, qual seja, tipos de consensualidade no seio da improbidade administrativa: i) consensualidade de restrição à esfera jurídica individual e ii) consensualidade de não restrição⁵¹⁵. A primeira, por decorrência lógica, é aquela que impõe alguma forma de restrição pessoal ao acordante, como por exemplo a perda da função pública. A segunda modalidade é aquela que tem aspecto eminentemente patrimonial, com contorno reparatório.

A consensualidade, portanto, gera a possibilidade de uma colaboração⁵¹⁶ entre o sujeito que praticou o ato e a Administração Pública. Com efeito, podem ser identificadas dois elementos: i) elemento retrospectivo da colaboração: reparação dos danos causados e ii) elemento prospectivo da colaboração: prevenção da ocorrência de novos atos.

1.2) Histórico da consensualidade na seara da improbidade administrativa

Para que a introdução do tema Acordo de Não Persecução Cível, doravante ANPC, possa ser finalizada, imprescindível apresentar todo o histórico acerca da (im)possibilidade da aplicação de soluções consensuais na seara da improbidade administrativa.

O presente histórico será devidamente apresentado em momentos:

⁵¹⁴ TOJAL, Sebastião Botto de Barros; TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. A leniência anticorrupção: primeiras aplicações, suas dificuldades e alguns horizontes para o instituto. *In Colaboração Premiada*, Coord. Maria Thereza de Assis Moura e Pierpaolo Cruz Bottini. São Paulo: RT, 2017, p. 240.

⁵¹⁵ GARCIA, Emerson. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992. *Revista Síntese*. São Paulo, v. 12, n. 141, Edição especial, p. 542-595.

⁵¹⁶ TOJAL, Sebastião Botto de Barros; TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. A leniência anticorrupção: primeiras aplicações, suas dificuldades e alguns horizontes para o instituto. *In Colaboração Premiada*, Coord. Maria Thereza de Assis Moura e Pierpaolo Cruz Bottini. São Paulo: RT, 2017, p. 240.

1º momento – redação original do art. 17, §1º, da LIA: havia uma vedação expressa na lei sobre o uso do acordo, conciliação ou transação, por qualquer instrumento. Diante deste cenário, a maioria da doutrina seguia a literalidade da norma para sustentar a impossibilidade de qualquer forma de solução consensual. Em minha leitura, a vedação versava sobre o cerne do direito material sancionador, mas não deveria alcançar os aspectos periféricos ou secundários, tais como condições de modo, tempo e lugar.

No âmbito da prática da tutela coletiva do patrimônio público não era raro encontrar exemplos nos quais o Ministério Público recomendava ao investigado a exoneração da função, sob pena de judicialização do tema (nada mais era do que um ANPC, mas sem o nome de batismo!), bem como a possibilidade de convencionar o parcelamento ou outra forma de ressarcimento ao erário.

Assim, mesmo à época, havia debate doutrinário acerca do tema.

2º momento – edição da lei anticorrupção (lei nº 12.846/13): com a edição desta lei, que faz parte do microsistema de combate à corrupção, foram delineados os atos de corrupção (art. 5º) que se confundem, muitas vezes, com os atos de improbidade administrativa, e o acordo de leniência (art. 16).

Ora, a possibilidade de celebração do acordo de leniência na seara do combate à corrupção gerou a indagação imediata: como sustentar a harmonia do sistema com a celebração do acordo de leniência sem que a mesma solução possa ser aplicada na seara da improbidade administrativa?

Tal indagação tem razão de ser, pois não pode ser crível que um ato seja, ao mesmo tempo, qualificado juridicamente como de corrupção e de improbidade administrativa, mas somente quanto ao primeiro poder-se-ia sustentar a solução consensual.

3º momento – edição do CPC/15: Com o advento do chamado Novo Código de Processo Civil, foi fixada uma diretriz importante, qual seja, a da busca pela solução consensual dos conflitos, com um claro vetor direcionado para todos os sujeitos processuais (art. 3º, §2º, do CPC). Tal diretriz alterou o procedimento ao determinar, como regra, a citação do réu para comparecer à audiência de conciliação e mediação (art. 334, CPC), permitindo, inclusive, tal atuar pela Fazenda Pública (art. 174, do CPC).

A partir de então, ficaria ainda mais factível sustentar o atraso na vedação na obtenção da solução consensual.

4º momento – edição da lei de mediação (lei nº 13.140/15): a referida lei, de forma expressa, passou a permitir a solução consensual, inclusive, na seara da improbidade administrativa, conforme a previsão no art. 36, §4º. Tal previsão servia de base para sustentar a revogação tácita do art. 17, §1º, da LIA, posto incompatíveis.

5º momento – edição da MP 703/15: a medida provisória, de duvidosa constitucionalidade, diga-se, revogou de forma expressa o art. 17, §1º, da LIA, passando, assim, a permitir a aplicação da solução consensual na seara da improbidade administrativa. Entretanto, tal medida provisória não foi convertida em lei sofrendo a caducidade em maio de 2016, mas mantendo os eventuais acordos celebrados sob a sua égide.

6º momento – edição da Resolução nº 179/17 do CNMP: o CNMP, ao regulamentar procedimento do TAC, fixou dois importantes pontos para o histórico do tema: i) natureza jurídica de negócio jurídico (art. 1º) e ii) possibilidade de celebração do TAC na seara da improbidade administrativa (art. 1º, §2º). Assim, o CNMP passou a adotar, de forma expressa, a solução consensual, ainda que se questione a constitucionalidade da resolução pode afrontar diretamente a LIA.

7º momento – edição da lei 13.655/18: a lei de introdução às normas do direito brasileiro foi alterada e com isso foi inserido o art. 26 que prevê a possibilidade da celebração de compromisso que pode e deve ser considerado como um TAC com a observância dos requisitos do parágrafo primeiro.

8º momento – edição da lei 13.964/19: a entrada em vigor da referida lei afastou qualquer possibilidade de se questionar a utilização da solução consensual, pois, além de alterar a redação do art. 17, §1º, da LIA permitindo o uso do novel ANPC, prevê a possibilidade da realização de audiência de conciliação e mediação no procedimento da ação civil pública por ato de improbidade administrativa (art. 17, §10-A, da LIA).

Solução que deve ser festejada, pois além de conferir uma maior flexibilidade ao princípio da obrigatoriedade e indisponibilidade, gera maior efetividade e celeridade na solução das contendas.

Apresentados todos os momentos referentes à “escala evolutiva” da aplicação da solução consensual, serão apresentados os elementos obrigacionais do ANPC para fins de fixação da possibilidade de realização consensual do direito sancionador.

2) Elementos obrigacionais do Acordo de Não Persecução Cível – sanções e responsabilidade patrimonial

2.1) Introdução

O legitimado coletivo que ostenta a possibilidade jurídica para celebrar o acordo de não persecução cível deverá, necessariamente, adotar os seguintes passos: i) identificação dos sujeitos ativo⁵¹⁷ e passivo do ato; ii) delimitar o ato, suas consequências fáticas e jurídicas (extensão do dano, gravidade, repercussão etc.)⁵¹⁸; iii) indicar o elemento volitivo do agente, bem como o seu eventual comportamento durante o deslinde do procedimento (extrajudicial ou judicial); iv) indicar precisamente se deveria ocorrer a persecução sancionatória e reparatória, somente sancionatória ou somente reparatória, pois o acordo deverá ser dividido em capítulos obrigacionais; v) indicar precisamente quais serão as sanções⁵¹⁹ e vi) indicar precisamente a dosimetria a ser aplicada⁵²⁰.

Parte da doutrina afirma que no bojo do acordo de não persecução cível haverá a assunção de obrigações semelhantes às próprias sanções, mas não a sua aplicação direta, pois o acordante reconhece a existência de capítulos obrigacionais, bem como o seu dever jurídico para o respectivo cumprimento.⁵²¹

⁵¹⁷ De forma individualizada, nos casos de concurso de agentes.

⁵¹⁸ PEREIRA, Rafael. Manual do Acordo de Não Persecução Cível. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 95.

⁵¹⁹ SALGADO FILHO, Nilo Spinola. Proibidade Administrativa, in NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (coord.). Manual de direitos difusos. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 639.

⁵²⁰ NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Manual de Improbidade Administrativa, São Paulo: Método, 2012, p. 228.

⁵²¹ PEREIRA, Rafael. Manual do Acordo de Não Persecução Cível. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 101.

Os capítulos obrigacionais, que abrangem os sancionatórios e reparatórios, não foram delineados no âmbito do art. 17, da LIA, como cediço, porém a doutrina adota alguns parâmetros que devem ser observados pelos legitimados com o fim de obter a fixação dos elementos necessários para eventual dosimetria e valor final.

Haverá a necessidade de observância da proporcionalidade⁵²², como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça⁵²³, para a fixação não só da obrigação como também da sua dosimetria, até porque as sanções poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente⁵²⁴, mormente quando se tratar de hipóteses de menor potencial ofensivo⁵²⁵.

Poderá ser utilizada como um bom parâmetro, a essência do art. 59, do Código Penal⁵²⁶, mas por se tratar de sanção de cunho cível, penso ser mais adequada a utilização das regras previstas na Lei Anticorrupção (art. 7º, da LAC).

O elemento volitivo do agente, por certo, deverá ostentar um protagonismo nesta senda, ainda mais considerando as consequências fáticas e jurídicas (gravidade do dano e o resultado) de seu atuar, conforme preconiza o art. 944, do Código Civil⁵²⁷.

Além de toda a análise aqui indicada, a avença deverá sempre conter, claro, conforme as peculiaridades da situação fática⁵²⁸, o seguinte: i) ressarcimento ao erário; ii) reversão da

⁵²² FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 522. SALGADO FILHO, Nilo Spinola. *Probidade Administrativa*, in NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (coord.). *Manual de direitos difusos*. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 638.; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo: RT, 2010, p. 188; ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. São Paulo: RT, 2006, p. 120-121; PASSAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*, 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 148-149; MARQUES, Sílvia Antonio. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.141.

⁵²³ Resp 507.574/MG e AgRg no Resp 1.376.481/RN

⁵²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 383-384. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 392.

⁵²⁵ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*, 9 ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 739.

⁵²⁶ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 32 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 1215.

⁵²⁷ ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos*. 10 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 929. FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 524.

⁵²⁸ PEREIRA, Rafael. *Manual do Acordo de Não Persecução Cível*. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 86.

vantagem indevida obtida em favor da pessoa jurídica e iii) fixação de multa de até 20% do valor do dano ou vantagem obtida.

Nesta senda, por certo, surgirá um questionamento ainda mais complexo para ser solucionado: **quais as sanções, em essência, previstas no art. 12, da LIA, poderão ser objeto do acordo?**

O acordo deverá sempre conter, salvo nos casos de prescrição da pretensão sancionatória punitiva (art. 23, da LIA), alguma sanção prevista no art. 12, da LIA (c/c art. 37, §4º, da CR/88), com a observância, claro, da proporcionalidade e da dosimetria (art. 6º, §1º, da LAC).

O ponto a ser enfrentado aqui é saber quais poderão efetivamente ser convencionadas. Para fins de abordagem, separo as sanções em dois grupos: i) **sanções de índole patrimonial**: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento ao erário, multa civil e proibição de contratação com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios (patrimonial indireta) e ii) **sanções funcionais ou pessoais**: perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, renúncia ao mandato eletivo e compromisso de não candidatura.

Quanto ao primeiro grupo de sanções, não há dúvidas ou questionamentos acerca do cabimento.

Quanto ao segundo grupo de sanções, há intenso debate em sede doutrinária:

Para uma **1ª tese** haverá a impossibilidade da aplicação por ausência de respaldo legal e constitucional (arts. 15, V c/c 37, §4º, da CR/88)⁵²⁹, bem como a necessidade de decisão judicial transitada em julgado (art. 20, da LIA)⁵³⁰ e, caso, o investigado aquiesce a tal avença seria inexecutável⁵³¹.

⁵²⁹ PEREIRA, Leydomar Nunes. Solução Consensual na Improbidade Administrativa. Belo Horizonte: Dialética, 2020, p. 80.

⁵³⁰ PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. Reflexões sobre o Acordo de Não Persecução Cível, <http://www.mpggo.mp.br/boletimdompggo/2020/02-fev/artigos/artigo-FabianaLemes.pdf>. Acesso em 18 out 2020.

⁵³¹ PEREIRA, Leydomar Nunes. Solução Consensual na Improbidade Administrativa. Belo Horizonte: Dialética, 2020, p. 81.

Para uma 2ª tese haverá a possibilidade de aplicação, pois decorreria diretamente da solução negociada do conflito mediante postura voluntária do investigado e as eventuais objeções decorreriam da solução diretamente judicial, ademais, a solução convencionada é uma das vertentes do devido processo legal.⁵³²

A segunda tese conta com a minha adesão, pois trata-se de solução consensual que não gera violação aos direitos fundamentais do acordante e, tampouco, faz parte da cláusula de reserva jurisdicionais. A rigor, não há aplicação direta de sanções, mas assunção de obrigações convencionadas entre o legitimado coletivo e o sujeito que praticou o ato.

Caso uma mesma conduta (fato) possa ser tipificada, ao mesmo tempo, em mais de um dos tipos de ato de improbidade administrativa, para fins de celebração do Acordo de Não Persecução Cível, deverá ser considerada a conduta mais grave, no que tange às sanções⁵³³.

Caso o sujeito pratique mais de um ato de improbidade administrativa, desde que contemporâneos, parte da doutrina sustenta a possibilidade da aplicação por analogia do instituto da detração, para que a sanção mais grave absorva a menos grave.⁵³⁴ O Superior Tribunal de Justiça tem julgado neste sentido.⁵³⁵

É um entendimento que observa o postulado da proporcionalidade, porém, entendo que o caso concreto deve ser bem avaliado antes de ser afastada qualquer sanção, pois, apesar dos atos serem contemporâneos e praticados pelo mesmo sujeito, podem não ostentar conexão objetiva e, assim, demandariam instrumentos específicos para cada ato praticado.

⁵³² ANDRADE, Landolfo. Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões. GEN Jurídico, 05 de março de 2020. Disponível em: <http://gen-juridico.com.br/2020/03/05acordo-de-nao-persecucao-civel/> acesso em: 17-outubro.-2020. No mesmo sentido: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Primeiros e breves apontamentos sobre os acordos em tema de improbidade administrativa, in: <http://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/326016/primeiros-e-breves-apontamentos-sobre-os-acordos-em-tema-de-improbidade-administrativa>, acesso em 19 de outubro de 2020.

⁵³³ FERRARESI, Eurico. Improbidade administrativa. São Paulo: Método, 2011, p. 153; NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Manual de Improbidade Administrativa, São Paulo: Método, 2012, p. 222.

⁵³⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 1007; ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo. São Paulo: RT, 2006, p. 121; NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Manual de Improbidade Administrativa, São Paulo: Método, 2012, p. 222.

⁵³⁵ 1ª T., DECl no Resp 993.658/SC, Rel. Min. Luiz Fux, j. 09.03.2010, Dje 23.03.2010.

Posso imaginar o exemplo no qual o ordenador de despesas, deixando de observar regras legais, dispensa a realização do certame licitatório (1º ato de improbidade administrativa) e, ao longo do contrato administrativo determina a realização de sucessivos termos aditivos com aumento de despesas (2º ato de improbidade administrativa). Ora, existe uma nítida conexão objetiva entre os atos de improbidade administrativa que deverão ser objeto de um mesmo procedimento e, por conseguinte, do mesmo Acordo de Não Persecução Cível.

Por outro lado, fácil imaginar um exemplo no qual o ordenador de despesas, frente à situação de calamidade, determina a realização de diversas contratações de pessoal, bens e serviços sem a necessidade do certame licitatório. Assim, apesar de todas as contratações derivarem do ato anterior, cada contrato deverá ser avaliado individualmente por meio de procedimentos específicos e, também, por Acordos de Não Persecução Cível específicos.

14.2.2) CAPÍTULO REPARATÓRIO – PERDA DOS BENS E VALORES ACRESCIDOS ILICITAMENTE AO PATRIMÔNIO

O capítulo referente à perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio⁵³⁶ não ostenta, a rigor, natureza sancionatória, mas reparatória.⁵³⁷

Assim, no Acordo de Não Persecução Cível deverá constar, conforme a hipótese, como uma obrigação, a reversão dos bens ilicitamente incorporados ao patrimônio do sujeito, assim compreendidos: a) bens lícitamente adquiridos com dinheiro desviado do patrimônio público; b) frutos e rendimentos dos bens adquiridos e c) bens de família adquiridos mediante a prática do ato de improbidade administrativa;

⁵³⁶NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Manual de Improbidade Administrativa, São Paulo: Método, 2012, p. 212.

⁵³⁷NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Manual de Improbidade Administrativa, São Paulo: Método, 2012, p. 212. No mesmo sentido: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.441. em sentido contrário: CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 24ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 1003;

A restituição/reversão deverá ocorrer quando os bens desviados pertençam à pessoa jurídica interessada, na forma do art. 18, da LIA.

Não há a possibilidade de acumulação da determinação da perda dos bens e valores adquiridos pelo sujeito com o ressarcimento ao erário, quando a reversão abarcar integralmente os danos suportados pela pessoa jurídica, sob pena da ocorrência de *bis in idem*.⁵³⁸

Nos casos de bens que pertenceram à terceiros, ainda assim, deverão ser destinados à pessoa jurídica, mas não poderá denominar restituição/reversão, porque tal nomenclatura pressupõe que o bem a pertencia anteriormente.

Ainda que o bem pertença ao terceiro, mediante transferência lícita, não haverá empecilho para a sua persecução seja judicialmente ou por meio do Acordo de Não Persecução Cível, conforme art.593, do CPC, mormente quando puder ser verificada uma potencial fraude. Claro, que o título executivo, em virtude do vínculo subjetivo, somente deverá executado em desfavor daqueles que participaram da sua formação.

Existem soluções simples para isso: i) o proponente deverá exigir, para fins da celebração do Acordo de Não Persecução Cível, que seja indicada toda a listagem dos bens que pertencem ao acordante, bem como aqueles que foram transferidos para terceiros; ii) o proponente poderá instar o terceiro a se manifestar no bojo do procedimento sobre a transferência do bem; iii) o proponente, com base naquilo que foi demonstrado no procedimento ou até mesmo no Acordo de Não Persecução Cível, poderá promover a demanda diretamente em face do terceiro.

15.2.3) CAPÍTULO REPARATÓRIO – RESSARCIMENTO AO ERÁRIO

⁵³⁸NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Manual de Improbidade Administrativa, São Paulo: Método, 2012, p. 214.

O capítulo referente ao ressarcimento ao erário não pode ser considerado, ao menos em essência, como sendo sancionatório, pois o objetivo é recompor o patrimônio público lesado.

Assim, surge um questionamento interessante com várias implicações práticas: **é condição essencial que o ressarcimento seja sempre integral?**

Considerando a existência do microsistema de combate à corrupção, bem como a norma constitucional do art. 37, §4º, da CR/88, fácil defender a necessidade do ressarcimento ser sempre integral⁵³⁹, sob pena da invalidade do acordo celebrado.⁵⁴⁰

Entretanto, a depender do caso concreto, pode ser acordado o ressarcimento parcial, desde que seja devidamente fundamentado com a indicação precisa dos elementos que foram levados em consideração (elemento volitivo, capacidade financeira do agente, informações fornecidas, etc.).⁵⁴¹

Ademais, a pessoa jurídica interessada terá sido devidamente cientificada dos termos da avença com a oportunidade de manifestar-se, portanto, caso não concorde com a fixação do valor parcial, poderá, na forma do art. 17, §2º, da LIA, promover a complementação por meio de demanda própria.⁵⁴²

Ora, o objetivo final é a obtenção do ressarcimento, mas sem afastar a proporcionalidade que, aliás, também será considerada na esfera judicial (art. 8º, do CPC). Portanto, não pode o Acordo de Não Persecução Cível obter algo que não seria possível de obter na via judicial. Deve existir uma certa congruência entre o objeto do ANPC e aquele que seria possível pela via judicial. Não há a necessidade da identidade de objetos e dosimetria, mas é um parâmetro importante a ser seguido.

⁵³⁹NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Manual de Improbidade Administrativa, São Paulo: Método, 2012, p. 216.

⁵⁴⁰PEREIRA, Leydomar Nunes. Solução Consensual na Improbidade Administrativa. Belo Horizonte: Dialética, 2020, p. 76. No mesmo sentido: PEREIRA, Rafael. Manual do Acordo de Não Persecução Cível. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 81.

⁵⁴¹OSÓRIO, Fábio Medina. Acordos em ações de improbidade. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/515662/noticia.html?sequence=1>. Acesso em: 18 out 2020.

⁵⁴²NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Manual de Improbidade Administrativa, São Paulo: Método, 2012, p. 216.

Poderá, por exemplo, ser usado, como forma de negociação, a indicação de que na via judicial as sanções serão mais duras que aquelas negociadas no Acordo de Não Persecução Cível.

Por fim, impende destacar a **possibilidade de inserção de capítulo de reparação por danos morais coletivos e danos sociais no ANPC.**

A possibilidade do ajuizamento de demanda coletiva com o fim de obtenção de reparação por dano moral coletivo, apesar de certa resistência doutrinária⁵⁴³, deve ser admitida.⁵⁴⁴

Considerando que o objeto do ANPC deve ser, ao menos em tese, o mesmo que poderia ser deduzido em juízo, não haverá maiores dificuldades em sustentar a sua estipulação, ainda mais diante da voluntariedade do instrumento.⁵⁴⁵ Trata-se, claro, de um capítulo autônomo e cujo valor deverá ser destinado à pessoa jurídica interessada, na forma do art. 18, da LIA.

É facilmente demonstrável a possibilidade deste tipo de dano nos casos de violação ao patrimônio cultural imaterial, ao patrimônio imaterial de determinada coletividade e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.⁵⁴⁶

Em nosso ordenamento jurídico, podem ser apontadas as seguintes normas jurídicas que fundamentam a possibilidade do dano moral coletivo: a) art. 5º, X, CR/88; b) art. 1º, *caput*, LACP e c) art. 6º, VI, CDC.⁵⁴⁷

⁵⁴³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva dos direitos*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 41-43.

⁵⁴⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 351. LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 270.

⁵⁴⁵ NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*, São Paulo: Método, 2012, p. 215.

⁵⁴⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 351.

⁵⁴⁷ GÓES, Gisele. O pedido de dano moral coletivo na ação civil pública do Ministério Público. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 470-481. RAMOS, André de Carvalho. A ação civil pública e o dano moral coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 25, p. 81. BITTAR FILHO, Carlos Alberto. “Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, v. 12, p. 50.

Defendo⁵⁴⁸, também, a possibilidade de ser requerida a reparação por dano moral no bojo da demanda de improbidade administrativa quando for narrada lesão à moralidade e probidade, conforme reconhecido pelo próprio STJ.⁵⁴⁹

O STJ, seguindo a linha da doutrina majoritária, também admite a possibilidade de reparação por dano moral coletivo, desde que exista a demonstração de que houve efetiva lesão à valores coletivos.⁵⁵⁰

Além dos morais coletivos, também poderão ser requeridos os danos sociais, assim entendidos como aqueles que não geram somente lesões patrimoniais ou morais, mas que atingem toda a sociedade, com um direto rebaixamento da qualidade de vida da coletividade.⁵⁵¹

O STJ, além de reconhecer a possibilidade de requerimento de reparação dos danos sociais, fixou entendimento do seu cabimento ser exclusivo em demandas coletivas.⁵⁵²

16 2.4) CAPÍTULO SANCIONATÓRIO PATRIMONIAL - MULTA CIVIL

⁵⁴⁸ BASTOS, Fabrício Rocha. Curso de Processo Coletivo, São Paulo: Foco, 2018, p. 345.

⁵⁴⁹ REsp 1681245/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T., j.15.08.2017, DJe 12.09.2017. Na doutrina, vale mencionar: MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentários à Lei de Ação Civil Pública. Revisitada, artigo por artigo, à luz do Novo CPC e Temas Atuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 85.

⁵⁵⁰ 2ª Turma, AgRg no AREsp 809.543/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, j. em 08.03.2016, DJe 15.03.2016; REsp 1221756/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 02.02.2012, DJe 10.02.2012; REsp 1.145.083/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 4.9.2012; REsp 1.178.294/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10.9.2010; AgRg nos EDcl no Ag 1.156.486/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 27.4.2011; REsp 1.120.117/AC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 19.11.2009; REsp 1.090.968/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 3.8.2010; REsp 605.323/MG, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 17.10.2005; REsp 625.249/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 31.8.2006, entre outros REsp 1328753/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28.05.2013, DJe 03.02.2015

⁵⁵¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano da responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Ano 5, vol. 19, jul-set, p. 211-218. Rio de Janeiro: Padma Ed.

⁵⁵² Rcl 12.062/GO, 2ª S., rel. Min. Raul Araújo, j. 12.11.2014, DJe 20.11.2014

A multa civil, que tem a função sancionatória patrimonial, também pode ser fixada no bojo do ANPC, pois visa punir o sujeito que praticou o ato e pode gerar um importante efeito pedagógico⁵⁵³.

Nesta seara, três pontos serão fundamentais: i) como fixar o valor; ii) possibilidade de cumulação com a multa pelo descumprimento da avença; iii) destinação do valor.

Para a fixação do valor, além das premissas já indicadas, deverá ser utilizado como parâmetro as regras previstas no art. 12, da LIA, conforme o tipo de ato de improbidade praticado. A dosimetria, por certo, deverá ter como vetor a proporcionalidade mediante justificativa expressa do proponente e, claro, deverá o proponente ater-se ao caso concreto.

No tocante à possibilidade de cumulação com a multa cominatória estabelecida no ANPC, não percebo maiores complexidades na resposta afirmativa, pois ostentam naturezas diversas⁵⁵⁴ como, aliás, já foi reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça.⁵⁵⁵

Sobre a destinação do valor da multa civil, não há dúvidas de que deverá ser direcionada exclusivamente à pessoa jurídica interessada, apesar da inexistência de regra expressa neste sentido na lei de improbidade. Entretanto, há certa divergência acerca da destinação da multa cominatória.

Para uma **1ª tese** a destinação deverá ser exclusivamente para a pessoa jurídica interessada para a preservação da harmonia do sistema, com base no art. 18, da LIA⁵⁵⁶.

Para uma **2ª tese** haverá a possibilidade da destinação ser o fundo de defesa dos interesses difusos, conforme previsto no art. 13, da LACP, pois o patrimônio público está englobado no conceito de direitos difusos (art. 81, pu, I, do CDC c/c art. 1º, IV, da LACP).⁵⁵⁷

⁵⁵³NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Manual de Improbidade Administrativa, São Paulo: Método, 2012, p. 222.

⁵⁵⁴PEREIRA, Rafael. Manual do Acordo de Não Persecução Cível. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 105.

⁵⁵⁵Resp. 1.574.350/SC.

⁵⁵⁶GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa, 6ª ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. No mesmo sentido: NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Manual de Improbidade Administrativa, São Paulo: Método, 2012, p. 223.

⁵⁵⁷PEREIRA, Rafael. Manual do Acordo de Não Persecução Cível. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 106.

Na minha visão, deve ser utilizada uma **3ª tese**, pois, a depender da forma da prática do ato de improbidade administrativa, a destinação do valor pode ser vinculada à uma determinada pasta com aplicação obrigatória para um fim a ser delineado. No caso de ato de improbidade, por exemplo, decorrente de alguma contratação com sobrepreço ou superfaturamento, nada mais natural que o valor da multa civil seja destinado à pessoa jurídica interessada sem maiores preocupações com a destinação específica. Por outro lado, se o ato de improbidade foi praticado de tal maneira que pode prejudicar a implementação de uma política pública, entendo ser mais consentâneo com a nossa realidade fática, que o valor seja destinado à pasta responsável por tal política com a aplicação obrigatória e vinculada à mesma. Portanto, a destinação direta para a pessoa jurídica interessada pode não resultar na adequada recomposição do erário e destinação dos valores.

O valor convencionado da multa é transmissível aos herdeiros ou sucessores?

A questão é verificar se a multa civil terá caráter exclusivamente punitivo ou sancionatório patrimonial.

Há quem sustente a intransmissibilidade justamente por entender ser um capítulo sancionatório e, portanto, o falecimento gera a extinção da obrigação.⁵⁵⁸

Penso de outra forma, por entender que a multa tem caráter sancionatória, claro, mas o que se transmite não é a sanção em si, mas a obrigação patrimonial fixada na avença, respeitados, por certo, os limites da herança. Ademais, a depender do caso concreto, os herdeiros e sucessores poderão ser beneficiários indiretos do ato de improbidade administrativa.

O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, como bem indicado por Daniel Amorim Assumpção Neves, possui julgado no sentido de reconhecer a transmissibilidade da multa somente nos casos de enriquecimento ilícito e lesão ao erário (arts. 9º e 10, da LIA).⁵⁵⁹

⁵⁵⁸ NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Manual de Improbidade Administrativa, São Paulo: Método, 2012, p. 224.

⁵⁵⁹ STJ, 1ª Seção, Resp 951.389/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 09.06.2010, Dje 04.05.2011.

2.5) Capítulo sancionatório - proibição de contratação e recebimento de benefícios do poder público

Esta obrigação que, a depender da hipótese, deverá ser capítulo imprescindível na avença, resultará em um pressuposto convencional negativo para a participação em certames licitatórios, contratações diretas, venda e percepção de qualquer tipo de benefício com a Administração Pública, seja por meio da pessoa jurídica acordante ou qualquer outra na qual seja sócio majoritário o acordante.

Tal obrigação não deverá alcançar os benefícios ou incentivos incondicionais, que são dirigidos a uma coletividade genérica.⁵⁶⁰

A obrigação, posto com viés, também, patrimonial⁵⁶¹, deverá alcançar os herdeiros e sucessores daquele que praticou o ato, desde que o evento morte do sujeito permita a sucessão empresarial. Basta imaginar a seguinte situação: determinado particular pratica ato de improbidade administrativa em conluio com um agente público, por intermédio da pessoa jurídica na qual ostenta participação, e, após a celebração da avença, falece.

Ora, permitir que os seus herdeiros ou sucessores, por meio da mesma pessoa jurídica, possa burlar esta sanção soa completamente absurdo e a criação de tal óbice, por certo não viola as regras do direito civil referentes à sucessão, pois se trata de um aspecto patrimonial da sanção. Ademais, tais herdeiros e sucessores poderão, também, ser considerados como beneficiários indiretos do ato (art. 3º, da LIA).

Em meu sentir, tal obrigação deverá ter aspecto amplo, assim compreendido como o alcance para todas as esferas administrativas, pois, do contrário, será completamente ineficaz.⁵⁶²

⁵⁶⁰ NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Manual de Improbidade Administrativa, São Paulo: Método, 2012, p. 225.

⁵⁶¹ Em sentido um pouco diverso: NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Manual de Improbidade Administrativa, São Paulo: Método, 2012, p. 224/225.

⁵⁶² BEZERRA FILHO, Aluizio. Processo de Improbidade Administrativa: anotado e comentado. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 371.

Para que tal desiderato seja alcançado, o ANPC será enviado oficialmente aos órgãos de controle, Tribunais de Contas e registrado nos cadastros de pessoas jurídicas inidôneas e suspensas⁵⁶³.

Uma questão interessante é saber se **poderá ocorrer gradação temporal neste capítulo.**

O art. 12, da LIA não estipulo qualquer gradação, mas a fixação de patamar máximo. Ademais, o art. 37, §4º, da CR/88, em sua parte final, somente confere ao legislador infraconstitucional a gradação para a suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário.

Diante disso, surge justamente a necessidade de verificar a possibilidade da gradação.

Para uma **1ª tese** esta proibição deverá graduada, mas sempre observando o prazo máximo fixado no art. 12, da LIA e com base no seu parágrafo único.⁵⁶⁴

Para uma **2ª tese**, com a qual concordo, não poderá ocorrer gradação, pois não há esta indicação tanto no texto constitucional quanto no infraconstitucional.⁵⁶⁵

172.6) CAPÍTULO SANCIONATÓRIO - DA RENÚNCIA (PERDA) AO CARGO PÚBLICO

Trata-se de capítulo obrigacional sancionatório que poderá ser inserido no ANPC, a depender da gravidade do ato de improbidade administrativa praticado pelo acordante, a despeito da redação da regra do art. 20, da LIA que exige o trânsito em julgado da sentença condenatória.

⁵⁶³PEREIRA, Rafael. Manual do Acordo de Não Persecução Cível. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 108.

⁵⁶⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional. Belo Horizonte: Forum, 2009, p. 320; SANTOS, Carlos Frederico Britos dos. Improbidade Administrativa, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 168. No mesmo sentido, podem ser destacados os seguintes julgados no Superior Tribunal de Justiça: 2ª T., Resp. 1.185.114/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 02.09.2010, Dje 04.10.2010; 2ª T., Resp 1.156.209/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 19.08.2010, Dje 27.04.2011.

⁵⁶⁵ MARQUES, Sílvio Antonio. Improbidade Administrativa. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 137; NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Manual de Improbidade Administrativa, São Paulo: Método, 2012, p. 226.

A regra prevista no art. 20, da LIA somente se aplica à esfera judicial, mas não deve estendida para o ANPC, justamente por se tratar de atuação voluntária e negociada do sujeito.

O afastamento cautelar (art. 20, pu, da LIA), em meu sentir, na essência do instituto como imposição unilateral, não poderá ser objeto do ANPC, ou seja, exigir o afastamento para fins de assinatura do ANPC. Entretanto, nada impede que o sujeito requeira à Administração Pública licença para que possa se afastar voluntariamente das suas funções enquanto negocia o ANPC.

Um dos pontos mais relevantes é saber o alcance da perda da função, ou seja, se alcança somente o cargo ensejador da prática do ato ou pode alcançar qualquer cargo.

O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu em alguns de seus julgados o alcance amplo desta sanção, determinada no bojo de sentença condenatória transitada em julgado, no sentido de que poderá atingir todos os tipos de vínculo entre o sujeito que praticou o ato e a Administração Pública⁵⁶⁶ e depois uniformizou o entendimento no mesmo sentido.⁵⁶⁷

Este entendimento amplo conta a adesão da maior parte da doutrina⁵⁶⁸, pois poder-se-ia manter um sujeito vinculado à Administração Pública mesmo após a demonstração inequívoca da violação ao patrimônio público.⁵⁶⁹ Por outro lado, há quem sustente a abrangência mais restrita para alcançar somente o vínculo que possibilitou o ato.⁵⁷⁰

Poderá ser objeto do ANPC a cassação da aposentadoria?

Caso o sujeito ativo do ato de improbidade administrativa já esteja aposentado, poderá ter o seu vínculo perdido? Esta situação poderá surgir de duas formas: i) o vínculo administrativo já existia quando da prática do ato de improbidade, mas a proposta somente surgiu após a aposentadoria; ii) a prática do ato de improbidade ocorreu após aposentadoria.

⁵⁶⁶ MS nº 21.757/DF e Resp 1.297.021/PR.

⁵⁶⁷ EREsp 1.701.967/RS.

⁵⁶⁸ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 447-448.

⁵⁶⁹ PEREIRA, Rafael. Manual do Acordo de Não Persecução Cível. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 111.

⁵⁷⁰ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 515.

Na minha concepção, será indiferente para fixação da obrigação, pois não dependerá somente do ato voluntário do sujeito para que a aposentadoria seja cassada, mas, também, da Administração Pública.

De todo modo, como já dito anteriormente, se a sanção pode ser aplicada na esfera jurisdicional, poderá ser objeto do ANPC.

Para uma **1ª tese** não será possível aplicar a cassação da aposentadoria, pois não se trata de vínculo funcional, já extinto, mas previdenciário e, também, não há previsão desta sanção na lei de improbidade administrativa.⁵⁷¹

Para uma **2ª tese**, a qual adiro, será plenamente possível a determinação da cassação da aposentadoria, com base nos seguintes fundamentos: i) poderá ser determinada a anulação do ato administrativa concessivo da aposentadoria; ii) a perda da função pública deverá ser interpretada extensivamente para incluir o vínculo previdenciário. Não há como buscar uma efetividade no combate à corrupção, que é sistêmica em nosso país e, ao mesmo tempo, sustentar a possibilidade de um agente público ímprobo manter o seu vínculo previdenciário.⁵⁷²

18 2.7) CAPÍTULO SANCIONATÓRIO - DA ASSUNÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE NÃO CONCORRER AOS CARGOS POLÍTICOS

A suspensão dos direitos políticos é uma das possíveis sanções, com a dosimetria fixada em lei, decorrentes do reconhecimento da prática do ato de improbidade administrativa

⁵⁷¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 24ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 1005; ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADRE, Landolfo. Interesses difusos e coletivos esquematizado. São Paulo: Método, 2011, p. 709/710; SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. Improbidade Administrativa. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 162-163.

⁵⁷² FERRARESI, Eurico. Improbidade Administrativa. São Paulo: Método, 2011, p. 145; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional. Belo Horizonte: Forum, 2009, p. 300; PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 143; NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Manual de Improbidade Administrativa, São Paulo: Método, 2012, p. 218.

(art. 12, da LIA c/c art. 15, V, da CR/88), mas condicionada ao trânsito em julgado da sentença condenatória, conforme preconiza o art. 20 da LIA.

A suspensão dos direitos políticos sempre decorre, portanto, de decisão judicial, mas nada impede que seja objeto da convenção a assunção pelo acordante da obrigação de não concorrer aos cargos políticos o que representaria uma renúncia ao exercício do seu direito de sufrágio e não uma imposição unilateral.⁵⁷³

Entendo que o ANPC quando contiver tal obrigação deverá ser enviado, para fins de ciência, ao Ministério Público com atribuição eleitoral, Juízo Eleitoral da Comarca, Tribunal Regional Eleitoral e Tribunal Superior Eleitoral, pois, com isso, além da óbvia publicização da obrigação, os órgãos da Justiça Eleitoral poderão criar um cadastro que poderá ser consultado pela população, partidos políticos e coligações, candidatos e os demais órgãos de controle.

Não há qualquer violação aos direitos fundamentais do sujeito, pois não existe vedação alguma para que ele renuncie voluntariamente ao exercício do seu direito político.

Há quem sustente a necessidade da homologação judicial da cláusula que contenha tal obrigação⁵⁷⁴, mas, conforme já sustentado, entendo ser despicienda tal homologação, em qualquer hipótese extrajudicial e extraprocessual, pois as convenções surtem efeitos imediatamente (art. 200, do CPC).

Questão interessante que merece abordagem específica é saber o seguinte: **o descumprimento desta obrigação gera qual tipo de consequência?**

Considerando que a condenação pela prática de ato de improbidade administrativa pode gerar inelegibilidade (art. 1º, I, I), da LC 64/90⁵⁷⁵ c/c art. 14, §9º, da CR/88⁵⁷⁶), resta debater a possibilidade do acordo de não persecução cível gerar tal consequência.

De toda forma, não há como o ANPC afastar os efeitos da inelegibilidade, caso seja verificada.

⁵⁷³ PEREIRA, Rafael. Manual do Acordo de Não Persecução Cível. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 113.

⁵⁷⁴ PEREIRA, Rafael. Manual do Acordo de Não Persecução Cível. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 114.

⁵⁷⁵ Faz referência expressa ao elemento volitivo dolo e ao trânsito em julgado.

⁵⁷⁶ Não há qualquer referência ao elemento volitivo e ao trânsito em julgado.

Poder-se-ia objetar tal consequência sob o argumento de que a criação de novo caso de inelegibilidade, por tal via, seria inconstitucional por violação direta do art. 14, §9º, da LC 64/90, pois o acordo foi criado por lei ordinária e não lei complementar.⁵⁷⁷

A despeito da premissa interessante, entendo não existir empecilho para a celebração do acordo, pois a mera previsão em lei ordinária do instrumento não viola, *de per si*, a norma constitucional referida, na medida em que se trata de um ajustamento voluntário extrajudicial.⁵⁷⁸

Ademais, não seria propriamente uma hipótese de inelegibilidade, mas sim a necessidade da observância dos termos do ANPC celebrado, sob pena de violação da boa-fé objetiva e da cooperação (arts. 5º e 6º, do CPC), mormente quando ostentar viés premial.

Caso o instrumento tenha viés premial e o sujeito, apesar de assumir a obrigação de não concorrer a cargos eletivos, registrar a sua candidatura, poderão surgir as seguintes consequências jurídicas: i) rescisão da colaboração premiada; ii) rescisão do ANPC com o imediato ajuizamento da demanda de improbidade administrativa; iii) execução imediata da multa cominatória fixada no instrumento; iv) possibilidade do ajuizamento da impugnação ao registro de candidatura.

Com exceção da primeira consequência, tais serão aplicáveis aos casos nos quais o ANPC não ostente viés premial.

Tal entendimento não gera qualquer violação ou restrição aos direitos fundamentais do acordante, mas impõe a necessária observância dos termos do acordo e, com isso, de outro lado, reafirma que o seu cumprimento é um dever e não um favor à coletividade. Ora, um acordo celebrado formalmente com o Ministério Público não pode ser considerado como algo de somenos importância e as consequências do descumprimento, injustificado, diga-se, devem ser severas.

⁵⁷⁷ PINHEIRO, Igor Pereira et al. Lei Anticrime comentada. Editora JHMizuno, 2019, p. 142.

⁵⁷⁸ PEREIRA, Leydomar Nunes. Solução Consensual na Improbidade Administrativa. Belo Horizonte: Dialética, 2020, páginas 84 e 86.

Já passou da hora de pararmos de tratar os agentes ímprobos corruptos com parcimônia e condescendência e passarmos a levar à sério o combate à corrupção, pois, como cediço, vivemos em um país no qual tais atos são corriqueiros, endêmicos, sistêmicos e aceitáveis.

3) Conclusão

No presente artigo objetivei apresentar as minhas considerações sobre o objeto possível de ser convencionado por meio da celebração do Acordo de Não Persecução Cível quanto às sanções e reparações decorrentes da prática de ato de improbidade administrativa.

Certo de que ainda há algumas considerações ainda a serem feitas que naturalmente surgirão ao longo do manejo do instrumento, não posso deixar de registrar que eventuais dificuldades na seara executiva ou do convencimento do sujeito não pode, por si só, gerar óbice intransponível.

Impende salientar, também, que a confusão natural entre restrição de direito fundamental e o seu exercício, que permite a renúncia, diga-se, não pode ser argumento suficiente para impedir a celebração do instrumento.

Assim, forte nestas premissas, penso ser plenamente possível, fática e juridicamente, a celebração do Acordo de Não Persecução Cível como forma adequada para aplicação do Direito Sancionador decorrente da prática de ato de improbidade administrativa.

Em caso contrário, haverá uma incoerência sistêmica do panorama sancionatório que relegará ao oblívio o próprio instrumento.

Referência bibliográficas:

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Interesses difusos e coletivos. 10 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, p. 929.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ANDRADE, Landolfo. Acordo de não persecução cível: primeiras reflexões. GEN Jurídico, 05 de março de 2020. Disponível em: <http://gen-juridico.com.br/2020/03/05acordo-de-nao-persecucao-civel/>> acesso em: 17-outubro.-2020.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no direito administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. Revista de Direito do Estado, v. 1, 2006.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano da responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Ano 5, vol. 19, jul-set, p. 211-218. Rio de Janeiro: Padma Ed.

BASTOS, Fabrício Rocha. Curso de Processo Coletivo, São Paulo: Foco, 2018.

BEZERRA FILHO, Aluizio. Processo de Improbidade Administrativa: anotado e comentado. Salvador: JusPodivm, 2018.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. “Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, v. 12.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 32 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRARESI, Eurico. Improbidade administrativa. São Paulo: Método, 2011.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*, 6ª ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

GARCIA, Emerson. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992. *Revista Síntese*. São Paulo, v. 12, n. 141, Edição especial.

GÓES, Gisele. O pedido de dano moral coletivo na ação civil pública do Ministério Público. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo: RT, 2010.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARQUES, Sílvio Antonio. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentários à Lei de Ação Civil Pública. Revisitada, artigo por artigo, à luz do Novo CPC e Temas Atuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*, Rio de Janeiro: Forense, 16ª ed. ver. e atual, 2014.

NEVES, Daniel Amorim de Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*, São Paulo: Método, 2012.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Forum, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. Acordos em ações de improbidade. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/515662/noticia.html?sequence=1>. Acesso em: 18 out 2020.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*, 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PEREIRA, Leydomar Nunes. *Solução Consensual na Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

PEREIRA, Rafael. Manual do Acordo de Não Persecução Cível. Belo Horizonte: CEI, 2020.

PINHEIRO, Igor Pereira et ali. Lei Anticrime comentada. Editora JHMizuno, 2019.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. Reflexões sobre o Acordo de Não Persecução Cível, <http://www.mpggo.mp.br/boletimdompggo/2020/02-fev/artigos/artigo-FabianaLemes.pdf>. Acesso em 18 out 2020.

RAMOS, André de Carvalho. A ação civil pública e o dano moral coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 25.

SALGADO FILHO, Nilo Spinola. Proibição Administrativa, in NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (coord.). Manual de direitos difusos. São Paulo: Verbatim, 2012.

SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. Improbidade Administrativa. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros; TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. A leniência anticorrupção: primeiras aplicações, suas dificuldades e alguns horizontes para o instituto. In Colaboração Premiada, Coord. Maria Thereza de Assis Moura e Pierpaolo Cruz Bottini. São Paulo: RT, 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva dos direitos*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo. São Paulo: RT, 2006.

LOGÍSTICA REVERSA DE EMBALAGENS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

475

Fabricio Dorado Soler

Advogado, professor, mestre em Direito Ambiental pela PUC (2014), MBA Executivo em Infraestrutura pela Escola de Economia da Fundação Getúlio Vargas (2010), pós-graduado em Gestão Ambiental e Negócios do Setor Energético pelo Instituto de Eletrotécnica e Energia da Universidade de São Paulo (2007) e especialista em Gestão Ambiental pela Faculdade de Saúde Pública também da USP (2004). Profissional atuando com as práticas de Direito dos Resíduos, Direito Ambiental, Infraestrutura e Sustentabilidade. Desde 2010 é indicado por prestigiadas publicações internacionais (Chambers and Partners, Leaders League, Latin Lawyer, Whos Who Legal e The Legal 500) e nacional (Revista Análise Advocacia) pela atuação em Direito Ambiental, com ênfase em resíduos sólidos. Consultor da ONU para o Desenvolvimento Industrial e da Confederação Nacional da Indústria. Website: www.fabriciosoler.com.br E-mail: contato@fabriciosoler.com.br

Lei Federal nº 12.305/2010 (PNRS) e a Logística Reversa

Logística reversa é o nome da obrigação imposta pelo art. 33, caput, da Lei Federal nº 12.305/2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos (“PNRS”), sendo caracterizada como um instrumento de desenvolvimento econômico e social que compreende um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos (produtos e embalagens após o uso/consumo) ao setor empresarial, seja para reaproveitamento em seu ciclo produtivo ou outra destinação final ambientalmente adequada, a exemplo da reciclagem.

Nesse sentido, a PNRS impõe aos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes o dever de estruturar e implementar sistemas que assegurem o retorno de

determinados produtos e embalagens pós-consumo ao processo produtivo, a exemplo de agrotóxicos, pilhas e baterias, pneus, óleos lubrificantes, lâmpadas fluorescentes e produtos eletroeletrônicos.

No mais, desde logo o art. 33, I, § 1º e § 2º da PNRS previu que os sistemas de logística reversa podem ser estendidos a outros produtos e embalagens (plásticas, metálicas ou de vidro), considerando a viabilidade técnica e econômica da logística reversa, bem como o grau e a extensão do impacto à saúde pública e ao meio ambiente dos resíduos gerados.

Entre outros modelos a serem previstos nos regulamentos específicos ou propostos pelo próprio setor empresarial, a PNRS exemplifica que os responsáveis pela logística reversa poderão implementar e operacionalizar o sistema mediante procedimentos de compra de produtos ou embalagens usados, disponibilização de postos de entrega de resíduos reutilizáveis e recicláveis ou por meio de parcerias com cooperativas ou outras formas de associação de materiais reutilizáveis ou recicláveis. Tal caráter independente e encadeado de imposição de responsabilidades aos obrigados pela logística reversa recebeu o nome, pela PNRS, de responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto.

Política Estadual de Resíduos Sólidos (PERS-RJ)

A Lei nº 4.191/2003 instituiu a Política Estadual de Resíduos Sólidos do Estado do Rio de Janeiro (“PERS-RJ”) com uma série de princípios, procedimentos, normas e critérios referentes à geração, ao acondicionamento, à coleta, ao tratamento e à destinação final dos resíduos sólidos no território fluminense. Com a superveniência da comentada PNRS em 2010, foi editada a Lei nº 6.805/2014 de modo a incluir na PERS-RJ dispositivos referentes à implementação de sistemas de logística reversa.

Em consonância com a PNRS, a PERS-RJ reproduziu diversos dispositivos da norma geral dos sistemas de logística reversa, com destaque para o encadeamento individualizado e encadeado de atribuições, conforme os §§4º, 5º e 6º do art. 22-A, a saber:

Os consumidores deverão efetuar a devolução após o uso, aos comerciantes ou distribuidores, dos produtos e das embalagens objeto de logística reversa;

Os comerciantes e distribuidores deverão efetuar a devolução aos fabricantes ou aos importadores dos produtos e embalagens reunidos ou devolvidos;

Os fabricantes e os importadores darão destinação ambientalmente adequada aos produtos e às embalagens reunidos ou devolvidos, sendo o rejeito encaminhado para a disposição final ambientalmente adequada.

Por outro lado sem manter qualquer correspondência com o marco legal brasileiro de logística reversa, a editada PERS-RJ passou a prever a modalidade de desconto para o consumidor que, no ato da compra, entregasse e descartasse o produto anteriormente utilizado art.22-A, §9º).

Isto é, tanto a PNRS, quanto a PERS-RJ original, impunham ao consumidor a obrigação de efetuar a devolução, após o uso, dos produtos e das embalagens objeto de logística reversa, não havendo, por consequência, remissão a qualquer tipo de benefício ou vantagem (*i.e.* desconto no ato de compra) no cumprimento do dever legal.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (“TJRJ”), nos autos da Representação por Inconstitucionalidade nº 0026000-13.2015.8.19.0000, na qual se questionou a validade dessa concessão de desconto para o consumidor, declarou assertivamente a inconstitucionalidade do referido art. 22-A, §9º, da PERS-RJ, nos seguintes termos:

“Não se pode admitir aos Estados a “fixação de preços” como

uma competência concorrente da União, justamente por não se tratar de forma de intervencionismo pertencente ao direito econômico, mas ao direito civil, cuja competência é privativa da União.

Caso contrário, a justificativa dada para admitir a competência do Estado para legislar sobre “descontos”, atrairia, também, a competência para, por exemplo, baixar uma norma que estatua que o consumidor que adquirir produtos com roupa branca pague dez por cento do preço do produto e outras análogas.

Assim, entendo patente a inconstitucionalidade do diploma legal vindicado, já que a concessão de “desconto” ao consumidor não pode ser objeto de Lei Estadual por não se subsumir ao disposto no artigo 24, inciso IX da Constituição Federal, segundo a qual “é competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal legislar sobre educação, cultura, ensino e desporto”.

Não existe peculiaridade regional que dê competência plena ao Estado para legislar sobre a concessão de desconto ao consumidor.

Essa forma de dispor, com interferência de fundo na livre iniciativa, sem uma contrapartida, cumprimentando o Estado com o chapéu alheio, não é consentânea com a Constituição Federal.

O custeio do “desconto” concedido pelo § 9º do artigo 22-A da Lei 6.805/2014, ao ser atribuído ao empresariado traz a este um ônus que é constitucionalmente dado ao Estado.

Seguindo o seu argumento, cabe ao Estado incentivar a proteção e defesa do consumidor, sendo que este incentivo estatal só

pode advir da conta dele mesmo. Incentivar uma atividade ou dar um privilégio a determinado seguimento social, sem arcar com os custos dele advindos, é “fazer graça com o chapéu alheio”, exigir que outrem exerça as funções que lhe são impostas pela própria Constituição Federal.

Neste sentido, o E. Supremo Tribunal Federal entende vedado aos Estados, a pretexto de veicularem norma em defesa do consumidor, legislar sobre direito civil, notadamente sobre relações contratuais.” (grifo nosso)

Em linha com tal entendimento, vale destacar que o Decreto Federal nº 10.240/2020, que regulamenta a PNRS quanto à implementação de sistema de logística reversa de produtos eletroeletrônicos e seus componentes de uso doméstico, prevê expressamente em seu art. 11 que “não haverá remuneração, ressarcimento ou pagamento *[ou qualquer tipo de desconto]* aos consumidores que efetuarem a entrega dos produtos eletroeletrônicos nos pontos de recebimento (...)”.

Sistema de Logística Reversa de Embalagens

A Lei nº 8.151/2018 instituiu o sistema de logística reversa de embalagens e resíduos de embalagens no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, tendo como parâmetro o Acordo Setorial Nacional de Embalagens previsto no art. 34 da PNRS, adequando-o às características, peculiaridades e potencialidades desta unidade da Federação.

A lei é aplicável a todas as embalagens dos produtos consumidos no território do Estado, sejam elas produzidas ou simplesmente comercializadas no Rio de Janeiro, independentemente do material utilizado, e ainda aos resíduos dessas embalagens suscetíveis de coleta, tratamento e beneficiamento pelos sistemas existentes ou que venham a ser criados para facilitar o cumprimento da legislação em vigor.

A despeito de a lei prever expressamente que o sistema de logística reversa de embalagens do Estado tem como parâmetro o acordo setorial de embalagens em geral de âmbito nacional (celebrado entre a União Federal e parcela do setor empresarial em 2015), é possível identificar, s.m.j., discrepâncias que podem transcender o pressuposto de compatibilidade do regulamento estadual para com o federal.

A Lei nº 8.151/2018 prevê que o financiamento, a implantação e a operacionalização do sistema de logística reversa dar-se-á mediante um conjunto de ações, programas, investimentos, suporte técnico e institucional pelas empresas que produzem, importam ou comercializam embalagens ou produtos embalados no Estado, prioritariamente em parceria com cooperativas e associações de catadores de materiais recicláveis.

Apesar da coerente prioridade dada às entidades catadoras e catadores de materiais recicláveis, a norma estadual adota terminologia diversa para os agentes obrigados a implementar logística reversa ao remeter às “empresas que produzem, importam ou comercializam”, enquanto a PNRS estabelece como sujeitos obrigados os “fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes”.

E mais, a norma fluminense dá um sentido alternativo entre os agentes obrigados à norma – empresa que importa “ou” empresa que comercializa – enquanto a PNRS impõe de forma adicional – “e” – assegurando o envolvimento de todos os atores do ciclo de vida dos produtos.

Nesse mesmo sentido, o art.5º da citada lei estadual estabelece que “*as empresas que produzem, importam ou comercializam embalagens ou produtos embalados no Estado do Rio de Janeiro cumprirão a presente Lei, responsabilizando-se pelo gerenciamento e financiamento da logística reversa destes materiais, na proporção da quantidade de embalagens que, comprovadamente, coloquem no mercado estadual.*”

Vale anotar que a Lei nº 8.151 equipara as empresas que produzem, importam ou comercializam **produtos embalados** àquelas que produzem, importam ou comercializam **embalagens**, contudo, o acordo setorial nacional, supostamente tido como parâmetro, prevê atribuições diferenciadas desses agentes econômicos (fabricantes e importadores de produtos comercializados em embalagens e fabricantes e importadores de embalagens), quais sejam:

RESPONSABILIDADES DOS FABRICANTES E IMPORTADORES DE PRODUTOS COMERCIALIZADOS EM EMBALAGENS

Cabe aos fabricantes e importadores de produtos comercializados em embalagens dar a destinação ambientalmente adequada às Embalagens, mediante a implementação e o acompanhamento das seguintes ações, conjunta ou isoladamente:

(i) investimento direto ou indireto em centrais de triagem, Cooperativas ou entidades que as representem, tais como a ANCAT, mediante melhoria da infraestrutura física, aquisição de equipamentos e capacitação, com o objetivo primordial de aumentar a eficiência operacional;

(ii) as Empresas poderão também cumprir suas obrigações mediante o investimento, por meio da ANCAT ou outras entidades representativas das Cooperativas, as quais se responsabilizarão por transferir tais investimentos diretamente para as Cooperativas por elas identificadas e selecionadas, sendo certo que tais recursos deverão ser destinados a treinamento técnico e administrativo, aquisição de equipamentos, benfeitorias em instalações físicas, com o objetivo de aumentar a eficiência operacional;

(iii) em relação aos espaços disponibilizados pelos comerciantes e distribuidores, implantação de PEV nos espaços cedidos ou individualmente em outros locais, atuando prioritariamente em parceria com Cooperativas ou outras formas de associação de catadores

de materiais recicláveis, bem como com o Comércio Atacadista de Materiais Recicláveis ou outros prestadores de serviços;

RESPONSABILIDADES DOS FABRICANTES E IMPORTADORES DE EMBALAGENS

Cabe aos fabricantes e importadores de embalagens dar a destinação ambientalmente adequada às Embalagens, mediante a implementação e o acompanhamento das seguintes ações, conjunta ou isoladamente:

(i) compra direta ou indireta, a preço a ser negociado entre as partes da operação, por meio do Comércio Atacadista de Materiais Recicláveis e/ou das recicladoras, das embalagens triadas pelas Cooperativas, centrais de triagem ou unidades equivalentes, Centrais de Valorização de Material Reciclável, ou ainda pelos centros de triagem mantidos pelos titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, com base nos valores de referência de mercado, respeitando critérios de localização, volume, qualidade e capacidade instalada das empresas envolvidas no processo de reciclagem, em todas as etapas;

(ii) identificação das Cooperativas, centrais de triagem ou unidades equivalentes, das empresas do Comércio Atacadista de Materiais Recicláveis e das empresas recicladoras, em território nacional, cadastradas nas respectivas Associações indicadas no preâmbulo, de forma a facilitar o Sistema de Logística Reversa;

Outro ponto que merece atenção é o disposto no art. 7º da Lei nº 8.151/2018 ao estabelecer o dever de patrocínio, pelo setor empresarial, de campanhas de conscientização ambiental de cidadãos e consumidores e das operações de coleta seletiva, valorização e triagem das embalagens.

Ocorre que nos termos art. 36, incisos I e II, da lei federal nº 12.305/2010, cabe ao titular dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos ou seja, ao poder público municipal -, e não ao setor empresarial -, adotar os procedimentos para reaproveitar os resíduos sólidos reutilizáveis e recicláveis oriundos desses serviços, bem como a estabelecer coleta seletiva.

Destaca-se, inclusive, que a Lei Federal nº 14.026/2020, conhecida por Novo Marco do Saneamento, estabelece que se consideram serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos as atividades operacionais de coleta, transbordo, transporte, triagem para fins de reutilização ou reciclagem, tratamento, inclusive por compostagem, e destinação final dos resíduos domésticos entre outros resíduos sólidos urbanos, que são de titularidade do Município, não cabendo, portanto, ao setor empresarial patrociná-las, como se verifica da Lei nº 8.151/2018.

No mesmo sentido, Estado do Rio de Janeiro, em informações prestadas no âmbito de medida judicial⁵⁷⁹, ratifica o entendimento no sentido que o artigo 7º da Lei nº 8.151/2018 é flagrantemente eivado de constitucionalidade. “Com efeito, ao tentar fazer com que recaiam sobre os produtores, importadores e comerciantes de embalagens os custos das campanhas de conscientização e das coletas seletivas, o que faz, a toda evidência, é repassar ao setor privado a responsabilidade pela limpeza urbana. Essa tarefa, contudo, consiste em serviço público de interesse local, que deve ser prestado pelo Poder Público municipal, a teor do artigo 243 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Não à toa, este artigo havia sido vetado pelo então Chefe do Poder Executivo estadual ao argumento de que “*contrariou a Política Nacional de Resíduos Sólidos ao estabelecer que as ‘campanhas de conscientização ambiental deverão ser patrocinadas pelas empresas integradas às iniciativas governamentais’*, na medida em compete aos Municípios a realização do serviço de limpeza pública”.

Ainda, é possível identificar na lei fluminense aparente confusão entre o plexo de

⁵⁷⁹ Representação por Inconstitucionalidade nº 0019055-34.2020.8.19.0000, ajuizada pela Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro – FIRJAN.

atividades correlacionadas ao sistema de logística reversa de embalagens (medidas de retorno e destinação final) com aquelas compreendidas no âmbito dos serviços públicos de manejo de resíduos sólidos (coleta, triagem, tratamento, etc.), ensejando o esclarecimento conforme o quadro esquemático abaixo:

Critério	Classificação	Gerador	Gerenciador	Regime jurídico
Origem (Artigo 13, I, Lei Federal nº 12.305/2010)	Resíduos da produção (Artigo 13, I, alíneas “d” a “k” da Lei Federal nº 12.305/2010)	Responsável pela atividade produtiva		Licenciamento ambiental (Artigos 20 a 24 e 27 da Lei Federal nº 12.305/2010)
	Resíduos sólidos urbanos (RSU) (Artigo 13, I, alíneas “a” a “c” da Lei Federal nº 12.305/2010)	Municípios em residências urbanas Sociedade em geral na varrição e na limpeza de logradouros	Municípios e o DF (titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de RSU)	Serviços públicos financiados por receitas tributárias (IPTU, taxa do lixo) ou não tributárias (tarifa) (Artigo 175 da CF c/c artigo 2º, I, alínea “c”, e 7º da Lei Federal nº 11.445/2007 c/c artigo 36 da Lei Federal nº 12.305/2010)
Produto ou embalagem em fim de vida (Artigo 33, I a IV, e §§1º a 2º da Lei Federal nº 12.305/2010)		Consumidores	Consumidores Fabricantes Importadores Distribuidores Comerciantes	Logística reversa (Artigo 31, III c/c artigo 36 da Lei Federal nº 12.305/2010)

Dito isto, em consonância com a PNRS e a Lei de Saneamento, o Acordo Setorial celebrado entre a União e setor empresarial reconhece a responsabilidade e a gestão compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos como princípio básico da gestão de resíduos, incumbindo ao poder público o dever de efetivar as ações relacionadas aos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, bem como a organização e a prestação direta ou indireta desses serviços.

Sendo assim, caso o titular do serviço público de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos vir a se encarregar das obrigações dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes nos sistemas de logística reversa dos produtos e embalagens (em especial àquelas relacionadas à coleta dos materiais), as ações do poder público serão remuneradas, na forma previamente acordada entre as partes.

Com efeito, a lei fluminense criou o Ato Declaratório de Embalagens (ADE) e o Plano de Metas e Investimentos (PMIn), instrumentos que igualmente não guardam correspondência com a PNRS, tampouco com o Acordo Setorial Nacional de Embalagens, conforme a seguir explorado.

Ato Declaratório de Embalagens (ADE)

A Lei nº 8.151/2018 instituiu o Ato Declaratório de Embalagens (ADE), pelo qual os fabricantes, embaladores e importadores de produtos comercializados em embalagens ficam obrigados, anualmente, a declarar, ao órgão gestor da Política Ambiental, diretamente ou por entidade por eles eleita para os representar, o quantitativo de embalagens colocadas no mercado fluminense e o percentual efetivamente encaminhado para as indústrias de reciclagem.

A Secretaria de Estado do Ambiente e Sustentabilidade (SEAS), por meio da Resolução nº 13/2019, regulamentou o ADE, estabelecendo como prazo de entrega o dia 31 de março de cada ano, referente às informações do ano anterior. Para tanto, a SEAS desenvolveu plataforma digital inserida no endereço eletrônico do Instituto Estadual do Ambiente (INEA) a possibilitar que as empresas submetam o documento dentro dos respectivos prazos, conforme imagem abaixo:



Fonte: SEAS/INEA. Disponível: <http://www.inea.rj.gov.br/recuperacao-ambiental/servicos/>

A Resolução SEAS nº 13/2019 ainda estabeleceu que o ano fiscal de 2019 será considerado o primeiro ciclo de coleta de informações sobre embalagens, devendo ser entregue o ADE até o dia 31 de março de 2020. No mais, de acordo o §2º do art.2º dessa Resolução, o Ato Declaratório de Embalagens poderá ser entregue diretamente pela empresa responsável ou por entidade expressamente indicada para sua representação, “devendo conter os dados individualizados de cada uma das empresas representadas.”

Essa previsão merece crítica, vez que, em regra, os sistemas de logística reversa, incluídos os de embalagens, são comumente implementados por intermédio de programas e modelos coletivos formados por um conjunto de empresas, e, por consequência, a prestação de informações e o reporte de dados são feitos de forma agrupada e consolidada, sem qualquer

individualização de e por empresas aderentes a esses modelos.

Os programas coletivos, a rigor, são implementados por entidades gestoras, assim entendida como a “pessoa jurídica constituída pelas empresas fabricantes e importadoras ou associações de fabricantes e importadores, que atenda aos requisitos técnicos de gestão, com o objetivo de estruturar, implementar e operacionalizar o sistema de logística reversa”⁵⁸⁰.

Valendo-se da regulamentação federal da logística reversa de produtos eletroeletrônicos, o Decreto nº 10.240/2020 estabelece em seu art.27 que compete às entidades gestoras:

- (i) declarar de forma coletiva os resultados do sistema de logística reversa, principalmente quanto ao peso dos produtos eletroeletrônicos comercializados no mercado interno e dos produtos encaminhados à destinação final ambientalmente adequada, de forma a demonstrar o cumprimento das metas por suas empresas associadas;
- (ii) acompanhar continuamente a estruturação, a implementação, a operação e a gestão do sistema de logística reversa, em representação aos interesses de suas empresas associadas;
- (iii) disponibilizar relatórios para fins de verificação do cumprimento das ações de sua responsabilidade previstas nesse Decreto, resguardada confidencialidade e o sigilo legal das informações.

Isto posto, mais uma vez, s.m.j., entende-se desacertada a regulação estadual ao instituir instrumento (ADE) sem correspondência nacional e prevendo a prestação de dados individualizados de cada uma das empresas, enquanto para fins de gestão e governança a melhor prática se inclina aos modelos coletivos de logística reversa e consequente reporte agrupado de

⁵⁸⁰ Inc. VII do art. 3º do Decreto nº 10.240, de 2020, que regulamenta o inciso VI do caput do art. 33 e o art. 56 da Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, quanto à implementação de sistema de logística reversa de produtos eletroeletrônicos e seus componentes de uso doméstico.

informações quanto ao desempenho dos sistemas.

Plano de Metas e Investimentos (PMIn)

Outra inovação da Lei fluminense nº 8.151/2018 - e que também não tem equivalência no Acordo Setorial Nacional de Embalagens diz respeito ao Plano de Metas e Investimentos (PMIn) para o financiamento do sistema de logística reversa de embalagens, de responsabilidade de fabricantes de embalagens, embaladores/envasadores, importadores e comerciantes de embalagens ou produtos embalados.

De acordo com o art.11 da referida lei, constituirão o PMIn:

(i) a previsão de recursos a serem investidos pelo conjunto das empresas por biênio a partir de 2019 pelos próximos 10 anos em: instalação e manutenção de Postos de Entrega Voluntária – PEVs e de unidades de triagem; capacitação, apoio técnico e operacional às cooperativas e associações de catadores e catadoras; pagamentos por serviços prestados às cooperativas e associações de catadores e catadoras; beneficiamento e/ou comercialização de recicláveis, entre outras ações;

(ii) o estabelecimento das metas bianuais de recolhimento das embalagens das diversas origens e materiais, tendo como parâmetro o volume do ano anterior colocado no mercado estadual.

A exemplo do ADE, a SEAS desenvolveu formulários, nos termos da Resolução nº 13/2019, específicos para submissão do PMIn, conforme evidenciado abaixo:

SEAS Secretaria de Estado do Ambiente e Sustentabilidade		PLANO DE METAS E INVESTIMENTOS (PMIn) LOGÍSTICA REVERSA DE EMBALAGENS EM GERAL	
1-Dados cadastrais			
1.1) Empreendimento			
Razão Social:	CNPJ:	Nome Fantasia:	Porte:
Endereço (logradouro, número, complemento e bairro):		CEP:	Município:
Número da Licença Ambiental/Processo:	Código CNAE:	Endereço Eletrônico:	
1.2) Representante Legal			
Nome Completo:	CPF:	RG:	Telefone: (ddd)
E-mail:			
1.3) Responsável Técnico (se aplicável)			
Nome Completo:	Profissão:	Registro Profissional:	ART (Anotação de Resp. Técnica):
E-mail:			
1.4) A empresa se declara:			
☐ Fabricante de Embalagens			
☐ Embalador ou Envasador			
☐ Embala produtos com sua própria marca			
☐ Embala produtos de outras marcas			
☐ Importador			
☐ Importa diretamente produtos embalados de qualquer marca que coloca no mercado			
☐ Importa embalagens			
☐ Comerciante			
☐ Vende embalagens			
☐ Revende produtos embalados de outras marcas			
2-Informações sobre os Instrumentos e da Forma de implantação da Logística Reversa de Embalagens adotado			
2.1) Qual o Instrumento e/ou forma de implantação do sistema de Logística Reversa adotado?			
Instrumentos	Descrição	Data de adesão	
Acordo Setorial Nacional			
Regulamento			
Termo de Compromisso			
Solução individualizada			
Não possui			
Endereço eletrônico:			
2.2) Tipo de Embalagem			
☐ Fornece embalagem de venda ou embalagem primária (que está em contato direto com o produto)			
☐ Fornece embalagem agrupada ou embalagem secundária (designada para conter uma ou mais embalagens primárias, podendo não ser indicada para o transporte)			
☐ Fornece embalagem de transporte ou embalagem terciária (agrupa diversas embalagens primárias ou secundárias para o transporte, como a caixa de papelão ondulado)			
☐ Fornece embalagem reutilizável			

Fonte: SEAS/INEA. Disponível: http://www.inea.rj.gov.br/wp-content/uploads/2019/05/Res.-SEAS-n%C2%BA-13_2019-Anexo-4.pdf

O PMIn deverá ser atualizado em frequência não superior a dois anos, cabendo à SEAS avaliar o cumprimento dos prazos e compromissos nele estabelecidos. Atenta-se que o PMIN padece da mesma impropriedade do ADE, vez que a legislação igualmente dispõe que o documento poderá ser entregue diretamente pela empresa responsável ou por entidade expressamente indicada para sua representação, “devendo conter os dados individualizados de cada uma das empresas representadas”, ensejando a retificação desse dispositivo pelos motivos anteriormente expostos.

De acordo com essa Resolução, a SEAS, com base nas informações prestadas nos ADEs, e ouvidas as empresas e suas entidades representativas, definirá bienalmente as metas a serem cumpridas, cabendo as empresas em 180 dias atualizarem seus respectivos PMIn.

É de se ressaltar que o art.4º, §2º, da Resolução SEAS nº 13/2019, prevê que independentemente das metas a serem estabelecidas pela SEAS, os estabelecimentos comerciais podem desde já disponibilizar locais para instalação de Pontos de Entrega Voluntária (PEVs), sendo que, desde que não ocorra beneficiamento ou tratamento dos resíduos estão dispensados do licenciamento ambiental.

Pontos de Entrega Voluntária (PEVs)

A Lei Estadual nº 8.151, de 2018, determina que o Poder Público deverá facilitar a instalação de pontos de entrega voluntária (PEVs) e outros equipamentos de infraestrutura de apoio ao sistema de logística reversa de embalagens.

São definidos como pontos de entrega voluntária (PEVs) os locais disponibilizados pelo comércio varejista ou atacadista, destinados ao recebimento, controle e armazenamento temporário dos resíduos pós-consumo entregues pelos consumidores, até que esses materiais sejam transportados para o seu beneficiamento, reciclagem ou destinação final ambientalmente adequada.

O art.14, §2º, da Lei nº 8.151/2018 prevê que os PEVs estão dispensados de licenciamento ambiental desde que nesses locais não ocorra o beneficiamento ou tratamento dos resíduos, incluindo a separação de componentes, trituração, transformação ou lavagem dos resíduos.

Nesse sentido, por meio da Resolução nº 183/2019, o INEA dispôs sobre a inexigibilidade de licenciamento ambiental no âmbito do Estado de Rio de Janeiro os pontos de entrega voluntária (PEVs) de recebimento de embalagens e produtos sujeitos a logística reversa., em razão de ser entendido como atividade de impacto insignificante.

Para tanto, porém, os PEVs deverão atender, minimamente, os requisitos estabelecidos a seguir: estar identificados e conter instruções claras quanto ao seu uso; ser instalado em local

seco, coberto, sinalizado, sobre piso impermeável; ser dotado de sistema de contenção contra derramamentos e sistema de ventilação apropriado, quando aplicável; possuir dispositivo que impeça a retirada dos resíduos pelo local de entrada, quando aplicável.

A Resolução INEA nº 183/2019 dispõe que a coleta dos resíduos depositados nos PEVs deverá atender aos parâmetros e sistemas definidos pela entidade gestora da logística reversa, quando existente, e, na sua ausência, quando atingir 2/3 do volume útil de armazenamento, com tempo total de permanência de 120 dias, contanto que não haja risco à saúde pública ou ao meio ambiente.

Licenciamento Ambiental e Logística Reversa

A Secretaria de Estado do Ambiente e Sustentabilidade (SEAS) e o Instituto Estado do Ambiente (INEA), por meio da Resolução Conjunta SEAS/INEA nº 26/2020, criaram a Comissão Permanente referente à Logística Reversa.

Essa Comissão possui caráter consultivo e de assessoramento, diretamente subordinada à SEAS e à Presidência do INEA, tendo por finalidade estabelecer, monitorar e avaliar os instrumentos da Política Estadual de Logística Reversa, sua operacionalização e aplicação de sanções, visando atender à legislação vigente, em especial às Leis Estaduais nº 8.151, de 2018⁵⁸¹ e nº 4.191, de 2003⁵⁸² e à Lei Federal nº 12.305, de 2010⁵⁸³, com seus Decretos nº 7.404, de 2010⁵⁸⁴ e nº 9.177, de 2017⁵⁸⁵, em que tratam da estruturação e implementação de sistema de logística reversa.

A Comissão Permanente tem como objetivos:

⁵⁸¹ Institui o sistema de logística reversa de embalagens e resíduos de embalagens no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, de acordo com o previsto na Lei Federal nº 12.305, de 2010 e no Decreto nº 7404, de 2010.

⁵⁸² Dispõe sobre a Política Estadual de Resíduos Sólidos do Rio de Janeiro.

⁵⁸³ Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS).

⁵⁸⁴ Regulamenta a PNRS.

⁵⁸⁵ Estabelece normas para assegurar a isonomia na fiscalização e no cumprimento das obrigações imputadas aos fabricantes, aos importadores, aos distribuidores e aos comerciantes de produtos, seus resíduos e suas embalagens sujeitos à logística reversa.

- (i) definir estratégia e prazos para as etapas de implementação de logística reversa no estado do Rio de Janeiro;
- (ii) estabelecer instrumentos e forma de atendimento legal (documentos comprobatórios) para todas as cadeias de resíduos sujeitos à logística reversa;
- (iii) avaliar propostas para assinaturas de termos de compromisso para as diferentes tipologias de resíduos;
- (iv) definir a operacionalização interna e dar andamento à regulamentação estadual;
- (v) definir requisitos para ampliação do sistema de gestão da informação;
- (vi) definir estratégias de participação externa para fomentar as definições e ações;
- (vii) monitorar e avaliar os instrumentos estaduais de Logística Reversa, propondo melhorias contínuas;
- (viii) estabelecer metodologia de fiscalização e aplicação de sanções;
- (ix) definição de estratégias e diretrizes de fomento à implementação do sistema estadual de logística reversa, seja por reavaliação de tributos cobrados, seja por busca de parcerias entre órgãos de controle, entes federativos, federações e entidades representativas de setores e gestores dos sistemas.

A Comissão Permanente de Logística Reversa é composta por setores internos aos órgãos estaduais (SEAS e INEA) e entidades externas, tendo por finalidade estabelecer, monitorar e avaliar os instrumentos da Política Estadual de Logística Reversa, sua operacionalização e aplicação de sanções, visando atender à legislação vigente.

Representação de Inconstitucionalidade

A controvérsia da norma estadual resta confirmada com a proposição pela Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro – FIRJAN, de Representação de Inconstitucionalidade⁵⁸⁶ com o objetivo de suspender a eficácia e declarar a inconstitucionalidade parcial da Lei Estadual nº 8.151/2018 e total da norma que a regulamentou, Resolução SEAS nº 13/2019.

De acordo com essa medida judicial tais normas divergem do tratamento dado ao tema pela União nos seguintes aspectos:

- (i) ao imputar o custo da coleta seletiva às empresas;
- (ii) ao prever que o acréscimo das metas de logística reversa será feito bienalmente, sem, contudo, considerar a existência da viabilidade técnica e econômica;
- (iii) por considerar no cômputo da logística reversa apenas o percentual efetivamente encaminhado para a reciclagem, e não toda e qualquer forma de destinação ambientalmente correta;
- (iv) por exigir o cumprimento das metas tanto dos fabricantes de embalagens, como de embaladores, comerciantes, importadores de embalagens e produtos embalados, o que faz com que uma mesma embalagem seja computada mais de uma vez no sistema.

E mais, segundo a FIRJAN, *Trata-se de matéria que exige tratamento uniforme e, dessa forma, incluídas no campo das normas gerais, não podem deixar de configurar como a diretriz no tratamento do tema. No caso em questão, a viabilidade e a sustentabilidade do sistema de logística reversa somente pode ser verificada em conjunto; não sendo possível que a legislação local substitua o regime geral definido pela União.*

⁵⁸⁶ Representação de Inconstitucionalidade nº 0019055-34.2020.8.19.0000 (Secretaria do Tribunal Pleno e Órgão Especial) – Proposta pela FIRJAN para declarar a Inconstitucionalidade parcial da Lei Estadual nº 8.151/2018 (artigos 7º, 8º, 9º e 11) e total da regulamentação SEAS Nº 13/2019.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Lei Federal nº 12.305, de 2 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Diário Oficial da União, 3 ago. 2010.

BRASIL. Decreto Federal nº 7.404, de 23 de dezembro de 2010. Regulamenta a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, cria o Comitê Interministerial da Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Comitê Orientador para a Implantação dos Sistemas de Logística Reversa, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 23 dez. 2010.

BRASIL. Decreto Federal nº 10.240, de 12 de fevereiro de 2020. Regulamenta o inciso VI do caput do art. 33 e o art. 56 da Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, e complementa o Decreto nº 9.177, de 23 de outubro de 2017, quanto à implementação de sistema de logística reversa de produtos eletroeletrônicos e seus componentes de uso doméstico. Diário Oficial da União, 13 fev. 2020.

RIO DE JANEIRO. Lei Estadual nº 4.191, de 30 de setembro de 2003. Dispõe sobre a Política Estadual de Resíduos Sólidos e dá outras providências. Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, 02 out. 2003.

RIO DE JANEIRO. Lei Estadual nº 8.151, de 01º de novembro de 2018. Institui o sistema de logística reversa de embalagens e resíduos de embalagens no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, de acordo com o previsto na lei federal nº 12.305, de 2010 e no decreto nº 7404, de 2010. Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, 05 nov. 2018.

RIO DE JANEIRO. Resolução SEAS nº 13, de 13 de maio de 2019. Regulamenta o ato declaratório de embalagens e o plano de metas e investimentos estabelecidos no sistema de logística reversa de embalagens e resíduos de embalagens.

RIO DE JANEIRO. Resolução INEA nº 183, de 12 de julho 2019. Dispõe sobre a inexigibilidade de licenciamento ambiental de ponto de entrega voluntária (PEV) de logística reversa no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, 22 jul. 2019.

RIO DE JANEIRO. Resolução Conjunta SEAS/INEA nº 26, de 18 de agosto de 2020. Cria Comissão Permanente referente à Logística Reversa. Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, 24 ago. 2020.

SOLER, Fabricio Dorado. Direito dos resíduos: responsabilidade compartilhada e logística reversa. Compliance no Direito Ambiental. Vol. 2. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SOLER, Fabricio Dorado; SILVA FILHO, Carlos Roberto Vieira. Gestão de resíduos sólidos: o que diz a lei. 4. ed. São Paulo: Trevisan, 2019.

SOLER, F.D.; MOTA, D.F.; TEIXEIRA, A.S. Logística reversa e cooperativas de catadoras e catadores de materiais recicláveis. Saneamento ambiental e saúde do catador de material reciclável. Editora Limiar, 2018.

SOLER, Fabricio Dorado; SILVA FILHO, Carlos Roberto Vieira; CIPRIANO, Tasso Alexandre Richetti Pires. Código dos Resíduos. São Paulo: Instituto PNRS, 2016.

SOLER, Fabricio Dorado. Os acordos setoriais previstos na Lei Federal n. 12.305/2010 (Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS): Desafios jurídicos para a implementação da logística reversa no Brasil. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2014

SOLER, Fabricio Dorado; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; MACHADO FILHO, José



Valverde. Acordos setoriais, regulamentos e termos de compromisso. In: JARDIM, Arnaldo; VALVERDE, José; YOSHIDA, Consuelo. Política Nacional, gestão e gerenciamento de resíduos sólidos. São Paulo: Manole, 2012.

PROCESSO: TCE-RJ Nº 203.412-5/2019

ORIGEM: CÂMARA MUNICIPAL DE NITERÓI

ASSUNTO: CONSULTA

PARECER Nº: 20/2019-FRD

Felipe Deiab

Procurador do TCE-RJ. Mestre pela UERJ. Advogado.

Ementa: Percepção do subsídio por Vereador submetido a processo criminal e a prisão cautelar. Norma da Lei Orgânica do Município de Niterói pela qual, nessa situação, o Vereador é considerado como se de licença estivesse. Efeitos da decisão que, em processo penal, determina o afastamento cautelar do Vereador das suas funções parlamentares. Norma do art. 319, inciso VI, do Código de Processo Penal. Competência privativa da União Federal para legislar sobre direito processual penal e direito penal. Disposição expressa da Lei de Organizações Criminosas. Equiparação penal do Vereador a servidor público, nos termos do art. 327 do Código Penal. Caráter alimentar do subsídio de Vereador, nos termos da jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Antecipação de pena, que não é efeito automático da sentença penal condenatória, exigindo motivos declarados: art. 92, caput, inciso I do Código Penal c/c o parágrafo único do mesmo artigo. Inconstitucionalidade de normas que permitem a redução ou o desconto da remuneração de servidor público submetido a processo criminal e a prisão preventiva, por violação ao art. 5º, LVII, da Lei Maior. Jurisprudência pacífica do Colendo Supremo Tribunal Federal.

Sr. Procurador-Geral,

Versam os autos sobre consulta formulada pelo Presidente da Augusta Câmara de Vereadores de Niterói nos seguintes termos:

1 – A Lei Orgânica do Município de Niterói, ao tratar da licença de Vereador estabeleceu que o parlamentar privado temporariamente de sua liberdade em virtude de processo criminal seria considerado como se de licença estivesse.

2 – Diante desta regra formulo, em nome da Mesa Diretora, a seguinte pergunta: durante o período em que perdurar o afastamento do detentor do mandato por ordem judicial terá a Câmara que pagar-lhe subsídios como se em exercício estivesse?

Parecer da Procuradoria-Geral daquela Augusta Casa de Leis, concluindo pela resposta negativa à indagação, sem ressalvas e nos seguintes termos: “*considera a Procuradoria-Geral da Câmara Municipal de Niterói, s.m.j., impossível (...) a manutenção de subsídios em favor de parlamentar preso preventivamente e ora licenciado*” (fls. 2/11).

O Corpo Instrutivo seguiu o mesmo entendimento, concluindo, em síntese, que “*o Vereador preso cautelarmente, por estar impossibilitado de exercer o mandato, não pode perceber subsídios.*”

Esse é o relatório. Passa-se a opinar.

ADMISSIBILIDADE

Estão presentes os cinco requisitos de admissibilidade da consulta, nos termos do art. 3º, *caput*, inciso VII, da Lei Complementar fluminense nº 63/90 c/c o art. 5º da Deliberação nº 276/2017: (i) a consulta foi formulada e subscrita por Chefe de Poder; (ii) refere-

se ao regime jurídico dos Vereadores e licença destes, matéria de competência desta Egrégia Corte de Contas; (iii) versa sobre matéria em tese; (iv) contém indicação precisa da dúvida ou da controvérsia suscitada, conforme se percebe pela indagação formulada pelo ilustre Chefe do Poder Legislativo local; e (v) há pertinência temática, isto é, relação entre a matéria sobre a qual se formulou a consulta e o Chefe do Poder Legislativo local, porquanto este tem evidente interesse em elucidar questão relativa à licença dos Vereadores daquela Augusta Casa Legislativa, como sucede nos presentes autos.

Opina-se, pois, pela **admissibilidade** da consulta.

MÉRITO

Com todo o reconhecimento ao valioso estudo empreendido pela d. Procuradoria-Geral da Câmara de Vereadores de Niterói e pelo d. Corpo Instrutivo, não há como aderir, infelizmente, ao entendimento consignado por ambos.

Em primeiro lugar, questão **não** abordada pela d. Procuradoria-Geral de Niterói e pelas instâncias instrutivas salta aos olhos do Procurador-signatário.

Como é de trivial sabença, por força do art. 38, inciso III, da Constituição da República, o servidor investido no mandato de Vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo, e, não havendo compatibilidade, terá direito a optar pela sua remuneração no cargo. Assim, em primeiro lugar, na hipótese de o Vereador que seja servidor público, havendo compatibilidade de horários, ser-lhe-á devido o valor, pelo menos, da remuneração ou subsídio correspondente ao cargo público.

Em segundo lugar, é irrelevante qualquer disposição da Lei Orgânica, do Regimento Interno ou mesmo da Constituição do Estado do Rio de Janeiro quanto à matéria – licença de parlamentar do mandato que exerce enquanto estiver submetido à prisão em virtude de processo criminal em curso. Isso porque a prisão cautelar penal - preventiva ou temporária – é matéria de lei em sentido formal do Congresso Nacional, por força do art. 22, *caput*, inciso I, da Constituição da República. Como não poderia deixar de ser, esse é o entendimento pacífico do Colendo Supremo Tribunal Federal, já consignado em inúmeros julgados. Confira-se, à guisa de ilustração, o seguinte:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SERGIPE, ARTIGO 13, INCISO XVII, QUE ASSEGURA AOS VEREADORES A PRERROGATIVA DE NÃO SEREM PRESOS, SALVO EM FLAGRANTE DE CRIME INAFIANÇÁVEL, NEM PROCESSADOS CRIMINALMENTE SEM A DEVIDA AUTORIZAÇÃO DA RESPECTIVA CÂMARA LEGISLATIVA, COM SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO ENQUANTO DURAR O MANDATO. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. 1. O Estado-membro não tem competência para estabelecer regras de imunidade formal e material aplicáveis a Vereadores. A Constituição Federal reserva à União legislar sobre Direito Penal e Processual Penal. 2. As garantias que integram o universo dos membros do Congresso Nacional (CF, artigo 53, §§ 1º, 2º, 5º e 7º), não se comunicam aos componentes do Poder Legislativo dos Municípios. Precedentes. Ação direta de inconstitucionalidade procedente para declarar inconstitucional a expressão contida na segunda parte do inciso XVII do artigo 13 da Constituição do Estado de Sergipe.

(ADI 371, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 05/09/2002, DJ 23-04-2004 PP-00006 EMENT VOL-02148-01 PP-00167 RTJ VOL-00191-03 PP-00757)

Assim, como facilmente se percebe, pouco importam as regras municipais ou estaduais (“não-federais”) que determinem licença com vencimentos ou sem vencimentos para Vereador preso temporária ou preventivamente. É essencial destacar, nessa ordem de ideias, que por força da regra expressa do **§5º do art. 2º da Lei federal nº 12.850/2013 (Lei de Organização Criminosa)**, o Vereador afastado cautelarmente em decorrência de decisão jurisdicional **deverá** perceber o subsídio correspondente.

É bem de ver-se, inclusive, que a medida cautela penal consistente no afastamento do exercício de função pública, como, por exemplo, das atividades parlamentares, está prevista expressamente no **art. 319, inciso VI, do Código de Processo Penal**, que **não** permite a suspensão do pagamento do subsídio ou da remuneração devida ao servidor público ou agente político submetido a processo penal ou prisão preventiva.

Aliás, também é deveras importante esclarecer que por força do **art. 327 do Código Penal**, Vereadores – parlamentares - são equiparados a servidores públicos, sendo inútil e injurídica, para efeitos penais, a distinção entre agente político e servidor público. O raciocínio de que Vereador é agente político, não podendo ser considerado servidor público, levaria à absurdamente injurídica conclusão de que nenhum Vereador poderia ser condenado pelo crime de peculato, **art. 312 do Código Penal**.

Em suma: é equivocada a afirmação de que é “impossível” a Vereador preso por decisão jurisdicional cautelar perceber subsídios: pelo contrário, se um Vereador for condenado nos termos da Lei de Organização Criminosa, tal Vereador (ou qualquer outro servidor público) de acordo com a precitada norma da legislação federal em vigor, não só pode como **deve** receber a respectiva remuneração enquanto perdurar o afastamento do cargo ou função.

Em terceiro lugar, o subsídio de Vereador tem **natureza alimentar**, servindo ao sustento próprio e da família, sendo, inclusive, impenhorável, conforme jurisprudência pacífica do Egrégio Superior Tribunal de Justiça (REsp 893.364/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJe 06/11/2008).

Em quarto lugar, a perda do mandato de Vereador, que ensejaria a cessação do pagamento do respectivo subsídio, não é efeito automático da sentença penal condenatória transitada em julgada, devendo ser motivadamente declarada pelo juiz, nos termos da regra do inciso I do *caput* do art. 92 do Código Penal c/c a regra do parágrafo único do mesmo artigo:

“Art. 92. São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

Parágrafo único. Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

Desse modo, o não-pagamento, a redução ou o desconto dos subsídios de Vereador submetido a processo penal ou a prisão preventiva residiria em verdadeira a **antecipação de pena**, que é vedada pela ordem constitucional, em função do princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade, art. 5º, inciso LVII da Lei Maior.

Firme nesse entendimento, o **Colendo Supremo Tribunal Federal** vem reconhecendo, há bastante tempo, a **inconstitucionalidade de normas que permitem a redução ou o desconto da remuneração de servidor público submetido a processo criminal e a prisão preventiva** (confirmam-se, à guisa de ilustração, RE 482006, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2007, DJe-162 DIVULG 13-12-2007 PUBLIC 14-12-2007 DJ 14-12-2007 PP-00050 EMENT VOL-02303-03 PP-00473 RTJ VOL-00204-01 PP-00402; ARE 776213 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 19/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-171 DIVULG 03-09-2014 PUBLIC 04-09-2014; AI 723284 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 27/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-210 DIVULG 22-10-2013 PUBLIC 23-10-2013).

Em síntese, pode-se responder que o Vereador submetido a processo criminal ou a prisão preventiva deve perceber os respectivos subsídios até a perda do mandato, sentença penal condenatória ou de deliberação da própria Casa Legislativa.

CONCLUSÕES

Pelo exposto, pode-se concluir que:

a) diante da competência privativa da União Federal para legislar sobre direito processual penal, pouco importam as regras municipais ou estaduais (“não-federais”) que determinem licença com vencimentos ou sem vencimentos para Vereador preso temporária ou preventivamente;

b) é essencial destacar, nessa ordem de ideias, que por força da **regra expressa do §5º do art. 2º da Lei federal nº 12.850/2013 (Lei de Organização Criminosa)**, o Vereador afastado cautelarmente em decorrência de decisão jurisdicional não só poderá como **deverá** perceber o subsídio correspondente;

c) a regra do **art. 319, inciso VI, do Código de Processo Penal**, que **não** permite a suspensão do pagamento do subsídio ou da remuneração devida ao servidor público ou agente político submetido a processo penal ou prisão preventiva;

d) por força do **art. 327 do Código Penal**, Vereadores – parlamentares - são equiparados a servidores públicos, sendo inútil e injurídica, para efeitos penais, a distinção entre agente político e servidor público. O raciocínio de que Vereador é agente político, não podendo ser considerado servidor público, levaria à absurdamente injurídica conclusão de que nenhum Vereador poderia ser condenado pelo crime de peculato, **art. 312 do Código Penal**;

e) o subsídio de Vereador tem **natureza alimentar**, servindo ao sustento próprio e da família, sendo, inclusive, impenhorável, conforme jurisprudência pacífica do Egrégio Superior Tribunal de Justiça;

f) a perda do mandato de Vereador, que ensejaria a cessação do pagamento do respectivo subsídio, não é efeito automático da sentença penal condenatória transitada em julgado, devendo ser motivadamente declarada pelo juiz, nos termos da regra do inciso I do *caput* do art. 92 do Código Penal c/c a regra do parágrafo único do mesmo artigo, de modo que o não-pagamento, desconto ou redução do subsídio de Vereador submetido a processo criminal ou a prisão preventiva residiria em antecipação de pena;

g) o **Colendo Supremo Tribunal Federal** vem reconhecendo, há bastante tempo, a **inconstitucionalidade de normas que permitem a redução ou o desconto da remuneração de servidor público submetido a processo criminal e a prisão preventiva**;

h) o Vereador submetido a processo criminal ou a prisão preventiva deve perceber os respectivos subsídios até a perda do mandato, decorra esta de sentença penal condenatória ou de deliberação da própria Casa Legislativa.

É o parecer, s.m.j.

SOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE CONFLITOS E A ARBITRAGEM NO DIREITO TRIBUTÁRIO: BREVES REFLEXÕES

505

Felipe Kertesz Renault Pinto

*Mestre em Direito Constitucional pela UFF e Doutor em Finanças Públicas,
Tributação e Desenvolvimento pela UERJ. Professor do IBMEC/RJ e sócio do Renault,
Zattar, Da Gama e Rodrigues Pires Advogados.*

“A ética é o grande desafio da ordem jurídica, da ordem pública”⁵⁸⁷

Professor Jessé Torres

Resumo: Este trabalho tem por objetivo apresentar algumas reflexões acerca da utilização da arbitragem como mecanismo de solução de conflitos tributários. Logo, além das reflexões jurídico-econômicas, o presente artigo tem, como principal objetivo, homenagear o Professor Jessé Torres, sua produção acadêmica e jurisprudência.

Palavras-chave: Direito Tributário, métodos alternativos de solução de conflitos, arbitragem.

Abstract: This paper aims to present some thoughts on the use of arbitration as a mechanism for resolving tax conflicts. Therefore, in addition to the legal-promotion reflections, this article has the main objective is to pay homage to Professor Jessé Torres, his academic production and jurisprudence.

⁵⁸⁷ Trecho da palestra ministrada no evento “Métodos Alternativos de Solução de Litígios em Improbidade Administrativa”, promovido pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), no auditório Desembargador Paulo Roberto Leite Ventura, em 08/06/2018.

Keywords: Tax Law, alternative methods of conflict resolution, arbitration.

Sumário: 1. Introdução; 2. A realidade do contencioso tributário no Brasil; 3. Os métodos alternativos de soluções de conflitos e a arbitragem na seara tributária. 4. Conclusão

1. Introdução

O sistema tributário de uma soberania, de um país, consiste, sobretudo, em se conciliar a necessidade arrecadatória necessária para financiamento do Estado Fiscal, com o melhor ambiente de criação, manutenção e desenvolvimento de negócios. A sociedade pós-moderna, cuja digitalização da economia se desenrola com escala nunca vista em nenhum fenômeno econômico, com ampla concorrência em âmbito interno e internacional, torna a eficiência e otimização do sistema como pressupostos de sobrevivência do público e do privado.

O sistema brasileiro, como será melhor demonstrado nessa pesquisa, não sofre duras críticas apenas pela complexidade e pluralidade dos seus inúmeros tributos, obrigações acessórias, tempo e custo de compliance, mas, também, e esse é o pano de fundo sociológico e cultural deste ensaio, mas da litigiosidade infundável e excesso interpretativo por parte dos Fiscos e Contribuintes, quedando de morte a confiança legítima e a segurança jurídica, vetores da inafastável previsibilidade das relações em um Estado Democrático de Direito.

Como tal fenômeno – litigiosidade excessiva – é marcante em todas as esferas da sociedade civil, temos hoje uma verdadeira sobrecarga de processos judiciais, tornando o judiciário um Poder distante do seu propósito e da sua função em essência, máxime pela lição “*A justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta.*”⁵⁸⁸

⁵⁸⁸ Rui Barbosa BARBOSA, R., Oração aos Moços, 1921.

No primeiro tópico desta pesquisa nos valeremos das pesquisas realizadas pelo Instituto de Pesquisas Aplicadas – IPEA e do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, que demonstraram a catastrófica conta de custo e tempo que dura em média uma execução fiscal no Brasil, somada a taxa de congestionamento de 92% (noventa e dois por cento) desta medida judicial.

Ato sequencial, e de forma objetiva, partiremos para a análise dos principais pilares da arbitragem tributária como método alternativo de solução de conflitos, passaremos pelo exemplo português e seguiremos para a ponderação acerca de adotarmos tal solução processual também na seara tributária.

2. A realidade do contencioso tributário no Brasil

Estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em 2011, concluiu que o custo unitário médio total de uma ação de execução fiscal promovida pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional junto à Justiça Federal é de R\$ 5.606,67 (cinco mil, seiscentos e seis reais e sessenta e sete centavos). O tempo médio total de tramitação é de 9 anos, 9 meses e 16 dias, e a probabilidade de obter-se a recuperação integral do crédito é de apenas 25,8%.

Em 2018, o Conselho Nacional de Justiça elaborou o relatório *Justiça em Números*, referente aos dados do judiciário em 2017, manteve-se o cenário caótico:

Tempo de duração dos processos de execução fiscal

Tempo de tramitação dos processos de execução fiscal pendentes

7 anos e 4 meses

Tempo do processo baixado

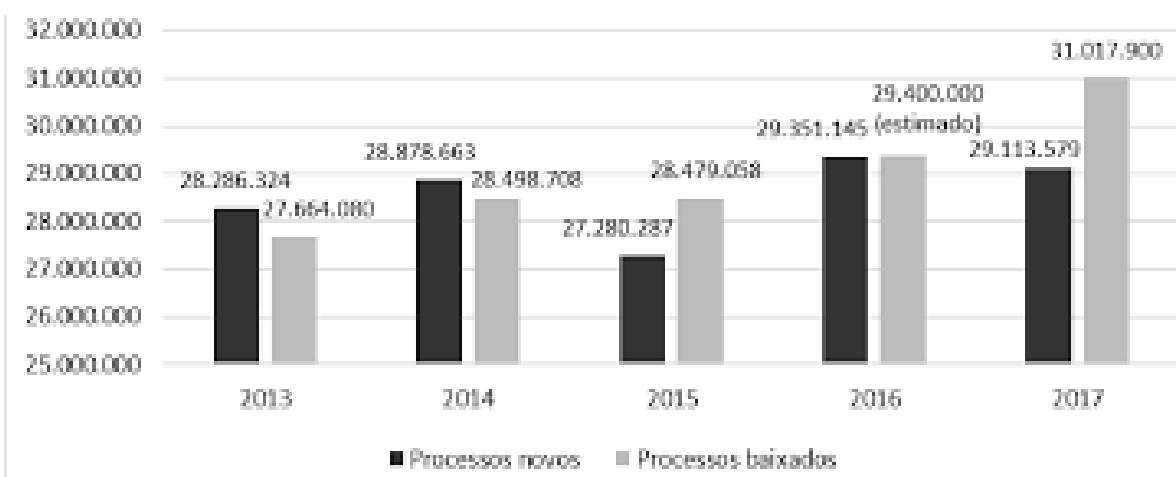
6 anos e 8 meses

Tempo da sentença

5 anos

Fonte: Justiça em Números 2017

Matheus Durães / Arte CNJ



Em 2020, a pesquisa do CNJ renovou os números, indicando que os executivos fiscais “representam 70% das execuções pendentes no Poder Judiciário, com taxa de congestionamento de 87%. Ou seja, de cada 100 processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2019, apenas 13 foram concluídos. O maior impacto das execuções fiscais está na Justiça Estadual, que concentra 85% dos processos. A Justiça Federal responde por 15%, a Justiça do Trabalho por 0,27% e a Justiça Eleitoral por 0,01%.”⁵⁸⁹

⁵⁸⁹ Acessado em 27.02 em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>.

O mesmo estudo demonstrou que mesmo que a justiça não recebesse mais nenhuma execução fiscal nova, a tendência é que seriam necessários mais 6 (seis) anos e 7 (sete) meses para liquidar o referido acervo. Interessante destacar que o estudo em tela não levou em consideração as medidas judiciais movidas pelos contribuintes, nem os processos administrativos fiscais, que igualmente avolumam os tribunais judiciais e administrativos.

3. Os métodos alternativos de soluções de conflitos e a arbitragem na seara tributária.

Conforme indicado nas pesquisas acima, a ineficiência dos meios processuais de resoluções de conflitos tributários é inegável. E como alternativa a tal realidade, e com grande impulsionamento no ordenamento jurídico brasileiro pelo advento do Código de Processo Civil de 2015, instrumentos como a mediação, transação e arbitragem surgem como – potenciais - excelentes soluções para as contendas de natureza tributária.

A transação ganhou grande propulsão na esfera federal, pela Medida Provisória nº 899/2019, chamada de “MP do Contribuinte Legal”, bem como pela Lei nº 13.988/2020. A partir da sua previsão legal, referido instrumento vem sendo utilizado amplamente pelas Procuradorias federais, garantindo, em uma mão, formatos de pagamento viáveis, especialmente em meio a pandemia de COVID-19, e, em outra mão, a análise da situação concreta de cada contribuinte, inclusive para fins de concessão de eventuais reduções, traduzindo-se em sensível evolução em comparação com os parcelamentos extraordinários que em nada diferenciavam empresas saudáveis, de empresas em real dificuldade. Em que pese termos críticas ao modelo atual, com relação a outras questões, concordamos que foi um grande pontapé inicial.

Agora imergindo na nossa temática de fundo, e dentre as alternativas acima delineadas, temos a arbitragem, cuja inserção formal se dera por meio da Lei nº 9.307/96. A primeira pergunta cotidianamente presente quando da interseção entre arbitragem e direito tributário é: seria possível se acomodar o crédito tributário, cuja natureza indica a sua imperiosa indisponibilidade, no artigo 1º, do referido diploma legal? Para melhor visualização, veja-se a

redação do aludido dispositivo: *“Art 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”*

Na largada, o que se nota é a inegável necessidade de atualização legislativa para introdução segura da arbitragem em matéria tributária. Note-se que iniciamos o presente texto tecendo críticas à plena insegurança notadamente presente nas relações tributárias. Iniciar um procedimento sem expressa previsão legal, seria navegar na contramão da premissa primeira – segurança jurídica - das relações entre Fisco e Contribuintes.

Quanto à possibilidade de ente público submeter à arbitragem seus litígios, não há qualquer margem de dúvidas pela análise do parágrafo 1º, do já citado artigo 1º, da Lei nº 9.307/96, na redação que lhe emprestara a Lei nº 13.129/2015. Veja-se: *“§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”*

Seguindo na análise do procedimento arbitral, merecem destaque princípios norteadores e balizadores, os quais, ao nosso ver, andam de mão dadas com os princípios encíclicos do processo tributário, seja ele administrativo, seja ele judicial, visto que convergem no sentido do devido processo legal, com todas as garantias processuais, ao direito de defesa e a produção de provas. Vejamos: *“Art 21, § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.”*

A garantia da imparcialidade e da confidencialidade do procedimento alinha outros alicerces-base dos procedimentos contenciosos tributários, deixando aos princípios aplicáveis única e exclusivamente ao procedimento arbitral os desafios de acomodação. São eles:

- (i) Princípio da Irrecorribilidade da sentença Arbitral
- (ii) Princípio da Kompetenz-Kompetenze da Autonomia da cláusula compromissória

Uma crítica contundente seria a de se indagar o proveito obtido pela administração pública na utilização da arbitragem, se a ela já é garantido o direito de constituir unilateralmente o crédito tributário, seu título executivo – a certidão de dívida ativa – e a utilização do já abreviado rito da Lei nº 6.830/80, que ignora a situação patrimonial efetiva do devedor,

priorizando, sobretudo, a satisfação do crédito tributário. Entendemos que, mesmo em sendo tais fatores, em tese, suficientes para as Fazendas Públicas, caso a sentença arbitral vincule as partes, e com isso iniba a rediscussão do mérito na via judicial, servindo esta apenas como meio a se obter a satisfação do crédito tributário, por meio da constrição de bens, parece-nos um imenso avanço, máxime pelo tempo médio de duração das discussões judiciais.

Com vistas a atendimento desse anseio, foi apresentado o Projeto de Lei nº 4.257/2019, pelo Senador Antônio Anastasia, tendo como último ato a realização de audiência pública na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal – CCJ, com a participação de acadêmicos. Ao nosso ver, da leitura da “Explicação da ementa” já são constatados equívocos. Vejamos:

Ementa:

Modifica a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, para instituir a execução fiscal administrativa e a arbitragem tributária, nas hipóteses que especifica.

Explicação

da

Ementa:

Permite ao executado optar pela adoção de juízo arbitral, caso a execução esteja garantida por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, bem como permite à Fazenda Pública optar pela execução extrajudicial da dívida ativa de tributos e taxas que especifica, mediante notificação administrativa do devedor.

Da leitura da proposta, verifica-se a manutenção de um dos maiores problemas – que ferem de morte – os direitos de defesa dos contribuintes, contribuindo para lançamentos arbitrários e ilegais pelos Fiscos, qual seja, a necessidade de se apresentar garantia integral ao débito para discuti-lo, mesmo na arbitragem. Ora, tal previsão lançada na Lei nº 6.830/80, gestada no período ditatorial, não interessa nem ao Fisco, nem aos contribuintes, e muito menos à sociedade. Isto porque, não há qualquer ponto positivo em se condicionar o direito de defesa, bastando para cerceá-lo, tão somente, que um Fisco autue um contribuinte em valor superior ao seu patrimônio que este jamais poderá se defender.

Não é de hoje que o Supremo Tribunal Federal coíbe condicionantes ao direito de defesa. Em aguardado e preciso julgamento, sob a relatoria do então Ministro Joaquim Barbosa, entendeu o STF que a exigência de depósito ou arrolamento de bens violava inúmeros princípios constitucionais, conforme destacamos abaixo:

A exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos como condição de admissibilidade de recurso administrativo constitui obstáculo sério (e intransponível, para consideráveis parcelas da população) ao exercício do direito de petição (CF/1988, art. 5º, XXXIV), além de caracterizar ofensa ao princípio do contraditório (CF/1988, art. 5º, LV). A exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos pode converter-se, na prática, em determinadas situações, em supressão do direito de recorrer, constituindo-se, assim, em nítida violação ao princípio da proporcionalidade. [**ADI 1.976**, rel. min. **Joaquim Barbosa**, P, j. 28-3-2007, *DJE* 18 de 18-5-2007.]

Nessa toada, em razão do entendimento acima esposado, o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento na Súmula Vinculante nº 21: *“É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.”*

Ademais, mesmo que a exigência de garantia prévia represente exigência das autoridades fazendárias, ou dos próprios entes federativos, importante lembrar que em um mundo cada vez mais unificado pela tecnologia, em uma economia digitalizada e em profusão, não há como se sustentar expedientes processuais de todo autoritários e que priorizam a satisfação do crédito público, em detrimento do devido processo legal e do exercício de defesa.

Entendemos, pois, que a condicionante ao direito de questionar exigência pública, mesmo em um procedimento cuja essência é de necessária agilidade na solução das controvérsias, compromete, *ab initio*, o debate, posto que se limitará a um restrito grupo de

contribuintes, excluindo, uma vez mais, o contribuinte médio dos espaços de verdadeiro controle de legalidade das exações.

Para não nos limitarmos apenas às críticas, caminhou bem o projeto ao se inspirar no modelo português de arbitragem tributária, no que tange a necessária nulidade da sentença arbitral caso contrarie Súmula vinculante, decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade ou acórdão proferido em IRDR ou Repercussão Geral.

Outros pontos do modelo português, instituído em 2011, por meio do Decreto-Lei nº 63/2011, merecem destaque, especialmente pelo incremento sensível notado na utilização do procedimento arbitral em além-mar. Atualmente, em torno de 20% dos litígios tributários são objeto de arbitragem e a arrecadação deles obtida já supera a arrecadação decorrente de decisões pelos procedimentos convencionais (administrativo e judicial) de cobrança. O tempo de tramitação até a decisão final do procedimento arbitral também gera espanto: 4 (quatro) meses⁵⁹⁰.

A estratégia adotada no berço de Camões nos parece bem apropriada ao Brasil, qual seja, concentrar, inicialmente, os pequenos casos. Por lá, em média, as discussões envolvem até € 60.000,00 (sessenta mil euros). Tal percepção mostra-se coerente, vide o número significativo de execuções fiscais envolvendo pessoas físicas e decorrentes de direitos reais, como o IPTU e o IPVA.

Outro Projeto em trâmite é o PL nº 4.468/2020, da Senadora Daniella Ribeiro. O projeto de arbitragem, cujo escopo é restrito aos créditos tributários ainda não constituídos, tem por essência estabelecer procedimento concorrente ao da consulta administrativa, prevista na Lei nº 9.430/96, e cuja solução, no modelo atual e vigente, é produzida unilateralmente pela Receita Federal do Brasil. A ideia do projeto, portanto, é inaugurar procedimento imparcial de solução de possíveis controvérsias, ou seja, servindo de importante expediente preventivo.

Conclusão

⁵⁹⁰ Palestra ministrada pela Dra. Tânia Carvalhais Pereira, Coordenadora do Departamento Jurídico do Centro de Arbitragem Administrativa e Tributária de Portugal, em 25.09.2020, em evento promovido pela UNAFISCO. Acessado em 28.02.2021 em <https://unafisconacional.org.br/arbitragem-tributaria-nao-e-solucao-milagrosa-que-resolvera-problema-estrutural-das-pendencias-diz-coordenadora-de-arbitragem-tributaria-de-portugal/>

Neste breve ensaio, a prioridade número um é homenagear o eminente Professor e Magistrado, Jessé Torres, que a todos inspirou e inspira, tanto pelas lições acadêmicas, que não são muitas, como pela jurisprudência que abrilhantou o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Quanto ao tema de fundo, entendemos que se faz premente a adoção de instrumentos técnicos, céleres e imparciais na seara tributária, equilibrados pelo direito de defesa, devido processo legal e acessibilidade. Só assim teremos alcançado o binômio necessidade-eficiência na solução das contendas tributárias.

Para isso, fundamental que o legislativo atue, traduzindo em normal legal as necessidades processuais para tanto. De forma alguma, necessidades parciais, sob pena de macular uma solução que se faz urgente.

A COMPREENSÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO EM FUNÇÃO SE SEU OBJETO: RETOMANDO AS ORIGENS HISTÓRICAS DA IDEIA ⁵⁹¹

515

Fernando Menezes de Almeida

Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

a) Surgimento da teoria do contrato administrativo e sua adoção no Brasil.

Quando propôs um modelo teórico para explicar o Direito francês, fruto da atividade do Conselho de Estado, Gaston JÈZE (1945:251) vislumbrou, em suma, o contrato administrativo como “um procedimento de técnica jurídica posto à disposição dos agentes públicos para assegurar o funcionamento regular e contínuo dos serviços públicos”.

Tomou por ponto de partida a ideia de ser inerente ao serviço público a variação, no tempo, de suas necessidades, o que leva a que o objeto de um contrato celebrado por certo prazo deva poder sofrer alterações, ou mesmo que o próprio contrato deva poder ser extinto (JÈZE, 1931:70/73).

Por outro lado, afirmou como “princípio fundamental” da execução dos contratos da

⁵⁹¹ O presente texto foi a base de minha apresentação oral no Simpósio “Administração Pública Consensual”, organizado pela Comissão de Direito Administrativo do Instituto dos Advogados de São Paulo, sob a coordenação de seu ilustre presidente, Professor Sergio Ferraz, a partir de elementos constantes de meu livro *Contrato Administrativo* (São Paulo: Quartier Latin, 2012). É motivo de grande satisfação a oportunidade de publicá-lo em uma homenagem ao Prof. Jessé Torres Pereira Júnior – eminente administrativista e profundo conhecedor do tema dos contratos administrativos, como evidenciam mais de uma centena de artigos especializados e, notadamente, seus livros *Comentários ao Sistema Legal Brasileiro de licitações e contratos administrativos* (São Paulo: NDJ, 2016), precedido por seus *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública* (8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009); e ainda *Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas* (3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017); *Convênios e outros instrumentos de 'Administração Consensual' na gestão pública do século XXI* (2ª ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2013); *Limitações Constitucionais da Atividade Contratual da Administração Pública* (Sapucaia do Sul: NotaDez, 2011), estes três últimos em coautoria com Marinês Restelatto Dotti.

Administração, bem como de todo o “Direito moderno”, o “respeito à palavra dada” (JÈZE, 1930a:680); e definiu *contrato* como acordo bilateral de vontades com o fim criar uma situação jurídica individual (JÈZE, 1930a:82/84).

Ou seja, em sua formulação original, da autoria de JÈZE, a teoria do contrato administrativo toma seu elemento de estudo como realmente possuidor do sentido estrutural e funcional de contrato, enquanto categoria do Direito.

O regime “especial” de Direito público que a ele se associa diz com a natureza do *objeto* contratual; e não com o *contrato* em si⁵⁹², nem com a mera presença da Administração como parte.

Todavia, o sentido comum teórico dessa ideia, consolidou-se na França, numa redução simplificadora, como havendo um regime especial *dos contratos* administrativos, decorrente da simples presença da Administração como parte da relação jurídica – e independentemente de seu objeto –, a incluir as possibilidades, para a Administração, de alteração unilateral do contrato, de rescisão unilateral do contrato por razões de interesse público e de ação unilateral autoexecutória também em outras medidas inerentes à execução contratual: basicamente um poder de direção e controle e um poder de sanção – tudo isto tendo como contraponto a imutabilidade do equilíbrio financeiro do contrato.

Com esta última configuração é que a teoria do contrato administrativo entrou e consolidou-se no Brasil. Mais ainda: na ausência de mecanismos de criação jurisprudencial do Direito administrativo e na ausência de legislação a respeito em um primeiro momento, entrou e consolidou-se como dogma doutrinário, aceito progressivamente pela jurisprudência (judicial) e posteriormente incorporado pela legislação (notadamente a atual Lei n. 8.666/93), com um sentido de *regime de referência* (de aplicação direta ou subsidiária) para todo o fenômeno convencional da Administração.

⁵⁹² O que JÈZE reafirma, até com mais clareza, em obra posterior (1945).

Ou seja, no caso brasileiro, a teoria do contrato administrativo, em um primeiro momento, sequer pode-se dizer *teoria científica*, no sentido de se propor a conhecer e descrever a realidade do Direito positivo, mas sim uma teoria empregada como *ideologia*, visando a conformar a produção do Direito. Uma vez produzido o Direito nos moldes propugnados pela teoria é que esta, de fato, passou a descrevê-lo.

b) Reposicionamento da teoria em função da natureza do objeto contratual.

Uma acurada verificação da realidade há de levar à constatação de que as prerrogativas da Administração, inerentes às relações de Direito público, estão presentes no Direito objetivo, aplicando-se a toda ação administrativa, independentemente de estarem presentes no regime específico dos contratos administrativos – seja um regime específico dos contratos estabelecido, por sua vez, também de modo objetivo (por via geral) pelo Direito, seja um regime estabelecido de modo subjetivo pelas partes.

Estas prerrogativas inerentes às relações de Direito público sintetizam-se na ideia de *autoexecutoriedade* da ação administrativa.

No entanto, importa perceber – o que nem sempre fica claro em termos da visão da teoria do contrato administrativo – que o regime de Direito público (autoexecutório) não acarreta como consequência necessária a incidência das *prerrogativas de ação unilateral* tradicionalmente descritas por aquela teoria, tal como consolidada, p. ex., no Brasil.

É certo que o *autoexecutar* já tem implícito um mínimo de *unilateralidade*. Mas, não estando em questão este mínimo, pode haver autoexecutoriedade desacompanhada de poderes de imposição unilateral no âmbito de uma ação contratual, tal como se passa quando a Administração autoexecuta algo que seja objeto de uma decisão anteriormente tomada por acordo das partes.

E, noutro sentido, pode haver prerrogativas que levem a medidas unilaterais

desacompanhadas, porém, de autoexecutoriedade, como se passa com certos contratos entre partes privadas⁵⁹³.

Essas prerrogativas de ação unilateral, além de autoexecutórias, dirão respeito, antes de mais nada e necessariamente, ao *objeto* da ação administrativa, à função pública, ou, como dito no passado, “serviço público”, segundo o sentido amplo empregado na construção originária da Escola do Serviço Público e, particularmente, de Gaston JÈZE, no tocante à teoria do contrato administrativo.

Eventual e acidentalmente estas prerrogativas também dirão respeito ao regime do contrato administrativo, enquanto um *instrumento* possível para o desempenho da função pública – isto por uma opção de política legislativa, quer se trate de um regime já antecipado pela lei, quer se trate de um regime posto pelas partes a partir de abertura da lei neste sentido.

Das proposições acima, decorre que um *contrato*, celebrado pela Administração no desempenho de sua função pública, ainda que não contenha certas prerrogativas de *ação unilateral* no seu regime específico – ou seja, no regime que diz respeito à *dinâmica da execução* das cláusulas contratuais – pode ainda assim ser explicado teoricamente como *contrato administrativo*, com o sentido de que: a) é *genericamente contrato* porque comunga da mesma essência do contrato enquanto categoria jurídica geral; b) é *especificamente administrativo* porque sofre potencialmente a incidência do regime de Direito público autoexecutório inerente a toda ação Administrativa, acompanhado, em distintos graus, de prerrogativas de ação unilateral (e não porque tal regime necessariamente esteja incorporado ao modo de ser da relação contratual).

A diferença específica, frise-se, está no regime autoexecutório que *potencialmente* segue a Administração, pelo simples fato de ser o Estado a agir. Sim, *potencialmente*, porque

⁵⁹³ Aliás, a ausência de autoexecutoriedade nos contratos entre partes privadas torna impróprio referir-se à *publicização* dos contratos privados quando se cogita do fenômeno pelo qual se tem constatado incidirem quanto a eles os princípios ditos sociais – função social dos contratos, boa-fé objetiva e equilíbrio contratual – e a possibilidade de revisão judicial dos contratos com base em tais princípios.

há se de admitir que, voluntária e justificadamente a Administração possa deixar de exercê-lo, ou mesmo comprometer-se juridicamente a deixar de exercê-lo, por exemplo, levando eventual questão à apreciação judicial, do mesmo modo que já se aceita hoje que a Administração possa consentir com levar eventual questão ao juízo arbitral.

Portanto, o problema da teoria do contrato administrativo, pelo ângulo da análise estrutural, não está em descrever um fenômeno inexistente – pouco importando o nome que se lhe dê: “contrato administrativo” ou outro – mas em pretender levar para dentro da essência contratual do fenômeno elementos que lhe são estranhos, especialmente não distinguindo o *contrato* de seu *objeto*, com os respectivos regimes jurídicos.

No entanto, muitas vezes pode-se encontrar no Direito legislado um tratamento – seja pela imprecisão no uso das palavras, seja por real intenção, o que, de todo modo, resulta praticamente no mesmo – que indique as prerrogativas como inerentes ao *contrato*. Verifiquem-se, como exemplo, os termos do art. 58 da Lei n. 8.666/93.

Está por trás desta opção de política legislativa a ideia de que as prerrogativas de Direito público são decorrência tão-somente da presença da Administração como parte na relação convencional, independentemente de seu objeto.

Com efeito, no Brasil, o regime jurídico vigente acaba por tender a universalizar um critério orgânico de aplicação do regime de Direito público aos contratos da Administração, ou seja, uma aplicação pelo simples fato da presença da Administração como parte da relação.

Destes dois modos de se entender o regime de prerrogativas da Administração em relação aos contratos, aquele que o justifica em razão do *objeto* contratual (relacionado à função pública) dá um sentido coerente à teoria. Daí decorrem, por exemplo e conforme o caso, os poderes de alteração quantitativa do objeto contratual, ou alteração qualitativa de seu modo de execução, ou a suspensão do contrato por certo prazo, ou a aplicação de sanções às pessoas encarregadas de executar o objeto, ou sua rescisão por interesse público. Ainda que estes

poderes realmente digam respeito a um regime de contratos, tal se dá apenas acidentalmente, como decorrência de aquele objeto estar sendo executado pela via contratual, vez que, caso se tratasse de execução direta pela própria Administração, o mesmo objeto e seu modo de execução estariam sujeitos a serem atingidos pelo mesmo tipo de decisão unilateral da Administração.

Outro deles – que leva a um sentido teórico incoerente – é supor que a Administração possa exercer suas prerrogativas, não quanto ao objeto contratual, mas quanto à relação contratual em si, independentemente do objeto. Ou seja, a Administração carregaria sempre consigo, mesmo em uma relação contratual, *toda sua potencialidade* de ação unilateral autoexecutória – vez que não modulada, caso a caso, em função do objeto, mas acompanhando a pessoa da Administração. Esta situação, contudo, seria a própria negação da possibilidade de relação contratual da Administração, pois um contrato assim concebido seria mera aparência, sempre passível de ser unilateralmente rompido⁵⁹⁴.

E, de fato, tanto é descabida esta última conclusão teórica, que, mesmo face a um texto como o da Lei n. 8.666/93, não se sustenta e não se pratica a possibilidade de que a Administração rompa o *fundo* da relação contratual, segundo sustentam GARCIA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ (2008:699), por exemplo, afirmando ser descumprimento o que não é, ou invocando razões de rescisão ou de aplicação de sanção contratual fora das hipóteses convencionadas.

Todavia, ainda que incoerente teoricamente e descabida na prática, a leitura, de certo modo simplificadora, de que o regime de prerrogativas seja e deva ser próprio do contrato e não do objeto contratual tem a consequência, em termos de produção e aplicação do Direito, de propiciar uma tendência de expansão, irrefletida, deste regime a qualquer relação convencional da Administração.

⁵⁹⁴ Seria o retorno teórico, p. ex., as concepções germânicas que negavam a possibilidade de que a Administração celebrasse contratos. Reitere-se aqui o que se disse mais acima: a autoexecutoriedade, essencial do Direito público, não implica, necessariamente, toda carga de ação unilateral aqui considerada.

Portanto, não se nega que se possa teorizar sobre o *contrato administrativo*, isto é, não se nega que o *contrato administrativo* seja um fenômeno real, passível de ser compreendido e explicado teoricamente.

Mas, repita-se, *contrato administrativo* há de ser compreendido como elemento pertencente ao gênero próximo *contrato* porque comunga da mesma essência do contrato enquanto categoria jurídica geral; e como possuidor da diferença específica *administrativo* porque sofre potencialmente a incidência do regime de Direito público autoexecutório inerente a toda ação administrativa, acompanhado, em distintos graus, de prerrogativas de ação unilateral.

E o critério da incidência desse regime há de ser o objeto contratual e não a simples presença da Administração na relação. Há que se buscar na *natureza* do objeto contratual a razão de ser do regime.

Seria, neste sentido, uma aplicação revigorada da noção de *natureza das coisas* – uma noção anteriormente bastante prestigiada⁵⁹⁵ e atualmente pouco considerada, possivelmente por seu uso generalizado e pouco preciso em termos conceituais.

Aliás, por um aspecto – que não é o que aqui se quer invocar – a noção pode equivocadamente sugerir uma postura metafísica da produção normativa, como se o legislador e o aplicador do Direito devessem apreender algo que seja dado pela natureza, de modo a não alterá-lo com sua vontade. Seria, por outras palavras, a redução da produção normativa a ato de conhecimento e não a ato de vontade, para usar as categorias trabalhadas por KELSEN (1962-I:137 e segs.).

De rigor, porém, há que se entender, adaptando-se a fórmula de BOBBIO (1980:149), que o legislador – e acrescente-se o aplicador do Direito – pode até crer “ler no livro da

⁵⁹⁵ Lembre-se, p. ex., da célebre definição de *leis*, em sentido amplo (não apenas jurídico), oferecida por MONTESQUIEU no Capítulo primeiro do Livro primeiro de seu *Do Espírito das Leis*: “relações necessárias que derivam da natureza das coisas”.

natureza”; porém, “na realidade o interpreta”.

A utilização *revigorada* da noção de natureza das coisas – aplicada ao objeto do contrato administrativo – deve seguir as ressalvas de BOBBIO (1980:154): a) o procedimento empregado para que sejam obtidas regras a partir da natureza das coisas deve possuir um caráter racional-teleológico; b) a expressão vaga *natureza das coisas* seria melhor compreendida como *função econômico-social de uma instituição*.

Em suma, há que se raciocinar finalisticamente com a função social do objeto contratual e, neste sentido, do próprio contrato, para que se justifique, em cada caso, a incidência de um regime com maior ou menor carga de prerrogativas autoexecutáveis de ação unilateral por parte da Administração.

A ideia que se acaba de enunciar pode ser aplicada aos diversos grupos de módulos convencionais⁵⁹⁶ de que a Administração seja parte, no contexto contemporâneo do aumento de complexidade do fenômeno convencional da Administração – aumento este que evidencia, de plano, a impropriedade de se pretender explicá-los todos pela tradicional teoria do contrato administrativo (tal como se consolidou no Brasil), bem como de se lhes dar tratamento de Direito positivo no mesmo espírito desta teoria.

No livro referido na primeira nota de rodapé deste texto, sugeri poderem-se agrupar os principais exemplos de módulos convencionais em quatro blocos: *módulos convencionais de cooperação*, *módulos convencionais de concessão*, *módulos convencionais instrumentais* – estes três configurando hipóteses em que a convenção é indispensável para a criação de situação jurídica – e *módulos convencionais substitutivos de decisão unilateral da Administração*.

Para concluir esta exposição, aplicando o quanto proposto, tomo o exemplo dos *módulos convencionais de concessão*, lembrando-se que foi a partir do contrato de concessão

⁵⁹⁶ Expressão genérica ora adotada para se evitar a polêmica terminológica em torno de sentidos mais amplos ou mais restritos de “contrato”.

de serviço público que se edificaram as bases da teoria do contrato administrativo.

c) Objeto dos módulos convencionais de concessão e sua compreensão como contratos administrativos.

A principal diferença entre este e os demais grupos é a presença, nos módulos convencionais de concessão, como *objeto* contratual, de um elemento inerente com exclusividade ao Estado, que lhe é e continuará sendo próprio, por se vincular de modo imanente – ainda que por uma decisão política em cada regime constitucional – à função pública.

Esse objeto, seja um serviço ou um bem, já trará consigo um regime jurídico próprio, com notas mais ou menos intensas de Direito público.

As normas de regência do objeto da concessão, enquanto objeto de função pública, são postas por ato materialmente legislativo (ato-regra, na linguagem de DUGUIT) e unilateral, não sendo criadas por ato de natureza convencional.

Assim, os aspectos muitas vezes ditos “regulamentares da concessão” (de serviços ou de bens) situam-se em um ato de natureza objetiva, anterior a qualquer contrato, seja esse ato formalmente lei, seja um ato formalmente administrativo, mas de caráter normativo geral e abstrato, editado em decorrência de uma lei.

Há que se compreender, portanto, que o ato objetivo, anterior ao contrato, não é propriamente um *regulamento da concessão*, mas um *regulamento do serviço ou bem* passível de ser objeto de concessão; este regulamento pode até referir-se ao fato de tal serviço ou bem poder ser concedido e pode até disciplinar o modo pelo qual aconteça a concessão, porém, antes de mais nada ele será um *regulamento do objeto da concessão*, e não um regulamento da concessão (enquanto regulamento de uma convenção individualmente considerada).

O ato objetivo a reger o modo de ser do serviço público impõe-se à Administração, não apenas por ser ela titular do serviço, mas sobretudo por a prestação do serviço configurar para ela dever constitucional de que não se pode eximir; e o mesmo raciocínio aplica-se em matéria dos bens públicos e de sua utilização funcionalmente vinculada.

Todavia, este ato objetivo não se impõe a uma pessoa diversa da pessoa da Administração que seja titular do serviço ou bem em questão, senão na medida em que esta outra pessoa consinta inserir-se em uma relação jurídica pela qual se obrigue a executar prestações relativas a tal objeto.

E ainda, na verdade, este ato objetivo, que disciplina o modo de ser do serviço ou bem público, não impõe à Administração que garanta sua consecução *mediante concessão*. Cabe à Administração, por decisão de natureza administrativa, dentro da esfera da *reserva de Administração*, optar por cumprir seu dever de modo direto ou valendo-se da concessão. A autorização legislativa, que, em regra, o Direito brasileiro exige para que se dê a concessão, é realmente *autorização* para que a Administração escolha esta via; e não *imposição* de que o faça.

Por outras palavras, o regime jurídico do serviço ou bem – que vinculará a Administração enquanto sua titular e sujeito de dever – apenas incidirá em uma dada relação *de concessão* se ambos, concessionário e Administração concedente, assim consentirem.

Daí porque considerar que, de rigor, na situação complexa do que se usa simplificadamente dizer “concessão”, há a incidência de *três* atos jurídicos: (i) em primeiro lugar um ato *anterior à concessão propriamente dita*: um *ato-regra* de caráter unilateral, consistente na lei, ou também no ato administrativo dela decorrente, que fixam as normas de regência do objeto da concessão; (ii) em segundo lugar, um *ato-condição*, que importa o consentimento do concessionário e da Administração concedente, fazendo quanto a eles, enquanto partes de uma relação convencional, incidirem as regras postas pelo Direito objetivo em matéria da concessão; (iii) em terceiro lugar, um *ato-subjetivo* relativo às cláusulas

econômicas da concessão.

Por vezes não se percebe a distinção dos dois últimos atos acima referidos porque, na prática, vêm contidos no mesmo suporte formal e são realizados simultaneamente.

Note-se que o ato descrito em (ii) não se confunde com “contrato de adesão” (como se usa dizer no Direito privado), no sentido de ato subjetivo: no caso da concessão incidem, quanto ao concessionário e também quanto ao concedente, normas postas desde antes pelo Direito objetivo; no caso do contrato de adesão, incidem, quanto à parte aderente, normas postas pela outra parte contratante, portanto, numa relação puramente subjetiva. E também não pode ser tido como ato unilateral, pois para que se forme a relação jurídica da concessão é necessário o consentimento das partes.

Como se vem de afirmar, de um lado, as normas de regência do *objeto* da concessão situam-se em ato unilateral, com natureza de ato-regra, anterior à concessão; mas, além disso, deve haver um ato pelo qual o concessionário admita a incidência destas normas quanto a ele. Esse segundo aspecto corresponde exatamente conceito de *ato-condição*. E, acrescente-se, pelo que se disse acima, também a Administração pratica ato-condição ao decidir prestar o serviço por meio de concessão⁵⁹⁷.

A distinção entre o ato-regra e o ato-condição acima indicados leva a que se desdobre o que muitas vezes a doutrina chama unificadamente de “cláusulas regulamentares da concessão”. Neste sentido, há, de um lado, o *regulamento do objeto da concessão* e, de outro, as verdadeiras *cláusulas regulamentares da concessão*.

⁵⁹⁷ Com este posicionamento se está afastando, de certo modo, da posição de DUGUIT (1927:327), quando menciona as *cláusulas regulamentares da concessão* como exemplo de ato-regra; todavia DUGUIT (1927:421) também afirma que as *cláusulas regulamentares da concessão* são exemplo de *união*; e a *união* aqui não seria, por certo, o de fixação das normas de regência do objeto da concessão – posto que é evidente seu caráter *unilateral* – mas sim esse ato de consentimento do concessionário, que se está dizendo nesta tese *ato-condição*, como o faz BONNARD (1935:550). Lembre-se também que Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO entende que o ato relativo ao regime da obra ou serviço seja ato unilateral (2007:689), mas que na concessão haja acordo de vontades entre concedente e concessionário para a formação do vínculo jurídico (2007:558).

Aceitando-se que, na linguagem jurídica usual, “cláusula” remete à ideia de elemento presente expressamente em uma convenção (não decorrente apenas da lei), as verdadeiras *cláusulas regulamentares da concessão* são aquelas presentes no contrato de concessão, como reflexo dos dispositivos materialmente legislativos, contendo prerrogativas da Administração no tocante ao objeto da concessão (*regulamento do objeto da concessão*).

Neste caso, porém, o fundamento de validade do regime de prerrogativas da administração não está nas *cláusulas regulamentares* presentes no texto do instrumento jurídico que dá suporte material à concessão, mas sim no ato gerador da situação jurídica objetiva (*regulamento do objeto da concessão*) do qual tais cláusulas são reflexos.

Por outras palavras, as *normas jurídicas* que obrigam concedente e concessionário a certas condutas em relação ao modo de ser do objeto da concessão situam-se nos dispositivos materialmente legislativos de regência desse objeto; se formalmente o conteúdo de tais normas encontra-se replicado⁵⁹⁸ em dispositivos contratuais – as *cláusulas regulamentares* – isso se dá por uma questão prática de se aclarar a compreensão global da matéria, consolidando-se em um único texto todas as regras aplicáveis⁵⁹⁹.

E, nem por isto, as cláusulas regulamentares ganham natureza de normas contratuais em sentido estrito, no sentido de criadoras de situação jurídica puramente subjetiva: persiste na relação em questão o caráter de situação jurídica objetiva. As cláusulas regulamentares provêm de ato com natureza de ato-condição.

Em suma, além do ato unilateral que estabelece o *regulamento do objeto da concessão*, a *concessão propriamente dita* é misto de ato-condição com caráter de união (de que decorrem as *cláusulas regulamentares da concessão*) e de ato subjetivo com caráter de contrato em

⁵⁹⁸ Ou mesmo não textualmente replicados no corpo do contrato ou em documento anexo, mas alvo de remissão feita por dispositivo contratual ao texto do regulamento do objeto da concessão.

⁵⁹⁹ É a mesma lógica do que se passa quando, por exemplo, uma lei estadual reproduz em seu texto o conteúdo de norma geral fixada por lei federal, sendo o caso de competências legislativas concorrentes. Estar o texto presente em dispositivo de norma estadual, num caso em que se trate de matéria de competência federal, não faz que sua força normativa fundamente-se na lei estadual: a força vinculante continua fundada na lei federal.

sentido estrito⁶⁰⁰ (de que decorrem as *cláusulas econômicas da concessão*); portanto, sempre convencional.

Contudo, por considerações terminológicas relativas ao Direito brasileiro, cabe dizê-la *contrato*, dando sentido amplo a esta palavra.

De todo modo, há que se ter consciência de que essa simplificação na expressão esconde a complexidade do ato, como acima descrito, ou seja, a presença de um mecanismo pelo qual, mediante o consentimento das partes incidem regras derivadas de situação objetiva de regência do objeto da concessão⁶⁰¹.

A existência de uma situação objetiva, com maior ou menor intensidade de um regime de Direito público, que vem reger o serviço ou bem objeto de uma concessão, é que justifica o tratamento teórico diferenciado dos módulos convencionais de concessão em relação aos demais grupos de módulos convencionais.

A opção pelo tratamento jurídico de certa matéria em atos materialmente legislativos, com caráter objetivo, decorre, aliás, da compreensão da mutabilidade inerente a certos objetos peculiares da função administrativa.

Com efeito, por não dizerem respeito à situação jurídica individual de nenhum sujeito, e sim estabelecerem o Direito de modo geral e abstrato, os atos jurídicos de caráter objetivo são modificáveis a qualquer tempo (observados, por certo, os procedimentos formais previstos no ordenamento).

Note-se que essa característica de possibilidade de alteração do ato jurídico com sentido objetivo – o que corresponde ao sentido material de lei – não é afastada pela noção que

⁶⁰⁰ Para usar as categorias de DUGUIT quanto às convenções.

⁶⁰¹ Atente-se para a mera coincidência das palavras: o adjetivo *objetivo* associado a *situação* (“situação objetiva”) não é derivação da palavra *objeto*, associada à prestação contratual (“objeto da concessão”).

se usa dizer “direito adquirido”⁶⁰²: a lei geral e abstrata, por sua própria natureza, não afetará direitos adquiridos, ou seja, não retroagirá para afetar situações jurídicas subjetivas⁶⁰³ e apenas configurará uma situação objetiva. O que se passa é que, sendo verificada uma situação subjetiva que o ordenamento jurídico trate como de “direito adquirido”, essa situação ficará fora da hipótese de incidência da nova lei.

Dito isso com outra perspectiva: a lei não retroagirá para afetar situações jurídicas subjetivas, mas apenas, a partir de sua edição, modificará as situações jurídicas objetivas, que são emanções diretas da própria lei⁶⁰⁴.

Aplicando-se essa afirmação ao caso do contrato de concessão, tem-se que a lei⁶⁰⁵ sempre terá a possibilidade de alterar lei anterior, modificando o que esta estabeleça quanto ao modo de ser do objeto da concessão.

Se isso produzir reflexos no contrato de concessão (situação jurídica subjetiva), o concessionário estará resguardado em seu direito “adquirido” ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A lei nova não retroagirá para modificar esse equilíbrio.

Ou seja, o objeto da concessão pode até sofrer alterações em seu regulamento, na medida em que mude a situação jurídica objetiva, mas o reflexo dessa mudança no contrato de concessão abrirá ao concessionário o poder jurídico de exigir o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, ou, no limite, indenização ante a impossibilidade de prosseguimento na prestação contratual, vez que a relação jurídica subjetiva estabelecida no tocante ao equilíbrio

⁶⁰² Conceito acolhido pela Constituição brasileira (art. 5º, XXXVI).

⁶⁰³ Caso se trate de um ato que seja formalmente lei, mas materialmente administrativo – com efeitos individuais e concretos – ainda assim não poderá retroagir para afetar situações jurídicas subjetivas. Todavia, nesse caso, não *por natureza*, mas por vedação constitucional.

⁶⁰⁴ Nesse sentido, a doutrina de DUGUIT, lançada no tomo I de seu *Traité* (1927:315) e desenvolvida no tomo II (1928:238 e segs.). Aliás, DUGUIT expõe a matéria, baseando-a na noção de irretroatividade das leis, em que se funda toda a segurança do Direito, mas negando o sentido do conceito de “direito adquirido”, que aponta somente trazer dificuldades para a explicação do fenômeno e que indica ser redundante em seus próprios termos, pois um direito que não fosse adquirido seria em verdade um não-direito (1928:231).

⁶⁰⁵ Fala-se aqui em lei no sentido material, incluindo atos regulamentares de caráter geral e abstrato (gerando situações jurídicas objetivas).

econômico-financeiro do contrato é intangível.

Fenômeno distinto, por outro lado, é o de haver previsão em ato de caráter objetivo (lei, no caso), de que certos contratos possam ser alteráveis por ato unilateral de uma das partes (além de outras prerrogativas que caracterizam os ditos contratos administrativos).

O fenômeno é distinto porque aqui se está a cogitar não da possibilidade de mudança da lei (ato objetivo), mas sim da mudança de um contrato (ato subjetivo) com fundamento em previsão de uma lei.

Em outras palavras, a mutabilidade como aspecto próprio do *regime do contrato administrativo* não se confunde com a mutabilidade da lei que estabeleça o regulamento do objeto contratual – que, de resto, é a mutabilidade própria de qualquer lei.

Um contrato de concessão terá, pois, um *objeto* sempre mutável, acompanhando as alterações que venha a sofrer o ato que se está chamando de *regulamento* desse *objeto*.

Não tendo, contudo, a teoria do contrato administrativo, tal como consolidada no Brasil, apontado adequadamente tal diferencial – referente ao objeto contratual –, a justificar o tratamento jurídico da concessão, expandiu-se de modo indevido, tanto em termos de teoria, como em termos de reflexo no Direito positivo, para praticamente todo o fenômeno convencional envolvendo a Administração Pública.

Entretanto, mesmo no caso dos módulos convencionais de concessão, verifica-se uma tendência, em termos de política legislativa – ou também em termos de formulação teórica que a pretenda influenciar – de que o *regime legal do contrato* passe a acolher uma maior flexibilidade na definição, pelas partes, das prerrogativas da Administração a incidir em cada caso, diferentemente do modelo mais tradicional de concessão de serviço público (dita “comum”, após o advento da Lei n. 11.079/04).

Aliás, é de se notar que mesmo a concessão comum, ainda que não possua esta maior flexibilidade na definição do regime de prerrogativas, já comporta, nos termos da Lei n. 8.987/95, a mitigação deste regime, p. ex., com a exigência da intercessão legislativa para que a Administração possa proceder à encampação (equivalente à rescisão contratual por motivo de interesse público); ou com mais rigores para que se realize a intervenção (equivalente ampliado da ideia de ocupação provisória de bens, pessoal e serviços).

Sem que se perca o sentido de inerência ao Estado do objeto contratual, em muitos casos de concessão, a Administração busca na outra parte contratual uma atuação com sentido reforçado de parceria.

Ainda que a ideia de *parceria*, em um sentido amplo, possa mais remeter ao grupo que se intitulou módulos convencionais de cooperação, dada a conjugação de esforços para a consecução de fim comum, até mesmo o legislador (não apenas no Brasil) tem se valido desta expressão para reforçar a dimensão de *parceria* em certos casos de concessão.

É o caso das ditas “parcerias público-privadas”, que em termos de estrutura contratual, não deixam de ser *concessão*, aplicando-se a expressão *parceria* em um sentido ilustrativo – pode-se dizer uma expressão *mercadológica* –, com o objetivo de se chamar atenção para o maior nível de envolvimento do concessionário na relação, desde a definição concreta do objeto contratual.

Num caso como estes, de figuras de concessão em que o concessionário atue assim mais proximamente da Administração concedente, participando tecnicamente da definição do projeto a ser executado, trazendo para o contrato o modelo de financiamento que tornará viável o negócio, partilhando ganhos econômicos e riscos decorrentes da atividade contratual⁶⁰⁶, é natural que se mitiguem as prerrogativas de ação unilateral da Administração.

São contratos complexos, de longa duração e altos valores, fortemente vinculados a

⁶⁰⁶ Verifiquem-se, p.ex., os artigos 5º, III e IX, da Lei n. 11.079/04; e 15, § 3º, e 21, da Lei n. 8.987/95.

modelos sofisticados de financiamento, cujo equilíbrio não se recompõe com tanta simplicidade e cuja viabilidade técnica e econômica pode-se pôr a perder facilmente ante alterações unilaterais do que foi originalmente projetado.

Por certo não se está sustentando que, quanto a eles, não possua a Administração, no limite, certas prerrogativas de que são decorrentes do caráter imanente do objeto em relação à função pública. Apenas se está dizendo que estas prerrogativas devem ser reduzidas.

Ainda tratando do grupo dos módulos convencionais de concessão, há também que se lembrar das peculiaridades da concessão relativa a bens públicos.

Por um lado, vale novamente a consideração do caráter inerentemente público do objeto, a justificar a incidência objetiva de um regime publicístico.

Por outro, muitas vezes a vantagem derivada da utilização do bem é em grande medida privada – ainda que sempre conforme o interesse público revelado na norma jurídica que prevê a possibilidade de concessão. Pense-se, por exemplo, na concessão de uso especial para fins de moradia, ou na concessão de direito real de uso, ou na concessão minerária.

Em casos assim, não faz sentido teórico sustentar um amplo regime de prerrogativas de ação unilateral por parte da Administração no tocante à execução do objeto contratual, senão, notadamente, as prerrogativas de sanção e de encerramento da relação.

Bibliografia

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo (Introdução)*, v. I. São Paulo: Malheiros, 2007 (3ª ed., mantendo o texto da 2ª ed., de 1979).

BOBBIO, Norberto. *Contribución a la Teoría del Derecho*. Valencia: Fernando Torres

Editor, 1980 (traduzido por Alfonso Ruiz Miguel, a partir da edição em italiano).

BONNARD, Roger. *Précis de Droit Administratif (partie générale)*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1935 (2ª ed.).

DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*, tt. 1^{er}, 2^e e 3^e. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie., 1927 (t. 1^{er}), 1928 (t. 2^e) e 1938 (t. 3^e) (3ª ed. - todos).

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I. Madrid: Thomson-Civitas, 2008 (14ª ed.).

JÈZE, Gaston. “Notes de Jurisprudence – Théorie du Contrat Administratif”, in *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Étranger*. LI^e année, t. 60. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1945.

_____. “Théorie Générale des Contrats de l’Administration”. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Étranger*. Années 1930 a 1936. Paris: Marcel Giard, 1930 a 1933; Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1934 a 1936.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, vols. I e II. Coimbra: Arménio Amado, 1962 (traduzido por João Baptista Machado, a partir da 2ª edição, em alemão, de 1960).

O QUE É PRECISO MUDAR NO REGIME DAS CONCESSÕES? ⁶⁰⁷

533

Fernando Vernalha Guimarães

Doutor em Direito do Estado (UFPR). Foi Visting Scholar na Columbia University School of Law, NY, EUA (2017). Professor de Direito Administrativo convidado de instituições diversas. Autor de livros e artigos na área do Direito Público. Advogado.

1. Introdução⁶⁰⁸

A Lei Geral de Concessões é de 1995, tempo em que o país vivia um sem número de transformações relevantes no perfil do Estado e no modo de prestação de serviços públicos. Deixávamos para trás o modelo do *Welfare State* para buscar um Estado regulador, que tinha como um de seus principais desdobramentos a desestatização de bens e serviços. As concessões, que já eram conhecidas da realidade brasileira, adquiriram outro valor, passando a se constituir na principal ferramenta estatal para substituir a *prestação* pelo *controle* dos serviços públicos. A quebra de monopólios e a desintegração de alguns serviços públicos (*unbundling*) abriram um amplo espaço para a proliferação das concessões (e autorizações), que passaram a adquirir figurinos variados para vestir os mais diversos arranjos de prestação de serviços públicos. Foi importante, naquele momento, construir um marco legal para disciplinar as “novas” concessões. Adveio, neste contexto, a Lei 8.987/95, que trouxe normas gerais para regular o tema.

Essa Lei contém muitas virtudes e ainda se mostra atual quanto à disciplina de diversos aspectos dos contratos de concessão. Mas a experiência com os ciclos concessionários que se

⁶⁰⁷ O presente texto é uma versão atualizada e alterada do meu artigo “A reforma do modelo de concessões no Brasil”, publicada no número 68 da Revista de Direito Público da Economia (RDPE), Belo Horizonte: Fórum, 2019.

⁶⁰⁸ As ideias discutidas neste texto foram extraídas de propostas que apresentei ao Congresso Nacional, a convite da Comissão Especial da Câmara dos Deputados encarregada de elaborar o projeto de lei para atualização do regime de concessões e PPPs. Elas são o resultado de intensos debates com entidades de mercado, especialistas, parlamentares e agentes do governo federal, que agora submeto à crítica acadêmica.

iniciaram sob a sua égide trouxe novos desafios, que fugiram aos limites da legislação. A complexidade da realidade expôs a insuficiência do arcabouço normativo para o tratamento de muitos temas relacionados ao desenvolvimento das concessões. É verdade que essa insuficiência é, em boa medida, fruto do sentido e alcance que esta lei passou a ter em função da interpretação que lhe foi conferida pelas instâncias de controle. Prestigiou-se não apenas uma leitura muito restritiva da versatilidade e da adaptabilidade da concessão, como permissiva da *revisibilidade* das escolhas técnicas do regulador e do administrador público pelo controlador. Como consequência, os ciclos de concessões foram marcados por muitos litígios e intervenções do controle. Isso gerou ineficiências e impediu, em muitos casos, que as concessões pudessem gerar os melhores resultados.

Passados quase 25 anos, vivemos a expectativa da renovação do modelo da concessão (criada pelo advento do substitutivo ao Projeto de Lei 7.063/2017). Talvez menos expressivo e desafiador do que aquele que ensejou a criação da Lei 8.987/95, mas ainda assim relevante para endereçar os diversos problemas diagnosticados na experiência com contratos de longo prazo no Brasil. É fundamental, por isso, que a gestação da nova legislação esteja fundamentada num diagnóstico realista sobre os problemas que acometem as concessões. No cardápio dos temas mais impactantes, estão

- (i) a rigidez da tipicidade da concessão, que tem inibido ajustes criativos e com maior aptidão para gerar soluções eficientes à prestação do serviço público;
- (ii) a dificuldade de contratação de projetos, atualmente, um dos principais gargalos para o desenvolvimento de concessões e PPPs. Sob um contexto de restrição fiscal e sem contar com vias ágeis e adequadas para a contratação de projetos, muitas Administrações não conseguem levar adiante os programas concessionários;
- (iii) os limites à adaptabilidade da concessão, inibindo alterações mais expressivas no contrato de concessão, que poderiam propiciar soluções mais eficientes para as Administrações e para os usuários;

(iv) a amplitude das prerrogativas administrativas, que têm tornado a execução dos contratos administrativos excessivamente instável, abrindo a porta para o risco de oportunismo do poder concedente;

(v) o excesso de interferências administrativas e políticas em decisões relevantes relacionadas à fiscalização e regulação da concessão;

(vi) a ineficácia do sistema judicial para a resolução de divergências e litígios surgidos na concessão.

Muitos destes problemas são fruto de interpretações do regime da concessão forjadas a partir de dogmas e premissas jurídicas arbitrárias, em desprestígio de uma visão pragmática e econômica do contrato. Os entendimentos foram se formando sem considerar sua repercussão econômica no âmbito da concessão, com referibilidade apenas em concepções jurídicas abstratas (como, por exemplo, o apego excessivo ao princípio da licitação, inibindo alterações importantes no programa concessionário com vistas a ampliar a sua eficiência).

O contexto atual exige não apenas a expansão do uso do instrumento da concessão, dada uma agenda difícil de investimentos em infraestrutura e a crise fiscal de muitas Administrações, como a sua renovação. Isso demandará o esforço das instituições em promover ajustes na legislação que estejam vocacionados a ampliar a *eficiência* dos programas concessionários. Penso que esse deva ser o objetivo principal deste *facelift* no regime de concessões: ajustar seu conteúdo com vistas a assegurar uma regulação que induza a adoção de soluções eficientes para as concessões.

Com vistas a contribuir com essa discussão, trago neste artigo alguns temas que na minha visão merecem a atenção das discussões em prol da atualização legislativa da Lei Geral de Concessões.

2. O regime dos contratos públicos como “caixa de ferramentas”: a abertura do tipo concessório

O contrato de concessão tem sido interpretado pelas instâncias de controle sob um regime de tipicidade fechada. Isso significa o acolhimento de figurinos rígidos para a configuração dos ajustes concessórios, que têm deixado de albergar uma série de arranjos criativos e que poderiam gerar maior eficiência à prestação do serviço público. Essa falta de

versatilidade do modelo da concessão é fruto da interpretação restritiva que lhe tem sido conferida pelas instâncias de controle, que vêm compreendendo a disciplina dos contratos públicos sob um paradigma mais ajustado à ideia de “camisa de força” e menos à de “caixa de ferramentas”.

Essa visão legalista e formalista do regime da concessão tem apequenado o uso do modelo, inibindo o desenvolvimento de ajustes mais eficientes⁶⁰⁹. Um exemplo são as concessões para a gestão de resíduos, que têm deixado de ganhar escala nos municípios brasileiros em virtude da restrição a que as atividades de varrição possam ser integradas no seu objeto, assim como da insegurança jurídica quanto à submissão ao regime tarifário das atividades de coleta e remoção do lixo. Subjacentemente a estas limitações estão dois dogmas: (i) a impossibilidade de utilização do regime tarifário para remunerar serviços públicos de fruição obrigatória; e (ii) a inaplicabilidade da concessão e do regime tarifário a atividades indivisíveis ou fruíveis coletivamente (mesmo que integrada no ciclo do serviço público, com inegável relação de interdependência econômica com o serviço público econômico e divisível). Ambas, restrições que funcionam quase como um fim em si mesmas, sem que estejam fundamentadas na proteção de interesses dos usuários, das Administrações Públicas ou da sociedade⁶¹⁰. Surgem como meras criações do legalismo. O problema é que estas limitações fecham a porta para a estruturação de concessões abrangentes de todo o ciclo da limpeza pública, integrando varrição, coleta, transbordo, remoção e destinação do lixo. Com isso,

⁶⁰⁹ Isso me lembra um excelente artigo publicado no número inaugural da RDPE, de autoria de MARÇAL JUSTEN FILHO. Sustentando a pluralidade de configurações para o instituto da concessão, Marçal lembrava que “a tentativa de produzir uma solução única para a concessão não encontra respaldo na ordem jurídica e acaba produzindo resultados extremamente negativos”. “As diversas configurações da concessão de serviço público”, in *Revista de Direito Público da Economia* (RDPE) n. 1. 2003. Belo Horizonte: Fórum, p. 95 a 136.

⁶¹⁰ Quanto à impossibilidade de se utilizar o regime de tarifa para remunerar o serviço público de fruição obrigatória, costuma-se argumentar que o regime tributário (da taxa) se prestaria a tutelar melhor o interesse do usuário ou contribuinte do serviço, em vista das restrições jurídicas à sua alterabilidade (princípios da legalidade e da anterioridade). Discordo deste entendimento. Na minha visão, o regime tarifário, dado o dinamismo que oferece à adaptabilidade do valor tarifário, melhor atende o interesse dos usuários e da sociedade, pois tende a assegurar um preço proporcionado à oscilação dos custos envolvidos na disponibilização do serviço. Já a taxa “é rigidamente fixada por lei, só podendo modificar-se por esta via. Daí que, ainda que o seu estabelecimento possa não ser completamente desinteressado do custo da produção da prestação, este tributo, sob um prisma dinâmico, não apresenta a mesma correspondência financeira com a prestação do serviço (que a tarifa)”. Vide GUIMARÃES, Fernando Vernalha. “Concessão de serviço público: a viabilidade de tarifação dos serviços públicos de fruição obrigatória”, in *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*. Número 19 – agosto/setembro/outubro - 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861.

impedem o uso de um modelo contratual que poderia trazer maior eficiência para a gestão deste serviço público.

Para oferecer maior flexibilidade à utilização do modelo concessório, que pode ser uma modalidade contratual relevante para viabilizar ganhos de eficiência às Administrações comparativamente às vias convencionais de contratação, entendo que a legislação deva ser atualizada para contemplar no objeto das concessões serviços públicos de fruição obrigatória⁶¹¹, assim como para admitir sob o regime tarifário atividades e serviços indivisíveis, quando integrados no ciclo do serviço público ou quando mantenham relação de interdependência técnica ou econômico-financeira com este.

Penso que precisamos, com a ajuda da legislação, superar a rigidez do modelo concessório, abrindo a “caixa de ferramentas” para que o *designer* do contrato possa estruturar os melhores ajustes.

3. O “gargalo” na geração de bons projetos

Um tema a merecer a atenção no contexto da atualização da legislação sobre concessões é a modalidade de contratação de estudos e projetos pelas Administrações Públicas. Há um consenso em torno da ideia de que o regime jurídico brasileiro não oferece vias apropriadas para a aquisição destes estudos e projetos pelas Administrações, voltados à estruturação de concessões e PPPs. Embora seja inequívoca a necessidade de as Administrações contarem com uma estrutura administrativa minimamente apta a conduzir os programas concessionários, é certo que boa parte dos projetos não poderá – e nem deverá – ser gestada internamente. A grande maioria das Administrações, especialmente as de menor porte, sequer teria condições de fazê-lo, em vista da ausência de demanda que justificasse a incorporação de

⁶¹¹ Essa é uma discussão que tem sido levada – muito inapropriadamente – ao nível constitucional. Aduz-se que o caráter compulsório do serviço desafiaria o artigo 175 da Constituição, que dispõe sobre a delegação do serviço público, assim como atrairia a aplicação do regime de taxa, tal como disposto no seu artigo 145, II. Com o devido respeito àqueles que sustentam essas posições, não vejo nem no artigo 175 qualquer restrição a que o modelo de delegação do serviço público abarque serviços de fruição compulsória, muito menos consigo ler na redação do artigo 145, II, a exclusividade do regime tributário para remunerá-los. Diversamente, entendo que o *caput* do artigo 175, ao valer-se da expressão “na forma da lei”, explicitamente atribuiu ao legislador infraconstitucional a delimitação do objeto da concessão, assim como estabelece, no parágrafo único, III, do mesmo artigo, que a política tarifária será definida por lei. Logo, não consigo enxergar qualquer abordagem constitucional quanto ao mérito desta discussão. Trata-se de matéria indubitavelmente infraconstitucional.

profissionais qualificados em suas estruturas. O atual cenário de restrição fiscal também é um fator a impedir a gestão *in-house* de projetos.

Sobram para as Administrações dois caminhos: a (i) contratação de consultorias externas (inclusive providas pelos denominados estruturadores institucionais)⁶¹²; e o (ii) Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI). Ambos não estão adequadamente regulados pela legislação, merecendo ajustes diversos.

Quanto à contratação de consultorias externas, quando não se valem de convênios ou de contratação direta com entidades integrantes da Administração Pública (como o BNDES e a Caixa), ou do apoio de entidades multilaterais como o IFC, as Administrações têm se valido tradicionalmente de contratos de prestação de serviço disciplinados pela Lei 8.666/93, que obedecem a um rito bastante burocrático de contratação. Em alguns casos, valem-se da modalidade de pregão, envolvendo etapa de pré-qualificação ou credenciamento. Essas vias são bastante restritas e não permitem que as Administrações possam investigar, negociar e discutir com potenciais consultores aspectos dos serviços e das propostas, ou mesmo eleger seus contratados por meio de critérios e parâmetros prevalentemente técnicos.

Minha proposta para superar tais limitações é criar uma sistemática de contratação de serviços de estruturação de projetos que possibilite à Administração direcionar o seu convite para ofertar a entidades previamente selecionadas, com vistas a obter propostas alinhadas à sua expectativa. Isso se faz por meio de *convites* a consultores que mereçam o reconhecimento de boa reputação ou de boa qualificação.

Parece-me que a sistemática de contratação para esses fins deva ser flexível e modularizável, pressupondo a autonomia discricionária do *designer* da licitação para montar a estrutura processual que lhe pareça a mais eficiente para cada caso. Assim, a licitação para a contratação de consultorias poderá ser simples e unifásica ou comportar estágios diversos, assim como pode orientar-se por critérios de técnica, preço ou ambos – inclusive, com preços pré-estabelecidos -, oferecendo ao gestor uma “caixa de ferramentas” para que ele possa montar o processo de seleção do consultor de acordo com as características do projeto e do mercado de consultoria especializada.

⁶¹² Atualmente, o BNDES, a Caixa e instituições como o IFC (*International Finance Corporation*) têm figurado como fornecedores de projetos para a estruturação de concessões e PPPs para diversas Administrações.

Tal como proposta, a sistemática é inspirada no *processo de colação* – que constou da natimorta pela Medida Provisória 882 (resgatada que foi do Projeto do PPP Mais) –, mas recebeu, na configuração proposta neste texto, maior versatilidade em comparação com a ideia original. Penso que com essa inovação teríamos uma via mais ágil e adequada para a contratação de consultorias, oferecendo-se mais realismo e menos formalismo ao modo de contratação de serviços para a elaboração de projetos de longo prazo. A proposta ampara-se numa premissa de confiança na capacidade do gestor de proceder às análises e realizar as melhores escolhas.

O outro caminho é o PMI, que se ressentiu de um déficit de regulação nacional e tem sido matizado pela legislação – particularmente, pela via infralegal – regional ou local. É curioso, aliás, que toda a construção do PMI tenha se erguido da lacônica norma do artigo 21 da Lei 8.987/95. Mas é perceptível um modelo relativamente comum de PMI que se disseminou entre Estados e Municípios, inspirado, em boa medida, no modelo federal criado pelo Decreto 8.428/2015.

O problema é que o PMI, embora na prática represente em termos quantitativos a principal via para a originação de projetos (ou melhor: da intenção de adquirir projetos), não tem funcionado adequadamente. O principal problema está na falta de capacidade técnica e institucional das Administrações – especialmente daquelas de menor porte –, que tem ensejado tanto o risco da captura do interesse público pelo interesse das empresas que dele participam, quanto o risco da ineficácia do PMI. Sem que as Administrações consigam conduzir esses procedimentos, analisar e criticar as soluções técnicas oferecidas pelos participantes, os PMIs ou seguem sob o risco da captura ou acabam morrendo precocemente.

Já da perspectiva do mercado, os PMIs são considerados temerários em vista não apenas do risco inerente à sua dimensão concursal ou concorrencial (risco da escolha do projeto alheio), mas do já aludido risco de ineficácia do processo. O fato de haver uma pluralidade de estruturadores disputando o PMI, sabendo-se que os projetos a serem estruturados via de regra demandam investimentos expressivos, desencoraja o ingresso de participantes sérios e potencialmente qualificados para a entrega de projetos de qualidade. Além disso, pode afigurar-

se economicamente irracional estimular agentes diversos a consumir recursos da sociedade para a elaboração do mesmo projeto⁶¹³.

Observe-se também que o PMI tem sido um expediente precário, porquanto revogável discricionariamente pelas Administrações, o que amplia o seu risco de mortalidade, na percepção do mercado de consultores e estruturadores.

Todos estes riscos inerentes ao desenvolvimento de PMIs acabam afugentando a participação de estruturadores qualificados e de investidores sérios, o que concorre para a geração de projetos de baixa qualidade técnica.

Para tentar superar esses problemas, a legislação deveria: (i) instituir pressupostos e requisitos para o cancelamento dos PMIs, o que contribuiria não apenas para melhorar o incentivo a que as Administrações os planejem adequadamente, mas também para melhorar o engajamento de bons participantes; (ii) prever a hipótese de autorização exclusiva, viabilizando a elaboração dos estudos e projetos por proponente único, admitindo-se que críticas e adaptações possam ser subsequentemente implementadas em etapa concursal subsequente (assim como na consulta pública, o que já ocorre atualmente); e (iii) admitir outras formas de compensação econômica ao autor do projeto.

Talvez o tema mais controverso deste conjunto de propostas voltadas ao aperfeiçoamento da regulação do PMI seja a *autorização exclusiva*. Costuma-se afirmar que o acolhimento da hipótese tende a aflorar um dos problemas intrínsecos ao PMI: o conflito de interesses. A possibilidade de o autor do projeto disputar a licitação decorrente, hipótese tradicionalmente acolhida na disciplina de PMI, abre a porta para comportamentos oportunistas de sua parte, com vistas a interferir no conteúdo do projeto para lhe gerar vantagens competitivas no certame (ou passivos ocultos no contrato etc). Argumenta-se que, eliminada a dimensão concorrencial do PMI, esse risco poderia ser potencializado.

Na minha percepção, os riscos derivados do conflito de interesses são intrínsecos aos PMIs, sejam eles *exclusivos* ou *concursais*. A sua dimensão concursal ou concorrencial não é o que mais contribui para sua mitigação, mas sim a capacidade das Administrações Públicas em analisar e criticar os estudos e projetos. Inclusive, porque no modelo de PMI concursal

⁶¹³ Não estou afirmando que o PMI concorrencial deva ser banido, pois há hipóteses a justificá-lo. Mas é necessário acolher também a sua versão exclusiva, o que pode melhorar os incentivos para o engajamento de participantes qualificados.

disseminado entre as Administrações, os participantes sequer se encarregam de analisar e criticar os estudos e projetos uns dos outros. Parece-me que a realização de uma etapa subsequente de chamamento de interessados para proposições de ajustes e adaptações no projeto aprovado (resultante de um PMI exclusivo), ainda da fase de consulta pública, é o que melhor funcionará para mitigar os riscos apontados, contribuindo para o aperfeiçoamento do conteúdo do projeto.

2.1 Um programa governamental para apoiar projetos subnacionais

Além destes ajustes na legislação, entendo que seria importante a criação pelo governo federal de um programa de qualidade para o desenvolvimento de PMIs e de programas concessionários nas Administrações de menor porte. O PPI - Programa de Parcerias de Investimentos já vem se estruturando para apoiar estados e municípios na estruturação de projetos de concessão e PPPs. Além de participar da gestão de fundos como o FAEP e o FEP, o PPI passou a ter o suporte da Secretaria de Coordenação de Obras Estratégicas e Fomento, incumbida de coordenar o apoio aos entes federativos subnacionais no fomento à realização dos empreendimentos qualificados no programa. Tudo como dispõe o Decreto 9.669/2019. Embora o fomento ao desenvolvimento de projetos subnacionais já estivesse presente na legislação originária do PPI, o seu foco até aqui concentrou-se em projetos nacionais e estaduais, considerados estratégicos para o governo. Mas há uma expectativa com relação ao crescimento do número de projetos regionais e locais para os próximos anos, o que põe no radar do PPI a preocupação em desenvolver programas de apoio à sua estruturação. Afinal, há setores relevantes como saneamento, resíduos, mobilidade urbana e iluminação pública - para ficar apenas em alguns exemplos - que estão na agenda das próximas concessões e PPPs.

Fomentar a gestação de projetos subnacionais não será, contudo, uma tarefa simples. Há o reconhecimento de que um dos principais gargalos para a estruturação de projetos concessionários pelas Administrações de menor porte é a sua baixa capacitação técnica e institucional. Em função disso, muitas iniciativas acabam sendo prematuramente suspensas ou mesmo arquivadas, dando origem à ínfima taxa de conversão de (iniciativas de) projetos em

contratos, que não chega de 10%⁶¹⁴. É um indicador bastante discrepante de outros países emergentes, e que se explica por um conjunto de causas que merecem ser levadas em consideração por qualquer política de fomento ao desenvolvimento de projetos.

Para compreender o estado de coisas que tem dificultado a estruturação de projetos pelas Administrações de menor porte, é preciso considerar que elas dispõem fundamentalmente de quatro alternativas jurídicas para isso.

Em primeiro lugar, essas Administrações poderiam qualificar seus quadros, contratando e integrando especialistas em suas equipes. Essa solução nem é factível no curto prazo e nem é desejável em todos os casos. O contexto de forte restrição fiscal já seria um motivo suficiente para inibir iniciativas desta natureza. Mas, a depender do porte da Administração, não se justificaria a manutenção de corpo de especialistas voltado à estruturação de projetos concessionários sem demanda permanente para isso.

A segunda opção seria a contratação episódica de consultorias de apoio, que acaba sendo igualmente desestimulada pelas dificuldades orçamentárias somadas às complexidades inerentes aos sistemas tradicionais de contratação administrativa.

A terceira opção são os convênios ou contratos estabelecidos diretamente com os chamados estruturadores institucionais (como Caixa, BNDES, IFC etc). Esta alternativa é bastante interessante e vem gerando bons resultados. Mas está limitada pela capacidade destes estruturadores em atender à imensa demanda por projetos que se verifica na atualidade.

Como última alternativa, sobra o chamado Procedimento de Manifestação de Interesse, ou PMI, que tem respondido nos últimos anos pela maioria das iniciativas de estruturação de projetos concessionários nas Administrações de menor porte. É uma via confortável para elas, pois, do modo como vem sendo regulamentado pelas esferas federadas, nem lhe exige orçamento para o custeio de projetos (que acabam sendo ressarcidos pelo futuro signatário do contrato), nem lhe cria maiores consequências jurídicas, uma vez que pode ser abortado discricionariamente pelo Poder Público. Daí o uso desenfreado – e, por que não dizer, irresponsável – do PMI para a geração de projetos de concessão e PPP.

⁶¹⁴ Segundo informação divulgada em junho de 2018 pela Radar PPP (durante o 1º. Congresso de Direito Público da Infraestrutura), dos 160 PMIs iniciados em 2015, apenas 13 contratos foram assinados até aquela data, resultando numa “taxa” de conversão de PMIs em contratos de apenas 8%.

A questão é que, seja para contratar consultorias, seja para desencadear PMIs, as Administrações precisam estar minimamente capacitadas. Isso só será possível a partir da existência de planejamentos administrativos bem elaborados, que explorem as oportunidades de negócios voltados à satisfação das necessidades locais. Infelizmente, as iniciativas de projetos surgem sem respaldo em planejamento ou estudo prévio que se exigiria de uma Administração Pública responsável. Mais do que isso, os PMIs surgem aos montes sem qualquer perspectiva de como irão terminar. Não seria exagero dizer que uma das causas de tantos PMIs – e de tantos PMIs natimortos – é a possibilidade de serem posteriormente revogados ou arquivados pelas Administrações, o que lhes retira o incentivo para serem previdentes, como já referi acima.

O problema central, no entanto, é a falta de qualificação técnica dos quadros administrativos, que tem ensejado ou o *risco da captura* do interesse público pelo interesse das empresas ou o *risco da ineficácia* dos PMIs, já mencionados acima. Sem a capacidade mínima para desencadear, conduzir e decidir os PMIs, as Administrações ficam vulneráveis à ascendência técnica das consultorias contratadas pelas empresas, quando não acabam desistindo dos projetos.

Em face disso, para melhorar a qualidade dos projetos concessionários subnacionais entendo que seria importante a criação pelo governo federal de um *programa de qualidade para concessões e PPPs subnacionais*, que pressuponha o cumprimento por estes de regras rígidas de governança, das boas práticas na estruturação dos projetos, do atendimento a padrões pré-estabelecidos para documentos referenciais (um *toolkit*, contendo certos documentos-padrão, como cláusulas gerais de *compliance*, de contratos de concessão e PPP, de editais etc). Além disso, as Administrações haveriam de se comprometer a alimentar as informações detalhadas de seus PMIs no *Portal Nacional dos PMIs*, a ser criado pelo governo federal para divulgar informações sobre todos os procedimentos em desenvolvimento no país. A Administração que se mantivesse aderente a estas regras, a partir de um monitoramento periódico realizado pelo governo federal, faria jus ao selo do programa, o que induziria a melhorar a qualidade dos participantes nos PMIs. Afinal, como já dito, o PMI vem caindo em descrédito em função do reconhecimento da incapacidade das Administrações de menor porte em conduzi-los adequadamente, tornando-os conversíveis em contratos. Este selo de qualidade, ao garantir o

compliance pelas Administrações a uma sistemática voltada a melhorar a performance dos PMIs, funcionaria como um importante sinalizador para o mercado, engajando mais e melhores participantes no processo.

4.A reafirmação da *alterabilidade* do contrato de concessão

Um outro ponto de grande relevância para o desenvolvimento eficiente de contratos de longo prazo é a sua suscetibilidade a adaptações ao longo do tempo. É da natureza destes contratos a necessidade de alterações diversas no seu objeto durante o seu ciclo de vida. E é claro que o contrato de concessão deverá trazer uma disciplina tanto quanto possível detalhada para regular as modificações no programa concessionário. Mas é impossível antecipar todas as hipóteses de alteração, assim como inadequado estabelecer delimitações rígidas para elas. Ou seja: como contrato relacional que é, o contrato de concessão será inevitavelmente incompleto, na acepção de que será adaptável às novas circunstâncias. A flexibilidade do contrato de concessão é o que viabiliza a adoção de soluções eficientes na prestação do serviço público ao longo do tempo.

A adaptabilidade do contrato de concessão, no entanto, é uma espécie de “tabu jurídico”. É costumeiro que as alterações em contratos de concessão sejam objeto de intensa discussão e intervenção pelas instâncias de controle, que patrocinam uma visão muito restritiva sobre elas, fundamentada na preservação das regras da licitação. Há um quê de 8.666 nestes enfoques: o vício de tentar enxergar as concessões pelas lentes do regime da contratação ordinária e de curto prazo. Acredita-se que o programa da concessão possa ser previsível e exaustivo, admitindo-se alterações apenas excepcionalmente. A crença na completude do contrato concessão é o que fundamenta essas interpretações restritivas quanto à sua mutabilidade. Isso tem inibido alterações mais expressivas no programa de concessões, que muitas vezes podem se traduzir em soluções mais eficientes para a execução do contrato, como tem envolvido os aditamentos na concessão em litígios, interrupções etc., ensejando todos os custos que lhes são inerentes.

Parece-me que essa percepção do controlador tem carecido de uma avaliação mais aprofundada da relação de custo-benefício subjacente. É preciso compreender que o prestígio à imaculabilidade da licitação desmerece a implementação de soluções mais eficientes ao longo

da execução da concessão. Há um nítido *tradeoff* entre o prestígio à isonomia da licitação e a ampliação da eficiência na concessão, que deve ser resolvido com a opção pela última.

Por isso, entendo que um ajuste útil a ser feito no regime jurídico da concessão seja a reafirmação da adaptabilidade da concessão, prevendo-se que o seu objeto possa ser adaptado ou alterado durante a sua execução, por proposição do poder concedente ou da concessionária, inclusive quando demonstrada a sua obsolescência por razões técnicas, econômicas ou por inadequação do projeto original, nos termos previstos em contrato, vedada a desnaturação de seu objeto. Ainda, é importante incorporar na legislação – algo que já foi endereçado pelo art. 22 da Lei 13.448/2017 para contratos de parceria ali especificados - a insubmissão das alterações na concessão aos limites prescritos pelo art. 65 da Lei 8.666/93.

5.O recurso a instâncias técnicas independentes no exercício de fiscalização e monitoramento da concessão

Não é possível ignorar que a execução de contratos administrativos no Brasil vem sendo marcada por um nível não desprezível de interferências administrativas e políticas. Além disso, a depender do porte e da capacidade institucional da Administração, muitas decisões administrativas relacionadas a direitos do concessionário ressentem-se de defeitos técnicos relevantes. A ocorrência destas patologias é favorecida tanto pela ausência de expertise técnica *in-house* das Administrações, como pela captura da função fiscalizatória da concessão pelos interesses políticos de plantão.

Baseado neste diagnóstico, parece-me relevante a integração de experts, consultorias e auditorias independentes na formação destas decisões, com vistas a melhorar a sua fidelidade e qualidade técnicas e mitigar os riscos de sua manipulação arbitrária.

Estimular a participação de *experts* e auditores externos em decisões produzidas no âmbito da fiscalização do contrato e que sejam potencialmente restritivas de direitos do concessionário pode cumprir um duplo objetivo: (i) ampliar a utilização do conhecimento científico na formação destas decisões; assim como (ii) melhorar o seu nível de confiabilidade técnica. Tanto a ampliação do papel da técnica, como o incremento no grau de precisão das análises são fatores que contribuem para a redução do espaço discricionário administrativo. A previsibilidade técnica constitui-se num fator de *mitigação da abertura dos espaços para*

escolhas administrativas – para usar uma expressão de SÉRGIO GUERRA⁶¹⁵, a propósito da regulação. Isso gera consequências positivas *ex ante*, retratadas na redução da insegurança dos interessados em negociar com a Administração, aumentando a competitividade e melhorando as ofertas, e *ex post*, como a redução do grau de litigiosidade ao longo da concessão, eliminando-se todos os custos que lhe estão relacionados.

Neste contexto, tem sido comum no desenho dos contratos de concessão e na prática das concessões a aferição do cumprimento pela concessionária dos indicadores de desempenho pelos chamados *verificadores independentes*. Trata-se de um expediente cada vez mais aceito para garantir-se isenção e precisão técnica na fiscalização do cumprimento de obrigações da concessionária.

Assim como os verificadores independentes, outras instâncias técnicas independentes podem funcionar no âmbito da execução de concessões como auditorias ou consultorias de apoio, com vistas a auditar laudos ou estudos, ou, ainda, instruir tecnicamente a formação das decisões, conforme o caso. Estas instâncias técnicas de apoio podem ter grande relevância tanto na formação de decisões potencialmente restritivas de direitos do concessionário (como a intervenção, a caducidade e a aplicação de penas pecuniárias), como para a instrução de expedientes de reequilíbrio econômico-financeiro, indenização às partes e aferições integradas nos procedimentos de revisão ordinária do contrato. Ou, ainda, para a “validação” ou auditoria de laudos e estudos produzidos pelas partes com vistas à instrução de decisões relevantes a serem adotadas no contexto da execução da concessão.

Estas instâncias técnicas externas de apoio poderão ter um papel ampliado no âmbito da execução da concessão, podendo abranger: (i) a verificação dos resultados da concessão (aferição e medição dos indicadores de desempenho), prática já relativamente recorrente em contratos concessionários; (ii) a certificação de projetos elaborados pelo concessionário; (iii) o recebimento e a medição de obras executadas pelo concessionário; (iv) a realização ou a certificação de cálculos de revisões tarifárias, de reequilíbrio econômico-financeiro e de indenizações etc.

⁶¹⁵ Em estudo sobre a regulação, o autor comenta o efeito vinculante da *previsibilidade técnica* às escolhas administrativas, “por meio do recurso a ciências exatas ou não, dotadas de origem empírica e que expressam o fruto de uma avaliação do tipo científica visando determinados fins”⁶¹⁵. *Discrecionalidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3ª. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 356.

Todas estas decisões e providências relacionam-se com temas sensíveis da perspectiva do concessionário, sendo que o aperfeiçoamento da governança para a sua produção, com a integração obrigatória destes verificadores e auditores independentes, contribuiria para ampliar a sua confiabilidade, gerando-se ganhos de eficiência à concessão⁶¹⁶.

6. Mitigando as prerrogativas administrativas

O regime jurídico da concessão de serviço público – assim como o regime jurídico dos contratos administrativos em geral - têm acolhido historicamente as chamadas prerrogativas administrativas, fonte de muita insegurança àqueles que contratam com a Administração Pública⁶¹⁷. Lembre-se que a Administração poderá alterar unilateralmente o contrato de concessão, extingui-lo por encampação (exigida autorização legislativa) ou caducidade, assim como poderá decretar a sua intervenção, aplicar sanções ao concessionário etc. Todos estes atos são dotados de *auto-executoriedade*, na acepção de que produzem efeitos jurídicos independentemente de autorização judicial. Alguns deles sequer têm sido precedidos de processo administrativo que comportem a participação do concessionário, como é o caso da intervenção (em virtude de sua disciplina legal), ou das alterações unilaterais no conteúdo das obrigações do concessionário, que não raramente surgem prontas da Administração. O fato é que muitas destas prerrogativas são percebidas como risco relevante para os investidores e para os demais *stakeholders* envolvidos no contrato, dado o risco de serem utilizadas de modo arbitrário. Logo, é importante que a legislação limite o seu exercício, submetendo-as ao crivo

⁶¹⁶ Lembro que o Anteprojeto do PPP Mais previa uma solução semelhante, em seu artigo 22, onde constava que os assim chamados contratos público-privados deveriam observar a seguinte regra: “durante a execução do contrato, os levantamentos e cálculos para a determinação dos índices e valores das tarifas, dos preços, das contraprestações e dos aportes, inclusive em virtude de reajustes, revisões, aplicações dos fatores de desempenho, medições e outros, serão realizados por auditor independente, escolhido por acordo entre o contratante público e o contratado, ou, se não houver acordo, pelo Conselho Nacional do PPP MAIS, como condição prévia da celebração do contrato público-privado, e cuja remuneração será paga pelo contratado”(VII). SUNDFELD, Carlos Ari. MOREIRA, Egon Bockmann. “PPP Mais: Um caminho para práticas avançadas nas parcerias estatais com a iniciativa privada”. In *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte: Fórum, ano 14, n. 53, p. 36 e 37, jan/ma. 2016.

⁶¹⁷ Vide, sobre o tema, ”GUIMARÃES, Fernando Vernalha. “Um Réquiem para as Prerrogativas Contratuais da Administração Pública”, In *Colunistas*, ano 2016, número 312, <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/um-requiem-para-as-prerrogativas-contratuais-da-administracao-publica>.

prévio da instância arbitral ou judicial, conforme o caso, ou de deliberação de comitês técnicos instituídos de acordo com a disciplina do contrato⁶¹⁸.

O objetivo é que estas inovações no conteúdo da concessão, especialmente aquelas que interfiram nas chamadas cláusulas econômicas do contrato, quando não forem objeto de consenso entre as partes, tenham de ser compartilhadas com uma instância externa com vistas a obter uma *autorização* para sua implementação. Como há costumeiramente providências relevantes a serem implementadas concomitantemente à decretação destas medidas autoritárias (modificações no objeto da concessão exigem, por exemplo, o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, entre outras providências sob a responsabilidade do poder concedente), a sua submissão à autorização externa contribuirá para assegurar o seu cumprimento pelo poder concedente.

Lembre-se que estas prerrogativas podem abrir a porta para comportamentos oportunistas do poder concedente. Um exemplo é aquilo que se convencionou chamar de “populismo tarifário”, quando a redução ou desoneração de tarifas é decretada pelo poder concedente por razões populistas. Ademais e sob o atual regime, é bastante difícil para o concessionário controverter judicialmente a pertinência e o conteúdo destas providências unilaterais, especialmente visando a obtenção de decisões urgentes. Há uma reconhecida carência de *enforcement* nos contratos públicos no Brasil. Sem vias eficazes para insurgir-se contra interferências administrativas arbitrárias no âmbito do contrato de concessão, os concessionários acabam as percebendo como riscos relevantes, o que impacta os custos da concessão.

Logo, a limitação destas prerrogativas, a partir da introdução de uma governança que assegure a submissão das medidas unilaterais ao crivo da instância arbitral ou judicial, ou ainda

⁶¹⁸ Esta proposta lembra outra prevista no Anteprojeto de lei do chamado “PPP Mais”, que procurou endereçar o problema dos “incentivos para autoridades públicas, da administração contratante ou não, interferirem arbitrariamente na execução do contrato e não remuneração do particular”. Do anteprojeto constou, no artigo 28, a seguinte regra a ser observada na execução dos contratos público-privados: “o contratante público não poderá, por razões de interesse público, impedir, adiar ou reduzir unilateralmente a cobrança ou o reajuste de tarifas ou preços pelo contratado, salvo com prévia autorização de Tribunal Arbitral, em decisão cuja vigência ficará sempre vinculada ao pagamento de compensação mensal em dinheiro pela perda de receita” (VI). SUNDFELD, Carlos Ari. MOREIRA, Egon Bockmann. “PPP Mais: Um caminho para práticas avançadas nas parcerias estatais com a iniciativa privada”. In *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte: Fórum, ano 14, n. 53, p. 36, jan/ma. 2016.

do comitê técnico independente (*dispute board*), pode favorecer não apenas o incremento da qualidade destas decisões, como restringir o espaço para sua utilização arbitrária e oportunista.

Outra inovação que me parece útil para mitigar o risco de medidas unilaterais arbitrárias é introdução de *acordos integrativos* na formação do ato unilateral. Como em muitos casos estas medidas envolvem a implementação de providências secundárias, cujo detalhamento eventualmente dependa de negociação das partes, seria uma boa prática buscar-se o estabelecimento de acordos instrumentais à finalidade do ato unilateral, com vistas a regular o cumprimento deste conjunto de obrigações acessórias (como o reequilíbrio econômico-financeiro, o pagamento de indenizações, a expedição de providências para desapropriações, a obtenção de licenciamentos etc).

7.A preferência de mecanismos privados para a resolução de divergências

Já há um diagnóstico relativamente claro quanto à eficiência das *alternative dispute resolutions* (ou simplesmente ADR's) em contratos administrativos, especialmente naqueles relacionais como são as concessões e PPPs. Mas eles nem sempre têm sido vistos com bons olhos pelas instâncias de controle, acostumadas a um direito imperativo e pouco consensual.

O emprego dos ASR's para solucionar litígios em contratos administrativos de longo prazo tem fundamento tanto no artigo 23-A da Lei nº 8.987/95, como no artigo 11, inciso III, da Lei nº 11.079/04. Contudo, inexiste uma disciplina legal (veiculada por normas gerais) avançada sobre eles. Parece-me importante que, num movimento de atualização da legislação sobre concessões e PPPs, estas técnicas alternativas de resolução de controvérsias sejam incorporadas e disciplinadas, com vistas a estimular o seu uso.

Os chamados *dispute boards* (ou comitês técnicos para a resolução de controvérsias) têm sido cada vez mais utilizados em contratos de longo prazo como um expediente vocacionado a dirimir dúvidas e resolver divergências de natureza técnica. Com atribuições para opinar ou deliberar sobre controvérsias surgidas entre concessionário e poder concedente, podem significar uma ferramenta relevante para reduzir custos de litígios e ampliar a eficiência na execução a concessão.

Estes comitês técnicos podem assumir papéis variados no contexto da prevenção e solução de litígios entre concessionário e poder concedente. Como regra, são constituídos por profissionais especialistas independentes, por indicação tanto do poder concedente como da concessionária. No que diz respeito à sua competência, podem tanto ser constituídos *ad hoc*, afetados a deliberar sobre casos específicos, como podem ser constituídos ao início da execução da concessão, com vistas a funcionarem como uma instância técnica para a resolução de todas as controvérsias surgidas ao longo do seu ciclo de vida⁶¹⁹. O seu espectro temático também pode ser variado, a depender dos termos do contrato de concessão.

Também os efeitos de suas deliberações podem ser customizados pela disciplina contratual: podem possuir efeitos adjudicatórios, meramente opinativos ou mistos (quando as partes podem decidir, ao tempo da submissão da questão ao comitê, qual o tipo de efeito a ser atribuído à sua deliberação).

Como a legislação nacional não contempla expressamente essa figura (embora já existam em nossa experiência diversos contratos que prevêem a atuação de comitês técnicos para estes fins), e tendo em vista tratar-se de tema sensível à luz das interpretações mais ortodoxas, é importante que a legislação estabeleça a possibilidade de sua utilização e seus possíveis efeitos jurídicos.

Dado, ademais, o cacoete histórico das instâncias de controle em limitar o alcance de soluções alternativas às instâncias tradicionais de resolução de divergências, seria relevante que a legislação estabelecesse (ainda que exemplificativamente) uma relação de temas e assuntos que possam ser objeto destas deliberações, com vistas a oferecer maior segurança jurídica à sua utilização nos casos concretos. Assim, há temas diversos que poderão, quando for o caso, merecer a deliberação pelos *dispute boards*, como: (i) aprovação de projetos executados pelo parceiro privado; (ii) divergências de natureza técnica ou contábil relativamente ao pagamento de ressarcimentos indenizatórios e de reequilíbrio econômico-financeiro; (iii) adequação técnica e correção contábil de aditivos contratuais a propósito de adaptações, ajustes e alterações, programadas ou não, no objeto da concessão; (iv) divergências quanto ao cálculo do

⁶¹⁹ Há casos, ainda, em que a entidade administrativa ou o poder concedente constitui um comitê técnico independente para funcionar como instância de deliberação para contratos de concessão em geral (ou para um grupo de contratos). Solução desta ordem impede que a concessionária indique um ou alguns integrantes do comitê, como ocorre nos casos em que o comitê é constituído no âmbito do contrato de concessão.

reajuste de tarifa e da atualização de contraprestação pública, inclusive quanto a encargos moratórios, quando for o caso; (v) divergências quanto a aspectos técnicos relacionados à alegação das partes relacionadas ao cumprimento ou descumprimento de encargos pela outra, nos limites definidos em contrato; e (vi) e resolução de dúvidas ou de ambiguidade relativamente ao conteúdo das obrigações contratuais e quanto aos fatos relevantes que possam interferir na sua execução.

Penso que a legislação deva acolher uma moldura larga para os *dispute boards*, admitindo-se que eles possam ser disciplinados no plano do contrato, ou mesmo por meio do empréstimo de regulamentos já existentes de outras instituições, o que viabilizaria a adoção das suas diversas espécies, como o *dispute review board*, o *dispute adjudication board* ou mesmo o *combined dispute board*. Tudo a depender da disciplina do contrato.

É certo que, de uma perspectiva da dogmática convencional dos contratos públicos no Brasil, os casos mais sensíveis ou de maior controvérsia seriam aqueles em que das deliberações do comitê técnico surgem efeitos vinculantes para as partes. O dogma da irrenunciabilidade de competências públicas é constantemente invocado para rechaçar técnicas alternativas de heterocomposição de conflitos pela Administração Pública. Mas não me parece que haja qualquer óbice jurídico para tanto, muito menos de raiz constitucional⁶²⁰. Parece-me perfeitamente viável que a Administração Pública, invocando seu princípio de autotutela, obrigue-se com uma sistemática de resolução de conflitos desenhada e disciplinada contratualmente.

No entanto, o reconhecimento do cabimento jurídico desta solução não desmerece a conveniência em incorporá-la na legislação, com vistas vacinar eventuais interpretações restritivas ou negativistas que possam se formar no âmbito da jurisprudência. Um tema relativamente novo como este está ainda por ser testado na jurisprudência.

1.2 ⁶²⁰ COMO ASSINALA FLÁVIO AMARAL GARCIA, “A PREVISÃO CONTRATUAL DE UM COMITÊ DE *EXPERTS* PARA ACOMPANHAR E MONITORAR A EXECUÇÃO DO OBJETO, BEM COMO SOLUCIONAR, EM PRIMEIRA LINHA, OS LITÍGIOS E CONTROVÉRSIAS (ESSENCIALMENTE DE ÍNDOLE TÉCNICA), QUE SE SUCEDAM DURANTE A SUA EXECUÇÃO NÃO IMPLICA, A NOSSO VER, EM RENÚNCIA A DIREITO OU AVANÇO EM QUALQUER DIREITO INDISPONÍVEL OU INEGOCIÁVEL. TRATA-SE, AO REVÉS, DE UMA FERRAMENTA ENDÓGENA AO CONTRATO QUE PODE SE REVELAR EXTREMAMENTE EFICIENTE, PORQUANTO CONFERE MAIOR EFETIVIDADE NA GESTÃO E CONSECUÇÃO DOS SEUS OBJETIVOS”. GARCIA, FLÁVIO AMARAL. “O DISPUTE BOARD E OS CONTRATOS DE CONCESSÃO”, IN *COLUNISTAS*, N. 121, 2016, [HTTP://WWW.DIREITODOESTADO.COM.BR/COLUNISTAS/FLAVIO-AMARAL-GARCIA/O-DISPUTE-BOARD-E-OS-CONTRATOS-DE-CONCESSAO](http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/o-dispute-board-e-os-contratos-de-concessao).



Parece-me relevante, por fim, que a lei estabeleça a preferência pela utilização de ADR's nos contratos de concessão, estimulando o seu uso em detrimento do sistema judicial. Afinal, há um diagnóstico aparentemente comum entre nós acerca da ineficiência e ineficácia do sistema judicial para solucionar controvérsias havidas no âmbito de contratos administrativos. As técnicas alternativas de composição ou resolução de controvérsias são incomparavelmente mais ágeis e qualificadas para o endereçamento das divergências e disputas relacionadas às concessões.

COVID-19, CONTRATOS DE SERVIÇOS E SHUTDOWN ADMINISTRATIVO

FLAVIO AMARAL GARCIA

Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Sócio do Escritório Juruena e Associados.

Professor de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas.

HENRIQUE BASTOS ROCHA

Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Sócio do Escritório Juruena e Associados. Ex-

Diretor Jurídico do BNDES.

É de conhecimento geral a rápida propagação global do Covid19. Em janeiro do corrente ano, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que o surto do Covid19 constituía Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII). No dia 11 de março, a OMS reclassificou o estado de contaminação como pandemia, retratando a rápida disseminação geográfica global do vírus.

Diante da gravidade do Covid19 e sua capacidade de fácil proliferação, a OMS recomendou, para controle da pandemia, a restrição de circulação da população e isolamento social.

No Brasil, o Ministério da Saúde declarou emergência em saúde pública de importância nacional (ESPIN) em decorrência da infecção humana pelo Covid-19, por meio da Portaria nº 188/GM/MS, de 4 de fevereiro de 2020.

Em 06 de fevereiro de 2020, foi editada a Lei Federal nº 13.979, que dispôs sobre medidas que poderão ser adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública de

importância internacional, decorrente do Covid-19, objetivando a proteção da coletividade, que previu, entre outras providências, o isolamento social, a quarentena, a realização compulsória de exames, testes e coletas de material, bem como a dispensa de licitação para aquisição de bens, serviços e insumos de saúde destinados ao enfrentamento da emergência.

Em razão do agravamento da crise de saúde, o Governo Federal reconheceu a necessidade de declarar estado de calamidade pública, encaminhando a Mensagem nº 93 ao Congresso Nacional. A mensagem ensejou o Projeto de Decreto Legislativo nº 88/2020 que foi aprovado pela Câmara dos Deputados em 18 de março de 2020 e pelo Senado Federal em 20 de março de 2020, resultando na promulgação do Decreto Legislativo nº 06/2020, publicado na edição extraordinária do D.O. da União no mesmo dia.

A pandemia do Covid-19 tem causado impactos brutais na economia mundial, com horizonte de recessão somente visto por ocasião das últimas grandes guerras. Evidente que, neste contexto, os contratos administrativos serão profundamente impactados.

Nos contratos administrativos em vigor, notadamente nos contratos de prestação de serviços, cogitam-se de algumas opções como a (i) a manutenção das atividades que podem continuar sendo prestadas remotamente; (ii) a possibilidade de supressão unilateral de 25% do valor do contrato, a teor do disposto no art. 65, § 1º da Lei nº 8.666/93, ou mesmo acima deste limite por acordo entre as partes (§ 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93); (iii) férias coletivas e outras soluções no campo do Direito do Trabalho; e (iv) a suspensão da execução dos contratos administrativos em andamento, mantendo-se o pagamento dos empregados, durante a suspensão da execução do contrato para evitar desmobilizações em grande escala, que podem ter efeitos deletérios para a Administração Pública.

Pretende o presente artigo se ocupar da última medida, a saber, identificar os contornos jurídicos da suspensão da execução do contrato com a manutenção do pagamento, medida adotada pelo Estado do Rio de Janeiro, que regulamentou o tema por intermédio do Decreto nº

47.004, de 27 de março de 2020 e pelo Município de São Paulo, por intermédio da Lei nº 17.335, de 27 de março de 2020.

O artigo 78, XIV da Lei nº 8.666/1993, que prevê a possibilidade de suspensão dos contratos, tem a seguinte redação:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;

Possível extrair do referido dispositivo legal que: (i) a suspensão é medida unilateral da Administração Pública; (ii) deve ser formalizada por ordem escrita da Administração Pública contratante; (iii) o prazo máximo da suspensão unilateral é de 120 (cento e vinte) dias; (iv) se o prazo for superior a 120 dias o contratado tem direito a pleitear a rescisão do contrato; (v) o prazo pode ser superior a 120 dias em casos de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra; (vi) a suspensão não exonera a Administração do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas desmobilizações e mobilizações não previstas no contrato; e (vii) o contratado pode optar pela suspensão do cumprimento das suas obrigações até que seja normalizada a situação.

Note-se que o contrato administrativo permanece em vigor. O que se suspende é a execução das obrigações nele previstas, com a Administração Contratante ficando responsável pelo pagamento de indenizações decorrentes das imprevistas desmobilizações e mobilizações.

Assim, se o contratado for obrigado a demitir e recontratar empregados em função da suspensão da execução do contrato, determina o inciso XIV, do art. 78 da Lei nº 8.666/93 que caberá à Administração Pública contratante indenizar o contratado pelos prejuízos decorrentes da sua medida unilateral.

Diante da pandemia do Covid-19, situação fática extraordinária, diversos administradores públicos passaram a cogitar uma solução inovadora, que é a suspensão da execução das obrigações do contratado com manutenção de parte do pagamento pela Administração Contratante, suficiente para a remuneração dos empregados terceirizados, evitando uma desmobilização geral e posterior mobilização de pessoal, em um momento de incerteza quanto ao tempo necessário para a retomada das atividades presenciais nas repartições públicas.

Além disso, os administradores públicos têm considerado, como efeito indireto positivo da manutenção do pagamento de empregados terceirizados, evitar demissão em massa em um momento de crise aguda como o que ora se vivencia, sendo indesejável que o Poder Público aja como agente potencializador do desemprego, em meio a uma crise extraordinária e profunda, mas temporária.

Efetivamente, o Covid19 acarreta uma inédita paralisação temporária de atividades em todos os órgãos públicos cujo atendimento presencial não seja classificado como serviço essencial para a preservação de vidas.

É previsível que uma decisão pela suspensão da execução dos contratos, com corte do pagamento dos empregados, gere demissões em massa e necessidade de recontração para a retomada da execução do contrato, com custo a ser arcado pelas entidades públicas contratantes

e o risco de promover uma geral e profunda desorganização nos contratos administrativos de prestação de serviços.

Não se pode desconsiderar que a súbita desestruturação da cadeia de fornecedores de serviços e a perda maciça de empregados terceirizados, por um evento gravíssimo, mas passageiro (a pandemia do Covid-19) pode inviabilizar a imediata retomada dos serviços públicos e administrativos presenciais, quando do relaxamento das medidas de isolamento social, com base em orientações da Organização Mundial da Saúde – OMS e das autoridades do país.

Parece razoável a preocupação de que a Administração Pública esteja preparada para a retomada da prestação presencial de serviços públicos imediatamente após o relaxamento das medidas de isolamento social. Em seu processo decisório, o gestor público deve sopesar esse fator, com vistas ao atendimento do princípio da eficiência administrativa.

Cabe ao gestor atestar avaliar, no órgão ou entidade pública administrado, quais seriam as consequências da suspensão dos contratos com desmobilização da mão de obra, o custo de ter que indenizar desmobilizações e futuras mobilizações, além do risco de desestruturação prolongada das atividades administrativas, no caso de eventual extinção dos contratos.

A avaliação das consequências pelo gestor público é determinada pelo artigo 20 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, incluído pela Lei nº 13.655/18, segundo o qual *“nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.”*

Inegável, ainda, a relevância da regra do artigo 22 da LINDB, segundo o qual *“na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”*. As dificuldades que se vivencia no presente momento são bastante complexas, gerando problemas reais para os gestores na tomada de decisão.

O não pagamento às empresas terceirizadas durante o período de restrição a circulação de pessoas, por todos os órgãos e entidades públicas, poderá acarretar - para além do agravamento do problema social, com demissões em massa - a extinção concomitante de vários contratos administrativos, gerando a necessidade de a Administração Pública realizar repentinamente, quando do relaxamento das medidas de isolamento social, diversas licitações ou mesmo contratações diretas, com risco para a retomada do atendimento presencial nos serviços públicos, em um momento de profunda necessidade da população, dada a provável recessão econômica e as demais consequências que se avizinham com a pandemia.

Eventual decisão de suspensão da execução dos contratos, com a manutenção do pagamentos dos empregados deve, - se adotada - ser considerada uma solução transitória e excepcional, a ser objeto de constante reavaliação pelos gestores, dada a absoluta impossibilidade de se prever como a pandemia vai evoluir e os efeitos das medidas governamentais que estão sendo adotadas para contê-la.

Além disso, para garantir a efetividade da medida, o ente contratante deve procurar obter alguma garantia de que a remuneração será repassada aos empregados terceirizados. Não se pode admitir que eventual sociedade empresária contratada possa reter o pagamento para atender a outras despesas, não repassando os valores devidos aos empregados, já que o objetivo principal que se vislumbra é a manutenção temporária da mobilização da mão de obra terceirizada. Recomendável, portanto, que, se a decisão for pela manutenção dos pagamentos, que se exija da contratada assunção formal desse compromisso via termo aditivo.

A despeito de ser juridicamente viável, a medida cogitada não encontra no contrato a melhor técnica para a tomada de decisão. Sendo um problema geral da Administração Pública, não individual de um órgão ou entidade pública, merece uma solução uniforme e abrangente.

Deixar ao Administrador Público de cada órgão o ônus de tomar decisões sobre a questão dos terceirizados, sem embasamento em premissas uniformes sobre (i) as perspectivas de controle ou agravamento da situação da saúde pública, (ii) a expectativa de tempo para a

retomada da prestação presencial dos serviços públicos e (iii) a repartição social dos custos impostos pelo Covid19; não é compatível com a segurança jurídica imposta à atuação da Administração Pública pela Constituição Federal.

É importante uma solução por via normativa, que indique uma orientação geral para a repactuação dos contratos de prestação de serviços, já que o mesmo problema acomete os gestores de todos os órgãos e entidades públicos. Não seria necessariamente uma fórmula única, haja vista que cada contrato administrativo pode apresentar uma solução diferente, mas uma disciplina normativa que oriente o Administrador Público quanto aos critérios serem observados em sua decisão sobre a suspensão da execução dos contratos e as parcelas da remuneração a serem mantidas.

Nessa linha, sem prejuízo de medidas imediatas, mas provisórias, a serem adotadas pelos gestores de órgãos e entidades públicas em relação a cada contrato administrativo, o Chefe do Poder Executivo Federal, Estadual ou Municipal poderá centralizar e uniformizar a solução por meio da edição de Decreto, pois a essa autoridade cabe exercer a direção superior da Administração Pública da respectiva entidade federada, a teor do disposto no art. 84, II da Constituição Federal, artigo que se refere ao Presidente da República, mas se aplica também, por simetria, a Governadores e Prefeitos Municipais.

Foi isso que ocorreu no Estado do Rio de Janeiro, que editou o Decreto nº 47.004, de 27 de março de 2020, disciplinando as condições para a suspensão da execução dos contratos de prestação de serviços com manutenção de pagamento de empregados.

O encaminhamento da solução via Decreto não exclui, de modo algum, a firme recomendação de que a matéria seja endereçada por lei (ou no plano federal por Medida Provisória), como ocorreu no Município de São Paulo, que promulgou a Lei nº 17.335, de 27 de março de 2020.

Ao fim e ao cabo, a decisão que ora se cogita envolve a alocação de escassos recursos públicos em momento de crise, com a preservação da continuidade das relações jurídicas com empresas fornecedoras de mão obra terceirizada, viabilizando a imediata retomada dos serviços públicos prestados presencialmente, após o relaxamento das medidas restritiva de circulação de pessoas. Essa é uma decisão que deve ser partilhada com o Poder Legislativo, especialmente no cenário de uma crise de proporções gigantescas.

Tais atos normativos podem contemplar as variadas possibilidades legais à disposição do gestor, tais como a revisão do contrato, a alteração unilateral supressiva e os balizamentos concretos para a sua suspensão provisória, inclusive com soluções no campo do Direito do Trabalho. Existem alternativas, sendo a suspensão da execução do contrato - com a manutenção do pagamento - uma das opções que se apresentam viáveis dadas as circunstâncias de excepcionalidade que decorrem da pandemia.

No contexto da pandemia do Covid-19, os gestores públicos e os poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) não devem deixar de considerar o risco de uma abrupta e generalizada desorganização da gestão dos contratos administrativos de serviços, que poderá inviabilizar a pronta retomada da prestação de vários serviços públicos ao final da pandemia, que não se sabe quanto tempo durará. Um verdadeiro *shutdown* administrativo.

CONTORNOS CONTEMPORÂNEOS DA REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA

Flávio Amaral Garcia

Professor de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas. Sócio do Escritório Juruena e Associados. Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

Rodrigo Crelieir Zambão da Silva

Professor de Direito Administrativo. Sócio do Escritório Juruena e Associados. Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

HOMENAGEM

O presente artigo foi elaborado em homenagem ao Professor Jessé Torres Pereira Junior e é uma forma dos autores expressarem a sua admiração e respeito pelo jurista e pelo ser humano.

Também devemos agradecer ao Professor Jessé pela sua inestimável contribuição para a construção de um Direito Administrativo Contemporâneo e alinhado com as tendências do século XXI. A sua atuação na magistratura fluminense também deve ser destacada, sempre eficiente, comprometida e sóbria.

Compartilhar a sua amizade e o seu conhecimento é um verdadeiro presente para os seus alunos. Que venham novos desafios profissionais e acadêmicos e que o Professor Jessé continue a nos conduzir com a sua serenidade e sabedoria.

I - NOTA INTRODUTÓRIA

A requisição administrativa é instituto clássico de Direito Administrativo, tradicionalmente ensinado em manuais da disciplina, mas que não havia encontrado utilização regular no dia a dia da Administração Pública.

Com efeito, o requisito quanto à existência de perigo público iminente sempre foi um limitador. Além disso, o instituto, notadamente quanto ao fornecimento de bens e serviços, de certa forma, acabou sendo absorvido pela realização de contratações emergenciais, nos termos do artigo 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93.

Ocorre que o advento da pandemia do COVID-19 elevou a requisição administrativa ao patamar de instrumento relevantíssimo para o emprego de políticas públicas emergenciais, trazendo luzes para um instituto há muito esquecido.

Ou seja: passou-se a considerar a pandemia do COVID-19, por si só, como fundamento válido para o incremento de medidas de requisição de todos os tipos, com destaque para aquelas destinadas a serviços e bens vinculados à saúde pública.

Dessa forma, tendo a pandemia do COVID 19 como principal pressuposto, foi editada a Lei nº 13.979/2020, que regulou uma série de medidas e institutos do Direito Administrativo, veiculando, também, disciplina específica para a requisição administrativa, como uma das medidas a ser utilizada para enfrentamento da pandemia⁶²¹.

⁶²¹ Importante destacar que a Lei nº 8.080/1990, que regula os serviços de saúde, já contemplava a requisição de bens e serviços de pessoas naturais ou jurídicas, para atendimento de “necessidades coletivas, urgentes e transitórias, oriundas de perigo iminente, calamidade pública ou irrupção de epidemias”, assegurada justa indenização. Confira-se o artigo: “Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições: XIII - para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização;”.

O aludido diploma legal ensejou a requisição de medicamentos e insumos de empresas privadas sob a justificativa, por exemplo, da premente necessidade do Ministério da Saúde em promover o enfrentamento da situação de emergência em saúde pública de interesse nacional decorrente do COVID-19.

O presente artigo visa a analisar os contornos jurídicos da requisição administrativa no contexto de pandemia que ora se enfrenta, analisando os requisitos que devem ser observados para a sua adoção, bem como os casos em que o instituto não poderá ser adotado.

II - REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA: PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS.

A requisição administrativa tem previsão expressa no artigo 5º, inciso XXV da Constituição Federal:

XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

Na linha do que expressamente preceitua o citado dispositivo constitucional, é possível conceituar a requisição administrativa como modalidade de intervenção estatal autoexecutória na propriedade privada, por meio da qual o Estado utiliza bens móveis e serviços particulares em situação de perigo público iminente⁶²².

Conforme destaca JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO:

“o administrador público não é livre para requisitar bens e serviços. Para que possa fazê-lo, é necessário que esteja presente situação de

⁶²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25ª Edição. São Paulo, Editora Atlas, 2012, p. 781-784.

perigo público iminente, vale dizer, aquele perigo que não somente coloque em risco a coletividade, como também que esteja prestes a se consumir ou a expandir-se de forma irremediável se alguma medida não for adotada. Tais situações não são apenas as ações humanas, como bem registra Manoel Gonçalves Ferreira Filho, mas de igual maneira os fatos da natureza, como inundações, epidemias, catástrofes e outros fatos do mesmo gênero”⁶²³.

A requisição administrativa, além de prevista constitucionalmente, também consta no art. 1.228, § 3º, *in fine*, do Código Civil, no Decreto-Lei nº 4.812/1942 que trata das requisições militares, na Lei Delegada nº 4, de 26.09.62 (regulamentada pelo Decreto Federal nº 51.644-A, de 26.11.62), no Decreto-Lei nº 2, de 14.1.66, voltados para a intervenção no domínio econômico e para os bens e serviços necessários ao abastecimento da população também tratam de requisição, assim como no Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei Federal nº 7.565, de 19.12.86).

A Lei nº 13.079/20 que, dentre outras medidas pensadas para o combate à pandemia, prevê expressamente a requisição administrativa, consagrou, em seu artigo 3º, inciso VII, a legitimidade do emprego por autoridades públicas da “*requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas*”, assegurada a indenização posterior e justa. Note-se que o citado diploma legislativo não conferiu contornos objetivos ao instituto da requisição, não adentrando nos aspectos procedimentais e nem nos parâmetros de indenização.

A previsão legal, conquanto excessivamente genérica, deve ser complementada pelo disposto no § 1º do mesmo artigo 3º, segundo o qual as medidas nele previstas somente podem ser “*determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública*”.

⁶²³ Op. Cit.

A Lei nº 13.979/20, portanto, limita a utilização da requisição administrativa – assim como dos outros instrumentos nela previstos – ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública, estabelecendo, ainda, que as decisões devem ser tomadas com base em "*evidências científicas*" e "*em análise sobre as informações estratégicas em saúde*".

Dessa forma, é possível vislumbrar que ainda que necessariamente vinculada à existência de iminente perigo público, especificamente no que diz respeito ao COVID-19, o legislador expressamente condicionou a motivação, repita-se, ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública.

No caso, vale ressaltar que a prerrogativa excepcional de requisição de bens não dispensa o pressuposto da motivação, que deverá ser prévia ou consentânea à expedição do ato. A motivação é indispensável e é com fundamento na exposição das razões de fato e de direito que o ato será sindicado, inclusive para apuração de eventuais excessos ou desvio de finalidade.

É assim que, sob a perspectiva da necessária presença de situação de perigo público, pressuposto do instituto, o ato de requisição é vinculado e, ainda que de apreciação preferencial pelo agente público, não é imune ao controle judicial.

Acrescente-se que verificada a situação de perigo público iminente, a requisição pode ser de imediato implementada – sem forma predeterminada – de modo que deve ser tida como autoexecutória, ou seja, sem necessidade de prévia autorização do Poder Judiciário.

Em termos objetivos: não precisa o ente público de autorização judicial para ingressar na propriedade e requisitar os bens. Claro que se a requisição for ilegal (por não atender o requisito de iminente perigo ou mesmo em razão de déficit de motivação), poderá o proprietário do bem requisitado questionar em juízo a sua juridicidade. Entretanto, não tem, em tese, como se opor ao ato de autoridade, impedindo, por exemplo, a entrada dos agentes públicos.

Não há, conforme já sinalizado, necessidade de prévia indenização, ao contrário do que ocorre na desapropriação por necessidade ou utilidade pública. Para desapropriar um bem é indispensável a prévia indenização. Na requisição a indenização é *a posteriori* em razão, exatamente, do iminente perigo público.

Cabe registrar, ainda, que o artigo 3º, § 7º da Lei nº 13.979/20 traz regra de competência relativamente à requisição administrativa, atribuindo a medida também aos gestores locais de saúde, o que revela a existência de competência material concorrente, ainda que a competência legislativa na matéria seja privativa da União, na forma do artigo 22, inciso III, da Constituição Federal.

Assim, apenas quem pode legislar sobre requisição é a União. Contudo, todos os entes públicos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) podem requisitar bens e serviços, desde que presentes os pressupostos legais.

O citado artigo 3º, § 7º da Lei nº 13.979/20 deve ser interpretado em consonância com o decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 6.341 e na ADPF 672, em que foi assentada a competência concorrente dos entes federativos para adoção de medidas que protejam a saúde pública em meio à pandemia do COVID-19.

Vejamos a ementa da medida cautelar deferida na ADI nº 6.341 – referendada pelo Plenário – da relatoria do Ministro Marco Aurélio:

SAÚDE – CRISE – CORONAVÍRUS – MEDIDA PROVISÓRIA – PROVIDÊNCIAS – LEGITIMAÇÃO CONCORRENTE. Surgem atendidos os requisitos de urgência e necessidade, no que medida provisória dispõe sobre providências no campo da saúde pública nacional, sem prejuízo da legitimação concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (STF;

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341 – Distrito Federal; rel. Min. Marco Aurélio; j. 03/07/2020)

567

No mesmo sentido, a decisão proferida na ADPF nº 672 que deferiu medida cautelar, sob a relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, também referendada pelo Pleno da Suprema Corte:

Presentes, portanto, a plausibilidade inequívoca de eventual conflito federativo e os evidentes riscos sociais e à saúde pública com perigo de lesão irreparável, CONCEDO PARCIALMENTE A MEDIDA CAUTELAR na arguição de descumprimento de preceito fundamental, ad referendum do Plenário desta SUPREMA CORTE, com base no art. 21, V, do RISTF, para DETERMINAR a efetiva observância dos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da Constituição Federal na aplicação da Lei 13.979/20 e dispositivos conexos, RECONHENDO E ASSEGURANDO O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS GOVERNOS ESTADUAIS E DISTRITAL E SUPLEMENTAR DOS GOVERNOS MUNICIPAIS, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras; INDEPENDENTEMENTE DE SUPERVENIENCIA DE ATO FEDERAL EM SENTIDO CONTRÁRIO, sem prejuízo da COMPETÊNCIA GERAL DA UNIÃO para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário.” 8. A decisão reclamada, proferida pelo Juízo de plantão da Justiça Federal do Rio de Janeiro, possui o seguinte dispositivo.(STF;

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672 –
Distrito Federal; rel. Min. Alexandre de Moraes; j. 08/04/2020)

568

Feitas tais considerações, passa-se a enfrentar a requisição administrativa sob o prisma o princípio da proporcionalidade.

III. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, DEVER DE MOTIVAÇÃO E A CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL *FAST TRACK* DA LEI Nº 13.979/20.

Se por um lado é inegável que contextos de crise incrementam medidas estatais interventivas na economia – e consequentemente na propriedade privada –, por outro também é indiscutível que contextos de exceção não derogam premissas essenciais do Estado Democrático de Direito, no que naturalmente obstaculizam providências estatais arbitrárias e excessivas.

É nesse sentido que merece destaque a consideração de que a requisição administrativa, ainda que no contexto gravíssimo da pandemia vivida, não afasta a necessária observância de critérios de procedimentalização, consensualidade e proporcionalidade no exercício da função administrativa.

O poder de autoridade estatal – fundamento central e incontestável da requisição administrativa – não pode ser exercido de forma desmedida. É assim que a motivação necessária à requisição administrativa, além de justificada à luz de iminente perigo público, não pode desmerecer a premissa de que quando envolvidos direitos fundamentais dos administrados – dentre os quais naturalmente se inserem os princípios da livre concorrência, da livre iniciativa e da propriedade privada – torna-se impositiva a observância prévia de justificação quanto à inexistência de alternativas menos restritivas.

MARÇAL JUSTEN FILHO⁶²⁴, em trabalho destinado ao estudo da requisição administrativa no contexto do COVID-19, esclarece que:

É inconstitucional requisitar bens e serviços de particulares como solução rotineira para enfrentar a pandemia. A medida, prevista na Lei 13.979, apresenta natureza excepcional e deve ser acompanhada de imediata indenização ao prejudicado. Em face da Constituição, a satisfação das necessidades da Administração Pública faz-se preferencialmente por via consensual. O contrato administrativo é a solução quando a Administração necessitar de bens ou serviços privados. Cabe ao Estado negociar com a iniciativa privada para obter a prestação pretendida.”

Na mesma linha de raciocínio, em idêntico contexto, EGON BOKCMANN MOREIRA⁶²⁵:

O princípio da proporcionalidade. A requisição é forma de expropriação de direito fundamental. Logo, deve respeito à proporcionalidade, em suas três dimensões: deve ser *adequada* (se é apropriada e apta aos fins justificados para sua adoção); *necessária* (se configura a menor desvantagem possível para a pessoa privada) e *proporcional em sentido estrito* (qual a relação entre os meios empregados e os fins visados: a “justa medida” da decisão estatal). Quanto mais intensa a agressão ao direito fundamental (como no caso das liberdades), mais agudo o exame da proporcionalidade. Constatação que se desdobra nos cinco outros desafios.

⁶²⁴JUSTEN FILHO, Marçal. *Covid-19 e o Direito Brasileiro*. Curitiba: Justen, Pereira, Oliveira & Talamini, 2020 (E-book – Edição do Kindle).

⁶²⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. Requisição administrativa em tempos de pandemia: seis desafios e um novo conceito. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/requisicao-administrativa-em-tempos-de-pandemia-seis-desafios-e-um-novo-conceito>. Acesso em: 03/08/2020.

Registre-se, ainda, o que dispõe o artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no que condiciona decisões tomadas com base em conceitos jurídicos abstratos, naturalmente abrangendo a premissa de perigo público iminente, conforme previsão expressa do art. 5º, inciso XXV da Constituição Federal. Vejamos:

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.

Aliás, o dever de motivação vem expresso na Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo federal:

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

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

(...)

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

(...)

Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Não por outro fundamento fica evidente que a motivação necessária à decisão de se efetivar requisições deverá demonstrar que foram consideradas e afastadas medidas menos gravosas e, ainda, projetadas as consequências práticas do ato administrativo restritivo.

O raciocínio acima ganha ainda mais relevância quando se reconhece que a aquisição de medicamentos e insumos hospitalares, como não poderia deixar de ser, é atividade rotineira e ordinária de órgãos públicos de saúde, os quais, especificamente no contexto da COVID-19, têm como instrumento possível a realização de contratações emergenciais, na forma do artigo 4º e seguintes da Lei nº 13.979/20.

Assim, considerados os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, a formalização de contratos administrativos, ainda que emergenciais, deve ser preferencial à requisição administrativa, sempre que o interesse público puder ser atendido satisfatoriamente por intermédio da medida menos gravosa.

Essa premissa é reforçada pelo fato da contratação emergencial, no contexto da pandemia do COVID 19, ter sido alterada com vistas a torná-la ainda mais ágil e flexível. É possível fazer referência a uma contratação emergencial *fast track*, quando comparada com a contratação emergencial disciplinada pelo artigo 24, IV, da Lei nº 8.666/93.

São cinco as principais alterações promovidas pela Lei nº 13.979/20, com as modificações promovidas pela Medida Provisória nº 926/20, as quais se circunscrevem apenas às contratações emergenciais vinculadas ao atendimento das demandas do COVID-19.

A primeira alteração se refere ao fato dessa norma ser provisória e temporária, ou seja, se aplica apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do COVID 19⁶²⁶.

⁶²⁶Art. 4º - É dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que

A segunda considera que a situação de emergência é presumida, ou seja, não há necessidade de o agente público demonstrar ou comprovar as circunstâncias da emergência. O próprio legislador já reconhece a situação emergencial, fruto da pandemia mundial, e dispensa o administrador de comprovação específica da excepcionalidade e, ainda, dos demais requisitos usualmente exigidos para a contratação emergencial do artigo 24, IV, da Lei nº 8.666/93⁶²⁷.

Sobre o tema, veja-se a lição de MARÇAL JUSTEN FILHO⁶²⁸:

O art. 4º-B dispõe sobre a amplitude das presunções absolutas adotadas no âmbito da dispensa de licitação. (...) A regra do art. 4º-B significa que a invocação pela Administração da existência de uma certa situação, subsumível ao elenco do referido dispositivo, é juridicamente imunizada quanto a questionamento ou impugnação.

A terceira alteração consiste na simplificação do termo de referência ou o projeto básico da contratação, reduzindo-se as suas exigências substanciais, com vistas, exatamente, a tornar ainda mais célere o procedimento. Também a estimativa de preços pode ser obtida por meio de um entre vários parâmetros definidos pelo legislador, podendo, em caráter excepcional, ser até mesmo dispensada pelo gestor público, desde que mediante justificativa⁶²⁹.

trata esta Lei. § 1º A dispensa de licitação a que se refere o **caput** deste artigo é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

⁶²⁷Art. 4º-B Nas dispensas de licitação decorrentes do disposto nesta Lei, presumem-se atendidas as condições de: I - ocorrência de situação de emergência; II - necessidade de pronto atendimento da situação de emergência; III - existência de risco a segurança de pessoas, obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares; e IV - limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência.

⁶²⁸JUSTEN FILHO, Marçal. Um novo modelo de licitações e contratações administrativas? A MP 926 pode funcionar como experimento para a reforma das licitações, Covid-19 e o direito brasileiro. Disponível em: https://www.justen.com.br/pdfs/IE157/IE%20-%20MJF%20-%20200323_MP926.pdf. Acesso em: 04/08/2020.

⁶²⁹Art. 4º-E - Nas contratações para aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência que trata esta Lei, será admitida a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado. § 1º O termo de referência simplificado ou o projeto básico simplificado a que se refere o caput conterá: I - declaração do objeto; II - fundamentação simplificada da contratação; III - descrição resumida da solução apresentada; IV - requisitos da contratação; V- critérios de medição e pagamento; VI - estimativas dos preços obtidos por meio de, no mínimo, um dos seguintes parâmetros: a) Portal de Compras do

A quarta alteração é a admissão, pelo legislador, também em caráter excepcional, que o bem ou serviço seja adquirido por valor superior de mercado, desde que bem justificada a oscilação do produto no mercado⁶³⁰.

A quinta alteração consiste na permissão para que, havendo restrição de fornecedores ou prestadores de serviços, o gestor possa, excepcionalmente e mediante justificativa, dispensar os documentos de habilitação, salvo a apresentação de prova de regularidade relativa à Seguridade Social e o cumprimento do disposto no inciso XXIII do caput do art. 7º da Constituição (exigência relativa aos menores de idade)⁶³¹. Buscou-se aumentar o espectro de potenciais fornecedores, conferindo espaço para que o administrador público flexibilize parcela dos documentos de habilitação.

Por tal motivo, é possível constatar que a contratação emergencial *fast track* instituída pela Lei nº 13.979/20 criou todas as condições para que os entes públicos – pela via contratual e consensual – tenham as suas demandas imediatamente supridas.

Assim, pelo princípio da proporcionalidade, torna-se indispensável que os entes públicos demonstrem que nem mesmo a contratação emergencial *fast track* é capaz de atender a iminente situação de perigo público e que, portanto, somente pela via forçada da requisição administrativa é que o interesse público poderá ser atendido.

Governo Federal; b) pesquisa publicada em mídia especializada; c) sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo; d) contratações similares de outros entes públicos; ou e) pesquisa realizada com os potenciais fornecedores; e VII - adequação orçamentária. § 2º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será dispensada a estimativa de preços de que trata o inciso VI do caput.”

⁶³⁰ Art. 4º E (...) § 3º Os preços obtidos a partir da estimativa de que trata o inciso VI do caput não impedem a contratação pelo Poder Público por valores superiores decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços, hipótese em que deverá haver justificativa nos autos.

⁶³¹ Art. 4º-F Na hipótese de haver restrição de fornecedores ou prestadores de serviço, a autoridade competente, excepcionalmente e mediante justificativa, poderá dispensar a apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista ou, ainda, o cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação, ressalvados a exigência de apresentação de prova de regularidade relativa à Seguridade Social e o cumprimento do disposto no [inciso XXXIII do caput do art. 7º da Constituição](#).

Não parece exagero afirmar que premissa da consensualidade – em substituição à lógica unidimensional de autoridade – impõe seja cogitado o caráter preferencial da contratação emergencial ou ainda de outro meio menos restritivo.

A título ilustrativo, cabe lembrar, também, que a Lei nº 13.979/20 implementou as seguintes medidas no universo das contratações públicas: (i) os prazos nas modalidades de pregão eletrônico ou presencial para o enfrentamento da pandemia serão reduzidos pela metade, com os recursos administrativo tendo apenas efeito devolutivo⁶³²; (ii) desnecessidade de realização da audiência pública nas contratações de grande valor⁶³³; (iii) prazo de duração dos contratos regidos pela lei de até 06 (seis) meses, podendo ser sucessivamente prorrogado enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento dos efeitos da pandemia⁶³⁴; (iv) possibilidade dos contratos serem alterados em até 50 % (cinquenta por cento) do valor inicial atualizado do contrato⁶³⁵ e (v) em situações excepcionais e sendo o único fornecedor de bens e serviços, poderá ser contratada empresa punida com a declaração de inidoneidade ou com a suspensão do direito de licitar⁶³⁶.

Outrossim, não foi apenas a contratação emergencial que foi alterada. O legislador também procurou agilizar os pregões e expandir os limites de alteração contratual para além daqueles adotados pela Lei nº 8.666/93.

⁶³² Art. 4º-G Nos casos de licitação na modalidade pregão, eletrônico ou presencial, cujo objeto seja a aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de que trata esta Lei, os prazos dos procedimentos licitatórios serão reduzidos pela metade. § 2º Os recursos dos procedimentos licitatórios somente terão efeito devolutivo.

⁶³³ Art. 4º-G (...) § 3º Fica dispensada a realização de audiência pública a que se refere o [art. 39 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#), para as licitações de que trata o caput.

⁶³⁴ Art. 4º-H Os contratos regidos por esta Lei terão prazo de duração de até seis meses e poderão ser prorrogados por períodos sucessivos, enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento dos efeitos da situação de emergência de saúde pública.

⁶³⁵ Art. 4º-I Para os contratos decorrentes dos procedimentos previstos nesta Lei, a administração pública poderá prever que os contratados fiquem obrigados a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões ao objeto contratado, em até cinquenta por cento do valor inicial atualizado do contrato.

⁶³⁶ 3º Excepcionalmente, será possível a contratação de fornecedora de bens, serviços e insumos de empresas que estejam com inidoneidade declarada ou com o direito de participar de licitação ou contratar com o Poder Público suspenso, quando se tratar, comprovadamente, de única fornecedora do bem ou serviço a ser adquirido.

Dessa forma, por exemplo, ainda que em contexto de iminente perigo público, poderia a União, por intermédio do Ministério da Saúde, celebrar contratos emergenciais com as empresas fornecedoras de medicamentos e insumos hospitalares e, caso necessário, ainda alterá-los até o limite de 50% (cinquenta por cento) do seu valor inicial atualizado, sem qualquer prejuízo à saúde pública em contexto de pandemia.

Cumprе enfatizar, ainda, que tais contratos celebrados com fundamento na Lei 13.979/2020, terão prazo de duração de até seis meses, mas poderão ser prorrogados por períodos sucessivos, enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento da pandemia, ao contrário dos contratos emergenciais tradicionais em que é vedada a sua prorrogação.

Enfim, existem várias opções postas à disposição do administrador que precedem a requisição. A demonstração de insuficiência dessas alternativas, designadamente da contratação emergencial *fast track*, é pressuposto obrigatório para legitimar a adoção da medida restritiva da propriedade privada.

Cabe lembrar, por oportuno, que a Advocacia Geral da União expediu uma série de instruções, normatizações e padronizações em relação às contratações vinculadas ao COVID 19 que tendem a conferir maior agilidade e racionalidade nas licitações e nas contratações diretas⁶³⁷, tudo a demonstrar o caráter absolutamente residual da requisição administrativa.

IV. REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA E A JUSTA INDENIZAÇÃO DOS BENS

Ainda que a Constituição Federal e a Lei nº 13.079/20 não veiculem parâmetros claros a respeito da indenização nas hipóteses de requisição administrativa, não há como se desconsiderar que se está diante de intervenção na propriedade privada, de modo que qualquer consideração a respeito do tema necessariamente envolve o conceito de justa indenização.

⁶³⁷ Os diversos modelos de contratação fundamentadas na Lei nº 13.979/20 objetivando o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, bem como os pareceres jurídicos que os embasaram, podem ser encontrados em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/consultoria-geral-da-uniao-1/modelos-de-convenios-licitacoes-e-contratos/modelos-de-licitacoes-e-contratos/modelos-covid-19-lei-no-13-979-20>. Acesso em: 04/08/2020

É assim que a Lei nº 13.979/2020, em seu art. 3º, inc. VII, preceitua: o “enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas: [...] requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa”⁶³⁸.

Parece claro, portanto, que a reparação decorrente da requisição administrativa pressupõe a observância de parâmetros de mercado, considerado o preço ordinariamente praticado, sobretudo quando em comparação com fornecimentos praticados para o próprio Poder Público, em especial para o ente ou órgão requisitante.

Assim, verifica-se que a indenização deve ser paga de forma célere e incluir o lucro do fornecedor, de acordo com as condições normais de mercado, com o objetivo de que não ocorra um desestímulo em relação a fabricação dos insumos médico-hospitalares, tendo em vista a escassez dos mesmos no mercado interno e externo.

O ideal seria que os entes federativos regulamentassem de forma clara e objetiva os critérios que serão utilizados no cálculo das indenizações. Apesar da indenização não ser obrigatória para as requisições administrativas, fato é que boa parte dos insumos médico-hospitalares são consumíveis, de forma que, obviamente, não seria possível a sua devolução ao particular.

Parece razoável, portanto, que as empresas fornecedoras de medicamentos e insumos hospitalares que tiveram sua produção requisitada sejam indenizadas a partir dos preços que

⁶³⁸ Nesse sentido, regulamentando a operacionalização das medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do novo coronavírus (COVID-19) estabelecidas na Lei nº 13.979/2020, o Ministério da Saúde editou a Portaria nº 356, de 11 de março de 2020, que, em seu artigo 7º, estabelece que “a medida de requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus Covid-19 será determinada pela autoridade competente da esfera administrativa correspondente, assegurado o direito à justa indenização”. Disponível em <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-11-de-marco-de-2020-247538346>> Acesso em 03/07/2020.

praticam no mercado, sendo juridicamente descabida cogitação que pretenda suprimir a sua margem de lucratividade habitual.

Outro aspecto relevante é que a justa indenização, ainda que posterior, deve observar padrões de celeridade, notadamente quando em jogo o fornecimento de medicamentos. É o que se extrai da precisa consideração de RAFAEL MAFFINI⁶³⁹:

“A primeira das questões diz com a já referida indenização posterior. É compreensível a *ratio* do caráter posterior da indenização, decorrente do próprio fundamento da requisição administrativa, qual seja, a situação de perigo público iminente, a justificar que a medida administrativa possa ser tomada antes mesmo de discussões sobre os valores devidos pela subtração ou pela privação dos bens e serviços. Num paralelo com a desapropriação, cuja indenização há de ser justa e prévia (art. 5º, XXIV, da CF), a requisição administração mostra-se mais urgente e, portanto, relega para um momento posterior eventuais controvérsias sobre a indenização devida.

Caso se proliferem as requisições, como parece ser o caso deste momento de enfrentamento do COVID-19, tal cenário poderá ensejar a descapitalização de um relevante setor da economia – um dos poucos não afetados por problemas de demanda: o setor da saúde.

Diante dessas circunstâncias, impõe-se que as requisições administrativas sejam realizadas com as suas consequentes indenizações, em momento imediatamente posterior, em poucos dias, sob pena de ruptura da cadeia produtiva fabricante. Imagine-se uma empresa que importe ou produza determinado produto ou equipamento médico e que tenha contra si a determinação de requisições administrativas. Caso não seja feita a indenização a tempo de tal

⁶³⁹ MAFFINI, Rafael Da Cás. Covid-19 e Requisições Administrativas: compreensão e limites de um novo instrumento antigo. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rafael-da-cas-maffini/covid-19-e-requisicoes-administrativas-compreensao-e-limites-de-um-novo-instrumento-antigo>. Acesso em: 03/08/2020.

empresa retomar sua importação ou produção, estará ela descapitalizada e, por conseguinte, privada da possibilidade de continuar importando ou produzindo seus produtos.”

No mesmo sentido, JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA⁶⁴⁰:

“A Constituição e as leis que tratam de requisições adotam a fórmula do pagamento "se houver dano". Há, aí, certa insinceridade, porque dano quase sempre há. No mínimo, há o custo de oportunidade associado a não dispor do bem durante certo período. A indenização é paga após a requisição, e não, como na desapropriação, (mais ou menos) antes.

A indenização da requisição, embora posterior ao evento, deve ocorrer tão logo quanto possível. É prudente, realizada a requisição, iniciar-se procedimento para sua indenização. Como instrumento excepcional destinado a urgências, ela não se sujeita à capacidade orçamentária anual do requisitante, mas é importante que sua prática não implique, pela reiteração, violação à Lei de Responsabilidade Fiscal.

O valor da indenização segue a lógica da desapropriação. Apesar de não ser prévio, há que ser justo. Há que se retornar, no máximo possível, ao status quo ante do proprietário do bem.”

Ainda a respeito do tema, destacando a possível utilização de parâmetros extraídos da própria Lei nº 13.979/20, FRANCISCO OCTAVIO DE ALMEIDA PRADO FILHO⁶⁴¹:

⁶⁴⁰ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Dez perguntas e respostas sobre requisição administrativa em tempos de COVID-19. Disponível em: https://www.academia.edu/43026760/Dez_perguntas_e_respostas_sobre_requisi%C3%A7%C3%A3o_administrativa_em_tempos_de_COVID-19. Acesso em: 03/08/2020.

⁶⁴¹ PRADO FILHO, Francisco Octavio de Almeida. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/323180/consideracoes-a-respeito-da-requisicao-administrativa>. Acesso em: 03/08/2020.

“Com relação à indenização justa, deve ser paga no primeiro momento possível, assim que determinado seu valor, que deve incluir o lucro razoável do fornecedor, de acordo com as condições normais de mercado, quando for o caso, até mesmo como estímulo à continuidade da produção.

Uma possibilidade, nesse caso, é a definição do valor da indenização com a utilização dos critérios de estimativa de preços previstos no artigo 4º-E da lei 13.979/20, incluído pela [MP 926/20](#):

Art. 4º-E Nas contratações para aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência que trata esta Lei, será admitida a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado.

(...)

VI - estimativas dos preços obtidos por meio de, no mínimo, um dos seguintes parâmetros:

- a) Portal de Compras do Governo Federal;
- b) pesquisa publicada em mídia especializada;
- c) sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo;
- d) contratações similares de outros entes públicos; ou
- e) pesquisa realizada com os potenciais fornecedores”.

Em suma: não há dúvidas de que a indenização deverá considerar parâmetros de mercado e ser implementada em atenção ao princípio da eficiência, no que exige célere pagamento, notadamente quando o objeto da requisição englobar o fornecimento de medicamentos e insumos hospitalares.

O pagamento pela via administrativa não se submete ao regime do precatório, podendo ser pago imediatamente pelo ente público. A postergação do pagamento pode acarretar a incidência de juros de mora e outros consectários legais.

V - REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA: FORMAS DE PAGAMENTO.

De tudo o que já foi dito, fica claro que a requisição administrativa não é compra e venda, mas manifestação do poder de império no âmbito da potencial atividade restritiva do Estado sobre a propriedade privada. É assim que o texto constitucional condiciona a requisição administrativa à presença de iminente perigo público, com pagamento de indenização, ainda que *a posteriori*.

Inviável, portanto, atribuir-se à requisição administrativa um regime semelhante ao da compra e venda, com o mesmo tratamento fiscal e contábil. Dito isso, quanto à forma de pagamento, há que se diferenciar duas possíveis situações.

Em primeiro lugar, ao ângulo do ente público, havendo tratamento exclusivamente administrativo da requisição, os pagamentos devem observar as normas de caráter financeiro do ente administrativo, com especial destaque para a previsão orçamentária da despesa. Trata-se de evento semelhante a uma desapropriação amigável, com a diferença de que não se exige prévia indenização.

Em segundo lugar, ressalvada a concordância do proprietário do bem requisitado relativamente a outro meio, a indenização deverá ser em dinheiro, já que somente a Constituição Federal pode excepcionar, como o fez em determinadas espécies de desapropriação, os casos de pagamentos por títulos da dívida pública.

Não havendo concordância quanto ao valor ofertado, torna-se necessária a judicialização da controvérsia, o que, em regra, determina a realização de pagamentos pelo regime de precatórios previsto no artigo 100 da Constituição Federal, ressalvada a realização de acordo judicial.

É o que se extrai das lições de ANDREA PITTHAN FRANÇOLIN⁶⁴²:

581

“Vale dizer, encerrada a pandemia e quiçá reduzida drasticamente a demanda por parte desses produtos, o retorno desses bens a alguns particulares pode não ser conveniente e tampouco representar efetiva diminuição do dano gerado pela Administração Pública, a quem caberá mandatoriamente observar esta realidade no seu dever de indenizar.

Afinal, a requisição administrativa é *“um direito com dupla titularidade. Estado e particular, pois, enquanto garante-se ao Poder Público a realização de suas tarefas em casos de iminente perigo público, resguardando-se dessa forma o bem-estar social, não permite que o particular seja espoliado de seus bens, e, eventualmente, sofra prejuízos”*³.

Nesse contexto, aliás, é inconstitucional a tentativa de “tabelar” ou de pré-fixar a indenização ao particular, do modo que fizeram muitos dos atos de requisição administrativa atrelados ao Covid-19. Não se trata de uma licitação e/ou de uma “mera compra e venda”, sobre as quais incide a “tabela SUS” ou qualquer parâmetro predefinido pelo Estado.

Até porque, diante da altíssima demanda dos bens que dão suporte ao atendimento do Covid-19, é muito provável que grande parte dos produtos requisitados administrativamente já estivesse comprometida para atender contratos com hospitais privados, donde o ato do Estado representou frustração desses negócios.

Ora, além da clareza do texto constitucional, que alude a “indenização justa”, enfatiza a doutrina que *“se o uso da res gerar um prejuízo a seu proprietário, danos emergentes e lucros cessantes*

⁶⁴² FRANÇOLIN, Andrea Pitthan. A requisição administrativa em tempos de Covid-19. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/323162/a-requisicao-administrativa-em-tempos-de-covid-19>. Acesso em: 03/08/2020.

-, este terá garantida a indenização, de forma a não sofrer empobrecimento por força estatal” (MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. 8ª edição. Rio de Janeiro: Atlas, 2011, p. 194).

Dito isso, as pessoas físicas e jurídicas que tiverem seus bens ou serviços atingidos pela requisição administrativa decorrente do Covid-19 devem munir-se de todas as provas dos prejuízos que tal ato de império lhes causar, de forma que, na hipótese do Estado não ressarcir-las administrativa e plenamente, elas possam se valer do Judiciário para receber a “justa indenização” prevista na Magna Carta.”

Não restam dúvidas, portanto, que a justiça e celeridade das indenizações são aspectos a serem considerados para uma eventual judicialização da controvérsia por parte das instituições privadas atingidas pela requisição administrativa.

VI. REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES À LUZ DO PRINCÍPIO FEDERATIVO E DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA.

Assentado que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a competência concorrente de entes federativos no campo da adoção de providencias materiais relacionadas ao COVID-19, um relevante aspecto a ser cogitado consiste na repercussão da requisição no fornecimento de bens vinculados a outros entes da Administração Pública, além de eventuais contratos celebrados para fornecimento de medicamentos objeto da medida restritiva da propriedade.

Em primeiro lugar, é importante registrar que a medida não pode atingir bens já requisitados por outros entes federativos, ressalvada a ocorrência de decretação formal de estado de defesa ou de estado de sítio. Trata-se de tema que foi objeto de recentes

pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, por meio dos quais reafirmado posicionamento tradicional da Corte⁶⁴³:

EMENTA: Ação Cível Originária promovida por Estado-membro em face da União Federal e de sociedade empresária (pessoa jurídica de direito privado). COVID-19. 1. Conflito federativo. Caráter excepcional da regra de competência inscrita no art. 102, I, “f”, da Constituição. O Supremo Tribunal Federal, em sua condição de Tribunal da Federação, deve atuar nas causas em que se busque resguardar o equilíbrio do sistema federativo (RTJ 81/330- 331), velando pela intangibilidade dos valores que informam o princípio fundamental que rege, em nosso ordenamento positivo, o pacto da Federação (RTJ 95/485 – RTJ 132/120, v.g.). Em consequência, não é qualquer causa que legitima a invocação da cláusula fundada no art. 102, I, “f”, da Constituição, mas, exclusivamente, aquelas controvérsias das quais possam derivar situações configuradoras de vulneração, atual ou potencial, à intangibilidade do vínculo federativo, ao equilíbrio e/ou ao convívio harmonioso entre as pessoas estatais que integram o Estado Federal brasileiro (AC 2.156-REF-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Ou, em outras palavras, não se instaura a competência originária do Supremo Tribunal Federal, que é sempre excepcional (ACO 359/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – ACO 2.430-AgR/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, v.g.), pelo fato da mera existência de “conflito entre entes federativos”, cuja situação de litigiosidade, por si só, não se qualifica, para efeito de incidência da regra consubstanciada na Constituição da República (art. 102, I, “f”), como “conflito federativo” (ACO 2.101-AgR/SC, Rel. Min. DIAS TOFFOLI). Situação aparentemente caracterizadora, na espécie, de potencialidade ofensiva

⁶⁴³ Nesse mesmo sentido SS 5.382/PI, j. 21/05/2020, que trata de requisição operada pela União, relativa a produção futura de respiradores pulmonares destinados ao Estado do Piauí.

aos valores que informam o pacto da Federação (ACO 1.048-QO/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Possível ocorrência de conflito federativo. Hipótese que autoriza, ao que tudo indica, a instauração da competência originária do Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo de ulterior reexame desta questão preliminar. 2. Requisição, pela União Federal, de bens públicos estaduais. Precedente do Supremo Tribunal Federal que entende inadmissível a prática, mesmo quando efetivada pela União Federal, desse ato requisitório em face de bens públicos (MS 25.295/DF, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Pleno), considerada a cláusula restritiva fundada no art. 5º, inciso XXV, da Constituição da República, exceto quando se tratar de requisição federal de bens públicos na vigência do estado de defesa (CF, art. 136, § 1º, II) ou do estado de sítio (CF, art. 139, inciso VII). Magistério da doutrina. 3. Tutela de urgência. Pressupostos de sua admissibilidade devidamente configurados: probabilidade do direito invocado e caracterização do “periculum in mora” (CPC, art. 300, “caput”). Inocorrência, na espécie, de perigo de irreversibilidade dos efeitos da presente decisão concessiva da tutela de urgência (CPC, art. 300, § 3º). 4. Tutela de urgência concedida. (STF; Medida Cautelar na Ação Cível Originária nº 3.385; rel. Min. Celso de Mello; j. 20/04/2020)

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA. VENTILADORES PULMONARES. COVID-19. Ação cível originária por meio da qual Estado-membro pretende: (i) a invalidação de ato por meio do qual a União requisitou 50 (cinquenta) ventiladores pulmonares adquiridos junto a empresa privada; e (ii) que esses equipamentos lhe sejam entregues. Plausibilidade jurídica da tese de que os equipamentos adquiridos pelo Estado constituem bens públicos, os quais não podem ser objeto de requisição administrativa, salvo

durante a vigência de estado de defesa ou estado de sítio (arts. 5º, XXV, 136, § 1º, II, e 139, VII, da Constituição). Precedente. Os entes federal, estaduais, municipais e distrital são corresponsáveis pela gestão do Sistema Único de Saúde. A tentativa de requisição unilateral de equipamentos essenciais ao enfrentamento de emergência sanitária adquiridos por Estado-membro parece revelar o uso abusivo, pela União, da função de planejar as políticas públicas de saúde em âmbito nacional. Há potencial comprometimento da autonomia dos entes subnacionais e da competência comum para a adoção de medidas protetivas da saúde da população (arts. 18 e 23, parágrafo único, da Constituição). Existência de perigo na demora, já que o alto potencial de contágio do vírus causador da Covid-19 pode levar ao rápido crescimento do número de pessoas que necessitam de internação em UTI e suporte de ventilação mecânica. Tutela de urgência deferida. (STF; Medida Cautelar na Ação Cível Originária nº 3.393; rel. Min. Roberto Barroso; j. 01/05/2020)

Em segundo lugar, cumpre enfatizar que bens já abrangidos por contratos formalizados com outros entes federativos também não podem ser objeto de requisição, nos termos da proteção constitucional do ato jurídico perfeito.

Dessa forma, se nem a lei pode afetar contratos celebrados (ainda que pendentes de execução) de acordo com o artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, com muito mais razão há idêntico limite para atos administrativos praticados por entes e órgãos de saúde pública.

A mesma restrição deve ser observada quanto a contratos privados celebrados pelas empresas fornecedoras de medicamentos e insumos hospitalares, já que a Constituição Federal não faz qualquer diferença no que diz respeito ao regime (público ou privado) do ato jurídico perfeito tutelado pela vertente objetiva do princípio da segurança jurídica. O que se deve ter em

mira, para fins de resguardar-se contrato aperfeiçoado, é a lógica de irretroatividade de decisões oriundas do Poder Público.

VII. BREVES CONCLUSÕES

A requisição administrativa é modalidade de intervenção do Estado na propriedade, com assento constitucional, que possui vinculação direta a situações de perigo iminente. Ainda que extraída do poder de império estatal, o emprego da requisição administrativa não permite afastamento de premissas de proporcionalidade, consensualidade, eficiência e segurança jurídica.

O ato de requisição deve ser devidamente motivado, com observância de procedimentalização mínima e demonstração de iminente perigo público, notadamente o risco de desabastecimento da rede pública.

Ainda no que diz respeito à motivação, há a necessidade de o poder público observar a lógica de proporcionalidade – também estampada no artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – especialmente quanto à existência de meios menos restritivos e especialmente quando o mesmo resultado puder ser alcançado por intermédio da celebração de contratos administrativos emergenciais.

No que concerne à indenização, ainda que se dê *a posteriori*, deve ser justa e célere, sempre com a devida observância de parâmetros de mercado.

Nos casos de requisições administrativas oriundas de mais de um ente no exercício da competência constitucional concorrente, o princípio federativo deve ser prestigiado, na linha do que decidido pelo Supremo Tribunal Federal. Não há como se aplicar, de forma apriorística, a lógica da predominância de interesses.

O respeito à segurança jurídica é indispensável, considerado que a requisição administrativa não pode operar efeitos retroativos, atingindo contratos públicos ou privados devidamente formalizados.

Por fim, aponta-se que sociedades fornecedoras de medicamentos ou insumos hospitalares poderão cogitar de judicializar a requisição administrativa em duas principais situações: (i) preventivamente, a fim de evitar que novas requisições prejudiquem os atos jurídicos perfeitos já celebrados (contratos administrativos ou contratos privados) e (ii) para corrigir eventuais vícios ou desvios de finalidades nas requisições já efetivadas, ou mesmo para cobrar os valores devidos (seja em razão da sua insuficiência, seja em razão da sua morosidade).

VIII- Referências Bibliográficas:

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25ª Edição. São Paulo, Editora Atlas, 2012, p. 781-784.

FRANÇOLIN, Andrea Pitthan. A requisição administrativa em tempos de Covid-19. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/323162/a-requisicao-administrativa-em-tempos-de-covid-19>. Acesso em: 03/08/2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. Covid-19 e o Direito Brasileiro. Curitiba: Justen, Pereira, Oliveira & Talamini, 2020 (E-book – Edição do Kindle).

_____. Um novo modelo de licitações e contratações administrativas? A MP 926 pode funcionar como experimento para a reforma das licitações, Covid-19 e o direito brasileiro. Disponível em: https://www.justen.com.br/pdfs/IE157/IE%20-%20MJF%20-%20200323_MP926.pdf. Acesso em: 04/08/2020

MAFFINI, Rafael Da Cás. Covid-19 e Requisições Administrativas: compreensão e limites de um novo instrumento antigo. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rafael-da-cas-maffini/covid-19-e-requisicoes->



administrativas-compreensao-e-limites-de-um-novo-instrumento-antigo. Acesso em: 03/08/2020.



MENDONÇA, José Vicente Santos de. Dez perguntas e respostas sobre requisição administrativa em tempos de COVID-19. Disponível em: https://www.academia.edu/43026760/Dez_perguntas_e_respostas_sobre_requisi%C3%A7%C3%A3o_administrativa_em_tempos_de_COVID-19. Acesso em: 03/08/2020.

MOREIRA, Egon Bockmann. Requisição administrativa em tempos de pandemia: seis desafios e um novo conceito. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/requisicao-administrativa-em-tempos-de-pandemia-seis-desafios-e-um-novo-conceito>. Acesso em: 03/08/2020.

PRADO FILHO. Francisco Octavio de Almeida. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/323180/consideracoes-a-respeito-da-requisicao-administrativa>. Acesso em: 03/08/2020.

MEDIDAS CAUTELARES, DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELO RISCO ESTATAL JUDICIAL ANORMAL

Flávio de Araújo Willeman

Subprocurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro e Advogado. Ex-Desembargador Eleitoral do TRE-RJ (biênio 2014/2016). Mestre em Direito. Doutorando em Direito na Universidade Federal Fluminense (UFF – Programa Instituições, Direitos e Negócios - PPGDIN), Professor dos Cursos de Pós-Graduação da Fundação Getúlio Vargas – FGV-RIO, da EMERJ e da Escola Superior de Advocacia Pública - ESAP.

Resumo: O Estado brasileiro modernizou, após a Constituição Federal de 1988, os mecanismos para combate ao crime e à improbidade administrativa. Para tanto, passou a buscar medidas cautelares restritivas de direitos fundamentais que suprime do cidadão e de empresas no início do processo, sobretudo para limitar o exercício dos poderes inerentes à propriedade, o exercício de profissões ou mesmo a liberdade de locomoção. Esta forma de atuar do Estado cria para a sociedade uma nova espécie de risco, qual seja, o risco estatal judicial anormal, que pode gerar ao Poder Público o dever objetivo de indenizar com fundamento no artigo 37, § 6º, da CRFB/88, sobretudo se violado for o princípio da duração razoável do processo ante a gestão ineficiente do magistrado em não conferir à decisão de mérito a mesma celeridade com que se teve para o deferimento da medida liminar.

Abstract: After the Constitution of 1988, Brazilian State has updated the mechanisms to combat crime and administrative misconduct. In such a context, precautionary orders to impose limits on fundamental rights of citizens and companies are largely adopted in the beginning of the due process of law, especially in order to restrain the features of the right of property, the right to pursue a profession or even the right to come and go. This way of acting creates a new kind of risk, which can be identified as an abnormal judicial risk, capable of rising the obligation to indemnify by losses and damages caused by the violation of the “reasonable

duration of the process”, being associated to the ineffective judicial governance to rule a final decision in a reasonable period of time.

Palavras-Chave: Medida Cautelar. Restrição a direitos fundamentais. Risco judicial estatal anormal. Gestão inadequada do processo. Princípio da duração razoável do processo. Dever objetivo de Indenizar do Estado. Artigo 37, § 6º, da CRFB/88.

Key words: Restraining orders. Limits on fundamental rights. Abnormal judicial risk. Ineffective governance of the judicial process. Reasonable duration of the process. Objective obligation to indemnify. Article 37, paragraph 6, Brazilian Constitution of 1988.

Introdução

O presente estudo resulta da resenha do livro do professor doutor **Miguel Bettencourt da Câmara**, intitulado “*O DIREITO A UM PROCESSO JUSTO NA JUSTIÇA CAUTELAR E O DEVER DE INDEMNIZAR – ‘The right to due process in precautionary justice and the obligation to compensate’* (Lisboa: AAFDL Alameda da Universidade – 2018)⁶⁴⁴. O livro despertou o interesse não apenas pela ausência de textos similares no Brasil, mas, sobretudo, pelo momento jurídico-político por que passa o direito brasileiro. As conclusões do livro, conforme será possível perceber, carecem de aplicação prática em nosso país.

O livro retrata um problema jurídico que vem se tornando comum em Portugal e em vários países da Europa: a proliferação de decisões cautelares que afetam direitos e a consequente demora na prestação jurisdicional do processo principal que causa danos e, por isso, merece ser objeto de indenização/compensação estatal.

⁶⁴⁴ A resenha foi elaborada para cumprir disciplina no doutorado em Direito, Instituições e Negócios – PPGDIN, na Universidade Federal Fluminense – UFF.

Não trabalha, porém, a problemática de uma demora normal na solução de um litígio judicial, posto que nesta hipótese não se verifica ilicitude; cuida especificamente do andamento sumário dos processos cautelares – *mormente os que impõem medidas expropriatórias aos litigantes* – e a demora na conclusão do processo principal, circunstância que, ao final, com eventual improcedência da pretensão, priva o cidadão do direito fundamental à propriedade injustamente por um longo período e pode causar danos.

O desafio da resenha que se propõe é sumarizar o conteúdo do livro – *escrito à luz do direito português e das normas da comunidade europeia* - e, ao mesmo tempo, confrontar suas ideias e conclusões às circunstâncias processuais similares vivenciadas no Brasil.

A resenha

A obra está esquematizada em 5 tópicos e uma síntese conclusiva.

Nos tópicos 1, 2 e 3 o livro se preocupa, inicialmente, em conceituar o *processo justo* e, a partir de então, concluir que tal é um *direito fundamental* do cidadão protegido não apenas pela Constituição portuguesa, mas também pela Carta Europeia de Direitos Humanos (CEDH). Constitui, pois, uma *proteção fundamental multinível*.

Estabelece a obra como premissa central de todo o seu desenvolvimento que o *princípio do processo justo e equitativo* é “uma forte alavanca potenciadora de uma maximização da realização dos direitos fundamentais”, positivado no artigo 6º da Carta Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e no artigo 20, n. 4 da Constituição portuguesa; por isso, o processo justo e equitativo constitui pedra angular do Estado de Direito, à luz do artigo 2º da Constituição de Portugal. Trata-se de um princípio positivado nacional e internacionalmente (p. 15).

Destaca o Autor que o conceito de processo justo e equitativo abarca, por igual, o *princípio da duração razoável do processo*, e, por conseguinte, atrai a proteção do artigo 6º da

Carta Europeia de Direitos Humanos (CEDH), ante a ausência de norma protetora específica no direito português.

Ainda nos tópicos 1, 2 e 3 o livro conceitua o processo cautelar (ou a justiça cautelar) como o que visa a garantir, em regra de forma provisória, a salvaguarda dos direitos dos particulares, seja impedindo um dano irreparável imediato (providências conservatórias), seja antecipando os efeitos da decisão final e evitando, desse modo, danos irreparáveis *medio tempore* (providências antecipatórias). (p. 18)

A partir deste ponto, o livro destaca a superação, pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, do entendimento que excluía o processo cautelar da proteção do artigo 6º da Carta Europeia de Direitos Humanos (CEDH), ao fundamento de que no âmbito de tais processos “*não estaria em causa uma decisão sobre a determinação dos direitos e obrigações civis*” (pag. 27). O Tribunal, no Acórdão Micallef c. Malta, de 15/10/2009, ampliou sua jurisdição e passou a entender que, às vezes, decisões cautelares têm força de verdadeira decisão de mérito. Este entendimento teria sido reiterado no acórdão RTBF c. Bélgica, de 29/03/2011, pois, como destaca o Autor, no entendimento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos - TEDH, o art. 6º da CEDH é sempre aplicável a um processo cautelar que tenha o mesmo objeto que o processo principal pendente, quando a decisão cautelar é imediatamente exequível e visa pronunciar-se sobre o mesmo direito. (p. 28)

A obra, então, sustenta a submissão integral do processo cautelar (*sobretudo em sua vertente conservatória, quando então são determinados arrestos genéricos de bens de partes do processo, por exemplo*) ao artigo 6º da Carta Europeia de Direitos Humanos (CEDH). Isto é, advoga que os processos cautelares estão inseridos em um sistema constitucional nacional e internacional que garante aos litigantes o direito a um processo justo e equitativo, baseado não apenas nos ideários do contraditório e da ampla defesa, mas, também, a uma **prestação jurisdicional célere**.

Estabelecida esta premissa, pontua o Autor que no direito europeu é permitido ao cidadão comum (e não apenas aos Estados “contratantes”), atuando como verdadeiros sujeitos de direitos internacionais, reclamar perante a Corte Europeia de Direitos Humanos (arts. 34 e seguintes da Carta Europeia de Direitos Humanos - CEDH) para postular a proteção ao seu direito fundamental de receber do Estado uma prestação jurisdicional justa e equitativa, o que, repita-se, inclui o conceito de celeridade.

Em síntese dos tópicos 1, 2 e 3, o livro estatui que é direito fundamental do cidadão e dever do Estado um sistema de justiça que garanta aos litigantes um processo justo e equitativo, sob pena de o Ente “contratante” ser acionado diretamente pelo cidadão perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), a quem compete aferir (declarar) a violação do referido direito fundamental. O passo seguinte do trabalho é estabelecer bases teóricas para decifrar se a consequência da reclamação poderá ensejar a declaração do dever de indenizar do Estado contratante.

O livro inicia o tópico 4 cuidando da função assecuratória do processo cautelar, certo de que sua missão é assegurar um direito cuja demora na decisão definitiva poderá fazer fenecer a efetividade do provimento jurisdicional. Ou seja, o fator “tempo” assume papel de extrema relevância na concretização de direitos fundamentais submetidos à decisão no Poder Judiciário quando se defronta com um processo cautelar.

E neste ponto se insere a problemática que norteia todo o livro: o deferimento de medidas cautelares de forma célere, às vezes sem prévio contraditório e ampla defesa (postergados para momento futuro), sem o que não se tem efetividade na prestação judicial, **não deve ser um fim em si mesmo**. O “mundo das virtudes” da pretendida justiça cautelar célere deve ser acompanhado de um processo principal igualmente célere, sob pena de desencadear possíveis violações ao direito fundamental do cidadão de receber do Estado um processo judicial justo e equitativo. Ou seja, a celeridade da qual se vale o Poder Judiciário para o deferimento de medidas cautelares que afetem direitos dos litigantes deve ser reproduzida, **na**

mesma medida, aos processos principais, sob pena de poder vir a ser violado o direito fundamental ao processo justo e equitativo.

E será a partir dos **riscos gerados** com o deferimento célere de providências cautelares *antecipatórias* (alimentos provisórios, por exemplo) e *conservatórias* (arrestos genéricos de bens, por exemplo), sem a correspondente atuação jurisdicional célere no processo principal, que se insere o complexo problema do dever de indenizar do Estado. Isto porque, “*a voracidade dos efeitos de uma providência cautelar que se venha a julgar injustificada e injusta pode ser tanto mais gravosa quanto mais tardia for a decisão da respectiva ação principal*” (p. 23).

O livro traz, quase que como um mantra para ilustrar suas conclusões, o exemplo da medida cautelar *conservatória* que determinar, no início do processo, o *arresto* (ou a indisponibilidade) da totalidade dos bens de um litigante. Ao final de um processo principal moroso que dura mais de cinco anos, o pedido é julgado improcedente, com a consequente revogação da medida cautelar.

E é justamente a partir desta problemática, na perspectiva do ordenamento jurídico português, que o Autor trabalha o direito do litigante prejudicado de se socorrer à Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) para denunciar o Estado e, assim, em um sistema de “proteção multinível”, ver declarado o seu direito a uma indenização, tendo por parâmetro o não cumprimento da duração razoável do processo, postulado que deriva do direito ao processo justo e equitativo.

Ganha relevo a exortação do Autor de que deve existir um esforço efetivo e material do Poder Judiciário (*dever especial de gestão do juiz*) para, diante de medidas cautelares que interferirem no direito de propriedade dos litigantes – *sobretudo para privá-los dos “poderes” a ele inerentes* -, ultimar de forma célere os processos principais que se seguirem aos cautelares. Se assim proceder, os litigantes, ainda que a medida cautelar seja revogada com a improcedência do processo principal, não terão direito à indenização tendo por fundamento o princípio da duração razoável do processo e o **risco normal** a que estão sujeitos.

Em sentido oposto, caso o Poder Judiciário não adote medidas efetivas e concretas para ultimar em tempo razoável o processo principal – *pendente uma medida cautelar prévia, restritiva de direitos* -, poderá vir o Estado ser responsabilizado caso a cautelar seja revogada e, por conta disso, danos advierem à parte que ficou privada de sua **propriedade** por tempo irrazoável.

Em resumo: para que o Estado não seja demandado perante a Corte Europeia de Direitos Humanos na hipótese mencionada (por violação do artigo 6. da Carta Europeia de Direitos Humanos), terá o juiz que adotar medidas concretas que importem cuidado e diligência (gestão do processo) para julgar rapidamente a demanda principal, não praticando atos que possam agravar a situação do “litigando” que está privado de sua propriedade por conta da medida liminar anteriormente deferida.

O livro ainda propõe discutir se, na hipótese de ficar configurada a violação do artigo 6º da Carta Europeia de Direitos Humanos, se o direito à indenização seria satisfeito apenas com um valor pelo não cumprimento do dever fundamental de prestar a justiça em prazo razoável (***uma espécie de compensação expropriatória*** – p. 45), ou se poderia ir além e estabelecer também uma compensação pelos danos efetivamente experimentados pela consequência prática do provimento cautelar que, ao final, se concluiu improcedente.

Neste campo, apesar de admitir as duas espécies de indenização, o Autor advoga que a proteção pelo TEDH será tanto maior quanto maior for o reconhecimento (ou não) do direito pátrio à reparação pelo atraso na justiça.

A partir de então, no item 5, o Autor busca o fundamento jurídico no direito português para conferir suporte à atuação condenatória pela Corte Europeia de Direitos Humanos, notadamente se possível a aplicação das teorias que sustentam o dever de indenizar de Portugal por atos lícitos ou ilícitos.

A obra afasta a aplicação da teoria da responsabilidade civil do Estado por **atos lícitos**, na medida em que o direito português estabelece em números fechados, sem possibilidade de interpretação extensiva. Assim, na hipótese de decretação de medida cautelar que, ao final do processo célere e com boa gestão do juiz, se afigura injusta e danosa, não haverá espaço para a atuação condenatória do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, à luz do artigo 6º da Carta Europeia de Direitos Humanos (p. 46-47). Não é possível fazer com que os riscos normais do processo se voltem contra o Estado ao ponto de permitir que responda por perdas e danos sempre que uma cautelar deferida for, ao final do processo principal justo e equitativo, revogada.

Diferente se afigura a hipótese de uma cautelar deferida para atingir direitos do litigante e, ao final de um processo considerado não justo e equitativo (*moroso por ausência de gestão processual do juiz ou da própria organização da Justiça*), vir a ser revogada com a sentença do processo principal. O Autor afirma que a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos humanos, para aplicar o artigo 6º da CEDH, trabalha com o conceito de **propriedade** como um direito fundamental do cidadão, bem assim com a noção de **expropriação** estatal indenizável/compensável.

Com efeito, sempre que um litigante for privado de seu patrimônio por força de uma decisão estatal (ainda que judicial) considerada injusta ou sem respeito à equidade (*no caso tratado, por má gestão processual que conduz o processo à uma prestação jurisdicional morosa*) ter-se-á uma conduta ilícita que fará surgir o dever de pagar uma **compensação** por força da **expropriação do direito**. Sustenta o Autor que não se cuida de uma indenização propriamente dita, fruto de uma regular relação de responsabilidade civil pública, posto que não se apagam os efeitos da totalidade do dano (p.48).

Por exclusão, o Autor afirma (reitere-se) que não há legislação prevendo o dever de indenizar do Estado na hipótese tratada por atraso lícito da justiça para julgar processos. De igual modo, não é possível aplicar o artigo 12 da Lei portuguesa 67/2007, segundo o qual “(...) é aplicável aos danos ilicitamente causados pela administração da justiça, designadamente

por violação ao direito a uma decisão judicial em prazo razoável, o regime de responsabilização civil por factos ilícitos cometidos na função administrativa.” (p. 50). Adverte o Autor que apesar de possível cogitar-se da aplicação do artigo 12 antes referido, na prática, o direito do litigante seria reduzido ante a dificuldade de se comprovar culpa na prestação do serviço judicial (serviço administrativo judicial – cartorário).

Deste modo, o livro se posiciona pela aplicação do artigo 62, n. 2 da Constituição de Portugal, que se sobrepõe à Lei 67/2007 e estabelece o regime de responsabilização civil objetiva do Estado como um “valor estruturador” do Estado de Direito, ao qual se submetem todos os Poderes, inclusive o Legislativo.

Assim, o Autor conclui *“ser possível questionar a aplicação do artigo 62 da Constituição portuguesa a algumas providências cautelares que venham a revelar-se injustas, em virtude de ser declarada a improcedência na sentença tardia do respectivo processo principal”*. Isto porque, conforme já referido, certas providências cautelares se assemelham a atos expropriatórios (ainda que não definitivos; v.g. arresto/indisponibilidade da totalidade de bens do litigante) emanados por um poder soberano do Estado e, por isso, não podem obrigar o cidadão a ser privado por longo tempo de seu direito de propriedade quando, ao final de um processo principal moroso injustamente, venha a cautelar ser revogada (p. 54).

Em arremate conclusivo, o Autor busca enquadrar o direito do litigante vítima de uma expropriação de direito fruto de um processo moroso nas regras do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. E, conforme já mencionado, afirma que o TEDH admite o direito à indenização por danos decorrentes de um processo judicial injustamente moroso que culmina na expropriação de um direito do litigante com base no artigo 6 da Carta Europeia de Direitos Humanos, apesar de tal comando dele não constar expressamente e tampouco do Primeiro Protocolo Adicional.

Permanece ainda a dúvida do que venha ser um processo judicial moroso para o Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Esclarece o Autor que o TEDH tem entendido que o

atraso da justiça deve ser aferido tendo em conta **o processo em sua globalidade**, ou seja, não é possível, aprioristicamente, apenas pelo decurso do tempo, concluir-se pela condução morosa do processo e, assim, pela injusta e não equitativa atuação judicial que causa danos. A análise será, sempre, em decorrência do caso concreto. (p. 55)

Uma última advertência relevante faz o Autor. Entendeu o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, quando do julgamento do caso Valada Matos das Neves, em 29/10/2015, que demandas que visem a declarar a morosidade da justiça devem, antes de serem submetidas ao TEDH, esgotar os recursos internos; ou seja, haverá que demandar o Estado perante os tribunais administrativos e só depois, eventualmente, perante o TEDH (p. 58).

Em conclusão à resenha, não há como deixar de admitir a relevância da obra doutrinária do Professor Doutor Miguel Bettencout da Camara, sobretudo à luz do especial momento jurídico-político vivenciado no Brasil, onde medidas cautelares são proferidas no início dos processos, sobretudo os de improbidade administrativa e os de natureza penal, privando os litigantes da fruição da integralidade de seu patrimônio e obrigando-os a enfrentar processos – em sua grande maioria – morosos.

Mencione-se, a propósito, que se vivencia no Brasil a **“cautelarização” da vida**, sobretudo nos processos criminais, nas ações civis públicas e nas ações por improbidade administrativa. Não se pode afirmar que as medidas cautelares em tais espécies de processos constituem atos equivocados do sistema de justiça brasileiro, no combate à improbidade e ao crime. Todavia, a difusão de tais atos cautelares acaba gerando para a sociedade uma nova espécie de risco: **o risco estatal judicial**, que poderá ser considerado **normal**, na hipótese de deferimento de tutela cautelar justa e com gestão processual célere, ou **anormal**, caso a cautelar afete direitos fundamentais sem o devido cuidado e respeito às normas constitucionais e legais, sobretudo as inovações trazidas à lei de introdução ao direito brasileiro, com gestão processual ineficiente.

O livro é desafiador, inovador, objetivo e desperta a curiosidade dos operadores do direito. As considerações e posições nele sustentadas merecem, pois, rápida e sintética análise à luz do direito brasileiro. É o que se passa a fazer a seguir.

Contraponto com o direito brasileiro – revisão do significado do princípio *in dubio pro societate* para deferimento de cautelares

Tal lá como aqui vivenciamos uma quadra de verdadeira “expropriação de direitos” de litigantes no início dos processos (muitas vezes lícitas), que podem não ser decididos em tempo razoável. Tome-se, como exemplo, a grande quantidade de ações civis públicas por improbidade administrativa ajuizadas a partir da atuação do Ministério Público. Passou a ser quase uma regra no Brasil a postulação de medidas liminares em ações de improbidade administrativa ou mesmo em ações penais que privam os réus (via instituto da indisponibilidade) da generalidade dos seus bens. **Não se pode questionar a necessidade e a utilidade desses provimentos cautelares pelo Judiciário brasileiro, com o fim de proteger a recomposição de eventuais danos perpetrados contra o erário.** Todavia, não é possível que os processos de onde provêm essas liminares se eternizem e obriguem os litigantes a conviverem com indisponibilidade patrimonial por tempo irrazoável e desproporcional.

A propósito, tenho sustentado que se faz necessário e importante ponderar, após o alargamento dos instrumentos de acesso à justiça para o exercício do combate à corrupção e ao crime organizado após a promulgação da Constituição de 1988 (e das inúmeras inovações legislativas), que a atuação dos órgãos de controle, a partir da utilização do **princípio *in dubio pro societate***, deve ser reinterpretado para dele se exigir a atuação a partir de **prova mínima razoável** (e não meros indícios) e levando em consideração **as circunstâncias concretas da época dos fatos**, sobretudo para se impor medidas cautelares que restrinjam os direitos à propriedade, à locomoção, à manutenção da honra e da imagem. O princípio *in dubio pro societate* merece ser reinterpretado à luz do **princípio da responsabilidade e do postulado do devido processo legal** quando medidas drásticas afetarem direitos individuais fundamentais do cidadão, sob pena de sua exposição (e, assim, de sua dignidade humana) ao risco demasiado de

ações infundadas e abusivas que refletem o poderio estatal⁶⁴⁵. Isto é, a *justa causa* para atuação dos órgãos de controle que compõem o “sistema de justiça” e a decisão judicial que *limite direitos fundamental*⁶⁴⁶ dos cidadãos não pode ser objeto de **motivação frágil baseada em meros indícios**; necessário, para tanto, a comprovação de **provas mínimas** que justifiquem a submissão do cidadão a qualquer constrangimento de ordem moral ou mesmo patrimonial.⁶⁴⁷

Não fosse isso suficiente, necessário advertir que Constituição Federal de 1988 tem regra expressa que determina a duração razoável do processo judicial e administrativo no artigo 5º, LXXVIII. O vigente Código de Processo Civil seguiu o mesmo caminho nos artigos 4º e 139, II. Ou seja, no Brasil é direito fundamental do cidadão ter a prestação jurisdicional em tempo razoável⁶⁴⁸, por força da constituição e da lei processual civil.

⁶⁴⁵ A necessidade de ponderação do exercício do poder do Estado com o princípio da responsabilização está previsto, inclusive, no artigo 54 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que veda o abuso de direitos.

⁶⁴⁶ A limitação a um direito fundamental deve conter previsão legal ou constitucional. Do contrário, deve ter por suporte decisão judicial baseada não apenas em indícios, mas em evidências decorrentes de provas mínimas que justifiquem a intervenção para privilegiar outro valor constitucional. A propósito, se manifestou Daniel Sarmento: “a justificativa para a limitação ao direito fundamental deve ser a proteção de algum bem jurídico também dotado de envergadura constitucional – seja ele outro direito fundamental, seja algum interesse do Estado ou da coletividade”. In **Livres e Iguais – Estudos de Direito Constitucional** - 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 70.

⁶⁴⁷ Claudio Roberto Pieruccetti Marques fornece correta compreensão do tema, sustentando a necessidade de comprovação mínima dos fatos (e não apenas meros indícios) como condição para o regular exercício do direito de ação: “De tudo o quanto foi exposto neste capítulo, e que se sabe ser insuficiente para esgotar tema bastante amplo, demonstrado está que, em que pese a grande dificuldade em se determinar um conceito de justa causa, pode-se identificar a sua origem no instituto do habeas corpus, medida utilizada para combater prisões ilegais, vale dizer, para preservar o direito de liberdade dos acusados de práticas abusivas. Ainda que na origem inglesa possam ser identificados variados sentidos para o que se entendia como sendo uma prisão sem uma causa justa, é possível identificar no ordenamento jurídico brasileiro, mais precisamente no Direito Processual Penal, uma conceituação usual de ‘justa causa’, a de lastro probatório mínimo. E, talvez o mais importante a ser destacado é que a exigência de presença do lastro probatório mínimo encontra seu fundamento de validade não apenas em dispositivo(s) constante(s) da legislação processual penal, sendo, para parte respeitável da doutrina, uma decorrência do princípio do *due process of law* e da proporcionalidade, exercendo o papel de verdadeiro filtro à atividade jurisdicional frente à dignidade da pessoa do acusado.” In **Justa causa no processo civil: um filtro legítimo ao direito de ação**. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Rio de Janeiro, 2013, p. 228.

⁶⁴⁸ O tempo é uma preocupação antiga da doutrina jurídica brasileira muito antes da edição da Emenda Constitucional n. 45/2004. Mencione-se, por todos, a densa obra de José Rogério Cruz e Tucci. **Tempo e Processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. Interessante o contraponto sustentado por Fredie Didier Jr., que sem negar a importância da duração razoável do processo como direito fundamental do cidadão, afirma que “*Não existe um princípio da celeridade. O processo não deve ser rápido/célere: o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional. Bem pensadas as coisas, conquistou-se, ao longo da história, um direito à demora na solução dos conflitos. A partir do momento em que se reconhece a existência*

Deste modo, é uma imposição constitucional a eficiente **governança dos processos** pelos magistrados, de modo a (respeitando as preferências legalmente estabelecidas) priorizar o julgamento das ações em que houver medida cautelar que prive o cidadão do direito de propriedade ou do exercício de direitos outros (direito ao trabalho, por exemplo) a partir de prova mínima dos fatos; isto decorre, como visto, do direito fundamental ao processo justo, equitativo e célere.

Com efeito, em se verificando situação tal que uma medida cautelar torne indisponíveis bens de litigantes, mantendo-os privados do exercício da integralidade ou de parte dos poderes inerentes ao direito de propriedade (ou de direitos da personalidade outros) por prazo manifestamente irrazoável e decorrente de injustificada demora processual, ter-se-á configurada a hipótese de responsabilidade civil estatal, nos termos do artigo 37, § 6º da CRFB/88, sobretudo se a decisão de mérito for pela improcedência da pretensão.

Neste contexto, em se tratando de violação ao princípio da duração razoável do processo, não se afigura juridicamente correto e possível extrair do artigo 5º LXXVIII da CRFB/88 interpretação que importe em responsabilizar apenas administrativamente o agente público que não o cumprir. A regra veio ao ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional n. 45/2004 com a intenção de proteger o cidadão, criando mais um direito fundamental para ser cumprido pelo Estado. E a consequência prática que protege o cidadão por ter um direito fundamental violado é a reparação ou mesmo compensação pelos prejuízos advindos da violação do princípio da duração razoável do processo. Neste sentido faz-se necessário citar recente e inovador precedente do Superior Tribunal de Justiça:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL.
RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. LESÃO. DESPACHO DE

de um direito fundamental ao devido processo, está-se reconhecendo, implicitamente, o direito de que a solução do caso deva cumprir, necessariamente, uma série de atos obrigatórios, que compõem o conteúdo mínimo desse direito”. In Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p.98.

CITAÇÃO. DEMORA DE DOIS ANOS E SEIS MESES. INSUFICIÊNCIA DOS RECURSOS HUMANOS E MATERIAIS DO PODER JUDICIÁRIO. NÃO ISENÇÃO DA RESPONSABILIDADE ESTATAL. CONDENAÇÕES DO ESTADO BRASILEIRO NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO CARACTERIZADA.

1. Trata-se de ação de execução de alimentos, que por sua natureza já exige maior celeridade, esta inclusive assegurada no art. 1º, c/c o art. 13 da Lei n. 5.478/1965. Logo, mostra-se excessiva e desarrazoada a demora de dois anos e seis meses para se proferir um mero despacho citatório. O ato, que é dever do magistrado pela obediência ao princípio do impulso oficial, não se reveste de grande complexidade, muito pelo contrário, é ato quase que mecânico, o que enfraquece os argumentos utilizados para amenizar a sua postergação.

2. O Código de **Processo** Civil de 1973, no art. 133, I (aplicável ao caso concreto, com norma que foi reproduzida no art. 143, I, do CPC/2015), e a Lei Complementar n. 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), no art. 49, I, prescrevem que o magistrado responderá por perdas e danos quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude. A demora na entrega da prestação jurisdicional, assim, caracteriza uma falha que pode gerar a responsabilização do Estado, mas não diretamente do magistrado atuante na causa.

3. **A administração pública está obrigada a garantir a tutela jurisdicional em tempo razoável**, ainda quando a dilação se deva a carências estruturais do Poder Judiciário, pois não é possível restringir o alcance e o conteúdo deste direito, dado o lugar que a reta e eficaz prestação da tutela jurisdicional ocupa em uma sociedade democrática. A insuficiência dos meios disponíveis ou o imenso volume de trabalho que pesa sobre determinados órgãos judiciais isenta os juízes de responsabilização pessoal pelos atrasos, mas não priva os cidadãos de reagir diante de tal demora, nem permite considerá-la inexistente. 4. **A responsabilidade do Estado pela lesão à razoável duração do processo não é matéria unicamente constitucional, decorrendo,**

no caso concreto, não apenas dos arts. 5º, LXXVIII, e 37, § 6º, da Constituição Federal, mas também do art. 186 do Código Civil, bem como dos arts. 125, II, 133, II e parágrafo único, 189, II, 262 do Código de Processo Civil de 1973 (vigente e aplicável à época dos fatos), dos arts. 35, II e III, 49, II, e parágrafo único, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, e, por fim, dos arts. 1º e 13 da Lei n. 5.478/1965.

5. Não é mais aceitável hodiernamente pela comunidade internacional, portanto, que se negue ao jurisdicionado a tramitação do processo em tempo razoável, e também se omita o Poder Judiciário em conceder indenizações pela lesão a esse direito previsto na Constituição e nas leis brasileiras. As seguidas condenações do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos por esse motivo impõem que se tome uma atitude também no âmbito interno, daí a importância de este Superior Tribunal de Justiça posicionar-se sobre o tema.

6. Recurso especial ao qual se dá provimento para restabelecer a sentença”. (REsp 1383776 / AM -RECURSO ESPECIAL - 2013/0140568-8. 2ª Turma do STJ. Relator Ministro OG FERNANDES. Julg. 06/09/2018. DJe 17/09/2018)⁶⁴⁹ – sem grifos no original.

Note-se, pois, que no Brasil já se permite ao cidadão, observando, sempre, o caso concreto, buscar frente ao Estado, diretamente perante o Poder Judiciário, o respeito ao direito fundamental à prestação jurisdicional ou administrativo em tempo razoável, bem assim o direito à indenização ou à compensação por danos decorrentes da inobservância do artigo 5º, LXXVIII, da CRFB/88.

E o direito brasileiro está a permitir tal postulação indenizatória frente ao Estado diante de situações **ilícitas** praticadas pelo magistrado (*ou mesmo pela falha na organização da*

⁶⁴⁹ Este parece ser também o entendimento de Sergio Bermudes: “O descumprimento do inciso LXXVIII, que se dá quando existir a real possibilidade de atender-se a ele, põe a parte na condição de pedir a reparação de prejuízos.” In **A REFORMA DO JUDICIÁRIO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 12.

justiça, a exemplo da ausência de juiz em comarca por prazo irrazoável), que pode conduzir mal a gestão dos processos que constituem o acervo de sua serventia, ou mesmo por condutas de agentes públicos outros que retardam injustificadamente ou dolosamente o resultado final do processo. Não se olvide, pois, que além da responsabilidade civil do Estado, nos termos do artigo 37, § 6º, da CRFB/88, poderá também o agente público ser responsabilizado administrativamente e civilmente (regressivamente, como regra), salientando que na hipótese dos magistrados é necessária a comprovação de **dolo ou fraude**, nos termos do artigo 143 do vigente Código de Processo Civil⁶⁵⁰, não sendo possível a utilização de presunções.

A cautela, porém, ditará o exercício do direito anteriormente referido de modo a não se incutir no imaginário dos litigantes que processo moroso é sinônimo de ato ilícito capaz de deflagrar o dever de indenizar do Estado⁶⁵¹. Será necessário analisar cada hipótese para, à luz das circunstâncias concretas (tais como complexidade, pluralidade de partes, sobrecarga de trabalho etc.) se extraírem elementos que caracterizem a violação do princípio da duração razoável do processo.

Uma mensagem, porém, se extrai da obra resenhada para aplicação no direito brasileiro, ainda que de *lege ferenda*: o magistrado deverá priorizar, como medida de eficiente gestão processual, observadas as preferências legais, o julgamento de processos que tenham medidas liminares concedidas no início da lide e que privam o réu do direito de propriedade ou

⁶⁵⁰ “Art. 143. O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte. Parágrafo único. As hipóteses previstas no inciso II somente serão verificadas depois que a parte requerer ao juiz que determine a providência e o requerimento não for apreciado no prazo de 10 (dez) dias”.

⁶⁵¹ Interessante o contraponto sustentado por Fredie Didier Jr., que sem negar a importância da duração razoável do processo como direito fundamental do cidadão, afirma que “*Não existe um princípio da celeridade. O processo não deve ser rápido/célere: o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional. Bem pensadas as coisas, conquistou-se, ao longo da história, um direito à demora na solução dos conflitos. A partir do momento em que se reconhece a existência de um direito fundamental ao devido processo, está-se reconhecendo, implicitamente, o direito de que a solução do caso deva cumprir, necessariamente, uma série de atos obrigatórios, que compõem o conteúdo mínimo desse direito*”. In **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p.98.

mesmo do exercício de funções que dignificação a sua existência. Assim está cumprindo o dever de prestação jurisdicional justa e equitativa.

Conclusão

Em conclusão, pode-se sumarizar o estudo sustentando que as medidas cautelares postuladas em processos judiciais de controle da improbidade ou mesmo em processos criminais devem ser precedidas de **prova mínima** a justificar a supressão, no início da demanda, de direitos fundamentais, em razão da reinterpretação do princípio *in dubio pro societate* à luz do **princípio da responsabilidade e do postulado do devido processo legal, sendo vedada a fundamentação em meros indícios ou presunções**. Igualmente, em sendo deferidas as referidas liminares, ressalvadas as preferências legais, esses processos devem ser priorizados para julgamento final de mérito (governança processual), impedindo-se que os litigantes fiquem privados dos direitos fundamentais indefinidamente. Este cenário, cada vez mais presente, traz para o Estado brasileiro um novo modelo de risco a atrair a possibilidade de sua responsabilidade civil objetiva prevista no artigo 37, § 6º da CRFB/88, qual seja, o **risco estatal judicial anormal**.

O AINDA POLÊMICO FRACIONAMENTO ILEGAL

Gilberto Bernardino de Oliveira Filho

Especialista em Direito Constitucional e Direito Administrativo pela Escola Paulista de Direito - EPD; Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo; Consultor Jurídico na área de Licitações e Contratos Administrativos e Direito Administrativo; Professor, Editor e Diretor Jurídico da SGP – Soluções em Gestão Pública; ex-Gerente Técnico de Eventos Jurídicos da Editora NDJ; Autor de diversos trabalhos jurídicos publicados

Introdução

Ainda muito se discute sobre a figura do fracionamento ilegal das despesas públicas.

Todos temem, todos sabem de suas consequências, mas, ainda, muitos cometem tal prática, voluntária ou involuntariamente.

Mesmo quando tentamos acertar, às vezes erramos e muitas dúvidas chegam no meio do caminho.

Abordaremos neste trabalho alguns aspectos e pontos polêmicos do fracionamento ilegal, a fim de tentar subsidiar todo o pessoal da área das licitações e, principalmente, o bom gestor público no desempenho de seu mister.

1. Fracionamento em convite, tomada de preços e concorrência

As contratações diretas em face do valor (art. 24, incs. I e II, e § 1º, da Lei de Licitações), bem como as modalidades licitatórias tradicionais (convite, tomada de preços e

concorrência – art. 23 da Lei nº 8.666/1993) devem referir-se ao **gasto anual** da Administração licitadora com *objetos da mesma natureza*.

Por força do princípio da legalidade, é dever da Administração, com vistas à realização de contrato administrativo para obra, serviço ou compra, realizar um planejamento prévio e minucioso acerca do quantitativo e do qualitativo que pretende contratar.

Para tanto, deverá considerar os produtos, obras ou serviços de um *mesmo gênero* (mesma natureza), necessários durante o período correspondente ao *exercício financeiro*.

Em que pese inexistir disposição legal expressa a esse respeito, assim entendemos, tendo em vista que os valores a serem desembolsados por parte da Administração deverão estar previstos no seu orçamento, que, por sua vez, é estabelecido anualmente (*exercício financeiro – 1º de janeiro a 31 de dezembro*).

Nesse sentido, aliás, asseverava o saudoso professor Diogenes Gasparini⁶⁵², *in verbis*:

“Observe-se que dentro do exercício financeiro a entidade obrigada a licitar não pode, sob pena de fraudar a exigência da licitação, dividir o objeto da licitação (obra ou serviço de engenharia), cujo valor exige certa modalidade licitatória, em duas ou mais partes para que os respectivos valores se enquadrem nas citadas condições e limites de dispensabilidade. O mesmo expediente é condenado se com a sua adoção pretende-se alcançar modalidade licitatória mais simples. Assim, não se pode dividir o objeto para fugir da concorrência e cair, por exemplo, na tomada de preços. Cada uma dessas divisões seria considerada, nos termos do Estatuto federal Licitatório, parcela de uma mesma obra ou serviço. Essa vedação, cabe dizer, não proíbe, sempre que necessária por motivo técnico, científico ou financeiro, a divisão do objeto, desde que para cada parcela da obra ou serviço se promova licitação igual à exigida para o todo (art. 23, § 2º)”.

Mais adiante, ao tratar do disposto no art. 24, inc. II, da Lei federal de Licitações, continua a explanar o ilustre doutrinador⁶⁵³:

“(...) Também valem para esta hipótese as observações feitas à divisão do objeto da licitação para que as partes resultantes tenham valores enquadráveis nos limites de dispensa ou

⁶⁵² cf. *in* *Direito Administrativo*, 17ª ed., Saraiva, São Paulo, 2012, pp. 581-582.

⁶⁵³ cf. *in* ob. cit., p. 583.

em modalidades licitatórias mais simples, pois consideradas por esse Estatuto federal Licitatório como parcelas de uma mesma obra ou serviço”.

Portanto, em nosso pensar, deve-se levar em conta o período afeto ao *exercício financeiro*, a fim de que a Administração não incida em *fracionamento ilegal do objeto* na contratação de **objeto da mesma natureza**.

Destarte, se a Administração que possui autonomia para suas contratações necessitar de determinada quantidade de produtos ou serviços da mesma natureza, deverá avaliar seu custo **total**, *durante o período de vigência do crédito orçamentário*, a fim de definir a modalidade adequada à espécie, ainda que, por qualquer motivo, não tenha condições de licitar o todo.

Ora, é dever do bom administrador e pressuposto de lisura realizar um planejamento das necessidades do Poder Público, sendo ideal que tal programação se dê para cada exercício financeiro.

Logo, em regra, a Administração Pública deverá realizar um planejamento das necessidades para o respectivo exercício financeiro, por meio de uma *estimativa anual*.

Vale dizer, pois, que, para efeito de parcelamento do objeto, com o intuito de determinar a modalidade licitatória aplicável à espécie ou eventual dispensa em face do pequeno valor, a nosso ver e em face do exposto, *o prazo a ser observado deve estar afeto ao correspondente exercício financeiro* (estimativa anual das necessidades administrativas).

A inobservância de tal preceito poderia, efetivamente, caracterizar o chamado fracionamento ilegal, podendo implicar a responsabilidade dos agentes responsáveis.

Porém, veja-se que, seja no tocante a *obras*, seja no tocante a *serviços* ou *compras*, a Lei federal de Licitações não veda o parcelamento das contratações.

Pelo contrário, o próprio art. 23, § 1º, estabelece que a Administração deve realizar a divisão em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis.

O que se veda é o *fracionamento das licitações*, que consiste na utilização, em cada uma dessas parcelas (*quando forem perfeitamente previsíveis as necessidades da Administração*), de modalidade que não corresponda ao total, ou de dispensa pelo valor, na hipótese de a soma implicar a necessidade de licitar.

Nesse sentido, merece ressalva a lição do ilustre jurista Jessé Torres Pereira Junior⁶⁵⁴:

“ ‘Fracionamento’ retrata conduta irregular da Administração, que, ao invés de licitar, pela modalidade adequada em função do valor estimado, a integralidade do objeto a ser comprado, de modo a atender às necessidades de todo o exercício, fraciona essa integralidade e compra cada lote daí resultante mediante licitação de menor angulação de competitividade (v.g., vários convites, em substituição a uma tomada de preços), ou contrata diretamente cada lote por dispensa de licitação (art. 24, incs. I e II), no evidente propósito de ladear o dever de licitar”.

Para fins de fracionamento do objeto, a nosso ver, deve-se considerar o planejamento anual das necessidades administrativas.

O parcelamento e a efetivação de licitações sucessivas ou processos de dispensa de licitação, simultâneos ou até em períodos mais extensos, *dentro de um mesmo exercício financeiro*, são perfeitamente possíveis, *desde que não ocorra o fracionamento*.

Assim sendo, a Administração licitadora deverá realizar um planejamento da quantidade do objeto da **mesma natureza** a ser contratado durante *todo o exercício financeiro*⁶⁵⁵, sendo certo que, se este **total** caracterizar hipótese de *dispensa pelo valor*, nada impede que se instaurem, no decorrer do ano, vários processos de contratação direta, baseados no art. 24, incs. I ou II, da Lei nº 8.666/1993, para fins de contratação de objetos da mesma natureza.

Da mesma forma, se este total se enquadrar, exemplificativamente, na modalidade convite, nada impede que se instaure, no decorrer do ano, vários convites, para fins de contratação de objetos da mesma natureza, desde que reste devidamente justificado tal parcelamento.

Por outro lado, se a Administração licitadora constatar que o objeto a ser contratado durante todo o exercício financeiro enquadra-se em modalidade licitatória superior, em nosso entendimento, o parcelamento do objeto deverá ocorrer na *modalidade correspondente ao total anualmente estimado*, a fim de não configurar o denominado fracionamento ilegal, ainda que,

⁶⁵⁴ cf. in *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*, 8ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2009, p. 283.

⁶⁵⁵ Muitas dificuldades no tocante ao planejamento do quantitativo necessário do objeto a ser contratado podem ser evitadas pela simples utilização do sistema de registro de preços, que se caracteriza numa importante ferramenta de combate ao fracionamento ilegal.

de modo individual, o respectivo objeto aparentemente enquadre-se em modalidade licitatória inferior.

2. E na modalidade pregão é possível o fracionamento?

Tratando-se de pregão, em se tratando de bens e serviços comuns, de fato, esta modalidade não possui limite de valores, como ocorre nas demais modalidades (art. 23, incs. I e II, da Lei nº 8.666/1993).

Entretanto, a realização de vários ou sucessivos certames distintos para as contratações de *bens ou serviços iguais ou da mesma natureza*, para atender a um **mesmo exercício financeiro**, ainda que seja na modalidade pregão, em princípio, também poderia caracterizar o denominado *fracionamento ilegal*, podendo, inclusive, ser objeto de reprovação por parte da Corte de Contas competente.

Nesse escopo, percebe-se que, mesmo nas licitações sob a modalidade pregão, a Administração deverá ter a cautela de não acarretar o fracionamento ilegal da despesa.

Se a Administração necessita de determinada quantidade de bens ou serviços comuns da **mesma natureza**, *em um mesmo exercício financeiro*, de qualquer forma, tanto utilizando-se do *pregão* como das modalidades tradicionais ou processos de contratação direta, necessariamente deverá proceder de forma a avaliar seu **custo total, durante o período de vigência do crédito orçamentário**, ainda que, por qualquer motivo, não tenha condições de licitar o todo.

Sempre deve ser realizado um *planejamento anual* de todas as necessidades do Poder Público, a fim de não caracterizar **ato de gestão antieconômica**.

A não observância de tal preceito poderia, efetivamente, caracterizar o denominado fracionamento ilegal, podendo implicar a responsabilidade dos agentes responsáveis.

Não podemos perder de vista que a figura do fracionamento do objeto, com o único objetivo de o Poder Público não utilizar modalidade licitatória superior em suas contratações, na verdade, não mais prevalece em face da modalidade pregão, na medida em que esta modalidade independe de valores.

Entretanto, em tese, o fracionamento ilegal do objeto, na modalidade pregão, perduraria, mas sob o fundamento de **ato de gestão antieconômica**, em face da regra de economia de escala.

Esse, aliás, é o entendimento do brilhante professor Jessé Torres Pereira Junior⁶⁵⁶, no seguinte sentido:

“(...) O fato do cabimento da modalidade pregão independer do valor estimado do objeto não afasta o zelo que a Administração deve manter com respeito à economicidade, que está à base da censura ao fracionamento de objeto. Este se verifica quando a Administração, podendo prever a integral necessidade do objeto para o exercício, prefere fracionar a sua aquisição em lotes, ao longo do mesmo exercício e à custa do mesmo orçamento, com o fim de escapar do dever de licitar, ou de licitar segundo modalidades menos amplas. É recriminável tal procedimento porque, em tese, comprar-se em menor quantidade eleva o preço da unidade, cuja redução se obtém quando se compra em grande quantidade. É a regra da economia de escala. A situação não se modifica pelo só fato de a licitação realizar-se sob a modalidade do pregão. Deve a Administração cuidar de evitar o fracionamento porque também no pregão poderá passar-se o mesmo fenômeno”.

Portanto, em cada caso concreto, deverá a Administração Pública acautelar-se na realização de vários pregões ou contratações diretas pelo valor sucessivas, para execução de *objetos idênticos* ou da *mesma natureza*, a serem prestados num **mesmo exercício financeiro**, **justificando prévia e exaustivamente suas licitações e contratações diretas**, a fim de não caracterizar uma total falta de planejamento prévio, bem como evitar manifestações desfavoráveis por parte dos órgãos de controle.

3. Como saber se o objeto é ou não da mesma natureza?

Alerte-se que inexistente uma normatização que classifique bens e serviços, quanto à sua **natureza**, para fins de licitação ou contratação direta.

⁶⁵⁶ cf. in ob. cit., p. 1090.

Dessa maneira, não se deve utilizar para este intento apenas leis ou manuais orçamentários que possuam eventuais classificações de despesas, tendo em vista que este material é elaborado para uma finalidade diversa que a pretendida, podendo, inclusive, levar a Administração a erro quanto à natureza do bem ou serviço.

Muitas vezes, bens ou serviços de natureza distinta, *para fins licitatórios ou de contratação direta*, podem encontrar-se inseridos em um mesmo elemento de despesa, assim como bens ou serviços da mesma natureza podem possuir elemento de despesa diverso.

Deverá a Administração Pública **agrupar** todos os objetos da **mesma natureza**, para fins de escolha da modalidade licitatória ou contratação direta pelo valor, devendo, para tanto, analisar caso a caso a natureza dos bens ou serviços pretendidos (*p. ex.*, gêneros alimentícios, materiais de expediente, bens de informática, materiais de limpeza, materiais elétricos, materiais hidráulicos, materiais de construção, serviços gráficos, serviços de recapeamento asfáltico, reformas em edifícios públicos, construção de prédios, dentre outros), assim como a viabilidade, no mercado correlato, destes bens ou serviços serem prestados por um mesmo fornecedor, a fim de instaurar certame licitatório na modalidade respectiva ou realizar processo de contratação direta.

Com efeito, registre-se que, para fins de a Administração não se inserir no fracionamento ilegal ou, por outro lado, não caracterizar o direcionamento do certame, deverá **conjug**ar a **natureza do objeto** a ser contratado com o **funcionamento do mercado correlato** quanto aos respectivos fornecedores ou prestadores.

Havendo **uniformidade** entre os potenciais competidores, os objetos deverão ser, em tese e para fins licitatórios, considerados da *mesma natureza*.

Por outro lado, se houver discrepância, vale dizer, se no mercado correlato os competidores dos objetos pretendidos forem diversos, conseqüentemente, tais objetos deverão ser considerados de *natureza distinta*.

4. Escolha da modalidade licitatória e as possíveis prorrogações e modificações contratuais

Cremos que a **escolha da modalidade licitatória** (art. 23 da Lei de Licitações) **ou de hipótese de contratação direta** (art. 24, inc. II e § 1º, da Lei nº 8.666/1993) deverá levar em consideração o **valor inicial da contratação**, *independentemente de eventuais prorrogações contratuais*, que, por sua vez, poderão ou não ocorrer.

Os limites expressamente dispostos nos arts. 23 e 24, incs. I e II e § 1º, da Lei de Licitações devem ser observados apenas para a escolha da modalidade licitatória ou, se for o caso, para fins de caracterização de hipótese de dispensa de licitação em face do valor, isto é, estes limites serão observados tão somente na fase da licitação ou do processo de dispensa, tendo em vista o valor estimado da contratação para o **período inicialmente contratado (vigência inicial do ajuste)**, **independentemente de eventuais prorrogações**.

Parece-nos que as hipóteses de prorrogação do ajuste, assim como de eventuais acréscimos contratuais, de fato, **não deveriam ser levadas em conta**, para fins da escolha da modalidade de licitação ou da hipótese de dispensa pelo valor, mesmo porque, ainda que se trate de, *p.ex.*, um serviço contínuo, **toda prorrogação é um evento futuro e incerto**.

Assim preceitua a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁶⁵⁷ acerca do tema:

"Não há direito líquido e certo à prorrogação de contrato celebrado com o poder público. Existência de mera expectativa de direito, dado que a decisão sobre a prorrogação do ajuste se inscreve no âmbito da discricionariedade da administração pública (...)".

Nesse sentido, aliás, posiciona-se há longa data o jurista Ivan Barbosa Rigolin⁶⁵⁸, no sentido de que "(...) é juridicamente regular e possível que no curso da execução do contrato, sobretudo no caso das prorrogações e extensões autorizadas em lei, o valor final pago ultrapasse o limite de valor estabelecido na lei, e nas tabelas periodicamente editadas pelo Governo para atualizá-lo".

Ademais, os acréscimos quantitativos e/ou qualitativos também são decorrentes de fatos imprevisíveis, que poderão ou não ocorrer.

Veja a lição do saudoso professor Diogenes Gasparini⁶⁵⁹, *in verbis*:

⁶⁵⁷ cf. *in* MS nº 26.250, Plenário, Rel. Min. Ayres Britto, j. em 17/2/2010, DJE de 12/3/2010.

⁶⁵⁸ cf. *in* BLC nº 8/98, NDJ, p. 393.

⁶⁵⁹ cf. *in* ob. cit., pp. 787 e 788.

“Também não se há de observar o limite de 25% fixado no § 1º do art. 65 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, ***tanto como não se há de respeitar a modalidade licitatória original, pois nenhuma dessas exigências foi determinada por essa lei.***

(...)

No que respeita à desnecessidade de manter a modalidade licitatória inicialmente determinada, o raciocínio é semelhante. Com efeito, ***o valor estimado do contrato é elemento determinante da modalidade, e nada tem que ver com eventuais prorrogações. O novo valor contratual, eventualmente correspondente a outra modalidade, é apenas uma consequência da prorrogação legalmente permitida***” (grifo nosso).

Nesse diapasão, em regra geral, *desde que restem verdadeiramente atendidos os requisitos autorizadores de eventual prorrogação do ajuste*, nos termos do disposto no art. 57, incs. I, II, IV, V, ou §§ 1º e 4º, da Lei nº 8.666/1993, cremos que nada impede que o respectivo contrato proveniente de dispensa pelo valor ou licitação seja prorrogado, *não se devendo falar, conseqüentemente, em exceder o valor-limite da dispensa legal ou correspondente à modalidade licitatória inicialmente eleita, por tratarem-se de momentos distintos.*

Dessa maneira, parece-nos que, *exemplificativamente, não* poderia a Administração Pública contratar diretamente certo objeto, por dispensa em face do pequeno valor (art. 24, incs. I e II, e parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993), *com uma vigência contratual inicial inferior a doze meses (planejamento anual), já contando com suas possíveis prorrogações, e principalmente tendo em vista que as futuras prorrogações extrapolariam a hipótese de dispensa legal.*

Por sua vez, se após o planejamento anual das necessidades administrativas o valor da contratação enquadrar-se, *p.ex.*, na hipótese de **dispensa em face do valor**, em princípio, nada impede que proceda à respectiva contratação direta e posteriormente, quando de sua execução e próximo à expiração do prazo contratual, empreenda eventual prorrogação do ajuste, nos termos do art. 57 da Lei nº 8.666/1993, *desde que atendidos os requisitos da respectiva hipótese legal.*

Por sua vez, especificamente no tocante às alterações contratuais quantitativas e/ou qualitativas, registre-se que *a disciplina contida no art. 65 da Lei nº 8.666/1993 aplica-se a*

todo e qualquer contrato regido pela Lei de Licitações, ainda que se trate de ajuste proveniente de processo de contratação direta por dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Nesse diapasão, registre-se que eventual acréscimo quantitativo, por si só, não caracteriza o fracionamento ilegal do objeto, *desde que sejam atendidos os requisitos autorizadores.*

Independentemente do objeto contratado, é de todo oportuno relatar que, em nosso entendimento, eventual acréscimo contratual quantitativo ou qualitativo, previsto no art. 65, inc. I, da Lei nº 8.666/1993, **não pode ser confundido com o valor-limite de adequação da modalidade licitatória** (art. 23, inc. I ou II) ou de hipóteses de dispensa de licitação em face do valor (art. 24, inc. I ou II, e parágrafo único), já que se tratam de *momentos diversos*.

Nesse sentido, cite-se as lições de Joel Menezes Niebühr⁶⁶⁰:

“Portanto, é lícito contratar com dispensa, em razão do valor econômico do contrato, e, posteriormente, em razão de nova configuração do interesse público, alterar o seu objeto, mesmo que isso implique ultrapassar os valores inicialmente entabulados. Entretanto, isso só é lícito na medida em que a nova textura do objeto do contrato não podia ser prevista, porém tenha resultado, realmente, de nova demanda amparada pelo interesse público, devidamente justificado. Em sentido oposto, se o agente administrativo define inicialmente o objeto do contrato em quantidade menor ou com características mais simples justamente para adequá-lo aos limites de valor da dispensa e depois pretende alterá-lo, então incorre em ilegalidade, cuja conduta se subsume ao tipo penal estatuído no artigo 89 da Lei nº 8.666/93”.

Dessa maneira, *exemplificativamente*, em sendo necessário eventual acréscimo quantitativo, nos termos do art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, em contrato proveniente de dispensa de licitação em face do valor (art. 24, inc. II, da Lei de Licitações), a nosso ver, *por tratarem-se de momentos distintos*, em princípio, nada impede este expediente, ***desde que cumpridos os requisitos autorizadores do acréscimo***, não se podendo falar, nesse caso, em exceder o valor-limite correspondente à modalidade licitatória anteriormente eleita ou à dispensa de licitação pelo valor, ou em fracionamento ilegal do objeto.

Marçal Justen Filho⁶⁶¹ também compartilha desse mesmo entendimento:

⁶⁶⁰ cf. *in* *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública*, Dialética, São Paulo, 2003, pp. 270 e 271.

⁶⁶¹ cf. *in* *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 14ª ed., Dialética, São Paulo, 2010, p. 276.

“Se a satisfação das necessidades coletivas e supra-individuais exigir a modificação contratual, não seria cabível impedi-la sob argumento de que o valor superveniente (obtido em virtude da modificação) seria incompatível com a modalidade de licitação adotada. A escolha da modalidade de licitação, efetuada em face de certo panorama fático e jurídico, não pode ser um fator conducente ao impedimento de o Estado cumprir as funções que lhe foram atribuídas. Ademais, são questões diversas, até mesmo do ponto de vista cronológico. *Um evento é a determinação da modalidade de licitação; outro, desvinculado daquele, é a alteração contratual.* Por outro lado, poderá haver caso em que a modificação seja imposta pelo princípio da isonomia, tal como se passa nos casos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato” (grifo nosso).

Com efeito, cremos que eventual acréscimo ou supressão do objeto apenas seria possível nos termos do art. 65, podendo ocorrer a qualquer momento, desde que *na vigência do ajuste*, mas **em decorrência de fatos supervenientes à contratação**.

Por força do princípio da legalidade, é dever da Administração, antes de instaurar um certame licitatório, realizar um planejamento prévio e minucioso acerca do quantitativo e do qualitativo que pretende contratar.

Assim sendo, consigne-se que as modificações quantitativas no objeto do certame, previstas no art. 65, inc. I, al. b, da Lei nº 8.666/93, constituem *excepcionalidade* a ser cabalmente justificada diante da ocorrência de *fatos supervenientes*, pois, se assim não fosse, restaria flagrante a burla ao princípio da obrigatoriedade de licitar na modalidade correspondente ao valor total aferido para a contratação.

Nesse sentido, é oportuno mencionar a lição de Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti⁶⁶², a qual, inclusive, é corroborada pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União citada pelos próprios autores:

“São requisitos mínimos a instruir o procedimento que visa acrescer ou suprimir o objeto do contrato:

(a) justificativa apta a demonstrar a *superveniência do fato ensejador da alteração contratual*; veja-se a jurisprudência do TCU – “[...] 9.3.10. (...):

⁶⁶² cf. *in* Da Responsabilidade de Agentes Públicos e Privados nos Processos Administrativos de Licitação e Contratação, NDJ, São Paulo, 2012, p. 273.

9.3.10.1. ser antecedido de procedimento administrativo no qual fique adequadamente consignada a motivação das alterações tidas por necessárias, que devem ser embasadas em pareceres e estudos técnicos pertinentes, bem assim caracterizar a *natureza superveniente*, em relação ao momento da licitação, dos fatos ensejadores das alterações' (Acórdão nº 554/2005 – Plenário, rel. Min. Guilherme Palmeira, Processo nº 007.441/2001-5)” (grifo nosso).

Alerte-se, pois, que, em face do disposto nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei federal de Licitações, o limite máximo para essas alterações será de 25% e 50%, conforme o caso, sendo vedado qualquer acréscimo ou supressão que exceda este percentual, ressalvada a supressão quantitativa, que, por acordo entre as partes, poderá exceder esse limite, nos termos do seu § 2º, inc. II.

Nesse escopo, registre-se que as alterações contratuais fundadas nos acréscimos e supressões caracterizam-se pela sua unilateralidade, na medida em que são impostas pelo Poder Público contratante, sem possibilidade de transigência do contratado.

Todavia, embora a Administração possua a faculdade de impor essas alterações quantitativas *unilateralmente* ao contratado, advirta-se que elas apenas poderão ocorrer **durante a vigência do ajuste** e *com fundamento em motivo superveniente, imprevisível e devidamente justificado*.

Nesse diapasão, frise-se que, a rigor, todas as alterações realizadas sobre a quantidade de um objeto contratado, independentemente de serem acréscimos ou supressões, devem ser calculadas utilizando sempre como parâmetro único o **valor inicial atualizado do contrato**, em conformidade com o art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/1993.

Portanto, a Administração apenas poderá efetuar acréscimos ou supressões quantitativas, a nosso ver, se observados os requisitos legais supramencionados, *sob pena de ilegalidade*.

Todavia, informe-se que *nosso entendimento não é de todo pacífico, especialmente no tocante a eventuais prorrogações contratuais*⁶⁶³.

⁶⁶³ cf. *in* Acórdão nº 1.395/05 da 2ª Câmara do Tribunal de Contas da União, Processo nº 011.256/2004-8, sessão de 16/8/2005, *DOU* de 24/8/2005.

Ademais, Marçal Justem Filho⁶⁶⁴ também sustenta a necessidade de a Administração adotar a cautela de optar pela “(...) modalidade licitatória compatível com o valor correspondente ao prazo máximo possível de vigência do contrato”.

Nesse sentido, aliás, também tem se manifestado o Tribunal de Contas do Estado do Paraná⁶⁶⁵:

“I – Na contratação de serviços de execução continuada deverá ser estimado o valor total da contratação (original e prorrogações) para a escolha da modalidade de licitação pertinente e”.

A respeito do assunto, assim também já se manifestou o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo⁶⁶⁶:

“2. Nos presentes autos - fls. 159, a Fiscalização apontou a

(...) c) A realização do Termo Aditivo em 30.02.03 que prorrogou o prazo contratual em 60 dias, acresceu o seu valor em R\$ 29.071,92, elevando-o para R\$ 177.822,26, patamar que extrapolou o limite de Convite para obras e serviços de engenharia (artigo 8º da Lei de Licitações);

(...) DECISÃO

Acolho as manifestações unânimes dos Órgãos Técnicos da Casa, visto que as irregularidades constatadas na instrução processual não foram afastadas pela defesa, dentre elas destaco os pagamentos antecipados da despesa, o valor contratado superior ao orçado e o acréscimo do valor do contrato após o Termo Aditivo, que somado ao termo inicial, extrapolou o limite da modalidade Convite, além da abertura de três Convites simultâneos, com os mesmos objetos e os mesmos quatro convidados, perfazendo valores que ensejam a aplicação da modalidade de licitação Tomada de Preços, conforme disciplinado no § 5º do artigo 23 da Lei n. 8.666/93, garantindo à Administração o cumprimento dos princípios básicos previstos no artigo 3º da citada lei.

Por todo o exposto, à vista dos elementos que instruem os autos e dos posicionamentos desfavoráveis dos Órgãos Técnicos da Casa e nos termos do que dispõe a Resolução nº 03/2012

⁶⁶⁴ cf. in *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 16ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, p. 364.

⁶⁶⁵ cf. in Acórdão nº 792/2009, Tribunal Pleno.

⁶⁶⁶ cf. in TC-536/006/06, sentença do Auditor Antonio Carlos dos Santos.

deste Tribunal, JULGO IRREGULARES o Convite nº 123/2002 e os subsequentes Contrato de fls. 108/110 e Termo Aditivo, aplicando-se, por via de consequência, o disposto nos incisos XV e XXVII do artigo 2º da Lei Complementar Estadual nº 709/93” (grifo nosso).

Por estes raciocínios (*que respeitamos, mas não coadjuvamos*), consequentemente, dever-se-ia considerar desde o início as possíveis prorrogações que o ajuste poderá eventualmente sofrer, na escolha da modalidade licitatória ou hipótese de contratação direta pelo valor, a fim de evitar eventuais alegações de ilegalidade.

CONCLUSÃO

A Administração Pública deve necessariamente acautelar-se para não incidir no chamado fracionamento ilegal, não só por conta da necessária lisura de todo e qualquer certame licitatório, mas também a fim de evitar responsabilizações desnecessárias dos agentes públicos envolvidos.

Perceba-se que o fracionamento indevido pode inclusive caracterizar ato de improbidade administrativa, decorrente de fraude em licitação⁶⁶⁷.

Seja qual for a modalidade licitatória adotada, é dever de toda a Administração Pública planejar adequada e previamente suas reais e efetivas necessidades, evitando a figura do fracionamento ilegal.

As Cortes de Contas estão atentas a tal prática e cada vez mais severas em suas sanções.

Então, vamos agir com lisura, probidade e dentro da legalidade, a fim de que o interesse público efetivamente prevaleça, em face dos interesses individuais de nossos agentes públicos.

⁶⁶⁷ cf. Superior Tribunal de Justiça, “Fracionamento ilegal x ato de improbidade administrativa”, in **SLC nº 26**, SGP, maio/2020, p. 113.

BIBLIOGRAFIA

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17ª ed. São Paulo: RT, 2016.

_____. *Pregão – Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 5ª ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

NIEBUHR, Joel Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. São Paulo: Dialética, 2003.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *BLC* nº 8/1998, NDJ.

Tribunal de Contas da União.

Tribunal de Contas do Estado do Paraná.

Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

SLC – Solução em Licitações e Contratos nº 7, São Paulo: SGP, outubro/2018.

SLC – Solução em Licitações e Contratos nº 13, São Paulo: SGP, abril/2019.

SLC – Solução em Licitações e Contratos nº 26, São Paulo: SGP, maio/2020.

Superior Tribunal de Justiça.

Supremo Tribunal Federal.

A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO (PAR) NA LEI ANTICORRUPÇÃO: até onde vai o poder regulamentar da Controladoria-Geral da União?

Guilherme Carvalho

Doutor em Direito Administrativo e Mestre em Direito e Políticas Públicas. Advogado e professor universitário, além de palestrante e articulista. Bacharel em Administração e Ex-Procurador de Estado.

Raphael Guimarães

Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Advogado militante.

1 – Introdução

A Lei nº 12.846/2013, também conhecida como Lei Anticorrupção, representou um significativo avanço no combate à corrupção no país, pois passou a permitir a responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de condutas ilícitas. Apesar de sua proeminente notabilidade, as gravíssimas sanções dispostas na lei requerem um mínimo de conteúdo probatório, não podendo decorrer de meras presunções, isto é, desacompanhada de provas cabais à formação de um juízo mais elaborado e concreto quanto à prática de atos de corrupção.

Por outro lado, o processo sancionatório previsto na Lei nº 12.846/2013, denominado Processo Administrativo de Responsabilização (PAR), justamente por representar um abalo quanto à conduta da empresa perante investidores e à própria sociedade, deve ser breve, não podendo se estender no tempo, razão pela qual tanto a lei, quando o decreto que a regulamenta (Decreto nº 8.420/2015), mesmo permitindo uma prorrogação, preveem um prazo

de 180 (cento e oitenta) dias para a finalização de todo o processo. Na esteira destes dispositivos legais e regulamentares, a Controladoria-Geral da União também editou a Instrução Normativa nº 13/2019, onde previu o mesmíssimo prazo de 180 (cento e oitenta) dias para finalização do PAR.

Ocorre que, na prática, o que se tem observado são sucessivas prorrogações, contrariando os dispositivos normativos que preveem apenas uma prorrogação, segundo será sustentado ao longo desse texto. Quer-se com isso dizer que, atendendo o princípio constitucional da duração razoável do processo, o prazo para finalização do PAR a que faz referência as normas acima citadas é de 180 (cento e oitenta) dias, sendo a prorrogação uma exceção.

Para além da problematização acima mencionada, a Controladoria-Geral da União, exacerbando do Poder Regulamentar que lhe é conferido, criou um instrumento, não previsto em lei, que corrobora a extensão desmedida do Processo Administrativo de Responsabilização (PAR), a chamada Nota de Indiciação Complementar, o que também ofende a duração razoável do processo, porque termina por estender ainda mais a brevidade processual pretendida pelo legislador ordinário.

Expostos estes argumentos, o presente artigo destina-se a avaliar, à luz do princípio constitucional da duração razoável do processo, que o prazo para a finalização do processo previsto na Lei Anticorrupção somente pode ser prorrogado uma única vez, destacando-se, todavia, que não se tem por objetivo escalonar todas as problemáticas envoltas ao tema⁶⁶⁸.

Para tanto, em um primeiro momento será analisado o prazo para a conclusão do PAR, mencionando todas as normas legais e infralegais inerentes à matéria, à luz da duração razoável do processo. Em seguida, tratar-se-á da Nota de Indiciação Complementar, oportunidade em que se demonstrará a inconstitucionalidade e ilegalidade deste instrumento,

⁶⁶⁸ Uma das mais acentuadas, por exemplo, é a ausência expressa do direito a recurso administrativo, sendo cabível apenas o Pedido de Reconsideração.

destacando-a como obstáculo à finalização, no tempo razoável, do Processo Administrativo de Responsabilização.

2 – O prazo para a conclusão do Processo Administrativo de Responsabilização (PAR)

Sem maiores delongas, cumpre tecer algumas breves considerações sobre o Processo Administrativo de Responsabilização (PAR)⁶⁶⁹. A Lei nº 12.846/2013, depois de tecer um capítulo sobre responsabilização administrativa, inicia, logo em seu art. 8º, o Capítulo IV, intitulado “Do Processo Administrativo de Responsabilização”. Claramente, a lei não trata especificadamente da natureza jurídica deste tipo de processo, cuidando mais da parte inerente à deflagração e forma como será conduzido e apreciado. Tampouco menciona algo sobre o direito ao recurso administrativo, finalizando, no que toca a essa parte, no seu art. 12, ao estabelecer que “O processo administrativo, com o relatório da comissão, será remetido à autoridade instauradora, na forma do art. 10, para julgamento”.

Simploriamente, a Lei Anticorrupção limita-se a abordar a fase de instauração, condução e julgamento, que se dará após o oferecimento de Defesa Prévia. No Decreto nº 8.420/15, que regulamenta a lei no âmbito federal, o legislador orienta, assim como a Lei nº 12.846/2013 norteia (vide art. 9º, § 3º⁶⁷⁰), um prazo fatal⁶⁷¹ para finalização do PAR, que é de 180 (cento e oitenta) dias.

⁶⁶⁹ Sobre o tema: “O PAR possui características de verdadeiro processo disciplinar, muito semelhante àqueles que tratam da apuração da responsabilidade dos servidores públicos. Tanto que a autoridade responsável por inaugurar e impulsionar o referido procedimento, no caso, pode promover, previamente, a abertura de investigação preliminar, o que, guardadas as devidas proporções, tem similitude à sindicância promovida para colher dados e provas à subsidiar o processamento de um agente estatal”. HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei Anticorrupção**: Lei nº 12.846/2013. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 186.

⁶⁷⁰ “Art. 9º. *Omissis*.

§ 3º A comissão deverá concluir o processo no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados da data da publicação do ato que a instituir e, ao final, apresentar relatórios sobre os fatos apurados e eventual responsabilidade da pessoa jurídica, sugerindo de forma motivada as sanções a serem aplicadas”.

⁶⁷¹ “Art. 9º O prazo para a conclusão do PAR não excederá cento e oitenta dias, admitida prorrogação por meio de solicitação do presidente da comissão à autoridade instauradora, que decidirá de forma fundamentada”.

De igual modo, a Instrução Normativa nº 13/2019, da Controladoria-Geral da União, em seu art. 13, § 1º⁶⁷², acentua que o prazo para finalização do PAR é de 180 (cento e oitenta) dias. Logo, indene de dúvidas de que a duração razoável do aludido processo administrativo se limita a este prazo, sendo a prorrogação uma exceção.

Ocorre que, na prática, os Processos Administrativos de Responsabilização vêm sendo prorrogados mais de uma vez, o que fere a duração razoável do processo pretendida pelo legislador. Várias são as razões que deságuam na impossibilidade de haver, num procedimento sancionatório (e de responsabilização) desse jaez, mais de uma prorrogação.

A primeira delas decorre da própria literalidade da norma, a qual preconiza que tal procedimento poderá ser prorrogado. Não por acaso, portanto, o texto normativo foi redigido no singular, mencionando que a prorrogação (e não prorrogações) é ato único e que deve ocorrer uma só vez. Intentasse o legislador permitir sucessivas prorrogações, utilizar-se-ia do termo em sua forma plural, notadamente por se tratar de processo que carrega sérios prejuízos ao investigado. Mas não é só!

Segundamente, a duração razoável do processo impõe que qualquer procedimento, sobretudo administrativo de conteúdo sancionatório, tenha um fim. Essa é a exegese do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, a ver:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Omissis.

⁶⁷² “Ar. 13. *Omissis.*

§ 1º O prazo para a conclusão dos trabalhos da comissão de PAR não excederá cento e oitenta dias, admitida prorrogação, mediante solicitação justificada do presidente da comissão à autoridade instauradora, que decidirá de maneira fundamentada”.

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (grifo nosso)

No mesmo sentido, o Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao processo administrativo – inclusive de responsabilização - (art. 15⁶⁷³), prevê, em seus artigos 4º e 6º, que:

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. (grifo nosso)

Na esteira do entendimento do que seja “duração razoável do processo”, a doutrina esclarece que, “embora seja quase impossível delinear teórica e abstratamente o que deve ser entendido por ‘duração razoável do processo’, não há grande dificuldade em se identificar o descumprimento dessa regra diante de casos concretos”⁶⁷⁴.

Perceba-se, pois, que, ao tempo em que o prazo para ser concluído o PAR é de 180 (cento e oitenta) dias, a prorrogação primeira (e única possível) já problematiza a duração razoável do processo. Ora, e se assim o é, não há negar que uma segunda prorrogação impõe uma insegurança jurídica assaz problemática, na medida em que afronta o quanto previsto na Constituição Federal, bem assim as normas infraconstitucionais, maiormente o Código de Processo Civil (*vide* artigos 4º e 6º, dantes mencionados).

⁶⁷³ Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

⁶⁷⁴ FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 71.

Em abono às alterações aqui esposadas, a doutrina revela que a demora, imotivada ou deliberada, na solução do processo administrativo, por vezes fazendo com que o cidadão se veja obrigado a ir postular em juízo o direito que lhe assiste (enfrentando outras morosidades de mais difíceis solução), é um comportamento ilícito da autoridade competente e deve ensejar sua responsabilização⁶⁷⁵.

No mesmo sentido, “a observância do princípio da duração razoável do processo administrativo propicia paz social, gera confiabilidade, atenua a sobrecarga do Poder Judiciário”⁶⁷⁶.

Sendo assim, permitir mais de uma prorrogação no Processo Administrativo de Responsabilização é possibilitar um sequencial de prorrogações que não impõe um fim ao processo. Aludindo a um tirocínio simplório, se é permitida uma segunda prorrogação, permitir-se-ia, nesta equivocada linha de entendimento (argúvel por mera eventualidade), infundáveis prorrogações, impondo à pessoa jurídica objeto de investigação um ônus que não é razoável. Neste sentido:

O *prazo para conclusão* do processo administrativo de apuração de responsabilidade da pessoa jurídica por atos ilícitos cometidos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, disciplinado na Lei no 12.846/13, é de *180 (cento e oitenta) dias*, podendo, *justificadamente*, ser *prorrogado*, devendo ao final a comissão apresentar “*relatórios sobre os fatos apurados e eventual responsabilidade da pessoa jurídica, sugerindo de forma motivada as sanções a serem aplicadas*” (§ 3º, art. 10, Lei nº 12.846/13, grifou-se;

⁶⁷⁵ BORGES, Alice Gonzalez. Duração razoável do processo administrativo e responsabilidade do Estado”. **Revista de Direito da Procuradoria-Geral**, Rio de Janeiro, p. 70-84, 2012, Edição Especial Marcos Juruena, p. 83.

⁶⁷⁶ MEDAUAR, Odete. O princípio da razoável duração do processo administrativo”. In: _____; SCHIRATO, Vitor Rhein (org.) **Atuais rumos do processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 101-102.

Cf. art. 10, §3º, Portaria nº 910/2015, MCT/ CGU, publicada no *DOU*, 08.04.15).

Releva anotar que o *prazo da prorrogação*, devidamente justificado, ao que tudo indica, não deverá ultrapassar 180 (cento e oitenta) dias; é que, segundo o inc. LXXVIII, art. 5º, CF, “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a *razoável duração* do processo e os *meios* que garantam a *celeridade* de sua *tramitação*. (Incluído pela Emenda Constitucional no 45, de 2004)⁶⁷⁷”

Por fim (mas sem prejuízo de outros fundamentos), e em aderência ao argumento anteriormente mencionado, o simples fato de responder um Processo Administrativo de Responsabilização viola a reputação da pessoa jurídica acusada. É dizer, quanto mais célere, menos prejuízos perante a sociedade e investidores sofrerá. Nesse sentido:

O princípio em exame descortina singular relevância no campo do processo administrativo de responsabilização de sociedades empresariais, uma vez que a mera possibilidade de suportar a imputação da prática de atos de corrupção, com eventual aplicação de gravosos penalidades pecuniárias, poderá gerar danos imediatos à imagem do ente perante a sociedade e ao mercado, principalmente em relação àquelas sociedades de capitais abertos, que negociam suas ações em bolsas de valores.

Por isso é que ao processo administrativo sancionador deve ser estabelecido marco temporal razoável para o seu início, desenvolvimento e conclusão⁶⁷⁸.

⁶⁷⁷ LESSA, Sebastião José. **Lei anticorrupção**: mecanismos de contenção, de repressão e de reparação. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 33.

⁶⁷⁸ RIBEIRO, Márcio de Aguiar. **Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 79.

De tal modo, o processo não pode permanecer eternamente em trâmite. Isso porque a regra é que o Processo Administrativo de Responsabilização seja concluído no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, sendo a prorrogação uma extremada exceção. Em deferência à força normativa da Constituição (art. 5º, LXXVIII, CF/1988), portanto, a possibilidade de prorrogação deve ser interpretada de forma restritiva, estendendo-se o PAR por uma única e exclusiva oportunidade; do contrário, seria perpetuar e cancelar uma arbitrariedade da Administração processante, o que é imponderável em um Estado Democrático de Direito.

3 – A Nota de Indiciação Complementar e a Instrução Normativa nº 13/2019 da Controladoria-Geral da União: inconstitucionalidade e ilegalidade manifestas

A Controladoria-Geral da União (CGU) regulamentou, por meio de sua Instrução Normativa nº 13/2019, algumas lacunas deixadas tanto pela Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), como pelo Decreto que regulamenta a lei, criando, para o quanto interessa neste artigo, a chamada Nota de Indiciação Complementar.

Primeiramente, cumpre asseverar que a Lei nº 12.846/2013 quase nada traz sobre o Procedimento de Responsabilização Administrativa (PAR), ficando a cargo do Decreto que regulamenta a lei (Decreto nº 8.420/2015) tal mister. Assim sendo, uma vez instaurado o PAR, a pessoa jurídica terá o prazo de 30 (trinta) dias para apresentar defesa escrita, conforme se infere do art. 5º do referido decreto:

Art. 5º No ato de instauração do PAR, a autoridade designará comissão, composta por dois ou mais servidores estáveis, que avaliará fatos e circunstâncias conhecidos e intimará a pessoa jurídica para, no prazo de trinta dias, apresentar defesa escrita e especificar eventuais provas que pretende produzir.

No mesmo sentido, segue a Instrução Normativa nº 13/2019 da Controladoria-Geral da União, que, em seu art. 16, *caput*, acentua que “Instaurado o PAR, a comissão lavrará nota de indicição e intimará a pessoa jurídica processada para, no prazo de trinta dias, apresentar defesa escrita e especificar eventuais provas que pretenda produzir”.

A Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), tampouco o Decreto que a regulamenta (Decreto nº 8.420/2015) preveem o instrumento contido na Instrução Normativa nº 13/2019 da Controladoria-Geral da União relativa à Nota de Indicição Complementar (art. 20, § 4º, II⁶⁷⁹). Logo, em havendo uma Nota de Indicição Complementar, é praticamente impossível finalizar um PAR no prazo de 180 (cento e oitenta) dias.

A Instrução Normativa nº 13/2019 da Controladoria-Geral da União, na esteira da Lei Anticorrupção e do decreto que a regulamenta, também prevê o mesmo prazo de 30 (trinta) dias para oferecimento de Defesa Escrita, o que se dá diante da intimação acerca da Nota de Indicição (art. 16 da IN-CGU nº 13/2019).

Perceba-se, portanto, que o prazo para o oferecimento de Defesa Escrita, pelo regramento normativo da lei, é um só, o que pressupõe, por óbvio, que há apenas uma Nota de Indicição, a Nota Inicial, decorrente da instauração do PAR, não havendo que se falar em Nota de Indicição Complementar.

Logo, a Instrução Normativa nº 13/2019 da Controladoria-Geral da União criou o que a lei não previu, sendo, portanto, a referida Nota de Indicição Complementar um instrumento *contra legem*, que vai de encontro ao desiderato normativo, o qual prevê um processo célere (de 180 – cento e oitenta – dias), prorrogável uma única vez, como acima já mencionado.

⁶⁷⁹ “Art. 20. *Omissis*.

§ 4º Caso sejam produzidas novas provas após a nota de indicição, a comissão poderá:

I – *Omissis*.

II - lavrar nova indicição ou indicição complementar, caso as novas provas juntadas aos autos justifiquem alterações na nota de indicição inicial, devendo ser observado o disposto no art. 16”.

Ora, ou a autoridade processante (v.g., a Administração Pública) finaliza o PAR com os elementos contidos na Nota de Indiciação e na primeira Defesa Escrita ou conduz, por ausência de provas, a seu arquivamento. O que é intolerável é a perpetuação do Processo Administrativo de Responsabilização com infundáveis prorrogações, bem assim o lançamento de outras tantas “Notas de Indiciação Complementares”, o que, na prática, constitui uma burla ao prazo de finalização do próprio PAR, contrariando e esvaziando o direito fundamental de duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988 c/c art. 4º, 6º e 15 do Código de Processo Civil).

Na prática, nem mesmo o Decreto nº 8.420/2015, que regulamenta a Lei nº 12.846/2013, ousou ultrapassar os limites normativos ali estabelecidos, porquanto impossível, à luz do disposto no art. 84, IV, da Constituição Federal. Todavia, inconstitucionalmente, a Controladoria-Geral da União cria o que é vedado ao Poder Regulamentar, visto que inova no ordenamento jurídico. Logo, a outra conclusão não se pode chegar que não a da ilegalidade e inconstitucionalidade da Nota de Indiciação Complementar, notadamente porque ofusca a duração razoável do processo.

4 – Considerações finais

À luz de todo o exposto, percebe-se que o prazo para a conclusão do Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) não pode ser prorrogado mais de uma vez, haja vista que todos os normativos acentuam, de forma clara e expressa, que a duração de todo o processo deve ocorrer em 180 (cento e oitenta) dias, sendo a prorrogação uma exceção.

Logo, a prorrogação, que deve ser vista de forma excepcional, não pode comprometer a duração razoável do processo, norma prevista na Constituição Federal como direito e garantia fundamental, razão pela qual a Nota de Indiciação Complementar, prevista no normativo da Controladoria-Geral da União, além de inconstitucional e ilegal, acaba por eternizar o processo, ferindo o objetivo da lei, pois compromete a segurança jurídica que se espera do Estado sancionador, sobretudo em processos disciplinares.

À guisa de conclusões finais, pode-se perceber que, caso não finalizado o Processo Administrativo de Responsabilização no prazo previsto em lei, admite-se apenas uma única prorrogação, sendo as demais prorrogações ilegais, suscetíveis de nulidade e consequente questionamento perante o Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

BORGES, Alice Gonzalez. Duração razoável do processo administrativo e responsabilidade do Estado”. **Revista de Direito da Procuradoria-Geral**, Rio de Janeiro, p. 70-84, 2012. Edição Especial Marcos Juruena.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 fev. 2021.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Instrução Normativa nº 13, de 8 de agosto de 2019**. Define os procedimentos para apuração da responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, a serem observados pelos órgãos e entidades do Poder Executivo federal. Brasília, DF: Controladoria-Geral da União, [2019]. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/41463/5/IN_13_2019.pdf. Acesso em: 19 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em: 19 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1 de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 19 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 19 fev. 2021.

FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei Anticorrupção: Lei nº 12.846/2013.** Belo Horizonte: Fórum, 2015.

LESSA, Sebastião José. **Lei anticorrupção: mecanismos de contenção, de repressão e de reparação.** Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEDAUAR, Odete. O princípio da razoável duração do processo administrativo”. In: _____; SCHIRATO, Vitor Rhein (org.) **Atuais rumos do processo administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RIBEIRO, Márcio de Aguiar. **Responsabilização administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial.** Belo Horizonte: Fórum, 2017.

A CONTRIBUIÇÃO DO DESEMBARGADOR JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR PARA A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO SOBRE ICMS

Gustavo da Gama Vital de Oliveira

Professor Adjunto de Direito Financeiro da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Mestre e Doutor em Direito Público pela UERJ. Procurador do Município do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo: O objetivo do artigo é homenagear o Desembargador Jessé Torres Pereira Junior, por ocasião de sua aposentadoria, destacando alguns julgados de sua relatoria sobre o ICMS

Palavras chave: ICMS; jurisprudência TJRJ; Desembargador Jessé Torres Pereira Junior

Introdução

Início o texto com o sentimento de imensa gratidão à ESA/OAB-RJ pela oportunidade conferida de homenagear o Desembargador Jessé Torres Pereira Junior, por ocasião de sua aposentadoria. Tive meu primeiro contato com a doutrina do Professor Jessé Torres ainda como aluno da graduação da UERJ. Lembro que, por ocasião da Emenda Constitucional 19/98, da Reforma Administrativa, a obra “Da reforma administrativa constitucional” (Renovar, 1999) foi especialmente marcante na minha formação para compreender as significativas mudanças que o Direito Administrativo começava a experimentar.

Muitas outras obras do Professor Jessé Torres marcaram a minha formação e, após iniciar a minha atividade profissional, tive a oportunidade de aprender ainda mais com o

Professor, agora na condição de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Na singela homenagem que ora realizo, procurei examinar alguns julgados proferidos pelo Desembargador Jessé Torres em relação ao ICMS, na 2ª Câmara Cível e no Órgão Especial, buscando destacar o contexto das referidas decisões à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

1. Controle de legalidade de resolução estadual violadora da LC 87/96 (APELAÇÃO CÍVEL Nº 2007.001.33153, DJ 23/07/2007, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Jessé Torres Pereira Junior)

A hipótese versava sobre a constitucionalidade e a legalidade da Resolução SER 80/04, que estabelecia a imposição de recolhimento de ICMS a substituto tributário localizado em outro Estado da Federação.

Em seu voto, o Desembargador Jessé Torres destacou a ilegalidade da Resolução em comparação com o mandamento do art. 9º da LC 87/96, que indica a necessidade de acordo específico pelos Estados interessados para que seja viabilizada a adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais. No mesmo sentido estabelece o art. 21, §1º da Lei 2.657/96 (Lei ICMS RJ). Na hipótese em julgado, não havia o referido acordo (convênio). Foi ressaltada ainda a reserva de lei complementar determinada pela CF (art. 155, §2º, XII, “b”) para dispor sobre substituição tributária.

Houve destaque para a circunstância de que a referida exigência guarda pertinência com a própria norma constitucional de autonomia dos entes federativos:

“Fica claro, claríssimo, que um Estado não pode impor o seu regime tributário a contribuinte sediado em outro Estado sem que entre tais Estados haja convênio disciplinador da atuação

fiscal conjunta. É princípio, mais do que norma, que nasce, como visto, na Constituição da República e se desdobra pela legislação estadual. Nem poderia ser diferente à vista da autonomia que o art. 18 do Texto Fundamental assegura a todos os entes integrantes da Federação.”

Outro ponto de relevo do voto é a referência à “estranha redação”, nas palavras do Desembargador Jessé Torres, indicada no art. 2º da Resolução examinada, ao facultar ao contribuinte localizado em outro Estado da federação a possibilidade de firmar acordo com a Fazenda Estadual para a retenção do ICMS nas operações destinadas ao Rio de Janeiro:

“Estranha porque “concede” faculdade onde há direito subjetivo. O contribuinte sediado em outro Estado não está obrigado a negociar com o Estado do Rio de Janeiro o recolhimento aos cofres deste de ICMS, na qualidade de substituto tributário de empresas aqui estabelecidas, se entre o Estado do Rio de Janeiro e o do domicílio tributário do contribuinte não houver convênio nesse sentido.”

Na mesma linha do julgado adotado pela 2ª Câmara Cível do TJRJ, o STF ratificou a existência na Constituição Federal de reserva de lei complementar para dispor sobre substituição tributária, inclusive em operações interestaduais, no julgamento da ADI 4628, em 2014:

"(...) 9. A substituição tributária, em geral, e, especificamente para frente, somente pode ser veiculada por meio de Lei Complementar, a teor do art. 155, § 2º, XII, alínea b, da CRFB/88. In casu, o protocolo hostilizado, ao determinar que o estabelecimento remetente é o responsável pela retenção e recolhimento do ICMS em favor da unidade federada destinatária

vulnera a exigência de lei em sentido formal (CRFB/88, art. 150, § 7º) para instituir uma nova modalidade de substituição.(...)”

(ADI 4628, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 21-11-2014 PUBLIC 24-11-2014)

Também o Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro já decidiu pela impossibilidade de atribuir ao remetente de mercadorias localizado em Estado diverso o dever de recolher o ICMS-ST em período anterior à vigência de protocolo entre os Estados, de forma que a responsabilidade pelo pagamento foi atribuída ao destinatário das mercadorias. É o que se extrai do voto vencedor proferido pela Conselheira Fábiana Trope de Alcântara:

“É importante observar que as operações foram realizadas em período anterior à adesão do Estado do Rio de Janeiro ao Protocolo ICMS nº 188/09, que só veio a ocorrer em 01 de junho de 2014. Ou seja, por ocasião das mencionadas operações, o estabelecimento remetente não detinha a condição de substituto tributário, e não estava obrigado a reter e recolher o ICMS-ST ao estado do Rio de Janeiro – como efetivamente não reteve nem recolheu.

Desta forma, está correta a exigência do imposto devido pelo regime de substituição tributária no momento em que a mercadoria ingressou em território fluminense, e a atribuição da condição de substituto ao destinatário das mercadorias.”

(Recurso 61.490, Conselho Pleno, Acórdão 9.352, Sessão de 17 de outubro de 2018)

Em conclusão, o recurso interposto pelo contribuinte foi provido, com a concessão da ordem requerida no mandado de segurança em exame na 2ª Câmara Cível.

2. Não incidência de ICMS em mercadorias importadas por pessoa não contribuinte do imposto antes da EC 33/01 (Apelação 0021687-84.2007.8.19.0001, DJ 14/06/2010, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Jessé Torres Pereira Junior)

Tratava-se de ação anulatória de débito tributário, proposta por consórcio formado por empresas de engenharia civil que realizavam obras e serviços de construção civil na usina nuclear de Angra do Reis. O contribuinte buscava a anulação da cobrança de ICMS incidente sobre a importação de mercadorias utilizadas no empreendimento, considerando sua condição ordinária de não-contribuinte do ICMS.

As cobranças de ICMS eram referentes a fatos geradores ocorridos em 1997/1998, antes da modificação do texto constitucional efetuada pela EC 33/01, que deu nova redação ao art. 155, §2º, inciso IX, da CF, para determinar a incidência do ICMS na importação realizada por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto. Antes da referida modificação no texto constitucional o STF adotava entendimento pacífico pela possibilidade da tributação pelo ICMS na importação apenas para o contribuinte do imposto, conforme Súmula 660.⁶⁸⁰

Tal como indicado no voto do Desembargador Jessé Torres, o novo perfil de incidência do ICMS no caso somente veio a ser delineado na lei complementar por ocasião da LC 114/2002, que modificou a LC 87/96. Como os fatos geradores indicados na ação ocorreram em 1997/1998, seria inviável admitir a possibilidade de cobrança retroativa da nova modalidade de incidência do ICMS, sobre pena de violação dos princípios da irretroatividade e anterioridade consagrados na CF (art. 150, III, “a e “b”), como destacou:

⁶⁸⁰ “Não incide ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto.”

“Trata-se de obediência aos limites em que se deve conter o exercício do poder tributário, que a Constituição baliza não para proteger tal ou qual produto, mas para proteger o contribuinte contra eventuais abusos do fisco.”

Em relação ao tema, a própria Fazenda Estadual reconheceu o descabimento da cobrança tributária de ICMS na importação por pessoa física ou jurídica não contribuinte do imposto, nos termos da Resolução Sefaz 6/2007 (DO 19/01/2007).⁶⁸¹ A Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, diante da pacificação do tema no STF, também indicou entendimento pela impossibilidade de cobrança de ICMS nas hipóteses indicadas antes da EC 33/01 (ex. Parecer SESP no. 9/2003, de lavra do Procurador do Estado Sérgio Pyrro).

O Supremo Tribunal Federal, em 2013, ao decidir em sede de repercussão geral o tema 171, adotou o mesmo sentido do precedente da 2ª Câmara Cível: “*Após a Emenda Constitucional 33/2001, é constitucional a incidência de ICMS sobre operações de importação efetuadas por pessoa, física ou jurídica, que não se dedica habitualmente ao comércio ou à prestação de serviços.*”⁶⁸²

Em 2020, a matéria retorna à apreciação do STF, no julgamento do tema 1094 de repercussão geral. Na ocasião, embora reforçando a tese da constitucionalidade da incidência do ICMS sobre operações de importação efetuadas por pessoa física ou jurídica não contribuinte do ICMS apenas após da EC 33/01, o Tribunal admitiu a validade de leis estaduais editadas após a EC 33/01 e antes da LC 114/2002, com produção de efeitos somente a partir da vigência da LC 114/2002 (Publicação 17/08/2020). O Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro já havia adotado posicionamento semelhante, ao examinar a lei fluminense (Incidente de arguição de inconstitucionalidade, Processo 0016509-42.2016.8.19.0001, Rel. Des. Luiz Zveiter, DJ 23/05/2018)

⁶⁸¹ “Art 1º Ficam cancelados os autos de infração lavrados para exigir ICMS nas operações de importação efetuadas por pessoa física e jurídica não contribuinte do imposto, cujos fatos geradores sejam anteriores à promulgação da EC nº 33/2001.”

⁶⁸² Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015.

3. Possibilidade de aproveitamento de crédito de ICMS relativo a combustível utilizado por prestador de serviço de transporte (Processo 0017082-25.2013.8.19.0021, DJ 21/10/2015, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Jessé Torres Pereira Junior)

No julgado mencionado, a 2ª Câmara Cível deu provimento ao recurso de apelação do contribuinte em embargos à execução fiscal que questionava a negativa do fisco estadual de reconhecimento de crédito decorrente de óleo combustível utilizado por empresa transportadora de cargas.

A Fazenda Estadual defendeu a impossibilidade de creditamento, pois, considerando a atividade-fim da embargante, o óleo combustível teria a função de bem de consumo e não de mercadoria, visto que não haveria destinação comercial do combustível para revenda a terceiros.

Após fazer referência ao princípio da não-cumulatividade do ICMS previsto no art. 155, §2º, I, da CF, o voto do Desembargador Jessé Torres destaca o fato de que, em comparação com o antigo regime de compensação vigente ao tempo do Convênio ICMS 66/1998, a LC 87/96 ampliou a possibilidade de creditamento, admitindo créditos relativos a produtos intermediários e insumos imprescindíveis à atividade empresarial do contribuinte.

O voto destaca ainda a circunstância de a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhecer o direito de utilização de créditos decorrentes de aquisição de combustível para as empresas prestadoras de serviços, destacando precedentes: RMS 32.110/PA, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 20/10/2010; RESP Nº 1.090.156 - SC, Rel. Min. Eliana Calmon, e RESP 1175166-MG, Rel. Min. Herman Benjamin.

Com efeito, o entendimento pela possibilidade de creditamento na hipótese ainda revela a jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça, conforme julgado do ano de 2019 mencionado abaixo:

TRIBUTÁRIO. ICMS. CREDITAMENTO. AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES. SOCIEDADE EMPRESÁRIA PRESTADORA DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. PRODUTOS INDISPENSÁVEIS À PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. INSUMOS.

1. O entendimento da Primeira Turma do STJ é no sentido de reconhecer o direito ao creditamento de ICMS no que concerne à aquisição de combustível e lubrificantes por sociedade empresária prestadora de serviço de transporte, uma vez que tais produtos são essenciais para o exercício de sua atividade produtiva, devendo ser considerados como insumos. Julgados: AgInt no REsp 1.208.413/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 17/05/2017; RMS 32.110/PA, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 20/10/2010. 2. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 424.110/PA, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/02/2019, REPDJe 26/02/2019, DJe 25/02/2019)

Em precedentes mais recentes, o TJRJ também segue o mesmo entendimento, conforme julgados da 6ª Câmara Cível no Processo 0000271-43.2019.8.19.0000 (Rel. Des. Claudia Pires dos Santos Ferreira, Julgamento 25/09/2019) e da 8ª Câmara Cível no Processo 0375349-79.2010.8.19.0001 (Rel. Des. Mônica Maria Costa Di Piero, Julgamento 09/10/2018).

4. Alteração de margem de valor agregado (MVA) para produtos sujeitos à substituição tributária e anterioridade (Representação por inconstitucionalidade nº 0054555-74.2014.8.19.0000, DJ 26/05/2015, Órgão Especial, Rel. Designado para acórdão Jessé Torres Pereira Junior)

A Representação de Inconstitucionalidade foi proposta em face do Decreto Estadual 44.950/2014, que estabeleceu novas margens de valor agregado (MVA) para produtos da lista de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, nas operações internas e interestaduais. Sustentou o representante que a alteração legislativa teria violado os princípios da legalidade, anterioridade, segurança jurídica e não surpresa.

O Governador do Estado do Rio de Janeiro sustentou, em resumo, a inexistência de ilegalidade na hipótese, pois já havia previsão das mercadorias sujeitas à substituição tributária na lei estadual e que o Decreto Estadual 44.950/2014 traduzia norma meramente regulamentar. O objetivo da norma questionada consistia apenas em explicitar a base de cálculo do imposto a partir das margens de MVA. Aduziu ainda que houve ampla publicidade e prazo razoável para a aplicação das novas margens, considerando a realização de prévia audiência pública na Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, com entidades representativas dos setores interessados.

Designado a redigir o voto, por ter inaugurado a divergência no julgado, após os votos vencidos dos Desembargadores Reinaldo Pinto Alberto Filho e Nagib Slaibi Filho, o Desembargador Jessé Torres destaca que o tema da substituição tributária do ICMS é *“intrincado, polêmico e avesso a consenso na doutrina e na jurisprudência, nem encontra no ordenamento jurídico positivado disciplina uníssona e inequívoca.”*

Após ressaltar a previsão do mecanismo do MVA na própria LC 87/96, o Desembargador aduziu que o reajuste de margem de valor agregado não cria ou majora o imposto:

“Em face dessa forma de cálculo, o reajuste da margem de valor agregado (MVA) no ICMS-ST em algumas mercadorias, malgrado introduza modificações na forma de pagamento do tributo, não cria imposto, tampouco o majora. Cuida-se de adequação da base de cálculo para a recomposição de seu valor, visando à recuperação da arrecadação do ICMS, com o fim de que continue a corresponder ao

preço praticado na operação final pelo mercado. Operacionalizar de forma diversa comprometeria o regime eficiente de arrecadação de tributo (CF/88, art. 150, § 7º).”

No caso em exame, considerou o julgador que o Decreto 44.950/2014 e as margens de MVA foram submetidas a amplo debate, em audiência pública ocorrida em 19.04.2014, não sendo possível cogitar de ofensa ao princípio da anterioridade (CF, art. 150, III, “c”). Na hipótese, o contribuinte não foi surpreendido, porquanto nos termos do art. 8º, §4º da LC 87/96, a alteração foi estabelecida “*com base em preços usualmente praticados no mercado, obtidos por levantamento.*”

O Desembargador Jessé Torres destacou a diferença entre o caso julgado na ocasião e o precedente anterior do Órgão Especial na Representação de Inconstitucionalidade nº 0001325-54.2013.8.19.0000 (que tratava do Decreto 43.749/2012), de relatoria do Desembargador Celso Ferreira Filho:

“Aqui reside a distinção em relação à situação jurídico-tributária analisada no retro mencionado processo nº 0001325-54.2013.8.19.0000. Naquela demanda, a alteração, em si, da MVA não violou cânone do sistema tributário nacional, porém foi dele transgressora a sua imediata eficácia, já que portadora de repercussão sobre a ordem econômica e social dos contribuintes. No caso destes autos–reitere-se –,o ente público promoveu prévia publicidade das modificações a serem introduzidas pelo novo decreto, somente editado em setembro, em audiência pública havida em abril anterior, seguindo-se a observância aos princípios constitucionais.”

Em reforço à referida argumentação, o Desembargador Jessé Torres menciona precedente do Supremo Tribunal Federal, indicado a seguir:

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DECRETO Nº 45.138/09-MG. INSTITUIÇÃO DO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. HIPÓTESE QUE NÃO REPRESENTA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ANTERIORIDADE ANUAL E NONAGESIMAL. 1. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que os postulados da anterioridade anual e da anterioridade nonagesimal estão circunscritos às hipóteses de instituição e majoração de tributos. 2. O regime de apuração da substituição tributária não está alcançado pelo âmbito de proteção da tutela da não surpresa, na medida em que o agravamento inicial que decorre do dever de suportar o imposto pelos demais entes da cadeia será ressarcido na operação de saída da mercadoria. 3. Na hipótese sob análise, não há aumento quantitativo do encargo e sim um dever de cooperação com a Administração tributária. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(ARE 682631 AgR-AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 25/03/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-082 DIVULG 30-04-2014 PUBLIC 02-05-2014)

Vale aduzir que na Representação de Inconstitucionalidade nº 0001325-54.2013.8.19.0000 mencionada, consta declaração de voto do Desembargador Jessé Torres. No mérito, embora tenha seguido a maioria para reconhecer a inconstitucionalidade do Decreto 43.749/2012, pugnou pelo reconhecimento de eficácia *ex nunc* ao julgado, restando vencido nesta parte. Em seu voto, o julgador reconheceu a inconstitucionalidade do Decreto pela previsão de imediata entrada em vigor da norma e, em algumas hipóteses, até mesmo com retroatividade de seus comandos.

Como se vê, a diferença de conclusões indicadas nas duas hipóteses semelhantes ocorreu porque na modificação promovida pelo Decreto Estadual 44.950/2014 (Representação por inconstitucionalidade nº 0054555-74.2014.8.19.0000) o Poder Executivo promoveu prévia publicidade das modificações a serem introduzidas pelo novo decreto editado em setembro, inclusive em audiência pública, fato que não se verificou por ocasião do Decreto 43.749/2012 (Representação de Inconstitucionalidade nº 0001325-54.2013.8.19.0000)

A necessidade de observância da não surpresa na modificação de MVA pelo Poder Executivo retornou ao Órgão Especial do TJRJ em pelo menos duas oportunidades. No incidente de arguição de inconstitucionalidade no Processo 0273066-36.2014.8.19.0001 (Rel. Des. Gabriel de Oliveira Zefiro), o Tribunal, por maioria, decidiu pela inconstitucionalidade do Decreto Estadual 44.813/2014, que majorou o MVA de produtos, com previsão de vigência imediata e em alguns casos até mesmo retroativa. Houve indicação de violação os princípios da irretroatividade, da anterioridade, da segurança jurídica e da não surpresa (DJ 30/11/2018).

No incidente de arguição de inconstitucionalidade no 0317032-49.2014.8.19.0001 (Rel. Des. Katya Maria de Paula Menezes Monnerat), foi reconhecida a inconstitucionalidade do Decreto 44.942/2014, que também modificou o MVA de produtos e determinou a vigência imediata das alterações (DJ 19/11/2020).

No STF, há precedente da Primeira Turma, em julgamento envolvendo ajustes da margem de valor agregado, indicando a necessidade de observância do princípio da não surpresa em modificação legislativa que, de forma direta ou indireta, implica em aumento de carga tributária:

“Agravo regimental no recurso extraordinário. ICMS. Ajustes na margem de valor agregado. Majoração da base de cálculo. Decreto. Legalidade. Anterioridade. Afronta reflexa. 1. A partir das balizas traçadas no v. acórdão, evidencia-se que, para se chegar à conclusão de que houve uma eventual violação dos princípios invocados, seria imprescindível a análise do Decreto nº 8.321/98 e da Lei nº 688/96, ambos do Estado de Rondônia, bem como do Protocolo nº 11/91. Sobretudo, seria necessário uma

análise de tais normas à luz da Lei Complementar nº 87/96. Nesse sentido, eventual afronta ao texto constitucional, caso ocorresse, dar-se-ia de forma reflexa e não direta. 2. Esta Corte possui uma interpretação garantista e extensiva quanto ao postulado da não surpresa, de modo que o preceito constitucional não especifica o modo de implementar-se o aumento. Vale dizer que toda modificação legislativa que, de maneira direta ou indireta, implicar carga tributária maior há de ter eficácia no ano subsequente àquele no qual veio a ser feita (ADI nº 2.325 – MC). 3. Agravo regimental não provido.

(RE 363577 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 26/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-106 DIVULG 05-06-2013 PUBLIC 06-06-2013)

A necessidade de assegurar ampla publicidade e participação dos interessados no processo de modificação das margens de valor agregado também ocupou o legislador tributário estadual, consoante os termos do art. 4º da Lei Estadual 6276/2012. A Lei 8.926/2020 revogou o dispositivo, mas indicou a obrigação de o Poder Executivo encaminhar a metodologia e os critérios utilizados para definição das margens de valor agregado à ALERJ:

“Art. 4º O Poder Executivo deverá enviar a metodologia e os critérios utilizados para a definição das margens de valor agregado (MVA) à Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro para ciência e discussão em audiência pública que será realizada em até 30 (trinta) dias a contar do recebimento, com a participação dos setores interessados.

Parágrafo único. Após a realização da audiência pública, o Poder Executivo deverá editar ato normativo fixando as margens de valor agregado, considerando as objeções técnicas



apresentadas na audiência pública a que se refere o caput deste artigo.”

646

Embora salutar a iniciativa do legislador estadual, seria importante que o mesmo tivesse regulado explicitamente a necessidade de preservar o contribuinte de aplicações imediatas das alterações no MVA, na linha dos julgados do órgão Especial mencionados, inclusive da Representação por inconstitucionalidade nº 0054555-74.2014.8.19.0000, de relatoria do Desembargador Jessé Torres.

5. Considerações finais

Minhas palavras finais são de agradecimento ao Professor e Desembargador Jessé Torres Pereira Junior, por sua notável contribuição ao Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro ao longo das últimas décadas. Tive a oportunidade de aprender muito acompanhando seus votos e assistindo às sessões de julgamento da 2ª Câmara Cível, com a presidência do notável jurista, assim como nas suas participações no Órgão Especial. Por certo, meu aprendizado com as lições do Professor Jessé Torres continuará, com a leitura das contribuições doutrinárias já publicadas e as muitas que ainda virão.

ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO NO BRASIL: PRINCÍPIOS, PRAGMATISMO E DESENVOLVIMENTO NACIONAL

Humberto E. C. Mota Filho

Advogado. Presidente da Comissão de Estudos da Transparência Pública da OAB/RJ. Doutor em Ciência Política (IUPERJ). Mestre em Direito Empresarial (UCAM). Professor Convidado de Direito Regulatório da FGV Law Program.

Sumário: 1. Introdução, 2. Direito e Economia: modelos teóricos e pragmatismo, 2.1. Análise Econômica do Direito (*Law & Economics*), 2.2. Nova Economia Institucional (NEI), 2.3. Direito e Desenvolvimento e o Novo Institucionalismo, 3. Normatização da Análise de Impacto Regulatório, 3.1. Marcos legais, 3.2. Análise de Impacto e qualidade regulatória, 3.3. Regulamentação: críticas e lições, 4. Considerações finais.

Resumo: O presente artigo explora parte dos modelos teóricos ligados ao campo do Direito Econômico, para tratar da recente normatização da Análise de Impacto Regulatório (“AIR”) no ordenamento jurídico brasileiro. Ao compreender melhor o papel da AIR na qualidade da regulação, a partir dos principais pontos desses modelos teóricos, torna-se possível desenhar políticas públicas com mais segurança jurídica e criar uma maior previsibilidade da agenda regulatória, favorecendo a atração de mais investimentos privados para o desenvolvimento brasileiro.

Palavras-chave: Direito Constitucional Econômico. Direito Regulatório. Análise de Impacto Regulatório. Políticas públicas. Novo institucionalismo. Desenvolvimento econômico e social.

Introdução:

Na busca pela forma mais adequada de estimular o desenvolvimento nacional brasileiro, a intervenção estatal no domínio econômico tem se dado de diversos meios ao longo do tempo, segundo distintos planejamentos que implicavam, muitas vezes, em reformas do próprio Estado, ditados por modelos e diretrizes constitucionais.

O modelo constitucional brasileiro de *Estado de Direito Democrático e Social* é regido pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da soberania nacional, da representatividade popular, do pluralismo partidário, do valor do trabalho e da livre iniciativa empresarial. Essa base principiológica não só permite como demanda a manifestação de interesses públicos e privados, sociais e econômicos, individuais e coletivos, de onde espera-se que surja uma razão pública consubstancia em políticas públicas.

No bojo dos princípios da ordem econômica, sintetizados na função social da propriedade, a Constituição federal da Nova República (“CF”) conferiu ao Estado brasileiro amplos instrumentos de intervenção indireta, como aqueles expressos nas funções de planejamento e regulação. O Estado brasileiro não deixou de possuir profunda influência sobre a atividade econômica, mas sua tradicional participação direta, como Estado-empresário, foi substituída por uma intervenção como Estado-regulador, focada na direção ou indução, por meio de agências regulatórias independentes e de privatizações e de concessão de bens e serviços públicos.

Nossa base constitucional estabelece princípios gerais da atividade econômica⁶⁸³, ao destacar a valorização do trabalho humano, da livre iniciativa e da justiça social. Tais princípios são programáticos, inseridos num *projeto de desenvolvimento constitucionalmente qualificado*, os quais devem informar metas e políticas para a sua implementação, na tradução da razão pública que orienta o Estado brasileiro. Entretanto, se tais princípios ditam as diretrizes e os rumos desse *projeto ou programa constitucional*, eles não são suficientes por si só, para a sua efetivação. A formação da razão pública das políticas regulatórias demanda *princípios e instrumentos de ação*.

Como os diversos princípios e comandos de ordenação econômica da Carta de 1988 se irradiam para o sistema infraconstitucional, a aplicação das leis e dos atos normativos regulatórios deve ocorrer a partir de uma *leitura constitucionalmente qualificada* dos planos e

⁶⁸³ Art. 170 e seguintes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

diretrizes, corporificados em critérios objetivos e auditáveis, tais como metas de inflação, índices de atividade econômica, índices de atividade industrial, índices de emprego, índices de desenvolvimento humano, capazes de quantificar os impactos das políticas públicas. As atividades reguladas pelo Estado devem levar em conta tanto os *elementos qualitativos* da base principiológica da ordem constitucional quanto os *elementos quantitativos* a serem definidos em planos e políticas públicas na formação da razão pública.

Somente com a conjunção dos elementos principiológicos (qualitativos) e dos elementos de definição, medição e avaliação de ações e suas consequências (quantitativos) será possível lidar com a complexidade das funções da atividade regulatória, aqui sintetizadas (SOUTO, 2000):

- a ‘regulação dos monopólios’, visando a atenuar o efeito das forças de mercado, por meio de controles de preços e da qualidade do serviço;
- a ‘regulação para a competição’, a fim de criar condições para a existência e manutenção da concorrência;
- e a regulação social, objetivando a universalização dos serviços.

A partir do exame dessa breve síntese das funções regulatórias, resta claro que a sua complexidade advém tanto da necessidade de se seguir uma base principiológica constitucionalmente dada quanto da importância de se formar a razão pública a partir de interesses distintos, antagônicos ou difusos (públicos e privados), com o uso de *expertise técnica*, durante todo o processo de decisões regulatórias que corporifica as políticas públicas nos diversos mercados.

Tendo isso em conta, em qualquer dessas dimensões sintetizadas, a regulação pode ser apreendida como aquela função estatal de planejar e normatizar a ordem econômica *constitucionalmente qualificada*. Para tanto, a agência reguladora tem uma natureza normativa especial, caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela estabilidade dos mandatos dos seus dirigentes em relação ao poder estatal central. Esse modelo institucional das agências se baseia na crença de que a sua independência pode gerar impactos mais positivos nas suas ações

regulatórias do que o modelo anterior do Estado desenvolvimentista, centralizador e com as funções de planejamento, execução e regulação superpostas.

Para que tais agências independentes possam contribuir efetivamente para uma adequada regulação da nossa economia, possam ser adequadamente avaliadas, aperfeiçoadas e até mesmo contestadas é fundamental identificar não só as funções a elas atribuídas, mas também estudar os impactos esperados de suas normas e a qualidade dos seus atos normativos (MOTA FILHO, 2020). Esse é o raciocínio que se aplica ao estudo do instrumento de análise de impacto regulatório (“AIR”), ferramenta de gestão das propostas normativas nos mercados regulados. Nesse sentido, cumpre estudar a evolução histórica e normativa da AIR no âmbito do modelo regulatório brasileiro das agências independentes, sempre com um olhar crítico, reconhecendo avanços e apontando os novos desafios desse modelo.

Para tanto, vale explorar parte dos modelos teóricos ligados ao campo do Direito Econômico, para tratar da recente normatização da Análise de Impacto Regulatório (“AIR”) no ordenamento jurídico brasileiro. Ao compreender melhor o papel da AIR na qualidade da regulação, a partir dos principais pontos desses modelos teóricos, políticas públicas podem ser desenhadas com mais segurança jurídica e a agenda regulatória pode torna-se mais previsível, favorecendo a atração de mais investimentos privados para o desenvolvimento brasileiro.

2. Direito e Economia: modelos teóricos e pragmatismo

Tendo em conta certas teorias e marcos analíticos interdisciplinares é possível avançar na compreensão do novo papel do Estado regulador e dos estudos de impacto regulatório.

O lançamento pelo Governo Federal, das “Diretrizes Gerais e Roteiro Analítico Sugerido para Análise de Impacto Regulatório” e do “Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório” (2018) seguem a tendência atual do nosso ordenamento jurídico de buscar instrumentos técnicos para a melhoria das informações e da qualidade da atuação regulatória. Nesse ponto, vale destacar dois desses instrumentos, os quais serão abordados neste artigo, em especial a AIR:

- A Análise de Impacto Regulatório (AIR), instrumento de avaliação empírica e *ex ante* dos custos e benefícios de uma regulação, pode ser definida como um processo sistemático de análise baseado em evidências que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos, tendo como finalidade orientar e subsidiar a tomada de decisão.
- A Avaliação de Resultado Regulatório (ARR) é um instrumento de avaliação do desempenho do ato normativo adotado ou alterado, considerando o atingimento dos objetivos e resultados originalmente pretendidos, bem como demais impactos observados sobre o mercado e a sociedade, em decorrência de sua implementação.

Tal tendência atual pode ser sintetizada nesses novos instrumentos de análise dos impactos (visão prospectiva ou *ex-ante*) e dos resultados regulatórios (visão retrospectiva ou *ex-post*). Em ambos os instrumentos, há necessidade de ponderação dos elementos principiológicos, mas eles, por suas características próprias, são desenvolvidos como elementos de definição, medição e avaliação de ações e suas consequências (quantitativos). Esses instrumentos são apontados pelos especialistas como fundamentais para compreender melhor o funcionamento esperado da atividade regulatória e suas consequências.

Contudo, o tema não se esgota com a definição de novos instrumentos analíticos isoladamente. A conjunção dos elementos principiológicos (qualitativos) e dos elementos instrumentais de definição, medição e avaliação de ações e suas consequências (quantitativos) demandam modelos teóricos interdisciplinares que reúnam conhecimentos tanto do Direito quanto da Economia, pois sem isso a complexidade da tarefa regulatória pode deixar os reguladores carente de modelos explicativos do funcionamento dos mercados e das consequências esperadas das normas, bem como dos seus próprios resultados.

Os conhecimentos econômicos teóricos acumulados e os seus *insights* são valiosos para traçar modelos regulatórios e para a evolução dos próprios conceitos jurídicos no

ramo do Direito Regulatório. Além da contribuição específica da economia, o Direito também avançou em teorias e explicações sobre a regulação e seus efeitos. De fato, estudiosos nos campos do Direito e da Economia têm se associado, de forma interdisciplinar, para compreender melhor o novo papel e os limites do Estado regulador e suas consequências no mundo empresarial e jurídico. Então, é válido revisar agora parte das principais conclusões dos modelos teóricos da Análise Econômica do Direito, da Nova Economia Institucional e do Direito e Desenvolvimento, a fim de resumir o foco analítico de cada um deles e robustecer nosso entendimento sobre como melhorar a qualidade regulatória brasileira:

- Análise Econômica do Direito (Law & Economics) - poder analítico focado no nível micro das relações econômicas, aplica o método econômico convencional para analisar normas e instituições jurídicas (Escola de Chicago).
- Nova Economia Institucional (Economia dos Custos de Transação) - poder analítico voltado para a esfera da governança, para problemas de estruturação de regimes e agências reguladoras e ponderações sobre custos de transação.
- Direito e Desenvolvimento - poder analítico focado no nível macro das relações econômicas, enfatiza a importância dos programas de desenvolvimento envolverem trocas e mútuo aprendizado.

Pelo simples exame dos resumos de tais modelos, entende-se que não há como se falar, em termos absolutos, em modelo teórico mais apropriado *per se* para uma análise de impacto ou resultado regulatório. Essa constatação se dá uma vez que somente a partir da definição de um *problema regulatório* será possível deduzir qual o *foco analítico* mais apropriado a ser adotado *in casu* e então traçar os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos (constitucionalmente qualificados). Por

sua vez, a análise de resultados regulatórios deverá se apoiar em algum modelo teórico para verificar o atingimento dos objetivos originalmente pretendidos e qualificar os impactos observados sobre o mercado e a sociedade, em decorrência de sua implementação.

Tendo isso em mente, ao tratar de abordagens teóricas e de análises empíricas é válido resgatar o debate entre a *concepção positivista* e a *noção pragmática* acerca da nossa capacidade de observar a realidade, para iluminar nosso entendimento sobre os problemas regulatórios.

Para os positivistas, a complexidade da regulação pode ser compreendida pela soma total das nossas observações, de forma completa e definitiva (LEJANO, 2006). Assim, problemas regulatórios como a concentração de mercado terão sempre uma mesma solução certa e apropriada, desde que saibamos chegar a ela através da observação científica rigorosa dos dados, com o aparecimento da *razão pública revelada*. Significa dizer, precisamos encontrar as teorias, os métodos e os instrumentos corretos para descobrir qual a *verdadeira* solução para o problema do monopólio, melhorar a qualidade regulatória e, uma vez encontrada a receita, reproduzi-la em todos os ordenamentos jurídicos.

Já pela noção pragmática de Peirce (1905), só podemos entender questões complexas como os problemas regulatórios de forma parcial, sem aspirar a chegar a uma verdade definitiva sobre o tema. Portanto, pela perspectiva pragmática estaremos sempre empenhados em buscar a melhor solução possível dada a nossa compreensão sempre incompleta dos problemas regulatórios e, assim, enfrentar o problema do monopólio, por exemplo, com as experiências e as informações disponíveis e ao nosso alcance, por meio de argumentações razoáveis sobre os efeitos práticos da concentração de mercado. Nessa linha, o pragmatismo alcança a formação de uma *razão pública provisória*. Desse modo, ao invés de buscar as teorias certas, o foco pragmático aponta para o uso das teorias que permitam aplicações mais efetivas e que incorporem o contexto, tomando o estado da arte do conhecimento (DEWEY, 1925).

Precisamente por essas razões, é válido resgatar agora parte das principais conclusões dos modelos teóricos da Análise Econômica do Direito, da Nova Economia Institucional e do Direito e Desenvolvimento, a fim de recordar o foco analítico de cada uma dessas abordagens. E, após, criticar o uso, consciente ou não, seja da *concepção positivista* ou

seja da *noção pragmática*, nos estudos regulatórios. Assim, espera-se que possamos avançar em bases mais seguras a agenda da governança regulatória.

2.1. Análise Econômica do Direito (*Law & Economics*)

A interpretação quanto aos efeitos das normas ganha papel de destaque na busca específica de eficiência econômica *stricto sensu*. Permite a generalização dos padrões de comportamentos dos indivíduos que responderiam ao comportamento dos preços no mercado e ajustariam suas expectativas e alocações de recursos de maneira eficiente, por meio da interação entre compradores e vendedores, num tipo de modelo de equilíbrio geral, que assume as seguintes hipóteses:

- Perfeita informação – agentes detêm todas as informações relevantes;
- Número suficientemente grande de compradores e vendedores, de maneira que nenhum deles pode, individualmente, afetar o mercado (os preços são dados);
- Os produtos são homogêneos;
- Há livre mobilidade de recursos, sem impedimento à alocação de recursos onde for mais vantajoso;
- Os mercados são completos, pois há mercado para qualquer produto ou serviço que se queira.

Pela Análise Econômica do Direito, as agências têm uma ferramenta específica para buscar eficiência econômica *stricto sensu*. Pelas suas premissas, em especial aquelas que assumem um cenário de informação perfeita e de mercados completos, a Análise Econômica do Direito – se aproxima mais da tradição teórica positivista e da formação da razão pública revelada. Nesse passo, os instrumentos de AIR e ARR serão mais focados na justificação de normas que privilegiam a busca do equilíbrio geral de mercados e de estímulos individuais de comportamento em favor de tal equilíbrio, a partir da maior compilação de dados observáveis

possível. Portanto, a qualidade regulatória será deduzida da capacidade dos instrumentos de análise em produzirem estudos e resultados que privilegiem a eficiência econômica *stricto sensu*, favorecendo estudos de custo e benefícios econômicos.

2.2. Nova Economia Institucional (NEI)

A Nova Economia Institucional (NEI) avança a partir dos limites da visão econômica convencional e retira o foco da economia como ciência da escolha e passa a considerá-la como uma ciência do contrato, ao reconhecer a importância das instituições formais e informais e incorporá-las em sua análise.

Instituições dizem respeito às regras legitimamente instituídas e socialmente enraizadas, assim existiriam diferentes arranjos ou matrizes institucionais que propiciam resultados de coordenação e organização tão ou mais eficazes que o mercado. A combinação e intensidade desses elementos determinam o volume dos custos de transação (WILLIAMSON, 2005).

Dado que todos os contratos são incompletos, em razão da racionalidade limitada, as transações apresentam custos. Surgem, então, duas perguntas fundamentais: que riscos devem ser aceitos? E como eles podem ser mitigados?

Os delimitadores dos custos de transação estão vinculados a elementos que estão fora da abordagem econômica convencional (FIANI, 2011):

- racionalidade limitada dos agentes;
- incerteza e complexidade dos cenários econômicos;
- possibilidades de comportamentos oportunistas individuais;
- especificidade dos ativos econômicos.

Graças a sua abordagem econômica não convencional, com premissas como a racionalidade limitada dos agentes e da incerteza e complexidade dos cenários econômicos, a Nova Economia Institucional já incorpora em seus elementos uma perspectiva mais pragmática da realidade. Nesse sentido, esse modelo é mais recomendável quando os estudos de impacto e

de resultado precisam avaliar o tipo de estrutura de governança mais adequado para lidar com problemas regulatórios definidos e propiciar maior coordenação e menor conflito entre os agentes envolvidos.

2.3. Direito e Desenvolvimento e o Novo Institucionalismo

A vertente analítica do Direito e Desenvolvimento aproveita alguns dos *insights* da NEI sobre a importância das instituições e conta com marcos analíticos mais fluidos dos que os dos demais modelos ora resumidos, graças ao caráter igualmente fluido do conceito de desenvolvimento, o qual, por sua vez, pode ser mais bem compreendido se nos concentrarmos na sua finalidade. Essa corrente busca explicar as práticas daqueles que procuram modificar sistemas legais em nome do desenvolvimento, para responder: “como pode o Direito resolver ou atenuar o problema do desenvolvimento?”. (PRADO, 2010), segmentada em:

- “Direito no/para o Desenvolvimento” - o Direito se insere de forma instrumental para o desenvolvimento, servindo para modelos de desenvolvimento diferentes e até rivais, como o neoliberal e o desenvolvimentista.
- “Direito como Desenvolvimento”. o desenvolvimento assume caráter próprio, sendo o Direito não somente instrumental. O desenvolvimento é visto como liberdade, isto é, como o processo de empoderamento dos indivíduos para que eles detenham meios suficientes para poderem, livremente, gerenciar suas próprias vidas e escolhas (SEN, 1999).

Se a análise do *Law & Economics* avalia as consequências dos incentivos para assegurar a eficiência econômica, a vertente do Direito e Desenvolvimento investiga como alinhar estruturas jurídicas e normas quanto aos propósitos de desenvolvimento. Num processo

de engenharia reversa, “se deve começar das políticas e programas, descrevendo as funções associadas a elas e, daí, analisando se o Direito contribuiu ou poderia vir a contribuir para essas funções. Nesse sentido, o Direito deve passar a assumir quatro novos papéis” (TRUBEK et al., 2013), especialmente para contribuir para o alcance de metas de desenvolvimento:

- Assegurar flexibilidade – facilitar experimentação, feedback, inovação e novas formas de governança;
- Estimular atuação orquestrada entre Estado e sociedade – facilitar articulação horizontal e vertical e a compreensão mútua;
- Estruturar sinergias – impulsionar associações público-privadas;
- Garantir legitimidade e menos autoritarismo – assegurar transparência e participação.

Dada a sua perspectiva pragmática e a importância atribuída ao contexto do *problema* a ser estudado, a corrente analítica do Direito e Desenvolvimento se aproxima de uma linha teórica mais ampla que trata das instituições, conhecida como novo institucionalismo (NORTH, 1990). Pelo novo institucionalismo pode-se extrair que não somente as regras formais e informais das instituições impactam a qualidade da regulação, mas o contexto também causam impacto na gestão regulatória.

A consolidação da vertente teórica do Direito e Desenvolvimento, dada a sua ampla agenda e marcos analíticos mais fluidos, com componentes principiológicos e instrumentais, já é por si só um desafio a parte aos estudos dos impactos e resultados regulatórios. Mas os mesmos motivos que fazem com que esse modelo seja um desafio conceitual e metodológico também sugerem seu uso nos AIR e ARR, a fim de testar sua capacidade de conjugar propostas e explicações que integrem elementos principiológicos (qualitativos) e elementos instrumentais de definição, medição e avaliação de ações e suas consequências (quantitativos), a fim de revelar como a governança regulatória estimula o desenvolvimento social e econômico brasileiro. Nessa direção, a adoção da perspectiva pragmática se mostra mais compatível para lidar com estudos regulatórios no âmbito da realidade brasileira, de forma mais flexível e adaptativa.

A corrente teórica do Direito e Desenvolvimento pode auxiliar na melhor adequação das normas regulatórias à agenda de desenvolvimento e agregar mais legitimidade na interação entre os agentes econômicos e atores sociais. Em busca de credibilidade para atrair investimentos, muitas escolhas e decisões tem um custo social. Exclusivamente dentro da lógica de mercado não é possível absorver outras preocupações e aspectos relativos à promoção da equidade, distribuição de renda, ampliação da cidadania e à democratização das políticas nos setores em que os serviços são ofertados. A necessidade de oferecer salvaguardas ao mercado a todo tempo pode reduzir o papel das instituições políticas a meras retificadoras de acordos empresariais e condiciona inteiramente a política à economia. Com esse modelo espera-se poder vincular mais fortemente as instituições regulatórias com as instituições democráticas (CRUZ, 2009).

Após o resgate dos modelos teóricos, em especial da teoria do Direito e Desenvolvimento, passa-se a tratar da normatização da análise de impacto regulatório, com um leque conceitual e analítico mais robusto. Para avançar na agenda do desenvolvimento nacional e da melhoria da qualidade regulatória, é preciso verificar como se deu a normatização do instrumento da AIR, sob a ótica da perspectiva integrativa do Direito e Desenvolvimento.

3. Normatização da Análise de Impacto Regulatório:

É válido explorar uma moldura analítica que aporte à regulação tanto os objetivos de eficiência econômica e estabilidade institucional quanto a necessária flexibilidade que processos de desenvolvimento requerem. O potencial da moldura analítica do Direito e Desenvolvimento e sua perspectiva pragmática podem ser testados na tarefa complexa de regular mercados conjugando propostas e explicações que integrem elementos principiológicos (qualitativos) aos elementos instrumentais (quantitativos). Esse parece ser um caminho promissor para atingir os objetivos e diretrizes da Constituição brasileira de 1988.

Governos e empresas são instituições. Os instrumentos da AIR e ARR também podem ser considerados instituições. Em síntese, para fins de estudo e de aplicações práticas,

podemos considerar todo conjunto específico de regras e de práticas uma instituição. Estudam-se as instituições porque entende-se que todo conjunto de regras acaba por impactar, *per se*, nossas ideias, nossos comportamentos e nossas ações, sejam elas individuais ou coletivas.

Pela literatura institucionalista, instituições são mais relevantes e resilientes, ao longo do tempo, quando seu conjunto de regras e práticas é claramente comunicado, com cada um tendo consciência do seu papel no cenário institucional, quando essas regras e práticas se revelam importantes para atingir seus objetivos declarados e quando tais regras e práticas contribuem para reduzir os custos de transações entre indivíduos ou organizações. Por tudo isso, é possível afirmar que instituições, como as AIR e ARR, se prestam a reduzir a complexidade das normas regulatórias.

Visto isso, um dos grandes *problemas regulatórios* identificados reside no peso exagerado atribuído às considerações de ordem econômica ou mesmo a captura pura e simples dos reguladores pelos regulados. A partir do exemplo do *pêndulo analítico*⁶⁸⁴ das agências regulatórias ambientais dos EUA (LEJANO, 2006), restou patente a necessidade de desenvolver uma análise de impacto capaz de integrar ou reintegrar os dados econômicos globais agregados usados pelas agências às informações mais dispersas e muitas vezes não compiladas dos aspectos ou nuances sociais, culturais e ambientais dos regulados, nas análises de impacto das ações públicas (LEJANO, 2006). Dito de outra forma, os estudos precisam conciliar o texto da base teórica (ex. princípios, teorias, modelos) ao contexto da realidade (expectativas e percepções sociais, crenças religiosas, barreiras culturais e políticas). Assim, aumentam-se as chances de produzirem-se estudos de impacto e resultados regulatórios tecnicamente legítimos e legitimamente técnicos.

Essa necessidade em parte foi reforçada pela nova compreensão dos papéis do Estado e do mercado na ordem econômica das sociedades democráticas: tanto reguladores quanto regulados não detinham todas as informações e por mais bem elaborados que fossem os planejamentos estatais, a complexidade das variáveis sociais e econômicas dos mercados regulados exigia uma análise prévia dos possíveis impactos de novas regulações, com a melhor

⁶⁸⁴ O pêndulo analítico se refere ao que já foi identificado como o movimento pendular de contra tendência “verde” ou intencionalmente concentrada na análise ambiental das agências especializadas nesse tema, em reação ao que seria uma tendência mais economicista (concentrada somente em custos e benefícios) das agências norte americanas, em geral.

estimativa das variáveis disponíveis (MOTA FILHO, 2020). Equivale dizer, por melhor que seja o planejamento central ou descentralizado, numa perspectiva mais pragmática, nem o Estado nem o mercado são instituições oniscientes e infalíveis. Como os cenários econômicos apresentam um caráter mutável e dinâmico, a medição dos potenciais efeitos dos atos regulatórios tende a gerar mais segurança jurídica, ao evitar os impactos ilegais e trazer mais esperanças de estabilidade institucional, ao favorecer o conhecimento dos impactos esperados, tornando-os mais previsíveis.

A AIR se desenvolveu na esteira de uma agenda global de liberalização econômica e modernização do aparato regulatório a qual prescrevia agentes reguladores independentes da máquina central do Estado e novos instrumentos gerenciais de eficiência e produtividade para o setor público (OCDE, 1995). Embutida nesse receituário havia a crença nas agências regulatórias independentes como condição *sine qua non* para a preservação da segurança jurídica dos negócios, atração de novos investimentos e recuperação da credibilidade institucional estatal. Nesse contexto, a AIR surge como um instrumento útil e legitimador da atuação das próprias agências regulatórias, ao possibilitar a medição mais objetiva dos efeitos esperados das atividades desses agências, na implementação de planos ou programas governamentais, bem como ao franquear o processo de formação de certos atos regulatórios ao escrutínio público prévio via audiências e consultas abertas, em sintonia com a *accountability* democrática e com uma nova agenda de desenvolvimento econômico e social mais inclusiva.

3.1. Marcos legais

Cabe examinar agora como se deu a normatização da AIR no ordenamento jurídico brasileiro. Desde logo, vale reconhecer aqui que a AIR está intimamente ligada a noção de planejamento estatal. A noção de planejamento já estava presente no Decreto-Lei nº 200/67⁶⁸⁵, editado a época do regime militar brasileiro em um dos ciclos de modernização administrativa da administração pública e recepcionado pela nossa ordem constitucional. Os

⁶⁸⁵Art. 7º A ação governamental obedecerá a planejamento que vise a promover o desenvolvimento econômico-social do País e a segurança nacional, norteados-se segundo planos e programas elaborados, na forma do Título III, e compreenderá a elaboração e atualização dos seguintes instrumentos básicos: a) plano geral de governo; b) programas gerais, setoriais e regionais, de duração plurianual; c) orçamento-programa anual; d) programação financeira de desembolso.

instrumentos básicos do planejamento de então compreendiam a elaboração e atualização de programas gerais, setoriais e regionais, de duração plurianual definidos dentro da estrutura ministerial do governo federal. A crença prevalecente naquele tempo era de que o Estado brasileiro deveria guiar as decisões e os investimentos necessários para o desenvolvimento nacional.

Naquela época não se cogitou em qualquer tipo de análise de impacto regulatório mais democrática, tal como se concebe nos dias de hoje, até porque a organização autárquica e centralizada do Estado brasileiro de então concentrava nos Ministérios todas as decisões importantes e partia de uma visão presumida dos *impactos esperados* na economia a partir de um modelo de desenvolvimento já *previamente desenhado* sob grandes diretrizes, tais como os Planos Nacionais de Desenvolvimento. Assim, como conferido no art. 7º desse Decreto-Lei, apesar da vinculação de ação governamental com instrumentos básicos de planejamento, não houve avanços significativos na AIR em nossa legislação até bem recentemente.

Hoje já há regras brasileiras para a edição de normas que impactem a atividade econômica, a denominada análise de impacto regulatório⁶⁸⁶. Aos poucos vão se formando uma *nova mentalidade*, *novos marcos legais* e um novo *modus operandi* no âmbito da onda regulatória que privilegia uma agenda focada na melhoria da governança, da qualidade da regulação e da medição dos seus resultados, a partir da avaliação das consequências potenciais dos atos. Vale então recordar algumas das normas jurídicas recentes que nos informam sobre a evolução normativa brasileira no campo da AIR.

As normas jurídicas brasileiras que disciplinam a AIR procuram divisar quais são as hipóteses indispensáveis de utilização desse *instrumento de avaliação das consequências*

⁶⁸⁶ A regulamentação das AIRs veio com o Decreto nº 10.411 de 30 de julho de 2020, o qual disciplina a análise de impacto regulatório de que tratam o [art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019](#), e o [art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019](#), e dispõe sobre o seu conteúdo, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória e as hipóteses em que poderá ser dispensada. Decreto nº 10.411 de 30 de julho de 2020. Art. 1º Este Decreto regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019, e dispõe sobre o seu conteúdo, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória e as hipóteses em que poderá ser dispensada. § 1º O disposto neste Decreto se aplica aos órgãos e às entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, quando da proposição de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, no âmbito de suas competências. § 2º O disposto neste Decreto aplica-se às propostas de atos normativos formuladas por colegiados por meio do órgão ou da entidade encarregado de lhe prestar apoio administrativo. § 3º O disposto neste Decreto não se aplica às propostas de edição de decreto ou aos atos normativos a serem submetidos ao Congresso Nacional.

esperadas dos atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados. Desde logo, a regulamentação da AIR reforça sua aplicação às entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, no âmbito de suas competências. Portanto, pela sua regulamentação, nota-se que a AIR pode ser utilizada para estimar as consequências de uma grande gama de atos regulatórios.

Nesse sentido, recente marco legal do ordenamento jurídico brasileiro,⁶⁸⁷ que trata da gestão, da organização, do processo decisório e do controle social das agências reguladoras, disciplinou mais pragmaticamente a edição dos atos regulatórios normativos, ao reforçar que a edição de tais atos respeite critérios de proporcionalidade, razoabilidade e motivação e, portanto, forneça parâmetros mais objetivos para a fixação do interesse público no caso concreto. Tal disciplina legal sugere também a superação daquela concepção do planejamento governamental centralizado, encapsulado nas burocracias e sem participação social.

Logo em seguida, outro diploma legal⁶⁸⁸ instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e estabeleceu garantias de livre mercado, as quais reiteram a preocupação com a qualidade da tomada de decisão e, conseqüentemente, com a qualidade dos atos regulatórios. Exatamente por isso, segundo esse diploma legal, a realização de análise de impacto regulatório deve trazer informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a *razoabilidade* do seu impacto econômico. Com tudo isso temos mais elementos

⁶⁸⁷ Lei nº 13.848/19, de 25 de junho de 2019. Art. 4º A agência reguladora deverá observar, em suas atividades, a **devida adequação entre meios e fins**, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público. Art. 5º A agência reguladora deverá indicar os **pressupostos de fato e de direito** que determinarem suas decisões, inclusive a respeito da edição ou não de atos normativos. Art. 6º **A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.** § 1º Regulamento disporá sobre o conteúdo e a metodologia da AIR, sobre os quesitos mínimos a serem objeto de exame, bem como sobre os casos em que será obrigatória sua realização e aqueles em que poderá ser dispensada. § 2º O regimento interno de cada agência disporá sobre a *operacionalização* da AIR em seu âmbito.

⁶⁸⁸ Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Art. 5º As propostas de edição e de alteração de **atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados**, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de **análise de impacto regulatório**, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a *razoabilidade* do seu impacto econômico. Parágrafo único. **Regulamento** disporá sobre a data de início da exigência de que trata o caput deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, **as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada.**

objetivos para aferir a qualidade regulatória e sua efetividade, já se podendo cogitar um sistema regulatório mais orgânico e passível de uma auditoria e de uma *accountability* democrática mais direcionada.

Não por acaso, a evolução normativa brasileira no tema também alcançou a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (“LINDB”) ⁶⁸⁹, que trata da aplicação das normas jurídicas no tempo e no espaço. Por força de recente alteração dessa lei, é exigida uma avaliação prévia das consequências dos atos normativos, incluídos aí, sem dúvida, os atos regulatórios. Como notado por *Justen Filho (2018)*, *tal artigo é orientado a reduzir a indeterminação das decisões estatais, que muitas vezes se restringem a invocar princípios abstratos, sendo, portanto, indispensável analisar seus potenciais efeitos*. Essa evolução legislativa aponta para um perspectiva consequencialista mais ampla para o nosso sistema jurídico como um todo, sugerindo que a AIR encontrará um ambiente legal e interpretativo favorável ao seu desenvolvimento.

3.2. Análise de Impacto e qualidade regulatória

Tendo em vista essa evolução normativa brasileira⁶⁹⁰, no âmbito dos atos regulatórios não basta mais invocar princípios jurídicos, é preciso concatenar os valores jurídicos com as necessidade de justificação de decisões que envolvam a implementação de novas políticas públicas ou a manutenção e/ou a reforma de políticas públicas existentes, consideradas as potenciais consequências práticas da decisão. Demanda-se enfim uma análise *prévia e prospectiva* do ato regulatório antes da sua edição, a ser fundamentada técnica e

⁶⁸⁹ Art. 20 do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

⁶⁹⁰ Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. 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. Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

juridicamente, em face das possíveis alternativas, sob pena da invalidação do respectivo ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa.

Essa nova demanda analítica tende a reforçar a qualidade das decisões regulatórias, ou seja, aumentar a governança regulatória das agências brasileiras ao longo do tempo ao obrigar os reguladores a produzir justificativas mais robustas e processos mais motivados e transparentes de deliberação para suas ações e políticas.

Assim pela perspectiva consequencialista é preciso apontar a razoabilidade da decisão. O agente público deve levar em conta as consequências dos seus atos na prática. Aqui se impõe um roteiro ou um método ao formulador de políticas públicas *lato sensu* e ao agente regulador em particular. O exame da razoabilidade e da proporcionalidade são obtidos pelo registro da necessidade e da adequação da medida, a partir do seu enquadramento em um modelo de alternativas possíveis. Em outras palavras, a indicação das consequências esperadas exige uma reflexão maior do tomador da decisão. Decisões refletidas tendem a ser mais qualificadas e não só mais racionais, como também mais razoáveis, evitando decisões por crenças, impulsos e abusos regulatórios e permitindo um maior sendo de equidade e equilíbrio.

O acolhimento normativo da perspectiva *consequencialista*, nas disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público brasileiro⁶⁹¹, pode contribuir ainda para afastar ou mitigar o *mito do regulador onisciente*. Afastar esse mito é benéfico, uma vez que a responsabilidade do gestor não pode ser deduzida apenas de princípios e tipos legais demasiadamente abertos e irrealistas. Uma visão prospectiva da atividade regulatória voltada a uma agenda de desenvolvimento sustentável, por exemplo, comporta mais riscos do que aqueles enfrentados pelos burocratas especializados em dizer não às inovações governamentais. Dito isso, o administrador deve documentar o contexto e as informações disponíveis quando ele tomou sua decisão, de forma a evidenciar que, dentre aquelas condições de “temperatura e pressão” suas medidas foram adequadas ou pelo menos razoáveis.

⁶⁹¹ Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

A AIR, como instrumento de avaliação de proposições normativas, é capaz de deixar *registros mais visíveis* sobre as consequências esperadas de uma política pública e, desse modo, contribuir para o exercício do *controle de regularidade formal e material* da qualidade das políticas públicas regulatórias, ao fornecer parâmetros mais objetivos para a condução do gestor público.

Sem a AIR, é maior a ameaça de relatórios de auditoria contaminados pelo *mito do regulador onisciente*, com a adoção de uma interpretação desfocada dos atos do gestor pelos órgãos de controle, segundo parâmetros e informações não existentes à época ou então presumindo informações não factíveis ao tempo dos acontecimentos. Essa distorção de julgamento ocasionada por presunções indevidas pode favorecer uma *miopia autoinduzida* dos órgãos de controle, conduzindo, por sua vez, a um certo *anacronismo de controle*⁶⁹². No limite, sem instrumentos de gestão de impacto das normas, tais como o AIR, pode-se gerar até como um efeito não intencional o *apagão das canetas* na administração pública, pelo medo do pessoal técnico em avançar com a implementação das normas regulatórias.

Tendo em conta todos os avanços institucionais possíveis com tais marcos legais, não devemos desperdiçar a oportunidade de seguir na implementação das AIRs. Nesse sentido, cabe criticar algumas das opções de regulamentação adotadas pelo Decreto que disciplinou a AIR na ordem jurídica brasileira e recapitular algumas lições importantes no caminho do desenvolvimento nacional.

3.3. Regulamentação: críticas e lições

O Decreto nº 10.411 de 30 de julho de 2020 regulamenta a análise de impacto regulatório e dispõe sobre o seu conteúdo, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória e as hipóteses em que poderá ser dispensada. Exatamente por isso, é essencial avaliar como esse Decreto favorece ou não a formação da razão pública no âmbito regulatório, pela articulação pragmática e objetiva dos valores expressos nos princípios constitucionais da Carta de 1988. Dito de outro modo, vale conferir se esse Decreto faz jus a

⁶⁹² Anacronismo: conceito presente no estudo da história que aponta a incorreção ao se aplicar conceitos e ideias contemporâneas para hábitos, decisões ou instituições do passado. Ao transportar esse conceito para o campo do controle dos atos regulatórios, faz-se uma analogia para o que seria um anacronismo de controle.

agenda de governança regulatória dos últimos tempos e se a evolução normativa do AIR contribui efetivamente para a agenda mais ampla de desenvolvimento econômico e social.

Nesse processo de evolução normativa, persistem alguns desafios e necessidades de esclarecimentos a serem endereçadas na implementação dos dois primeiros incisos do art. 4º do Decreto regulamentador, por exemplo. Dentre os quais destaca-se aqui dois bastante relevantes: a dispensa da AIR por motivo de urgência e; a criação de um elenco de “normas sem alternativa regulatória” *per se*.

Sobre a hipótese do inciso primeiro do art. 4º⁶⁹³, cabe indagar como será avaliado objetivamente a urgência? Indo um pouco além, é razoável especular que uma alegação reiterada de urgência já será em si um indicativo de falta ou deficiência de gestão regulatória. Já na hipótese do inciso II do art. 4º do Decreto, é difícil imaginar um caso no qual uma norma regulatória não permita, juridicamente, diferentes alternativas. Uma possibilidade seria a norma hierarquicamente superior já ter restringindo de tal maneira o campo regulatório que não houvesse mais espaço para conjecturar diferentes caminhos para a atuação regulatória. Esse cenário pode, em certos casos, sugerir um viés autoritário, não condizente com nosso ordenamento jurídico. Isto posto, em caso de dúvida, é válido estimular a formação da razão pública pela AIR, sempre que possível.

É válido tratar aqui também sobre as hipóteses de dispensa da AIR ou de tolerância para sua não realização. O art. 21 do Decreto regulamentador da AIR em nossa ordem jurídica⁶⁹⁴ suscita algumas dúvidas nesse tema. É concebível que tal artigo pretenda o reforço da presunção de validade e legalidade dos atos administrativos e de sua força cogente, ao preservar seus efeitos mesmo sem a adoção da AIR, numa clara determinação aos destinatários da regra. Entretanto, é inegável que tal dispositivo também enfraquece a consolidação dos estudos da AIR como uma prática corrente, ao não exigir de modo cabal a sua realização para a validade de tais normas. É possível que essa aparente hesitação regulamentar revele a busca de uma regra de transição para as agências. Entretanto, se este tiver sido mesmo o objetivo,

⁶⁹³ Art. 4º **A AIR poderá ser dispensada**, desde que haja decisão fundamentada do órgão ou da entidade competente, nas hipóteses de: I - **urgência**; II - ato normativo destinado a disciplinar direitos ou obrigações definidos em norma hierarquicamente superior que **não permita, técnica ou juridicamente, diferentes alternativas regulatórias**;

⁶⁹⁴ Decreto nº 10.411 de 30 de julho de 2020. Art. 21. A inobservância ao disposto neste Decreto não constitui escusa válida para o descumprimento da norma editada e nem acarreta a invalidade da norma editada.

poderia ter se cogitado de uma período de transição com regras mais claras para que as normas sem AIR fossem consideradas inválidas a partir de determinado marco temporal, de forma a prestigiar ainda mais esse instrumento.

Logo após, pelo art. 22 desse mesmo Decreto regulamentador⁶⁹⁵ a razão para a dispensa do AIR, *in casu*, parece refletir uma preocupação com a preservação ou valorização do processo de participação social, ao preservar as proposições já submetidas ao debate público, como uma regra de transição normativa mais suave e em sintonia com a governança e a *accountability* democrática. Aqui também é possível acrescentar que, sempre que possível, em benefício da formação da razão pública, deve ser privilegiada a participação social, pela sua importância na fixação do *contexto* do problema regulatório e pela legitimidade que agrega ao ciclo analítico.

De toda sorte, novas proposições regulatórias demandam a gestão do estoque regulatório já existente nas agências. Nessa linha, um avanço significativo da regulamentação da AIR consistiu na previsão de uma *agenda regulatória*, para a avaliação das normas já editadas, conferindo mais previsibilidade sobre a tendência das mudanças normativas e fornecendo mais uma análise periódica dos resultados da regulação (ARR)⁶⁹⁶. Todo esse movimento completa o *ciclo analítico* fundamental para a gestão regulatória. Com o funcionamento apropriado do ciclo, tanto a avaliação dos potenciais impactos de novos atos normativos regulatórios quanto a apreciação dos resultados obtidos pela implementação dos atos normativos já existentes serão controláveis e passíveis de prestação de contas. Tudo somado, a densidade e profundidade das informações obtidas com as repetições dos ciclos de proposições e revisões tende a gerar decisões administrativas mais bem motivadas.

Além da expectativa positiva das normas regulatórias de impacto na economia se tornarem mais auditáveis, as informações fornecidas por tal ciclo analítico servem não apenas para desenhar proposições mais realistas e pragmáticas, mas são igualmente úteis para corrigir

⁶⁹⁵ Decreto nº 10.411 de 30 de julho de 2020. Art. 22. A obrigatoriedade de elaboração de AIR **não se aplica às propostas de ato normativo que, na data de produção de efeitos deste Decreto, já tenham sido submetidas à consulta pública ou a outro mecanismo de participação social.**

⁶⁹⁶ Art. 23. Os órgãos e as entidades divulgarão em seu sítio eletrônico, até 14 de outubro de 2022, **agenda de ARR** a ser concluída até 31 de dezembro de 2022, acompanhada da relação de atos normativos a serem submetidos à ARR, da justificativa para a sua escolha e do cronograma para a elaboração das avaliações.

os rumos de políticas públicas e revisar linhas específicas de planos de desenvolvimento, com menos insulamento burocrático e mais participação social. Assim, o ciclo analítico uma vez posto em marcha favorece uma agenda de governança regulatória ao estimular a qualidade das decisões gerenciais e estratégicas. Essa dinâmica contínua também tende a favorecer a legitimidade de planos governamentais e políticas públicas e, ao final, fortalecer a segurança jurídica dessas ações públicas e sua estabilidade institucional.

Feitas tais críticas, talvez um dos saldos mais significativos da evolução normativa a ser destacado, após tantos planos plurianuais de desenvolvimento, planejamentos estratégicos e reformas administrativas, seja mesmo o reconhecimento que as variáveis e a complexidade da realidade social e econômica e da administração pública necessitam de uma abordagem pragmática e consequencialista na condução das políticas públicas e da regulação dos mercados.

Tudo isso aponta para um avanço considerável na concepção de planejamento e de implementação de políticas regulatórias, pois aos olhos mais atentos, sugere um certo reconhecimento institucional do Estado brasileiro que: (i). não há receita institucional prévia para o desenvolvimento econômico e social; (ii). a racionalidade burocrática *weberiana* tem os seus limites na elaboração de planos de longo prazo e precisa de elementos de razoabilidade para buscar soluções e correções de rumo ao longo da implementação dos planos; (iii). o insulamento e a centralização burocrática não produziram os resultados esperados para o desenvolvimento econômico e social brasileiro nas últimas décadas; (iv). para um mesmo *problema* ou *interesse público* a ser tutelado são possíveis traçar diferentes políticas públicas a partir de diferentes cenários ou alternativas.

Se tais lições forem realmente apreendidas, novas possibilidades de avançarmos uma agenda de desenvolvimento sustentável ao longo do tempo se tornarão mais factíveis, com a contribuição dos instrumentos da AIR e ARR. Abandonaremos discussões estereis sobre planos ou programas que “apostem as fichas” nas *instituições certas* (agências reguladoras) ou nos *instrumentos certos* (análise de impacto regulatório) ou nos culpados de plantão (Estado ou Mercado) a partir de crenças não testadas. Nem tampouco as experiências de planejamento do passado serão relegadas ao esquecimento. Com mais maturidade institucional, poderemos usar

nossos erros e acertos para traçar potenciais cenários e suas alternativas, articulando dados e contexto, com mais acuidade e autoridade.

4. Considerações finais:

Pesadas as oportunidades e desafios da evolução histórica e normativa da AIR, há que se reconhecer avanços importantes nesse tema, no âmbito da agenda mais ampla de modernização do Estado brasileiro e da sua capacidade regulatória *potencial*, ou seja, atualmente há instrumentos legais e regulamentares mais efetivos para o exercício da gestão regulatória.

Por outro lado, ainda é preciso aguardar para ver se essa capacidade regulatória potencial irá se converter em qualidade regulatória efetiva, equivale dizer, se o novo conjunto de regras permitirá desenvolver instrumentos idôneos e abrangentes de avaliação das propostas e dos resultados da nossa regulação estatal. Em resumo, é preciso conferir se os avanços institucionais serão aperfeiçoados e acompanhados de boas práticas ao longo do tempo, segundo a perspectiva pragmática.

Além disso, será igualmente importante integrar a perspectiva pragmática da AIR ao arcabouço principiológico do direito regulatório e do direito constitucional econômico, a fim de que o ciclo analítico se desenvolva amparado por balizas conceituais e por concepções de planejamento próprias do Estado Democrático de Direito inaugurado com a Carta de 1988.

Será também fundamental acompanhar a evolução normativa das AIRs e ARRs tendo em conta as oportunidades e desafios abertas por esses instrumentos, para harmonizar os princípios constitucionais, as propostas regulatórias e suas consequências, num ambiente de maior segurança jurídica e estabilidade institucional. Espera-se que essa *dinâmica normativa virtuosa* possa atrair mais investimentos privados para o desenvolvimento brasileiro.

Ao reconhecermos a complexidade do Estado, do mercado e da própria sociedade, podemos nos valer das instituições que construímos ao longo da nossa evolução normativa e de novos instrumentos analíticos para seguirmos aperfeiçoando nosso sistema regulatório, de maneira pragmática e gradual. Nesse caminho, também podemos incorporar nos estudos da AIR um componente ético e principiológico, igualmente importante. Quem sabe

assim, com mais humildade e memória institucional, possamos fazer ecoar as reflexões de Sen (1988), sobre o desenvolvimento como a liberdade e emancipação da condição humana, ao argumentar que:

“O valor intrínseco de qualquer atividade não é uma razão adequada para menosprezar seu papel instrumental, e a existência de uma importância instrumental não é uma negação do valor intrínseco de uma atividade. Para chegar a uma avaliação global do status ético de uma atividade é necessário não apenas considerar seu valor intrínseco, mas também seu papel instrumental e suas consequências sobre outras coisas.”

Para seguir essa pista, Sen (1988) nos recorda que comportamento é uma questão social. E pensar em termos do que “nós” devemos fazer ou qual deve ser “nossa” estratégia pode refletir um senso de identidade que encerra o reconhecimento dos objetivos de outras pessoas e das interdependências mútuas existentes.

Referências Bibliográficas:

CRUZ, Verônica. Estado e regulação: fundamentos teóricos. Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório / Pedro Ivo Sebba Ramalho (Org.) – Brasília: Anvisa, 2009. pp. 53 a 86.

DEWEY, John. 1925. *Experience and nature*. Chicago: Open Court.

FIANI, Ronaldo. Cooperação e conflito: instituições e desenvolvimento econômico. Elsevier Brasil, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito -3Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018.

LEJANO, Raul P. Frameworks for policy analysis: merging text and context. Routledge, 2006.

MOTA FILHO, Humberto Eustáquio César. Direito Regulatório. FGV Law Program. Editora FGV, Rio de Janeiro, 2020.

NORTH, D. (1990). Economic development in historical perspective: the Western world. The Conference on "The Wealth of Nations in the 20th Century".

PEIRCE, Charles. 1905. What pragmatismo is. *The Monist*. 15:2 (April): 161-81.

OCDE. Recommendation of the Council of the OECD on Improving the Quality of Government Regulation. Paris, 1995.

PRADO, Mariana Mota. Qué es 'Derecho y Desarrollo'? Revista Argentina de Teoria Jurídica, v. 11, n. 1, 2010.

Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR / Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al.]. Brasília: Presidência da República, 2018.

SEN, Amartya. Development as Freedom. Oxford University Press, 1999.

SEN, Amartya. Sobre Ética e Economia (1988). Editora Schwarcz Ltda. Companhia das Letras.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Agências Reguladoras. In: Revista Tributária e de Finanças Públicas, vol. 33. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./2000, p. 153.

TRUBEK, David M. et al. (Ed.). Law and the new developmental state: the Brazilian experience in Latin American context. Cambridge University Press, 2013.

WILLIAMSON, Óliver. (2005). The Economics of Governance. American Economic Review. 95. 1-18. 10.1257/000282805774669880.

ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A INFLUÊNCIA DOS FILÓSOFOS COMO BASE SUBSTANCIAL NO PODER PÚBLICO

Inês da Trindade Chaves de Melo

*Desembargadora do TJRJ. Doutoranda e Mestre pela UNESA. Presidente do Fórum de
Probidade Administrativa e Transparência Pública da EMERJ.*

Resumo: O presente artigo trata da importância da ética na Administração Pública, para a estrutura e o bom funcionamento da máquina administrativa, uma vez que seu conceito norteia o caminho do certo e do errado para a adoção de escolhas na gestão e administração das matérias públicas. Para tanto, por ser a ética uma área da filosofia através da qual se aborda o comportamento moral, faz-se necessário discutir a influência do pensamento de Aristóteles e de Kant, que foram determinantes em interpretar a ética a respeito do agir moral. Com isso, ressalta-se a relevância desses filósofos para a construção conceitual da ética e de como ela deve ser empregada atualmente para gerir a máquina pública, especialmente diante de tantas denúncias de corrupção no país nos últimos anos.

Palavras-chave: Ética. Administração Pública. Moral. Kant. Aristóteles.

Abstract: This paper addresses the issue of ethics in Public Administration, highlighting their importance to the structure and proper functioning of the administrative machine, since their notion guides the right and the wrong way to adopt choices in the management and administration of public affairs. Therefore, since ethics is the area of philosophy through which moral behavior is approached, it is necessary to discuss the influence of the thinking of Kant and Aristotle, two philosophers who were decisive in interpreting ethics concerning moral actions. This paper also highlights their relevance of the conceptual development of ethics and how they should be used today to manage the public machine, especially in the face of so many allegations of corruption in the country in recent years.

Keywords: Ethics. Public Administration. Moral. Kant. Aristotle.

1 Introdução

A palavra ética vem do grego *ethos*, que significa “costumes”, estando conceituada no dicionário como “o estudo dos juízos de apreciação referentes à conduta humana suscetível de qualificação do ponto de vista do bem e do mal, seja relativamente a determinada sociedade, seja de modo absoluto”.⁶⁹⁷

A ética é a parte da filosofia que trata da reflexão sobre os princípios que fundamentam a moral. É conceituada como uma teoria filosófica ou científica. De acordo com Bauman,⁶⁹⁸ a ética é um código moral que pretende ser o único conjunto de regras de conduta harmonicamente coerentes ao qual toda pessoa considerada moral deva obedecer.

A ética também é entendida, segundo Souza e Rodrigues,⁶⁹⁹ como um conjunto de princípios e valores que norteiam as relações humanas. Dessa forma, os agentes públicos devem ter características éticas e morais para administrar o bem público e não ser corruptíveis. Tais princípios devem ter características gerais, aplicáveis a todos.

Nesse sentido, esclarece Lopes:⁷⁰⁰

A ética na administração e a moralidade administrativa não representam senão uma das faces da moralidade pública que se sujeita ao controle social, pois a moralidade é encontrada nos julgamentos que as pessoas fazem sobre a conduta e não na própria conduta. E tratando-se de moralidade pública, torna-se imperioso reivindicar-se alto grau de generalidade e autoridade, resultando, então, do julgamento respectivo, em caráter objetivo e público, não um ato individual e privado. As leis e normas são de caráter impositivo, tendo o agente público o dever de cumpri-las, e tendo que responder pelo seu não cumprimento. Já a conduta ética é de caráter pessoal e o agente público tem a responsabilidade de ser ético, porém sem jamais deixar de respeitar e cumprir o princípio constitucional da moralidade administrativa.

⁶⁹⁷ ÉTICA. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

⁶⁹⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. Tradução João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997. p. 23-24.

⁶⁹⁹ SOUZA, Herbert de; RODRIGUES, Carla. **Ética e cidadania**. São Paulo: Moderna, 2002. p. 50.

⁷⁰⁰ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Ética e administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 23.

O debate sobre a ética no serviço público é antigo e, sem poder ser considerado resolvido, requer estudo assíduo, tanto em busca de soluções mais adequadas à realidade atual, quanto para discutir a postura dos gestores na Administração Pública.

A Administração Pública pode ser entendida como um membro executivo do governo, a estrutura que permite implantar e executar as políticas públicas por este definido. Da mesma forma, de acordo com Denhardt, é possível conceituá-la como a prática profissional de indivíduos que se envolvem cotidianamente nas atividades organizadas pela estrutura mencionada.⁷⁰¹

Ultrapassadas as definições de ética e Administração Pública, observa-se uma preocupação cada vez mais latente na sociedade brasileira em relação aos padrões éticos de conduta dos servidores públicos. A imprensa e a opinião pública têm destacado escândalos na administração do Estado e exigido que seus representantes eleitos ou os servidores de carreira se conduzam segundo normas e valores que façam jus ao conceito de um serviço público.

Essa brecha acaba repercutindo nas instituições e, nesse sentido, a tendência é de que os representantes eleitos e os profissionais da administração pública se preocupem em atender às demandas de ordem ética da sociedade.

2 A ética na visão de grandes filósofos

Após as noções conceituais de ética e de Administração Pública, necessário abordar o que é a ética para filósofos que contribuíram para a construção do tema, reforçando a ideia do que hoje se coloca em prática.

Aristóteles (384-322 a.C.), por exemplo, encara a ética como própria da natureza humana, partindo da ideia de que o ser humano é essencialmente um animal político, que precisa participar da sociedade para se realizar como indivíduo. Entretanto, diferentemente de outros animais, o homem pode agir com racionalidade. A ação racional se diferencia da guiada por instintos porque é

⁷⁰¹ DENHARDT, Robert B. **Teorias da administração pública**. São Paulo: Cengage Learning, 2012. p. 25-28.

livre. Dessa forma, por sermos dotados de razão, podemos escolher entre opções de forma consciente.⁷⁰²

Segundo Aristóteles, a opção acertada e coerente será aquela que melhor caracterizar a realização de um bem, ou seja, de algo positivo e valioso. O bem supremo seria a felicidade, entendida como realização das potencialidades do indivíduo como ser humano.

Entende o filósofo que o que realiza o homem e o faz feliz é a sabedoria prática, ou seja, aquela razão que permite agir do modo certo na situação adequada, o que significa discernimento e lucidez, que são os maiores bens que as pessoas deveriam buscar. Assim, a pessoa de discernimento é aquela que mostra na prática uma forma sábia de viver, chamada por Aristóteles do equivalente ao que denominamos “virtuosa” em português. Assim, a ética aristotélica inicia-se com o estabelecimento da noção de felicidade. Nesse sentido:

Parece que a felicidade, mais que qualquer outro bem, é tida como este bem supremo, pois a escolhemos sempre por si mesma, e nunca por causa de algo mais; [...] ninguém escolhe a felicidade por causa das várias formas de excelência, nem, de um modo geral, por qualquer outra coisa além dela mesma.⁷⁰³

Vinte e dois séculos após a visão de Aristóteles sobre ética, Immanuel Kant (1724-1804) elabora a ideia de que uma ação só é eticamente correta se for movida exclusivamente por uma boa intenção. O bem mais importante a ser almejado na conduta humana é o agir a partir da consciência do que deve ser feito, ou seja, agir bem é agir com base no dever. Destaca-se:

Todos os deveres envolvem um conceito de constrangimento através de uma lei. Deveres éticos envolvem um constrangimento para o qual somente a legislação interna é possível, ao passo que deveres de direito envolvem um constrangimento para o qual a legislação externa também é possível. Ambos, portanto, envolvem constrangimento, quer seja auto-constrangimento ou constrangimento por outrem.⁷⁰⁴

⁷⁰² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2015. p. 103-107.

⁷⁰³ *Ibid.*, p. 23.

⁷⁰⁴ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. 2. ed. ver. Bauru: Edipro, 2008. p. 238.

Dessa forma, para Kant, agir com base no dever é a única maneira de agir livremente, uma vez que o indivíduo só é livre quando não se submete a nenhuma condição externa à própria vontade. Assim, a vontade não pode ser confundida com o desejo, que é um impulso natural em nós para a satisfação de necessidades naturais. A vontade é uma capacidade de agir segundo a razão consciente, ou seja, agir com base na vontade é agir com base na razão e não se submeter nem mesmo aos apelos do desejo.

Nesse sentido, apenas uma ação oriunda da vontade livre é eticamente correta para Kant, ou seja, ser livre é agir conforme a consciência determina, não permitindo que nada além daquilo que o indivíduo sabe ser correto interfira em sua conduta.⁷⁰⁵ Conclui-se que, quando mente, o indivíduo sabe que mentir é eticamente errado, mas o faz por um impulso que se sobrepõe à razão, como o medo ou o desejo de levar alguma vantagem. Nesse caso a ação não é livre, porque o indivíduo não foi capaz de fazer o que sabia ser certo.

Além disso, Kant buscou criar um modelo ético que se baseasse apenas na capacidade de julgar inerente ao ser humano, ou seja, uma bússola moral, denominada imperativo categórico. Essa bússola consiste em uma lei moral interior ao indivíduo, baseada apenas na razão humana e sem ligação com religião, sempre saindo do particular, da ação individual, para o universal, da lei moral. Nas palavras de Höffe:⁷⁰⁶

O imperativo categórico resulta imediatamente do conceito de moralidade como do *simplesmente* bom, por isso referido “categoricamente” a entes racionais finitos, por isso um “imperativo”. Mais precisamente – e nisso reside a ineludível perspicácia de Kant – o imperativo categórico não é senão o conceito de moralidade sob as condições de entes racionais finitos. No imperativo categórico Kant aplica sua tese fundamental metaética a entes do tipo do homem.

⁷⁰⁵ Id. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 80-85.

⁷⁰⁶ HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. Tradução Christian Viktor Hamm e Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 198.

Por fim, veremos que, seja pela visão de Aristóteles ou pelos ditames de Kant, o significado de ética para esses filósofos contribuiu muito para sua aplicação na Administração Pública no presente, auxiliando na moralidade da gestão.

3. A ética na Administração Pública

O desenvolvimento do Estado moderno precisa de uma estrutura capaz de prestar serviços à população para justificar sua existência de forma eficaz. A Administração Pública se desenvolve e se fortalece como a expressão operacional de tal aparato.

Todavia, ela não se mostra bem preparada para lidar com as demandas que advêm dessa realidade, diante de problemas gerenciais ou técnicos na gestão do programa público. Ao longo do tempo, questões políticas apareceram e tornaram-se ponto principal para os administradores diante das políticas públicas, propiciando uma atuação mais ativa do que apenas atender às expectativas dos líderes do Executivo e do Legislativo.⁷⁰⁷

Atualmente, as questões gerenciais e políticas devem ser complementadas por uma preocupação com a ética. Com isso, a ação do administrador público engloba relevantes questões em termos de valores, o que conduz a uma dupla exigência em relação ao seu trabalho: elevado padrão de comportamento do administrador e definição do interesse público.

Diante dessas observações, para que seja considerado apto para a sociedade, o serviço público deve apresentar aspectos da democracia, caracterizados sob a forma do interesse público geral, o que lembra a preocupação kantiana com o coletivo ao invés do individual. Na sociedade atual, a controvérsia ética fundamental permanece a mesma que Aristóteles enunciou séculos atrás, qual seja como atingir o bem supremo. A complexidade da sociedade presente em relação àquela que Aristóteles presenciou é maior, pois os arranjos políticos são muito mais intrincados, inclusive diante de casos mais corriqueiros de corrupção. Apesar disso, o que Aristóteles e Kant anunciaram sobre a preocupação com a ética continua sendo preocupação atual da sociedade, perante inúmeros casos de corrupção na administração pública, o que acaba por comprometer o desenvolvimento do país.

⁷⁰⁷ DENHARDT, Robert B. **Teorias da administração pública**. São Paulo: Cengage Learning, 2012. p. 122.

Se antes, na visão desses filósofos, a ética resumia-se à felicidade ou ao bem-estar coletivo, existe hoje um acréscimo no conceito inicial de ética, pois o interesse público está principalmente ligado à preocupação de como o dinheiro público está sendo empregado. Nesse sentido, esclarece Pedro Braga:⁷⁰⁸

Os valores éticos, como se sabe, não são dados uma vez por todas nem são universais nem absolutos. Atualmente, em virtude da elevação do nível de consciência política e da informação disponível no que se refere ao interesse público e ao uso do dinheiro do contribuinte, há como que uma exigência geral de que a moralidade, a legalidade, a impessoalidade, a publicidade e a eficiência devem prevalecer como princípios norteadores da conduta dos agentes de políticas públicas e gestores governamentais, princípios esses que em nosso ordenamento possuem dignidade constitucional, constantes no art. 37 da CF, que em seu § 4º comina pena aos atos de improbidade de suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e a obrigação de ressarcir o erário, dispositivo esse regulado pela Lei 8.429/1992.

Dessa forma, dentre todos os princípios mencionados, a ética está diretamente relacionada ao princípio expresso no art. 37 da Constituição Federal, qual seja o princípio da moralidade administrativa, exigindo que o administrador observe determinados valores, sendo correlato à moral comum.⁷⁰⁹ No mais, a moralidade administrativa se aproxima da concepção de boa-fé como regra de conduta, conceito que acaba por relacionar-se com a visão kantiana de ética, pois para o filósofo, como visto, a moral é a racionalidade do sujeito.

Assim, a ética é tema essencial para a Administração Pública, uma vez que a corrupção afasta o administrador da moral e da finalidade principal de uma administração, qual seja a promoção do bem público. Como acima enfatizado, na visão dos filósofos a ética é definida e vista como o bem de uma coletividade, razão pela qual a corrupção afasta o administrador desse objetivo.

⁷⁰⁸ BRAGA, Pedro. **Ética, direito e administração pública**. Brasília: Senado Federal, 2006. p. 178-179.

⁷⁰⁹ GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 140.

De nada adianta ter a ética insculpida na Constituição Federal, em seu art. 37, por meio do princípio da moralidade, se o administrador se distancia dos ditames da Carta Magna, desvirtuando-se dos ideais democráticos e da visão da promoção do bem coletivo. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles⁷¹⁰ observa que:

[...] o agente administrativo, como ser humano dotado de capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o Honesto do Desonesto. E ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético da sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo do injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto.

Para a sociedade conseguir consolidar a ética na Administração Pública, é essencial a conscientização dos administradores de que a *res publica* é prioridade, razão pela qual se fazem necessárias punições mais severas nos casos de corrupção – atualmente o maior fator de afastamento da moral e de uma gestão comprometida com o bem coletivo de Aristóteles e Kant.

4 Conclusão

Com base nos fundamentos acima expostos, conclui-se que Aristóteles e Kant foram essenciais para a definição de ética e de como ela deve ser empregada na conjuntura da Administração Pública. Ainda que com visões um pouco diferentes, os filósofos contribuíram substancialmente para definição de ética e sua interferência na gestão pública.

Em que pesem diversos problemas no comando da Administração Pública, a corrupção é hoje o mais grave inibidor de uma gestão comprometida com a coletividade, porque, ao beneficiar o enriquecimento ilícito de administradores, a corrupção acaba por afastá-la do conceito de ética pregado por Aristóteles e Kant. A barreira principal é o administrador encontrar o equilíbrio necessário para concentrar esforços visando à finalidade pública em detrimento de questões particulares, e é através da ética que o gestor pode se nortear.

⁷¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Medeiros, 2012. p. 90.

Para isso não basta tão-somente a noção dos ditames da Constituição da República com seu princípio da moralidade. É preciso punir mais severamente os administradores que fogem da finalidade pública ao cometer ilícitos. É fundamental que os gestores públicos estejam comprometidos com o combate à corrupção e a fomentação da ética no trabalho. Além do controle, da apuração, da transparência, da responsabilização e da aplicação de penas severas a atos ligados à corrupção, é essencial a promoção pelo gestor de ações formativas, educacionais e reflexivas no trabalho.

Garantir o fim legítimo a que se propõe o Estado constituído para promover a cidadania, somado à efetiva prestação de serviços com qualidade, correspondentes às reais necessidades, é outro importante aspecto a ser perseguido.

Referências

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2015.

BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. Tradução João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997.

BRAGA, Pedro. **Ética, direito e administração pública**. Brasília: Senado Federal, 2006.

DENHARDT, Robert B. **Teorias da administração pública**. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

ÉTICA. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. Tradução Christian Viktor Hamm e Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005.



KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. 2. ed. ver. Bauru: Edipro, 2008. p. 238.



KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Medeiros, 2012.

SOUZA, Herbert de; RODRIGUES, Carla. **Ética e cidadania**. São Paulo: Moderna, 2002.

CRISES, PANDEMIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS: O PERIGO NAS INTERSEÇÕES

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO

Professor de Direito Administrativo e Constitucional. Mestre em Direito pela UFRJ. Ex-Professor da UERJ, UFF (Pós-graduação), Univ. Cândido Mendes e cursos de preparação para concursos. Palestrante e conferencista. Procurador de Justiça do MP/RJ (aposentado). Advogado e Consultor Jurídico

SUMÁRIO: 1) Introdução; 2) Regime democrático e parâmetros essenciais; 3) Pandemia e crise; 4) Alteração dos parâmetros constitucionais; 5) Limites materiais e temporais; 6) Controle da legitimidade; 7) Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Iniciada provavelmente na China no final de 2019 ou início de 2020, mas rapidamente disseminada em praticamente todo o mundo, a pandemia do novo coronavírus, cientificamente denominado de COVID-19, tem causado profundas transformações nas sociedades atingidas e evidentes alterações no *modus vivendi* das populações, bem como efeitos graves, como os altos índices de contaminação e de letalidade.

A pandemia teve natureza globalizada, difundindo-se entre quase todos os países de vários continentes. Justamente em virtude dos efeitos deletérios que marcam a doença, diversas medidas foram adotadas pelos governos como forma de enfrentamento para sua atenuação ou extinção. Algumas dessas providências, é oportuno dizer, se revelaram bastante severas e invadiram a privacidade das pessoas, compelindo-as a modificar seus hábitos e costumes e causando-lhes inegável desconforto.

Como não poderia deixar de ser, as medidas governamentais espelharam, por vezes, a imposição de restrições e condicionamentos à liberdade e a outros direitos fundamentais, quase sempre necessários ao duro enfrentamento da pandemia e, principalmente, para impedir a surpreendente velocidade de sua propagação. Sem dúvida, esse novo estado de coisas gerou inevitável perplexidade e, por que não dizer, alguns dissabores e irresignações, o que é de certo modo compreensível pela circunstância de que, na verdade, ninguém gosta de sofrer restrições.

Causaram, de fato, surpresa certas determinações governamentais que impuseram obrigações de fazer ou de não fazer, condicionaram o exercício de alguns direitos fundamentais e alcançaram as linhas da garantia constitucional da liberdade. Não sem motivo, surgiram vários questionamentos sobre a legitimidade ou não dessas medidas, pois que não estavam as pessoas preparadas para imposições de não frequentar praias, ou de não circular pelas vias públicas, ou se valer de transporte público, ou mesmo de não participar de reuniões com determinado número de integrantes.

As presentes considerações têm o escopo de proceder, objetivamente, a uma análise da legitimidade ou não dessas medidas estatais diante de situação de crises profundas na sociedade, cujos efeitos invadem diversos setores essenciais, como o empresarial, cultural, turístico, normalmente provocando gravames a pessoas e instituições. Pretende-se relembrar os parâmetros do regime democrático e confrontá-los com as restrições impostas pelo Estado para a constatação de sua alterabilidade em situações de anomalia social, invocando-se a prevalência do interesse público e dos interesses coletivos sobre interesses individuais.

Ao cabo, será realçada a extremamente tênue membrana que demarca as condutas dotadas de legitimidade e de ilegitimidade, sem prejuízo das observações sobre a dificuldade do exercício de controle sobre as atividades restritivas do governo, tendo em vista a situação heterodoxa oriunda dos períodos de crise, sempre na perspectiva do perigo que essa atuação pode causar às garantias constitucionais e à própria democracia.

2. REGIME DEMOCRÁTICO E PARÂMETROS ESSENCIAIS

Foi no século XVIII que se criaram as raízes do Estado Democrático, fundado na garantia de certos valores fundamentais da pessoa humana e na exigência de organização e

funcionamento direcionados à proteção desses valores. A crença nesses postulados estendeu-se pelos séculos XIX e XX, e ainda agora, no século XXI, busca-se guindá-los à condição de pressupostos essenciais da democracia. Apesar disso, os conflitos oriundos do regime têm demonstrado a extrema dificuldade “que se tem encontrado para ajustar a ideia de Estado Democrático às exigências da vida contemporânea” (DALLARI, 2011).

O fundamento principal do Estado Democrático tem assento na noção de *governo do povo*, mas a inter-relação entre as sociedades e o Estado a que pertencem sempre esteve envolvida em conflitos. Isso é fácil de compreender diante da realidade de que o Estado detém o poder e a força, ao passo que ao povo cabe a manifestação de vontade a que o Estado, em tese, deve submeter-se. Sem embargo desses conflitos, o regime democrático, com todos os seus equívocos, ainda se revela como o mais apropriado para respeitar a vontade popular. Por isso, celebrizou-se a concepção de Churchill, proclamada em 1947, de que “a democracia é a pior forma de governo, à exceção de todas as outras que têm sido tentadas de quando em vez”.

O verdadeiro regime democrático é aquele delineado por parâmetros definidos na Constituição, mediante os quais se viabiliza a garantia da liberdade e dos demais direitos fundamentais. Pode haver Constituição sem esses parâmetros, mas ela será Constituição apenas formalmente, ou, por que não dizer, mero documento de retórica. Somente com a definição das garantias da liberdade e dos direitos fundamentais é que se poderá qualificar a carta máxima como Constituição em seu sentido material. Esta não depende necessariamente de formalização, mas dela devem sempre constar os parâmetros relativos à organização do Estado e dos Poderes e aos direitos e garantias fundamentais (ZIMMERMANN, 2006).

Os direitos fundamentais podem ser vistos em duas vertentes específicas. De um lado, numa vertente subjetiva, são aqueles que conferem aos indivíduos a pretensão no sentido de ser adotada determinada conduta, positiva ou negativa, considerando a dignidade da pessoa humana. De outro, no ângulo objetivo, os direitos fundamentais dão sustento à ordem jurídica, sendo expressamente mencionados na Constituição para conferir segurança aos indivíduos e coletividades por meio, como regra, de normas devidamente formalizadas que se sobrepõem ao próprio Estado (MORAES, 2012).

A liberdade, por sua vez, em cuja essência pode vislumbrar-se tanto um aspecto interno quanto um externo, também constitui garantia expressa no art. 37, *caput*, da CF. Adotando-

se a perspectiva de José Afonso da Silva, a liberdade interna estampa o livre-arbítrio e a possibilidade de escolha para os titulares, ao passo que a liberdade externa é a que permite sejam superados obstáculos ou impedimentos que de algum modo hostilizem o querer individual. Com a liberdade, a pessoa satisfaz seu bem-estar e sua felicidade pessoal, que são, na verdade, o apanágio da democracia (SILVA, 2002).

É importante lembrar que, a despeito de serem esses direitos e garantias os parâmetros essenciais da Constituição, não são eles absolutos, mesmo em situações de normalidade social. A própria Constituição admite que, em certos casos, a lei imponha algumas restrições fundadas na necessidade de atendimento aos interesses coletivos e ao interesse público, primário ou secundário. As restrições podem surgir por intermédio de lei, editada pelo legislador com base na existência de reserva legal explícita, ou “com base em uma lei”, nesse caso levadas a efeito por intérpretes do texto constitucional em sua função de perscrutar a essência dos mandamentos que compõem a linha dos direitos fundamentais (CARVALHO, 1999).

Aqui vale lembrar que, em se tratando de normas constitucionais de eficácia contida, não estão elas providas de todo o seu possível conteúdo e, com isso, nasce a permissão implícita de haver alguma redução de conteúdo efetivada pelo legislador. Usualmente, vêm com delimitações conceituais, como “ordem pública”, “perigo público iminente”, “bons costumes” etc. Apesar de terem aplicabilidade imediata, não se confundem com as normas cujo conteúdo se exaure dentro de suas próprias linhas (normas de eficácia plena). Por outro lado, também se distinguem das normas que, embora pendentes de regulamentação futura, não têm imediata aplicabilidade (normas de eficácia limitada), somando-se a isso o fato de que, em relação a estas, a lei futura não se limita a restringir a norma, como ocorre com as normas de eficácia contida, mas vão além, servindo como elemento de integração da norma constitucional (SILVA, 1999).

Enfim, o que se quer realçar neste tópico é o fato de que a Constituição é dotada de parâmetros essenciais ao regime democrático, mas podem eles ser alvo de restrições impostas pelo governo, ainda que em situações de normalidade, quando a norma comporta esse tipo de interpretação.

3. PANDEMIA E CRISE

A pandemia da COVID-19 pegou o mundo de surpresa no ano de 2020 e causou uma grande revolução nos hábitos e costumes das populações em geral. Constatado seu grande poder de contaminação, os governos foram obrigados a tomar algumas medidas que subverteram a rotina normal dos habitantes do planeta. Com o número crescente e assustador de pessoas infectadas e diante da grande quantidade de óbitos decorrentes da doença, a atuação estatal se fez ainda mais rigorosa para, ao menos, mitigar-lhe os efeitos até sua total extinção.

De acordo com as recomendações técnicas da OMS – Organização Mundial da Saúde de que essencial seria a necessidade de desagregar as pessoas por causa da violenta força do contágio, vários países atingidos pela pandemia expediram determinações para que as pessoas não saíssem às ruas, a não ser em situações excepcionais e inevitáveis. Ou seja, foi ordenado que as pessoas permanecessem em suas casas. Retirando-as de circulação, poder-se-iam minimizar os efeitos da doença e, sobretudo, evitar a perigosa contaminação e o crescente número de mortos.

É indubitável que houve discrepâncias quanto à eficácia das medidas governamentais, inclusive entre os técnicos e infectologistas, entendendo-se, por outro lado, que a pandemia não estaria a exigir esse tipo de prisão indireta, sem que as pessoas pudessem exercer seu direito de ir e vir livremente. Esse encarceramento seria incondizente com a liberdade das pessoas, ainda mais para aquelas que teriam compromissos externos a serem honrados. Era fácil entender as divergências, visto que, afinal, o vírus não era conhecido e o mundo foi surpreendido com sua chegada devastadora.

A verdade é que, mesmo com idas e vindas, a medida considerada mais eficaz para evitar a propagação da doença foi o *isolamento* (ou *distanciamento*) *social*, devendo as pessoas permanecer em quarentena em suas casas até que a curva da pandemia se tornasse descendente, quando então seria admitida alguma flexibilização, com a gradativa reabertura das empresas e instituições. Outras ordens estatais foram baixadas, como o uso obrigatório de máscaras nas ruas; o fechamento de estabelecimentos comerciais; a vedação a reuniões com maior número de pessoas; o impedimento ao uso do transporte público mediante aglomeração de usuários; e, enfim, várias determinações para fazer ou não fazer alguma coisa.

Com a paralisação total, praticamente, do setor produtivo – indústria, comércio e serviços – e com a assustadora perspectiva do tempo de duração da pandemia até a sua atenuação e extinção, instalou-se no país inegável *situação de crise*, que gerou repercussão política, social,

econômica, turística – fato, aliás, também ocorrido em outros países. Quando se faz menção a situação de crise, a ideia é a de que se trata de período em que se dá o afastamento das condições normais de vida do grupo social, de modo que essa anomalia social acaba por render ensejo à intervenção mais restritiva do Estado.

É certo que essa não foi a primeira nem certamente será a última situação de crise a assolar o país, mas, como nos estamos deparando com novas realidades, se comparadas com as anteriores, cumpre que recapitulemos alguns aspectos que denotam a alteração dos parâmetros constitucionais nesses períodos esdrúxulos. Afinal, ante os questionamentos sobre a constitucionalidade ou não de certas medidas estatais, que, em plano teórico, agrediriam postulados constitucionais, parece oportuno revisitar os parâmetros de exceção contidos na Constituição em situações de crise.

4. ALTERAÇÃO DOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS

É pacífico que a incidência das normas constitucionais não pode ocorrer de modo inflexível para todas as hipóteses da dinâmica social. A razão é de simples compreensão: a *voluntas* do Constituinte consiste no fato de que a Constituição deve adequar-se às relações sociais com as quais se defronta. Não teria o menor sentido que a aplicabilidade das normas constitucionais não sofresse qualquer alteração diante de eventual mutação social, como a que advém dos períodos de crise. Com isso, forma-se o postulado central da questão: parâmetros constitucionais voltados a situações de normalidade nem sempre se ajustam a situações anormais, como é o caso da ocorrência de crises.

Por via de consequência, toda Constituição, por mais que proclame o regime democrático e se consolide como Estado Democrático de Direito, precisa munir-se de certas válvulas de escape para enfrentar momentos de crise, nos quais sobressaia o caráter de emergência. Esses mecanismos, à primeira vista, podem parecer agressivos aos parâmetros ordinários da Constituição, mas, em sua essência, têm objetivo oposto, qual seja o de manter o equilíbrio dos Poderes e das instituições e a preservação, tanto quanto possível, dos direitos fundamentais.

São pertinentes, portanto, as observações da doutrina de que a ordem constitucional precisa contar com mecanismos “que garantam a harmonização (entre a realidade e a Constituição),

o equilíbrio (entre as situações de crise e as medidas para debelá-las) e a continuidade (a não ruptura assegurada pelos limites jurídicos que caracterizam o sistema constitucional de emergência) desses elementos”, vale dizer, um sistema pelo qual se possa controlar minimamente as situações excepcionais incompatíveis com a dicção constitucional ordinária (ALMEIDA FILHO, 2009).

Na mesma linha de argumentação, é preciso reconhecer que o sistema de enfrentamento de crises busca preservar a unicidade da Constituição, e isso tendo em vista seu objetivo de cuidar do ordenamento constitucional considerando a decisão constituinte, reafirmando-se, assim, o relacionamento com a comunidade política. Inatacável, desse modo, a conclusão de que “O funcionamento do Estado e a realização dos direitos fundamentais estão diretamente vinculados, nessa linha, à preservação de uma margem mínima de normalidade constitucional” (ALMEIDA FILHO, 2009). Resulta, daí, ser possível que, mesmo diante da situação de crise, possa manter-se o equilíbrio institucional, ainda que com o recurso a mecanismos de exceção.

As hipóteses de crise mais conhecidas são as que pretendem a defesa do Estado e das instituições democráticas: o estado de defesa (art. 136, CF) e o estado de sítio (arts. 137 a 139, CF). Ambos traduzem situações de anomalia constitucional decorrentes de guerras, revoluções, calamidades e outras do gênero. Examinando-se o lineamento jurídico da Constituição, não é difícil constatar que nele são apontados mecanismos excepcionais visando à autopreservação do Estado de Direito, em face dos efeitos provocados pela anomalia oriunda da crise. Sem embargo de sua excepcionalidade, os instrumentos de exceção comportam-se como barreiras de contenção contra acenos de arbitrariedade ou de anarquia.

Os instrumentos de exceção espelham uma resposta jurídico-institucional para impedir que a própria Constituição seja excepcionada. Se a Constituição supera os períodos de crise social sem ser abandonada ou violada, empregando, para tanto, mecanismos mais severos e de caráter excepcional, “essa é a prova de sua estabilidade: ela consegue, tem força normativa suficiente para regular não apenas a normalidade, mas também as exceções”, como acentua, com inteira razão, estudioso do tema (ROTHEMBURG, 2013). Na verdade, aduzimos, trata-se da Constituição normal atuando ao lado da Constituição excepcional.

Diante das crises, os mecanismos constitucionais de exceção normalmente afetam, sem dúvida, a liberdade e direitos fundamentais. É comum, por isso mesmo, que o governo lhes imponha restrições e condicionamentos para o fim de enfrentar e superar a situação de anomalia,

trazendo benefícios para a coletividade, ainda mais quando se sabe que os efeitos de crises se irradiam diretamente sobre as pessoas e comumente lhes causam desconfortos e desalentos.

No estado de defesa, instituído “para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidade de grandes proporções na natureza” (art. 136, *caput*, CF), são previstas restrições aos direitos de reunião, sigilo de correspondência e sigilo de comunicação telegráfica e telefônica, além da possibilidade de ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos nos casos de calamidade pública (art. 136, § 1º, I e II, CF).

Já no estado de sítio, implantado em situações de “comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa” ou de “declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira” (art. 137, I e II, CF), outras são as restrições: obrigação de permanência em localidade determinada; detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; restrições relativas à inviolabilidade de correspondência ou ao sigilo de informações; suspensão da liberdade de reunião; busca e apreensão em domicílio; intervenção em empresas de serviços públicos; e requisição de bens (art. 139, I a VII, CF).

Como se pode inferir, as medidas contempladas na Constituição para as situações de crise geradoras do estado de defesa ou do estado de sítio retratam indubitosa alteração dos parâmetros constitucionais adotados para períodos de normalidade. Constituem, na verdade, medidas de restrição à liberdade e a alguns direitos fundamentais, mas se justificam em função de seu objetivo de preservar o equilíbrio do Estado e de suas instituições. Seu fundamento tem assento no que já se denominou de *anomia transitória*, “sob cuja vigência, de maior ou menor duração – a depender das circunstâncias –, são afastadas ou suprimidas as restrições que, em situação normal, as leis impõem às autoridades e aos detentores do poder em geral” (COELHO, 2009).

A pandemia da COVID-19 caracteriza-se como um fenômeno sanitário mundial, que, independentemente do fator que lhe deu causa, afeta toda a estrutura do Estado e acarreta nítidos gravames às coletividades, seja pela infecção em si, seja pelas mortes que dela se originam. Pela sua fisionomia, a doença, nas condições com que vem devastando os diversos setores da sociedade, bem poderia enquadrar-se dentre as “calamidades de grandes proporções na natureza”, a que se refere o art. 136, CF, para sustentação ao estado de defesa. De qualquer modo, o governo federal

editou o Decreto Legislativo nº 6, de 20.3.2020, no qual ficou declarado estado de calamidade pública para justificar exceções de natureza fiscal.

A Lei nº 13.979, de 6.2.2020, relaciona várias medidas administrativas para enfrentamento do novo coronavírus, entre elas o isolamento (separação de pessoas) e a quarentena (restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação de outras sem doença, e de bagagens, animais etc., também passíveis de contaminação). Além disso, prevê a determinação para a realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, coleta de amostras clínicas, vacinação e tratamentos médicos específicos (art. 3º).

Essas medidas, em tese, se contrapõem à liberdade das pessoas e a alguns de seus direitos fundamentais, como o de reunião, de lazer, e, enfim, da liberdade para fazer tudo o que a lei não proíba. Em situações de normalidade, semelhantes determinações seriam à evidência inconstitucionais por refugirem aos parâmetros fixados na Carta. Mas, em se tratando de situação de crise, que afeta a estrutura do Estado, a ordem democrática e o bem-estar da coletividade, são revestidas de legitimidade, porque – não custa insistir – nos períodos de crise se alteram os parâmetros constitucionais incidentes sobre situação de normalidade.

5. LIMITES MATERIAIS E TEMPORAIS

A alteração dos parâmetros constitucionais tem como fundamento a ocorrência de situação de crise e de emergências, não incidindo, assim, conforme foi visto, sobre águas plácidas dos períodos de normalidade política, social e econômica. Afinal, os parâmetros alteradores configuram-se como exceções ao sistema definido na Constituição, muito embora, por mais paradoxal que pareça, tenha como alvo a preservação do equilíbrio social e do regime democrático.

Não obstante, as normas de exceção que alteram os parâmetros normais da Constituição têm necessariamente que sujeitar-se a *limites*, visto que, se assim não fosse, seriam fácil instrumento de abuso de poder e de arbitrariedade por parte de agentes e órgãos de governo. Equivaleria, guardadas as proporções, a um cheque em branco para atuação fora do contexto ordinário do quadro constitucional. Consequentemente, seria inócua a proteção à liberdade e aos direitos fundamentais, cujos mandamentos seriam caracterizados como mera peça de ficção. Isso seria, obviamente, incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Quanto aos requisitos das restrições, podemos socorrer-nos da classificação de Canotilho, segundo a qual as leis restritivas de direitos devem submeter-se a requisitos formais e materiais: formais, para exigir-se que a lei obedeça ao procedimento previsto na Constituição; materiais, para que seu conteúdo se ampare nos permissivos constitucionais pertinentes, ou seja, a substância das leis deve situar-se nos parâmetros de exceção traçados na Carta (CANOTILHO, 1998). Assim como se impõe a presença de tais requisitos, o mesmo se exigirá relativamente aos limites das restrições.

Nos períodos de crise, a aplicação dos parâmetros extraordinários tem como *limite material* a *necessidade* de expedição de medidas mais gravosas para tentar atenuar ou fazer cessar a situação de anomalia social. A legitimidade desses parâmetros, que normalmente contrariam os parâmetros adotados para situações de normalidade, pressupõe que se destinem única e exclusivamente ao combate contra a situação de crise. Como é fácil verificar, há uma grande responsabilidade por parte das autoridades incumbidas dessas medidas, porquanto, uma vez dissonantes das razões que as fundamentaram, passam a configurar-se como abuso de poder.

A necessidade interage com os pressupostos que geram a situação de crise. No estado de defesa, por exemplo, os pressupostos são a grave e iminente instabilidade institucional ou a ocorrência de calamidades de grandes proporções na natureza (art. 136, *caput*, CF) – a primeira ameaçando e a segunda atingindo a ordem pública ou a paz social. Ante semelhantes pressupostos, os atos restritivos à liberdade ou aos direitos fundamentais, como, por exemplo, a restrição ao direito de reunião, são balizados por sua inafastável pertinência às situações de crise definidas na Constituição. Por conseguinte, a necessidade das restrições se entrelaça com os aludidos pressupostos constitucionais – estes, o limite material para a legitimidade daquelas.

Noutro giro, qualquer ato restritivo que não guarde pertinência com os pressupostos da situação de crise não se revestirá do caráter de *necessidade*, afastando-se do cunho de legitimidade para constituir conduta abusiva. Significa que, fora dos limites materiais, atos de exceção encerram abuso de poder e refogem ao permissivo constitucional de admitir exceções específicas para aquela situação anômala. Pode-se afirmar, sem medo de errar, que os limites materiais das restrições dependem de sua relação de congruência com os pressupostos fixados para a situação de crise.

Os *limites temporais*, a seu turno, espelham a transitoriedade das medidas restritivas em função da mesma transitoriedade que envolve os períodos de crise. Nenhuma situação de crise é permanente. Ao contrário, sempre tem caráter excepcional, sendo que essa é a razão da excepcionalidade das medidas restritivas. Já se afirmou com razão: “As medidas adotáveis, como frisado, têm natureza excepcional. Assim sendo, devem ser temporárias, só utilizadas quando realmente necessárias, e, por fim, proporcionais à situação de crise que pretendem superar” (ARAUJO e NUNES JÚNIOR, 2012).

No que concerne aos limites materiais e temporais, invoca-se um dado que merece comentário. Os limites materiais das medidas restritivas são sempre expressos, e isso porque, como visto, guardam paralelismo com os pressupostos da situação de crise, os quais, da mesma forma, também têm expressividade na Constituição. Desse modo, são revestidos de maior objetividade em virtude de serem os pressupostos notoriamente declarados na disciplina constitucional.

Contrariamente, os limites temporais das medidas restritivas nem sempre são definidos. Não há dúvida de que as medidas restritivas são sempre temporárias e provisórias. Mas o período dentro do qual podem ser adotadas pode ou não vir expresso na Constituição. Para exemplificar, o tempo de duração do estado de defesa não pode ser superior a trinta dias, admitida uma única prorrogação, por igual período, se ainda presentes os motivos que inspiraram a decretação (art. 136, § 2º, CF). Já no caso de guerra ou agressão armada estrangeira, o estado de sítio pode ser decretado por todo o tempo em que perdurarem tais situações de crise (art. 138, § 1º, CF). Infere-se, pois, que os limites temporais podem ser objetivos ou subjetivos, dependendo do que estiver previsto na Constituição.

Plasmando-se tais dados no âmbito da COVID-19, urge fazer breve reflexão sobre os limites materiais e temporais. Antes de mais nada, embora não se tenha decretado estado de defesa ou estado de sítio, é inegável que o estado de calamidade pública advindo da pandemia constitui situação de crise, de onde resulta, em primeiro plano, a necessidade de implantar medidas restritivas à liberdade e aos direitos fundamentais. Em tal cenário, há que se reconhecer a legitimidade de medidas desconfortáveis para as pessoas, como a proibição de circular pelas ruas, o uso obrigatório de máscaras, a sujeição obrigatória da pessoa a exames laboratoriais, o fechamento do comércio e de shoppings e outras do gênero.

Assim, limites materiais no período de crise decorrente da pandemia são aqueles que impõem que as medidas de governo sejam sempre pertinentes ao embate da sociedade contra a doença. Ausente essa congruência, a medida terá extrapolado os limites materiais que poderiam amparar a sua legitimidade.

Já os limites temporais, por inexistir previsão objetiva de prazo de vigência, terão inevitavelmente duração indefinida, vale dizer, estarão assentados em certo subjetivismo que consiste em avaliar se ainda perdura o estado de calamidade com risco para a saúde e a vida das populações. Por mais que se pretenda erigir um elemento objetivo para tais limites, o certo é que a avaliação em si do estado de calamidade pública pode sofrer uma ou outra variação, até mesmo entre os técnicos e cientistas – os quais, diga-se de passagem, também divergiram, desde o início, quanto à necessidade das medidas restritivas e aos métodos empregados para o combate ao novo coronavírus.

Em certo momento futuro – esperemos que seja em breve – o estado de calamidade desaparecerá e só então estará vedada a expedição de medidas restritivas. Nessa hipótese, a insistência em mantê-las implica ofensa aos limites materiais e temporais necessários à configuração de sua legitimidade.

6. CONTROLE DA LEGITIMIDADE

Partindo-se da premissa de que as medidas restritivas em tempos de crise se submetem a limites, materiais e temporais, constitui corolário lógico uma sucinta análise sobre a sua legitimidade. A sujeição a limites comporta a óbvia e preliminar conclusão de que ou a medida é legítima por estar contida dentro dos limites fixados para ela, ou, de outro lado, é ilegítima por havê-los ultrapassado. Como nem sempre a linha limítrofe entre a legitimidade e ilegitimidade é bem demarcada, cabe fazer uma ou outra observação sobre esse controle.

O exame do controle das medidas restritivas não é despendioso, e isso porque são praticadas em período de exceção e crise. “É um direito de exceção e de necessidade, que leva à pré-compreensão de uma delimitação normativo-constitucional de instituições e medidas nas situações emergentes de anormalidade, consagrando um direito de necessidade constitucional”

(FERREIRA, 1992). Assim como há exceção e necessidade, o controle da legitimidade – aduzimos - se revela importante para evitar que as restrições se convertam em arbítrio.

As restrições normalmente são formalizadas por lei, conforme autorização constitucional. Serão elas as restrições primárias, porquanto o consentimento provém diretamente da Constituição. No entanto, dependendo da situação de crise, poderão ser baixadas restrições por decreto regulamentar, que, nesse caso, se caracterizam como restrições subsidiárias, ou decorrentes. Por exceção, o Constituinte admitiu a expedição de decretos autônomos diretamente calcados na Constituição, podendo-se exemplificar com os decretos que instituem o estado de defesa (art. 136, § 1º, CF) e o estado de sítio (arts. 137, *caput*, e 138, *caput*, CF). É verdade que o primeiro desses decretos deve ser submetido ao Congresso Nacional em 24 horas, enquanto o segundo demanda prévia autorização do mesmo Congresso. Mas o ato em si que mencionará as restrições será o decreto.

Considerando tais aspectos, tem-se que o controle pode ser de legalidade, quanto aos decretos regulamentares que instituírem medidas restritivas decorrentes, com base na lei pertinente, e de constitucionalidade, quanto às leis e decretos autônomos restritivos, neste último caso quando provierem diretamente da Constituição. Por outro lado, a constitucionalidade será aferida quanto aos aspectos formal e material. Se o ato for dissonante do que figura na Constituição relativamente a seu *modus faciendi*, a hipótese será a de inconstitucionalidade formal. Se o vício se relacionar com o conteúdo da lei ou do ato, haverá inconstitucionalidade material, que ocorre “quando a lei não está em consonância com a disciplina, valores e propósitos da Constituição” (MARINONI, 2015).

Qual o problema que pode ocorrer com o controle de legitimidade (legalidade ou constitucionalidade) das medidas restritivas em tempos de crise ? A questão reclama alguma reflexão.

Quando se tratar de limites objetivos, como é o caso dos limites materiais e o dos limites temporais com definição constitucional (objetivos), o controle seguirá a mesma trilha de objetividade, visto que para o aplicador nada mais caberá senão proceder ao confronto entre o ato restritivo e os parâmetros constitucionais. O confronto é inteiramente vinculado, de modo que inviável será qualquer tipo de apreciação de caráter subjetivo para a conclusão sobre legitimidade. Assim, se a vigência da medida foi prevista para o prazo de 30 dias, será inconstitucional (ou ilegal) qualquer ato levado a cabo no 31º dia. O confronto é simples e objetivo.

Não obstante, no caso de limites revestidos de certo grau de subjetividade, o controle de legitimidade das medidas restritivas nem sempre será muito fácil ou consistente, pois que ausentes estarão fatores objetivos de avaliação. Ajusta-se bem ao que foi dito o período de pandemia da COVID-19. Quanto ao limite material, embora seja certo que o fato gerador da crise seja o estado de calamidade pública decorrente da doença e que as medidas restritivas só têm legitimidade se pertinentes à situação, a verdade é que a própria avaliação da calamidade pública pode ser suscetível a hesitações quanto à sua existência ou não. Mesmo sendo de cunho técnico a caracterização, é possível a divergência, a exemplo, aliás, do que mais de uma vez ocorreu quanto às opiniões técnicas sobre o maior ou menor perigo da pandemia.

O mesmo se pode dizer quanto aos limites temporais. Uma vez inviável prever, com exatidão, se ainda persiste a situação de crise oriunda da pandemia, inviável será, da mesma forma, garantir por quanto tempo serão legítimas as medidas restritivas atinentes à doença. Em outras palavras, não será simples, em certas circunstâncias, assegurar a legitimidade ou não das medidas, o que obrigará, com certeza, à verificação em cada caso dos elementos que possam dar suporte à sua compatibilidade com o sistema normativo.

Como se trata de restrições a direitos, deve o intérprete socorrer-se do princípio da proporcionalidade, que visa exatamente conter o excesso de poder. Cabe-lhe, consequentemente, aferir (a) a adequação, em que o meio empregado deve ser amoldado ao fim, (b) a exigibilidade, para verificar se não há outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar a finalidade, e (c) a proporcionalidade em sentido estrito, em que as vantagens obtidas pelas restrições superam as desvantagens, como já consignamos em outra oportunidade (CARVALHO FILHO, 2020). Fora desses paradigmas, a medida será desproporcional e, por conseguinte, contaminada de abuso ilegítimo.

7. CONCLUSÃO

As presentes observações, tendo como pano de fundo a fase do novo coronavírus, alvitram apenas, de modo sucinto, a análise de situações de crise e das medidas restritivas que necessariamente precisam ser instituídas para combate à pandemia. São medidas que, à primeira

vista, agridem a liberdade e direitos fundamentais, mas, em sua essência, buscam preservar o interesse coletivo e o próprio Estado Democrático de Direito.

A pandemia da COVID-19 provocou situação de crise social, o que justifica e fundamenta a imposição de medidas restritivas, tendo em vista a alteração dos parâmetros constitucionais adotados para situações de normalidade. As medidas, todavia, só têm legitimidade se forem observados os limites materiais e temporais fixados na Constituição.

O controle da legitimidade dessas medidas - constitucional ou de legalidade - é sempre admissível. Para os limites revestidos de objetividade, o controle é mais consistente. No que concerne aos limites com alguma subjetividade, o controle pode tornar-se mais flexível e variável diante do inevitável juízo de valor a ser empregado na situação de crise. Mas é certo que, fora dos limites, as medidas podem configurar-se como abuso de poder. Exigível, pois, que o intérprete aplique o princípio da proporcionalidade em cada caso.

Para terminar, é oportuno invocar as pertinentes considerações de Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, de que, em situações de crise, os cidadãos ficam mais inclinados a tolerar medidas autoritárias quando temem por sua segurança. Aduzem que crises de segurança – e, dizemos nós, quaisquer crises sociais – “são momentos de perigo para a democracia”, porquanto “líderes com carta branca para ‘fazer o que quiserem’ podem infligir grande dano às instituições democráticas”, fato já ocorrido em alguns países (LEVITSKY e ZIBLATT, 2018).

REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Comentários à Constituição Federal de 1988** (coord. por Paulo Bonavides, Jorge Miranda e Walber de Moura Agra). Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2009.

ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Verbatim, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra, Portugal: Almedina, 1998.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de Informação e Liberdade de Expressão**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Gen/Atlas, 2020.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional** (com Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco). São Paulo: Saraiva e IDP, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 5º vol., 1992.

LEVITSKY, Steven e ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme (com Ingo Wolfgang Sarlet e Daniel Mitidiero). **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Gen/Atlas, 2012.

ROTHEMBURG, Walter Claudius. **Comentários à Constituição do Brasil** (coord. por J. J. Gomes Canotilho *et alii*). São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1999.

ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

O INTERESSE PÚBLICO E A RETROCESSÃO

José Roberto de Castro Neves

Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito pela Universidade de Cambridge, Inglaterra. Professor de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica (PUC-Rio) e da Fundação Getúlio Vargas (FGV-Rio). Advogado.

Aprendemos a raciocinar e a interpretar os fenômenos jurídicos a partir de sua classificação. Os Direitos público e privado surgem como uma primeira divisão, hoje questionada, mas que, ao menos do ponto de vista pedagógico, se revela como uma proveitosa forma de distinguir e organizar os temas, facilitando a sua análise, quando reclamam uma resposta do Direito.

Matérias de Direitos Constitucional, Administrativo, Penal, Civil, Trabalhista, para dar alguns exemplos, não apenas servem para identificar, na maior parte dos casos, a competência do órgão que as julgará, como também funcionam como a bitola da cabeça do julgador, sistematizando seu raciocínio.

Com efeito, o que é verdade para determinado ramo do Direito, pode ser o oposto para outro, como se extrai do exemplo, relevante ao Direito Penal, de presunção de inocência do réu, o que não é necessariamente verdade em outras searas.

Alguns institutos jurídicos se situam num limite, desafiando o intérprete a raciocinar – afinal, no Direito, não se deve impressionar pelo local geográfico das regras legais, nem, muito menos, pelo seu nome: ao contrário, importa apreciar sua natureza. Apenas assim se pode garantir a sua adequada aplicação.

O artigo 519 do Código Civil, no Livro do Direito das Obrigações e numa seção denominada às “cláusulas especiais da compra e venda”, trata da retrocessão, determinando que:

“Art. 519. Se a coisa expropriada para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para que se desapropriou, ou não for utilizada em obras ou serviços públicos, caberá ao expropriado direito de preferência, pelo preço atual da coisa.”

Em trabalho lapidar sobre a Retrocessão, o grande professor Ebert Chamoun registra o histórico desse direito, já reconhecido, no Brasil, desde 1836, com o advento da Lei Provincial nº 57, como uma forma de o particular evitar abusos do Poder Público.⁷¹¹⁻⁷¹²

Na verdade, o legislador, ao redigir o citado artigo 519, cometeu o equívoco de falar em “expropriação”, quando, na realidade, o caso se refere à desapropriação. Como se sabe, a desapropriação consiste num poder extremo do Estado de retirar o direito de propriedade do particular sobre certo bem, que passa a integrar o patrimônio público. Isso é feito de modo compulsório, mas exige que se demonstre a necessidade, utilidade e o interesse público, além de se garantir a justa indenização do antigo proprietário do bem.

Como bem explica Miguel Seabra Fagundes, por vezes, o Estado possui um interesse político, para realizar seus objetivos, de obter, para si, a propriedade de um bem particular e, com a desapropriação, o bem passará a melhor cumprir sua função social.⁷¹³ Para o antigo proprietário, haverá a substituição do seu bem pelo equivalente em dinheiro. A fim de que o Estado possa tomar

⁷¹¹ Ebert Chamoun, *Da Retrocessão nas Desapropriações*, Rio de Janeiro: Forense, 1959.

⁷¹² Veja-se, ainda, outro notável trabalho sobre o tema: Helio Moraes de Siqueira, *A Retrocessão nas Desapropriações*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

⁷¹³ Miguel Seabra Fagundes, *O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 348 e seguintes.

essa medida de força, sem que isso se transforme num odioso arbítrio, deve avultar, como a lei indica, o interesse social, a necessidade ou a utilidade pública.

A necessidade pública ocorre se a Administração se encontra com um problema urgente, que justifica a pronta incorporação, ao seu domínio, do bem pertencente ao particular. Haverá utilidade pública se essa utilização de bem particular se revela altamente conveniente para o Estado, mesmo o tema não sendo premente. O interesse social, ao fim, se relaciona à busca da redução de desigualdades na sociedade, sendo o mais forte exemplo disso o artigo 184 da Constituição Federal.⁷¹⁴

A Constituição Federal, no inciso XXIV, do artigo 5º, fala da desapropriação: “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”. Mais especificamente, a desapropriação encontra-se regulamentada pelo Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, o qual estabelece, no seu artigo. 2º, que: “mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios”. O referido Decreto-Lei arrola, no artigo 5º, diversas hipóteses de utilidade pública, que justificariam a desapropriação, o que é feito por meio de disposições amplas.

Contudo, pode ocorrer, depois de ultimada a desapropriação, com a perda da propriedade em proveito do Estado, que o destino inicialmente declinado no ato administrativo, que fundamentou o ato, não seja atendido. É possível, ainda, que se dê a tredestinação, ou seja, que se

⁷¹⁴ “Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.”

dê ao bem desapropriado um outro destino, distinto daquele que se declarou como justificador da necessidade, utilidade pública ou do interesse social.

A finalidade do instituto pode ser muito bem sintetizada no voto-vista do Ministro Humberto Gomes de Barros no julgamento do EDREsp 412.634. Nele, o Ministro afirma que a obrigação de retroceder: "homenageia a moralidade administrativa, pois evita que o Administrador – abusando da desapropriação – locuplete-se ilicitamente às custas do proprietário. Não fosse o dever de retroceder, o saudável instituto da desapropriação pode servir de instrumentos a perseguições políticas e, ainda ao enriquecimento particular dos eventuais detentores do Poder".⁷¹⁵

Permita-se o uso de exemplos. No primeiro caso, o Estado desapropria uma faixa de terra sob a alegação de que por ali passaria uma estrada, de grande proveito coletivo, mas, depois, desiste da construção da via pública – e nada se faz naquele imóvel. No segundo caso, da tredestinação, o Estado desapropria a faixa de terra para fazer uma estrada, mas acaba por criar uma praça pública no local, no que pode ser enquadrado como um desvio de finalidade.

Caso o Estado pretenda alienar o bem antes desapropriado, o Código Civil garante que o antigo proprietário terá direito de preferência na reaquisição do ativo, indevidamente desapropriado. Eis o direito de retrocessão regulado pelo artigo 591 do Código Civil.

Embora o tema seja tratado no Código Civil, na parte em que examina o direito de preferência, como um pacto adjecto do contrato de compra e venda, a posição dominante entre nós é no sentido de entender que a retrocessão representa um direito real do antigo proprietário de reaver

⁷¹⁵ STJ, EDcl no REsp 412.634, Rel. Min. José Delgado, Rel. p/ Acórdão Min. Francisco Falcão, 1ª T., j. 20.03.2003.

seu imóvel, caso não seja atendida a destinação que fundamentou a desapropriação.⁷¹⁶⁻⁷¹⁷ O reconhecimento da retrocessão como direito real traz importantes consequências, a começar pelo reconhecimento do prazo prescricional decenal (cf. artigo 205 do Código Civil).

Além disso, uma vez garantido o direito real, o antigo proprietário tem meios de exigir a preferência na reaquisição do seu ativo, ao invés de se limitar a reclamar uma indenização, cuja aferição se revela, na maior parte das vezes, difícilíssima.⁷¹⁸

Reconhece-se, contudo, a chamada tredestinação lícita, que se dá nos casos nos quais a destinação do imóvel desapropriado não seja precisamente àquela explícita no decreto de desapropriação, foi-lhe dada outra destinação, também de interesse, necessidade ou utilidade pública. Diante disso, afasta-se o direito de reclamar a retrocessão.⁷¹⁹

⁷¹⁶ Nesse sentido, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello: "Retrocessão, em sentido técnico próprio, é um direito real, o do ex-proprietário de reaver o bem expropriado, mas não preposto a finalidade pública. (...) os que propugnam pela existência do direito real de reaver o bem sempre se esforçaram diretamente no Texto Constitucional. Hoje, a base para tanto reside notadamente no art. 5º, XXIV. É que o nele estatuído, tal como as disposições do passado (mesmo variando suas redações ao longo do tempo), configura o direito de propriedade como direito básico, que só deve ceder à demissão compulsória para a realização de uma finalidade pública. Disto se extrai que, vindo falecer tal fundamento, por desistência de aplicação do bem ao destino que justificaria a expropriação, esvai-se o presumido suporte jurídico para o sacrifício do direito de quem o perdeu. Via de consequência, cabe o retorno do bem ao ex-proprietário, ante a insubsistência, ulteriormente patenteada, do arrimo constitucional que a susteria. Donde, em vista da supremacia da Constituição, lei alguma poderia dar à matéria tratamento que contraditasse o que é simples resultado da proteção que a Lei Magna outorga à propriedade, já que a garantia que lhe confere só é absolvida para satisfação de uma finalidade pública. Daí a impotência da invocação do art. 1.150 do Código Civil anterior (ou do atual, art. 519) para arrimar entendimento diverso, ou do art. 35 do Decreto-lei 3.365 para infirmar - nos casos em que caiba - o direito ao retorno do bem ao expropriado. Parece-nos, em sintonia com tais inobjetáveis argumentos, que não se pode negar ao ex-proprietário o direito de reaver o bem nos casos aludidos, e é isto que se constitui na retrocessão propriamente dita, direito de natureza real. De resto, é a orientação jurisprudencial dominante na atualidade" (*Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 761-768).

⁷¹⁷ A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que a retrocessão constitui um direito real, ver: REsp 570.483, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª T., j. 09.03.2004 e REsp 868.120, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., j. 27.11.2007. No mesmo sentido se assentou a jurisprudência do STF: ERE 104.591, Rel. Min. Djaci Falcão, Pleno, j. 11.03.1987.

⁷¹⁸ Há casos, todavia, que não é possível o exercício do direito de retrocessão, sendo garantida a indenização por perdas e danos ao ex-proprietário. Na maioria dos casos, os Tribunais pátrios têm entendido pelo cálculo da indenização pela diferença entre a quantia recebida quando da desapropriação e o valor atual do bem. Nesse sentido, ver: TJPR, Ap. 1686969-5, Des. Rel. Nilson Mizuta, 5ª CC, j. 07.08.2018 e TJPR, Ap. 1719720-1, Rel. Des. Maria Aparecida Blanco de Lima, 4ª CC., j. 16.03.2018.

⁷¹⁹ "5. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que não há falar em retrocessão se ao bem expropriado for dada destinação que atende ao interesse público, ainda que diversa da inicialmente prevista no decreto expropriatório. Precedentes" (STJ, AgInt nos EDv nos REsp 1.421.618, Rel. Min. Og Fernandes, Primeira Seção, j. 27.11.2019). No mesmo sentido: STJ, REsp 1.421.618, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Rel. p/ Acórdão Min.

De um lado, os princípios da publicidade e da conformidade dos atos administrativos⁷²⁰ militam no sentido de não se admitir essa leitura aberta da justificação da desapropriação, que acabou por conceber o conceito da tradeshinação lícita. Essa seria, acredita-se, a orientação da doutrina clássica, apegada a questões formais.

Contudo, o princípio da eficiência, que reclama uma inteligência prática à atividade da Administração serve como esteio à construção da tradeshinação lícita, na medida em que protege o objetivo último da desapropriação, consistente em transferir ao Estado a propriedade de um bem, quando isso é feito para atender um fim social – independentemente do interesse inicial tal como previsto.

Em outras palavras, ainda que esse interesse se revele apenas posteriormente ao ato administrativo, se ele existir, não há sentido em admitir a retrocessão, na medida em que, na prática, o bem seria, em seguida, novamente desapropriado – desta feita valendo-se do novo fundamento, que se revelou mais adequado. A eficiência estaria severamente afetada.

Veja-se que a redação do artigo 591 do Código Civil garante ao antigo proprietário o direito à retrocessão apenas se não for destinado ao bem desapropriado um fim que desatenda o interesse social, a necessidade ou a utilidade pública, não havendo referência ao fundamento inicial do ato administrativo. Dessa forma, pela literalidade da regra, não haverá retrocessão se o bem, agora de propriedade do Estado, receber uma destinação que cumpra sua função social.

Sérgio Kukina, 1ª T., j. 26.09.2017; STJ, REsp 1.516.000, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª T., j. 09.08.2016; STJ, REsp 866.651, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª T., j. 21.09.2010; STJ, REsp 710.065, Rel. Min. José Delgado, 1ª T., j. 12.04.2005.

⁷²⁰ Sobre esses princípios, ver: Edson Aguiar de Vasconcelos, *Direito Administrativo Constitucional*, Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 192 e seguintes.

A orientação, notadamente do STJ, foi a de garantir um fim prático: se o interesse público justificar a desapropriação, mesmo que ele não tenha sido referido no ato administrativo que selou a desapropriação, afasta-se o poder de o antigo dono suscitar a retrocessão. Dito de outra forma, a presença do interesse social, da necessidade ou da utilidade pública servem como antídotos contra o eventual direito de retrocessão, mesmo que esses elementos não tenham sido originalmente referidos no ato administrativo que originou a desapropriação.

Entretanto, cabe à Administração demonstrar, de forma cabal, que se verificam presentes interesse social, a necessidade ou a utilidade pública na destinação dada ao bem desapropriado, inclusive sendo legítimo ao interessado demonstrar que não estão presentes esses requisitos, hipótese na qual teria direito à retrocessão. Embora o dispositivo do artigo 591 do Código Civil se encontre no Livro do Direito das Obrigações, ele se relaciona a um direito real, existente numa relação que se dá entre o particular e a Administração Pública. Como se vê, não basta saber ler para bem entender o Direito. É necessário pensar.

SEGURANÇA JURÍDICA, LIMITES À DISCRICIONARIEDADE E LINDB

José Roberto Pimenta Oliveira

Mestre e Doutor em Direito do Estado pela PUCSP. Professor de Direito Administrativo da PUCSP, dos Cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito. Líder do Grupo de Pesquisa Direito e Corrupção (PUCSP-CNPQ). Presidente do Instituto de Direito Administrativo Sancionador Brasileiro (IDASAN). Procurador Regional da República na 3ª Região, Coordenador do Núcleo de Combate à Corrupção da PRR da 3ª Região (MPF).

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A discricionariedade administrativa; 3. O princípio da segurança jurídica; 4. Limites jurídicos impostos à atribuição de competências discricionárias; 5. Limites jurídicos impostos ao exercício de competências discricionárias; 6. As alterações promovidas pela Lei nº 13.655/2018 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB); 6.1 LINDB e normas de sobredireito: uma modulação necessária; 6.2 Novos dispositivos da LINDB, segurança jurídica e discricionariedade; 7. Conclusões; Referências bibliográficas.

BREVE RESUMO: O presente artigo aprofunda a análise da segurança jurídica como postulado limitador da atribuição e exercício de potestades marcadas pela outorga de discricionariedade administrativa, incluindo as recentes alterações na LINDB.

PALAVRAS-CHAVE: Discricionariedade. Segurança Jurídica. LINDB. Normas nacionais. Normas federais.

1. Introdução

É uma honra participar de obra coletiva em homenagem ao Professor Jessé Torres Pereira Júnior, emérito jurista e Desembargador do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, organizada por ocasião de sua aposentação no exercício da magistratura, com um aprofundamento de reflexão doutrinária, no tema da segurança jurídica.

O presente estudo tem como objeto abordar a incidência do princípio da segurança jurídica no fenômeno da discricionariedade administrativa, avaliando, neste contexto, as alterações da Lei nº 13.655/2018 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, sob esta perspectiva.⁷²¹

O direito administrativo atual é profundamente marcado pela conformação e limitação das competências discricionárias instituídas em prol dos órgãos e entidades da Administração Pública, como instrumentos de realização dos interesses públicos. Habilitações normativas que só ganharam evidência ao longo do processo de expansão da atividade administrativa, sempre originadas e perfilhadas pela própria ordem jurídica, sem cujas modulações e valorações a própria discricionariedade não subsistiria como conceito. Este fato é especialmente relevante no bojo do Estado Democrático de Direito, em vigor, que provocou a constitucionalização das bases do Direito Administrativo no Brasil.

O surgimento e o aperfeiçoamento de técnicas operativas de controle de legalidade sobre a discricionariedade, idôneas a suscitar um exame de legitimidade mais intenso e mais extenso que a tradicional contrastabilidade formal entre legalidade e agir administrativo, são típicos desenvolvimentos da época contemporânea, em que se exige plena submissão da função administrativa ao Estado Material de Direito, plasmado na Constituição de cada Estado. A designação de Estado material está na introdução no âmbito normativo constitucional de valores materiais que sustentam a nova ordenação constitucional, marcada por um Constitucionalismo humanista, libertário, fraterno ou solidário.

De enorme relevância científica tem sido a descoberta (ou releitura) de princípios jurídicos,⁷²² alocados agora no plano superior da ordem jurídica – o sistema constitucional, para o efeito de constranger a discricionariedade administrativa aos seus verdadeiros contornos jurídicos. A constitucionalização das bases principiológicas deste ramo fundamental do direito público abriu as portas e continua a sinalizar novos caminhos para a tutela e limitação adequada do exercício da autoridade pública e da garantia efetiva dos direitos dos administrados. A normatividade dos

⁷²¹ Versão original do presente estudo foi publicado em: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Org.). Tratado sobre o Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo. 1ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

⁷²² Conferir: MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios e função jurisdicional. In: REVISTA DE Investigações Constitucionais. v. 5, p. 135-164, 2018.

princípios exigiu e ainda exige um contínuo aperfeiçoamento da aplicação do direito, através de uma metodologia cada vez mais complexa, exigindo diferentes avaliações, ponderações e subsunções, com vistas a imprimir racionalidade na concretização constitucional.

Compreendida neste contexto como princípio constitucional geral da atividade administrativa no direito brasileiro, a segurança jurídica tem merecido crescente atenção dos estudiosos⁷²³, porque veicula um dos valores essenciais para a estruturação e realização das relações jurídico-administrativas, dentro do paradigma de Estado Constitucional em voga. Como princípio a observar, torna-se pressuposto de regularidade do modo pelo qual o administrador exercita sua competência, sob o ponto de vista material e formal.

É natural que, dentro deste novo paradigma de pós-positivismo, normatividade de princípios, constitucionalização do direito administrativo, defesa de direitos fundamentais, democratização da ação administrativa, crescente controle externo de legitimidade da ação do administrador, em face de tanta incerteza própria da pós-modernidade, o princípio da segurança jurídica ressurgisse como valioso porto de esperança na melhor forma de contenção de arbítrios na produção jurídico-administrativa. O ápice deste movimento desemboca na aprovação da Lei nº 13.655/2018, capitaneando um processo de positivação expresso deste valor fundamental do Estado de Direito no campo do Direito Público Brasileiro.

Para estudar as relações do princípio da segurança jurídica e a discricionariedade, será adotada a seguinte metodologia. Julga-se indispensável, primeiramente, delimitar a compreensão adotada pelo autor sobre a discricionariedade. Logo a seguir, trata-se brevemente o conteúdo jurídico da pauta. Em continuidade, como o estudo ocorre no plano da teoria geral da discricionariedade, considera-se relevante diferenciar os efeitos da sua consagração em dois níveis normativos: *in abstracto*, na produção de atos normativos propulsivos da competência formal; e *in concreto*, na aplicação das normas e manuseio da competência material com vistas a produção de atos jurídicos, na atuação da Administração Pública. Por fim, analisa-se brevemente as alterações

723 Conferir: VALIM, Rafael. O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2010.

introduzidas pela Lei nº 13.855/2018 na temática abordada. Ao final, reúnem-se as principais conclusões, seguidas das referências bibliográficas

3. A discricionariedade administrativa

O Estado de Direito exige a submissão da Administração Pública ao império da legalidade. É forma de asseguramento de isonomia e vedação de arbitrariedade no exercício da função administrativa. É corolário da submissão do Estado à soberania popular. Segue-se que as competências administrativas devam ser perfilhadas por norma jurídica, de tal arte que a persecução e implementação de determinado interesse público está orientada, sempre e sempre, por habilitações normativas prévias, que devem operar através dos diversos escalões normativos acolhidos no ordenamento jurídico.

Toda competência administrativa é um instrumento jurídico estabelecido com o endereço de atingir, colimar, realizar, substanciar determinado(s) interesse(s) público(s), força motriz de quaisquer atuações do aparelho administrativo do Estado. Ao instituir-se como meio de tutela e realização de interesses da *civitas*, a competência coloca o agente administrativo na *situação jurídica funcional*, isto é, na posição de desincumbir-se da missão em cumprir certos *deveres jurídicos*, compreensíveis à luz da promoção e cura de bens jurídicos relevantes para a coletividade, em função dos quais o direito figura-lhe a faculdade de exercitar certos “poderes” ou “prerrogativas”, meramente ancilares da plena realização da referida missão, em cada caso a enfrentar.

As competências são “deveres-poderes”, situações jurídicas concomitantemente ativas e passivas. Sendo certo que a função ou “potestade” só atinge o seu desenho jurídico completo na exata medida da correlação entre os seus elementos internos: não haverá “poderes” sem lastro nos “deveres” a serem atendidos. O dimensionamento daqueles obedece à intensidade e extensão da ótima satisfação *in concreto* dos últimos. Não é possível deslocar, no plano dogmático, situações passivas e situações ativas, integrantes do plexo da competência, sob pena de negar a sua regular composição estrutural.

A normatização do interesse público não tem como descurar do emprego, pelo sistema jurídico, da técnica jurídica de *outorga de competências discricionárias*, porque é humanamente impossível conceber um modelo normativo que retire da Administração Pública (no sistema institucionalizado de tripartição de funções estatais e, sobretudo, no Estado Democrático de Direito) a ineliminável necessidade de avaliação das situações concretas conformadoras do interesse público, nos marcos da legalidade ou juridicidade vigente. Atividade administrativa não é sinônimo de atividade executiva, automaticidade na aplicação da lei, restrita ao Poder Executivo dos entes federativos. O direito administrativo sobrevive e justifica-se porque é inerente à atividade por ele regrada a irretorquível tarefa de valoração dos fatos e atos jurídico-administrativos para exercitar-se a boa administração.

A regulação da Administração Pública, ora sob *vinculação* (estabelecimento de condutas em padrão normativo de absoluta objetividade), ora sob *discricionariedade* (estabelecimento de condutas em padrão normativo de necessária valoração concreta), é uma consequência normativa do fenômeno social da mudança social e do modo como o ordenamento jurídico funciona como conjunto normativo institucionalizado limitador do exercício da autoridade, protetor de bens jurídicos e garantidor de direitos. As formações sociais estão em constante mudança (e evolução). Os interesses públicos seguem este caminho. O homem é finito na sua capacidade de prévia cognição – através de padrões normativos - das polifacéticas situações passíveis de serem enfrentadas pelo Estado na realização dos seus amplos objetivos constitucionais nos termos da ordem posta. Daí porque está na veia do direito administrativo a atribuição e o correlato desenvolvimento do controle da discricionariedade.

A discricionariedade é a instituição normativa de margens de decisão em favor da Administração Pública para realização de interesse(s) público(s). Funda-se na forma de *estruturação normativa* das competências. Surge no curso e no resultado da *produção jurídica*. Na sua criação, há o implícito dever de satisfação ótima do interesse público em cada situação. No seu desenho, pressupõe-se a prévia indicação de várias soluções jurídicas abertas ao administrador, cuja eleição ou valoração, todavia, estão lógica e juridicamente atreladas às circunstâncias de fato e de direito, constatáveis no processo de individualização do direito.

A estipulação *in abstracto* destas margens de atuação (ou omissão) do administrador é *condição necessária* da discricção (porque assim o enuncia o princípio da separação de Poderes no Estado de Direito), mas não é condição suficiente para legitimá-la. A *avaliação da compostura do caso concreto* e constatação da manutenção de margens normativas decisórias previamente traçadas no contexto haurido de certa situação fáctico-jurídica torna-se, indiscutivelmente, a *condição suficiente*, para que se estabeleça a legitimidade de qualquer conduta administrativa, a título de discricção (ou seja, cumprimento do direito), e, como reflexo da observância do direito impede-se que o comportamento administrativo possa ser alterado, a título de controle de legalidade, por órgãos competentes, internos ou externos ao órgão administrativo atuante.

É fundamental ao correto entendimento da discricionariade, no Estado de Direito, esta característica de *circunstancialidade* ou de *mensurabilidade* das competências administrativas talhadas com esta índole. Como criação do direito, tais competências não se concretizam em campo juridicamente indiferente. A situação concreta, fáctico-jurídica, estabelece a moldura singular de concretização do(s) interesse(s) público(s). Conjunto de fatos juridicamente relevantes e normas jurídicas casuisticamente imperantes são diferenciais. Inexiste discricionariade que não seja *relativizada* – e, em alguns casos, *eliminada* – no bojo da avaliação das características da situação-problema que a Administração deve resolver. Inexiste discricção senão nos limites de significação e de decisão deixados pelo contexto decisório.

No contexto de uma compreensão da ordenação jurídica (por muitos, hoje nominada de pós-positivista, pós-moderna) em que no processo de incidência normativa (isto é, das regras de competência formal) os elementos axiológicos incorporados ao direito estão a exigir uma tutela diferenciada (próprio do Estado Material de Direito, ou Estado Constitucional, ou Estado Democrático – como o prefigura o artigo 1º da nossa Constituição), a *circunstancialidade* das competências administrativas conduz ou reforça a necessidade de *atividade de ponderação balizada* na aplicação do direito pelos órgãos administrativos

Instituir discricionariade e seu correlato dever de otimização na realização da(s) finalidade(s) legal(is) (*atividade de subsunção*, governada pela correta intelecção literal, histórica, finalística e sistemática da norma aplicanda) transmuda-se no irrefragável dever jurídico de, partindo do(s) interesse(s) público(s) que giza(m) a competência, empreender a *indispensável*

ponderação ou sopesamento de valores jurídicos (cristalizados em normas jurídicas ou delas inferidos), que incidem ou estão presentes na atuação jurídico-administrativa, e agasalhados por todos os escalões normativos a serem observados.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a discricionariedade

“...é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação existente.”⁷²⁴

Alteram-se os paradigmas de Estado ao longo da história, mas permanece intocável a importância do estudo da discricionariedade – e de suas formas de controle – na Ciência do Direito Administrativo. De fato, qualquer que seja o paradigma prestigiado ou utilizado (Estado Liberal, Estado Social, Estado Democrático, Estado Legislativo, Estado Constitucional, Estado Moderno, Estado Pós-Moderno, Estado Interventor, Estado Regulador, Estado Propulsor etc.), o fenômeno da discricionariedade está no centro da análise jurídico-dogmática, posto que fundamental à sobrevivência do modelo de *Estado de Direito*, visto como conquista inegável de construção e limitação do Estado em prol do cidadão e da Sociedade, a partir das Revoluções Inglesa, Americana e Francesa.

A importância da discricionariedade e a evolução de suas técnicas de controle é a marca do direito administrativo contemporâneo, desde a sua concepção na Europa (especifi. Duas visíveis trajetórias foram seguidas.

De um lado, aprofundou-se a concepção ou compreensão do que é, de direito, a discricionariedade e seus fundamentos. Com razão, a doutrina buscou apreender, em sua exata medida, como a discricionariedade se manifesta e como é possível distingui-la na aplicação do direito, de situações próprias da interpretação do direito.

724 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2ª ed. São Paulo; Malheiros, 1993, p. 43.

De olhos na individualização do direito, o direito administrativo buscou a orientação em separar o mais objetivamente possível o campo da *discrição administrativa* (controle judicial relativo) do campo da *interpretação administrativa* (controle judicial absoluto). A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e seu intenso debate demonstra esta orientação.⁷²⁵ Demais disso, enveredou pela *anatomia* da competência discricionária, na dissecação de sua *fisionomia* normativa. É irrefutável que a discricionariedade deve ser analisada conforme o aspecto da competência administrativa instituída pelo Direito.

Em termos gerais, a sua identificação na estrutura condicional da norma jurídica aplicanda representou substancial avanço para a superação do mito dos “atos discricionários”. Na verdade, a *discrição* reside em aspectos da regra de competência que, abstratamente descortinados, levam à sua correta concretização. Se tomada a norma jurídica com a *estrutura condicional*, como elo deôntico constituído por *hipótese* (descritiva ou qualificativa de fatos) e *consequência* (estipulativa de efeitos jurídicos e institutiva das relações jurídico-administrativas), Celso Antônio Bandeira de Mello pontuou como a *discrição* avulta: na *hipótese*, quando inexistente os motivos legais da ação administrativa ou quando tais motivos estão versados em conceitos jurídicos indeterminados; na *consequência*, quando não prefigurado objetivamente o comportamento administrativo preconizado na lei. Neste último caso, quando aberta margem de oportunidade (*momento do agir*), de conveniência (*eleição entre agir ou não agir*), de definição da forma (*exteriorização do agir*), e, por fim, de estipulação da prescrição (*conteúdo do agir*). Qual é *locus* de *discrição* no caso concreto é uma indagação cuja resposta se terá ao final da criteriosa reconstrução significativa das normas jurídicas que presidem o agir administrativo em cada caso.

O Professor Emérito da PUC/SP também alerta para o *aspecto finalístico* da regra de competência, que, revelando a proteção de bens jurídicos versados em conceitos fluidos, também interfere no surgimento da *discrição* (*valoração da finalidade pública no agir*), na medida em que a finalidade da norma é a baliza da *discrição*.

⁷²⁵ Conferir: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade técnica. REVISTA DIREITO UFMS, v. 1, p. 165-185, 2015.

Entende-se que também é possível outorga de discricção por normas finalísticas, ou seja, quando a competência é legalmente desenhada apenas pelo estabelecimento de fins, concebível na atividade normativa ou regulamentar da Administração.

Outra trajetória foi trilhar o caminho da máxima averiguação das possibilidades normativas do *controle* da competência discricionária, explorando cada vez mais o contínuo e progressivo processo de delimitação jurídica do *juízo discricionário* (questão de mérito administrativo), incontrastável perante o controle de legalidade. Nesta seara recebeu intensa luminosidade a interferência da teoria dos princípios jurídicos para o exame do *juízo de legalidade* (questão de legitimidade) dos provimentos administrativos discricionários.

Tais estudos são fundamentais na época atual, haja vista a relevância da atividade administrativa do Estado na vida social. A *onipresença* do aparelho administrativo na sociedade contemporânea é fato histórico-social irrefutável e quiçá irredutível, e a Ciência Jurídica busca mecanismos para combater os efeitos de sua *onipotência*.

Uma vez orientado para a intervenção na formação social (Estado Social ou de Bem Estar), a atividade administrativa só ganhou em dimensão, quantitativa e qualitativa. Só adquiriu complexidade. Embora difundida hoje a ideologia do neoliberalismo, continua o Estado a ter indispensável papel no desenvolvimento social, econômico e cultural. Foram vastos os domínios em que o Estado expandiu, não apenas sua atividade de condicionamento de direitos, mas sobretudo sua atividade de prestação de utilidades e de fomento de atividades econômicas. De tal sorte que é praticamente impossível conceber atividade juridicamente relevante na vida social na pós-modernidade sem atrelamento à função administrativa, e, no seio desta, sem ligação ao fenômeno da discricionariedade.⁷²⁶

No contexto atual, ainda deve prevalecer a lição de que a discricionariedade nasce da legalidade e só dá frutos na legalidade, dentro das balizas do Estado de Direito. Discricionariedade é a forma ineliminável de juridicizar a aptidão do homem, ao exercer função pública, de discernir a

726 Conferir: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Reflexões sobre a pós-modernidade e direito administrativo. Revista Brasileira de Estudos da Função Pública - RBEFP, v.12, p.83 - 104, 2015.

medida ótima de atendimento de interesses públicos, vistos como interesses que decorrem da dimensão comunitária dos seres humanos.

Com a *constitucionalização das bases do direito administrativo*, com destaque para a consagração dos vetores principiológicos deste ramo, representativos da forma como a ordenação constitucional delimita a *indisponibilidade dos interesses públicos*, ganha-se clareza no que se quer efetivamente na imposição de legalidade: alcançar a submissão da Administração Pública ao *Direito*. Para além da submissão estatal às normas habilitadoras da ação, o administrador deve nesta ação render homenagem e respeito aos valores jurídicizados, indicativos da *legalidade material acolhida pela ordem jurídica*.

No processo de constitucionalização do direito administrativo, a conformação e limitação do exercício da discricção pelos princípios constitucionais tornou-se realidade jurídica inadversável. A Constituição Federal enuncia expressamente a subordinação da Administração Pública aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência (art. 37, caput). Observando os fundamentos constitucionais do Estado, a doutrina observa outros pilares do regime jurídico-administrativo nos princípios constitucionais da supremacia do interesse público em face do interesse particular, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, isonomia, boa-fé, devido processo legal, motivação, controle e responsabilidade.

Mas recentemente, tem merecido forte atenção o princípio da segurança jurídica.⁷²⁷ Com efeito, de nada adianta expandir o rol de valores materiais a que se submete a Administração Pública, se o Direito não assegurar sua própria razão de existir como disciplina intersubjetiva de condutas.

2. O princípio da segurança jurídica no direito administrativo

A segurança jurídica encontra amplo terreno de positividade em nosso ordenamento constitucional, desde o seu Preâmbulo. O “*direito à segurança*” está consagrado no artigo 5º, caput

727 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33ª Ed. São Paulo: Editora Gen Forense, 2020, p. 271; FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 125.

do Texto Maior, e nesta expressão se enraíza a *segurança jurídica* como corolário do Estado Democrático de Direito, preconizado no artigo 1º, em prol da cidadania.

Qualifica-se como “segurança do Direito e segurança pelo Direito, do cidadão frente ao Estado, a ser realizado pelo Estado por meio de regras, de atos e de procedimentos capazes de efetivar a segurança como *direito individual* e como *valor social*,” (grifos do autor) sintetizou Humberto Ávila.⁷²⁸

A Constituição traz uma proteção geral do valor, nos já citados artigos iniciais do Texto, mas também reporta-se à sua tutela de forma pontual (no art.103-A do Texto), como ainda manifesta a relevância do princípio ao tratar de um dos seus efeitos, como o faz no artigo 5º, inciso XXXVI, na preservação do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Não faltam fundamentos constitucionais. Pode ser diretamente deduzida do Estado de Direito (art. 1º, caput), do Estado Social (art. 1º, caput c/c art. 3º e art. 170), da divisão funcional das funções estatais (art. 2º), do princípio democrático (art. 1º, caput). Também pode ser construída a partir da positividade dos princípios constitucionais de proteção da propriedade (art. 5º, caput e incisos XXII e XXIII) e da liberdade (art. 5º, inciso XIII), devendo-se acrescentar, ainda, neste elenco de fundamentos constitucionais da segurança jurídica o princípio da igualdade (art. 5º, caput) e o da dignidade humana (art. 1º).

Como assevera Ávila, “sem um ordenamento jurídico minimamente inteligível, estável e previsível o homem não tem como se autodeterminar, plasmando o seu presente e planejando o seu futuro com liberdade e autonomia.”⁷²⁹

Se existem princípios que, por dedução, nos conduzem à segurança jurídica, também nos oferece o Texto Constitucional outras normas que indutivamente chegam ao mesmo resultado. Dentre outras tantas, ganham especial destaque, já que instituídos no capítulo próprio da

728 ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 204.

729 ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica, p. 225.

Administração Pública, os princípios da legalidade, da moralidade⁷³⁰ e da publicidade (arrolados no artigo 37, caput), aos quais cumpre somar os princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV) e do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV) e da garantia de contraditório e ampla defesa (art. 5º, inciso LV). Como todos são regras delimitadoras do exercício das funções estatais, seu desdobramento normativo nos leva à imposição de segurança jurídica, que, indisputadamente, permeia a razão de ser da presença de cada uma destas balizas na ordem constitucional.⁷³¹

Cumprir reproduzir o conceito de segurança jurídica de Humberto Ávila, indicativo da “norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativos, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefícios dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídica, com base na sua cognoscibilidade, por meio de controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro.”⁷³²

Em sua *dimensão estática*, Direito seguro é *direito cognoscível*, compreensível pelo seu destinatário, o que pressupõe seja acessível e inteligível. A cognoscibilidade é uma exigência do princípio da segurança jurídica, e afeta nuclearmente ao problema do conhecimento e da comunicação do Direito. Em sua *dimensão dinâmica*, Direito seguro é *direito confiável e calculável*. Confiável pelo destinatário no sentido de tratamento adequado dos efeitos das mudanças normativas (intangibilidade de situações passadas, estabilidade do ordenamento e irretroatividade de normas presentes). Calculável pelo destinatário no sentido de ter a garantia de que possa conhecer no presente as repercussões jurídicas no futuro de fatos e condutas juridicamente qualificados.

730 Conferir: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Código de Conduta e de Ética na Administração Pública Federal: Breves anotações In: Governança, Compliance e Cidadania. 2 ed. São Paulo-SP : Editora da Revista dos Tribunais - Thomson Reuters, 2019,v.1, p. 300-330.

731 ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica, p. 232.

732 ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica, p. 268.

Cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade da ordenação e produção jurídicas impostas ou realizadas como fundamento, manifestação e limite da atuação estatal, sintetizam as injunções da segurança jurídica, que, em última análise, “busca garantir, no seu conjunto, um estado ideal de respeitabilidade do ser humano, inenso ao engano, à frustração, à surpresa e à arbitrariedade”.⁷³³

A melhor doutrina tem destacado a segurança jurídica como norma delimitadora do exercício da função administrativa no marco do atual Estado Democrático e Social de Direito.

Celso Antônio Bandeira de Mello inclui o princípio da segurança jurídica no regime jurídico-administrativo, preconizando, em termos de fundamentação, que: “Este princípio não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo.”⁷³⁴ Assim, fica o mesmo radicado no artigo 1º, do nosso sistema constitucional.

Quanto ao seu conteúdo, observa o publicista: “Ora bem, é sabido e resabido que a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possa se orientar, sabendo, pois, de antemão, o que devem ou o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores consequências imputáveis a seus atos. O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da ‘segurança jurídica’, o qual, bem por isto, se não é o mais importante dentro todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles. Os institutos da prescrição, da decadência, da preclusão (na esfera processual), do usucapião, da irretroatividade da lei, do direito adquirido, são expressões concretas que bem revelam esta profunda aspiração à estabilidade, à segurança, conatural ao Direito. Tanto mais porque inúmeras dentre as relações compostas pelos sujeitos de direito constituem-se em vista do porvir e não apenas da imediatidade das situações, cumpre, como

⁷³³ ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica, p. 294.

⁷³⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 33ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 128.

inafastável requisito de um ordenado convívio social, livre de abalos repentinos ou surpresas desconcertantes, que haja uma certa estabilidade nas situações destarte constituídas.”⁷³⁵

Celso Antônio Bandeira de Mello, enaltecendo a essência do elemento valorativo cristalizado no princípio, obtempera que: “Esta ‘segurança jurídica’ coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso –, comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas.”⁷³⁶

Para Roberto Dromi, “a segurança é um valor jurídico porque corresponde ao Direito fixar as regras objetivadas que predeterminam o jogo intersubjetivo das relações sociais, e para isto deve brindar estabilidade e continuidade aos parâmetros jurídicos, o que, a seu turno, implica que o Direito seja certo, conhecido, não ignorado, publicado. As situações objetivas de estabilidade e continuidade das pautas jurídicas se verificam na perdurabilidade razoável da regulação jurídica destinada a reger as diferentes situações e relações intersubjetivas, compreendendo as leis gerais e as normas particulares e delimitando o público e o privado.” E segue o administrativista argentino, “tudo isto é condição para a previsibilidade fática, pela qual os administrados saberão a que se ater em suas relações com órgãos públicos e privados que exercem função administrativa, sejam estas econômicas, impositivas, prestacionais.”⁷³⁷

Como baliza da discricionariedade, é possível investigar o princípio da segurança jurídica, sob o ângulo da legitimidade das *normas infraconstitucionais* de competência, que respondem pela *atribuição da discricionariedade* em certo caso, bem como sob o prisma da constitucionalidade dos *atos jurídicos infralegais* expedidos pela Administração Pública, no *exercício da descrição* em cada

735 BANDEIRA DE MELLO, Curso de direito administrativo, p. 129.

736 BANDEIRA DE MELLO, Curso de direito administrativo, p. 129.

737 DROMI, Roberto. Derecho administrativo. Buenos Aires: Hispana Libros, 2006, p. 230.

caso. O primeiro problema se aloca na *estática* da discricionariedade; o segundo reside na sua *dinâmica* aplicativa.

A instituição e a concretização de competências administrativas discricionárias, sob o crivo do mandamento de *cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade* da atuação estatal é um dos maiores desafios do direito administrativo e da construção da teoria do princípio da segurança jurídica nesta seara do direito público. O *perfil discricionário* da competência qualifica este problema, porque coloca em cena a *difícil missão de concretização do interesse público (mutável por excelência) à luz das exigências da segurança jurídica*.

Seja na sua forma de *atribuição legal*, seja na *aplicação da lei*, a competência discricionária deve conviver com os valores impostos pela segurança jurídica. Porque não cabe na moldura do Estado de Direito, a outorga e exercício de discricionariedade em afronta à segurança jurídica. Qualquer margem de valoração (sobre fatos) ou de decisão (acerca de comportamentos) deve passar pelo crivo da segurança jurídica, sob pena de invalidação. Logo, a invocação singela de “interesse público” jamais servirá de eventual justificativa para normatividade e produção jurídico-administrativa em colisão com a segurança jurídica.

Este estudo limita a abordagem relativamente à produção de atos administrativos, no exercício de competências discricionárias,⁷³⁸ pois tal categoria legitima corte metodológico útil, na medida em que se trata de categoria jurídico-formal de atuação administrativa, abrangente e explicativa de relevantíssima parcela de atos jurídicos na seara da função administrativa do Estado.

4. Limites jurídicos impostos à atribuição normativa de competências discricionárias

As normas jurídicas atributivas de discricção devem ter compostura perfilhada pelos valores da segurança jurídica. Para abordar a eficácia do princípio, relativamente às competências discricionárias, parte-se da premissa de que são normas estruturalmente condicionais, com o

⁷³⁸ PIRES, Luís Manuel Fonseca. A estabilidade como atributo do ato administrativo. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coords.). Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

descriptor (hipótese) e prescritor (mandamento), axiologicamente concatenados em razão da realização de finalidades públicas. Também, tem-se por funcional a classificação – anteriormente tratada - do *locus* da discricionariedade, excelentemente versada na teoria de Celso Antônio Bandeira de Mello, que também tem o mérito de esclarecer os fundamentos ou razões da *relatividade* de toda e qualquer competência discricionária.⁷³⁹

Referidas normas devem estruturalmente ser acessíveis, abrangentes, claras e suficientemente determinadas, para que sejam constitucionalmente admissíveis como fonte de discricção da Administração Pública.

É incontestável que se vive em um mundo de inflação desmedida de leis, com multiplicação vertiginosa de leis e regulamentos administrativos, em estado de perpétua ebulição e mudança frenética, como acentua o saudoso Garcia de Enterría.⁷⁴⁰ Indeterminações normativas, contingência, ausência de sistematicidade, obscuridade de vigência e derrogações, superposições desnecessárias, inexistência de articulação racional, tudo a dificultar a aplicação das normas e a criar uma situação de caos normativo. Sem estabilidade e certeza do direito aplicável, a própria vida social fica comprometida.

O princípio da segurança jurídica impõe que as normas aplicadas pela Administração sejam passíveis de prévio conhecimento, como condição para que cumpram sua função delimitadora da autoridade e garantidora de direitos. Em outros termos, as competências administrativas (e seu respectivo *conteúdo, alcance e estrutura lógica*) devem ser instituídas pelos órgãos legislativos e regulamentares de modo a promover no maior grau a segurança do Direito.

Para realizar este valor, é necessário que as normas de competência administrativa, em primeiro lugar, sejam dotadas de *acessibilidade*. A existência e vigência das normas devem ser efetivamente objeto de comunicação. *Não é possível admitir discricção fundadas em normas desconhecidas*. É preciso assegurar a *cognoscibilidade material* das fontes normativas da discricionariedade exercitada pela Administração. Este conhecimento passa pelo cumprimento

739 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Relatividade da competência discricionária. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Grandes temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 81-90.

740 ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. Justicia e seguridad jurídica em um mundo de leis desbocadas. Madri: Civitas, 2000, p. 47-48.

adequado da *publicidade* do material normativo que funda a competência. Sem publicidade da existência da(s) norma(s) e da sua efetiva vigência, não há como dela(s) sacar qualquer *parâmetro normativo de orientação* de condutas administrativas – e, conseqüentemente – de avaliação da legitimidade dessas condutas em face dos sujeitos afetados pela atuação estatal, nas situações concretas que lhe impulsionam a aplicação.

Esta avaliação do adequado conhecimento das normas administrativas informativas da discricção deve ser *abrangente*. Em outros termos, o exercício da discricionariedade precisa estar, no *nível abstrato* de normas jurídicas gerais e abstratas, fundado dentro de campo de abrangência das normas, cujo prévio conhecimento deve estar assegurado. A *possibilidade de identificação* das normas aplicáveis também é exigência de segurança jurídica, na medida que não raro diversos são os produtos normativos que concorrem para a compostura da competência discricionária aplicada.

Vale recordar, a propósito, que *norma jurídica e enunciado lingüístico* contido em texto(s) normativo(s) são se confundem. A regra de competência é norma jurídica, e, assim, resulta da (re)construção dos significados passíveis de serem atribuídos aos textos, observados os limites semânticos. É produto da interpretação jurídica incidente em um ou diversos enunciados normativos.

A abrangência e identificação das normas atributivas da competência é o mínimo que se pode exigir para efetiva *cognoscibilidade material*. Elucidada esta, a regra de competência deve ostentar uma *cognoscibilidade intelectual* adequada, sem o que a discricção manuseada pela Administração evade-se do campo protetivo da segurança jurídica.

Julga-se relevante tratar-se, em separado, da *cognoscibilidade intelectual* conforme o aspecto da competência em que reside a fonte da discricção. Em outros termos, interessa perceber que a segurança jurídica interfere tanto na outorga de discricção alocada na *hipótese normativa*, quanto na perfilhada na *consequência normativa*. E, caso seja aceita a *finalidade normativa*, também vai impor limitações jurídicas na disciplina deste pressuposto de válida produção dos atos administrativos.

Na exigência de cognoscibilidade intelectual, coloca-se o problema da “segurança de conteúdo” das normas, e com tal requisito objetiva-se, em última instância, demonstrar sua

inteligibilidade, sem a qual a norma não cumpre sua finalidade como parâmetro normativo de uma competência estatal, por não demarcá-la.

As normas atributivas de discricionariedade devem ser inteligíveis, isto é, compreensíveis. Para a Administração, o Direito deve apontar com clareza, sem ambiguidades ou contradições, o espectro de discricionariedade positivado. Para os administrados, o Direito deve deixar certo o conteúdo da norma, viabilizando o controle de sua aplicação, da extensão, medida ou modalidade da “liberdade” conferida em favor do aparelho administrativo. Esta ideia de certeza do Direito e de clareza e inteligibilidade do conteúdo das normas jurídicas é pressuposto da possibilidade lógica de observá-las, de cumpri-las e, em última instância, de controlar a sua aplicação.

O grau de inteligibilidade de determinada regulação de atividade administrativa com atribuição de discricionariedade mantém correlação incindível com o *grau de conhecimento ou informações* existentes sobre referida atividade. Quanto maior este índice, maior clareza - e, pois, precisão - é possível de ser transmitida nos comandos legais.

Mais informação implica capacidade lógica de maior densidade no conteúdo da regulação, isto é, tratamento mais detalhado dos pressupostos de validade e dos elementos dos atos administrativos, a serem produzidos ulteriormente. Menor informação apropriada pelo Estado e pela Sociedade sobre certa atividade administrativa, implica menor clareza, precisão e densidade, com disciplina jurídica dotada de maior generalidade, sem detalhamentos próprios de obra legislativa que disciplina certa matéria com precisão razoável.

É certo que é ineliminável o recurso a conceitos jurídicos indeterminados nas competências administrativas, por uma característica insuprimível da linguagem aberta das normas. Todavia, a indeterminação normativa encontra o limite natural no fato de que o significado mínimo extraível do conceito não pode deixar de estabelecer parâmetro para a aplicação da regra de competência. Situações de intolerável indeterminação contrariam a segurança jurídica, porque não estabelecem minimamente o conteúdo do Direito aplicável pela Administração Pública, que passa a ter em lei um verdadeiro passaporte ilimitado para firmar sua vontade.

O porte de indeterminação verificada na competência administrativa discricionária deve justificar-se perante o próprio Direito, sob violação da segurança jurídica. Há de estabelecer-se, à

luz do conhecimento disponível sobre a matéria normanda, vínculo lógico entre *indeterminação normativa*, *competência decisória outorgada* e *finalidade pública tutelada*, para concluir ou não a favor da legitimidade do modo impreciso de cura do interesse público. Estabelecida a relação lógica, restará válida a indeterminação, tornando, pois, compreensível a norma e resguardada a segurança jurídica na sua instituição. Apartada a propalada relação lógica, haverá pura e simples arbitrariedade do editor normativo, que tornou a regra menos compreensível ou inteligível aos seus destinatários, propensa à arbitrariedade administrativa.

Em rigor, a indeterminação e variabilidade de comportamento administrativo, agregadas em certa norma de competência, são instrumentos de realização de interesses públicos especificamente norteadores do regramento bem como outros interesses públicos prestigiados pelo ordenamento jurídico, na medida em que a discricionariedade, em sua essência, é o instrumento que o Direito administrativo concebeu para dar conta da imprescindível *ponderação de interesses, bens, direitos e valores, juridicamente tuteláveis em cada caso pela Administração Pública*.

O grau de inteligibilidade de determinada regulação de atividade administrativa com atribuição de discricionariedade mantém correlação também com a índole da atividade material regulada e dos provimentos administrativos a serem produzidos e suas repercussões (restritivas ou ampliativas) sobre a esfera jurídica dos administrados.

De um lado, não é possível tratar a regulamentação de atividades administrativas de ampliação de direitos (como o serviço público e o fomento público) e atividades administrativas de condicionamento (como a polícia administrativa) ou de sacrifícios de direitos (como a desapropriação), e atividades administrativas de sancionamento (como as sanções profissionais, sanções contratuais, sanções disciplinares, etc.), com a mesma exigência de densidade de conteúdo normativo, no desenho legal da competência. A discricionariedade surgirá em todas, mas não com a mesma compostura normativa.

De outro lado, dentro de uma mesma atividade, *atos administrativos ampliativos* e *atos administrativos restritivos* devem receber diferenciado tratamento legal. Esta diretriz permite acomodar a tutela do interesse público (instrumentalizada pela outorga da discricionariedade) e a tutela de situações jurídicas afetadas pela competência administrativa. E o faz prestigiando a índole da atividade e dos atos, exercitados e praticados administrativamente pelo Estado, à luz da

necessária segurança jurídica dos direitos afetados. A discricionariedade estará presente em todos, mas não com a mesma amplitude e dimensão, no momento de sua configuração abstrata.

Em sendo uma regra de competência de que resulta provimento desfavorável ao seu destinatário, independentemente do campo material de atividade administrativa a que pertence, impõe-se maior densidade ou detalhamento legal dos requisitos e elementos dos atos administrativos nela embasados. Em havendo norma de competência que enseje a prática de ato ampliativo de direitos, o nível de densidade torna-se mais flexível, menor acentuado, autorizando uma legislação com maior indeterminação ou imprecisão.

Por fim, o grau de inteligibilidade das normas outorgadoras de discricção também necessita ser apurado conforme o aspecto da competência que ensejou margem de valoração ou decisão em favor da administração, conforme sua estrutura lógico-deôntica. A produção de atos administrativos ocorre no plano infra-legal, como resultado de um conjunto articulado de elementos (conteúdo e forma) e pressupostos de validade (pressupostos subjetivo, objetivo [motivo e requisito procedimental], teleológico, lógico e formalístico), usando a classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello.⁷⁴¹

A doutrina reconhece que, na disciplina normativa de vinculação e de discricionariedade, “trata-se de uma questão de grau, variável em cada norma e para cada situação em que a atividade será desenvolvida.”⁷⁴²

São típicos aspectos com regramento objetivo e definitivo no plano legal: os requisitos subjetivo (sujeito do ato), objetivo procedimental (processo administrativo antecedente), e formalístico (fixação de modo de exteriorização especial do ato). Isto significa que, uma vez estabelecidos por norma jurídica, são requisitos de validade sem espaço de interferência administrativa na sua realização prática. Fixada a competência, estabelecido certo *iter* processual e exigida determinada formalidade, não há campo para juízo discricionário, pois a Administração estará vinculada a observá-los.

⁷⁴¹ Curso de direito administrativo, p. 392-393.

⁷⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 6ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 225.

Por outro lado, regramento com discricionariedade permeia os elementos (forma e conteúdo do ato) e os seguintes requisitos de validade: o objetivo (relacionado com as circunstâncias de fato impulsionadoras do ato) o teleológico (indicativo dos bens jurídicos de interesse da coletividade a atender), o lógico (residente na correlação entre os motivos do ato e seu conteúdo em função da finalidade normativa)⁷⁴³. São aspectos normativos que não raro colocam a atuação administrativa no terreno da discricionariedade.

Tanto os primeiros quanto particularmente os últimos – os que logicamente abrem as portas da margem de valoração e de decisão administrativa –devem ostentar, no plano normativo, uma adequada *cognoscibilidade*. É certo que, todavia, realizar este valor nos dois casos suscitará diferenças, mas o Estado de Direito não autoriza disciplina de aspectos discricionários da competência sem a *justificação jurídica* cabal da sua existência e legitimidade, sob pena de grave violação da *segurança jurídica*.

A diretriz a ser observada é que, *quando maior o grau de indeterminação e abertura decisória* na norma de competência, maior atenção deve ser dada à compostura estrutural dos pressupostos de válida produção dos atos que, estabelecidos pela lei vinculadamente, não são passíveis de mensuração pela Administração Pública. Em outras palavras, quanto maior a discricção nos motivos, no conteúdo (aqui incluídas conveniência e oportunidade) e forma, na finalidade e na causa, maior rigor haverá na disciplina legal da competência, do procedimento administrativo e de formalidades (aqui incluída a exigência de motivação do ato).

Quanto maior a discricção (margem de valoração e decisão), impõe-se que melhor seja estruturado e definido o sujeito competente para produção do ato.

Quanto mais elevado o grau de discricionariedade, exige-se mais densa e cuidadosa estruturação do procedimento ou processo administrativo levado a cabo para a produção do ato.

743 Conferir: OLIVEIRA, Jose Roberto Pimenta. O requisito lógico do ato administrativo. Revista Trimestral de Direito Público. Malheiros, São Paulo, v.19, p.81 - 102, 1997.

Quanto mais destacado o grau de indeterminação normativa da regra de competência discricionária, mais robustas devem ser as exigências normativas sobre o conteúdo, requisitos e forma de motivação ou fundamentação do ato, para entremostrear sua legitimidade.

Em outros termos, o coeficiente de discricionariedade na regra de competência, por razões de segurança jurídica, varia conforme o aspecto que compõe sua fisionomia, sendo certo que, no interior destes aspectos, deve apresentar-se um balanceamento ótimo entre o grau de liberdade conferida e a compostura dos pressupostos que logicamente podem servir de contraponto à possível arbitrariedade.

É necessário assegurar a prática de “atos discricionários” fundados em normas que respeitem a segurança jurídica. Só ocorre regramento válido em termos constitucionais (e, logo, criação e demarcação dos “poderes discricionários”) quando a lei preordena efetivamente o comportamento administrativo, quando supre a Administração com critérios legais que enseje o manuseio objetivo e racional (e o controle posterior) do juízo discricionário.

O princípio da legalidade é instrumento de segurança jurídica, bastião da igualdade e da vedação ao arbítrio na aplicação administrativa da lei. Mas não é qualquer legalidade, mas aquela legalidade criteriosa ou substancial – inteligível, enfim, cognoscível –, prenhe de elementos jurídico-materiais a serem avaliados pelo Administrador, quando se deparar com a competência discricionária, nos seus diversos segmentos estruturais e lógicos, a presidir a ação ou inação administrativa.

Como bem anotou Rafael Valim, “a discricionariedade não é *em si* um atentado à certeza jurídica – vez que se destina ao atendimento ótimo das finalidades públicas –, podendo vir a se tornar se conferida *desnecessariamente* ou em *medida desproporcional*.” (grifos do autor). E mais adiante, pondera que “ao legislador não é lícito outorgar competências discricionárias excessivamente amplas ou ‘em branco’ ao administrador, autorizando-lhe agir conforme seus humores.”⁷⁴⁴

Legalidade com densidade e clareza, com normas habilitadoras da ação administrativa, fundadas em processos adequados de diferenciação e detalhamento, em uso tolerável de conceitos

744 VALIM, Rafael. O princípio da segurança jurídica no direito administrativo, p. 100.

jurídicos indeterminados, bem como em aceitáveis níveis de margens de conformação do interesse público para o administrador.

Por fim, é importante sublinhar que o cumprimento pelo editor normativo da exigência de cognoscibilidade da competência discricionária é pressuposto de realização do controle de legalidade, pelos órgãos internos e externos competentes. De fato, e mantendo-se no campo do controle jurisdicional, não há como controlar sem haver estipulado a norma jurídico-administrativa o conteúdo mínimo, a partir do qual se torne racionalmente ou objetivamente possível a averiguação de sua regular aplicação.

Em nossa ordem constitucional, firmada a independência entre as funções estatais (art. 2º), consagra-se a tutela judicial efetiva, como direito e garantia fundamental. Nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, *a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. A regra implicitamente pressupõe que a lei cumpra o objetivo pretendido na ordem constitucional, isto é, que efetivamente disponha, em caráter geral e abstrato, mas com clareza e densidade adequada sobre o exercício da atuação administrativa do Estado, para que sobre ela possa o Poder Judiciário realizar a tutela dos direitos.

A melhor forma traçoira de excluir ou enfraquecer este controle jurisdicional, por ato do Poder Legislativo, ocorrerá quando este mantiver a obra legislativa em termos excessivamente indeterminados, ou figurá-la como pura ficção, ou simplesmente um simulacro de regulação. Haverá ofensa à segurança jurídica, cujo subprincípio da cognoscibilidade também é corolário da adequada compreensão do exercício da jurisdição contra o arbítrio administrativo.⁷⁴⁵

Por fim, não é possível ignorar que a outorga de discricionariedade sem observância dos balizamentos impostos pela segurança jurídica, como princípio constitucional balizador do quadro legal de competências administrativas é uma fonte de elevado potencial de criação de práticas corruptivas, pelo próprio Direito Administrativo, por uma via institucionalizada do arbítrio.⁷⁴⁶

⁷⁴⁵ Conferir: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro. São Paulo; Malheiros, 2003, p. 357-360.

⁷⁴⁶ Conferir: MAIRAL, Héctor A. As raízes legais da corrupção: ou como o direito público fomenta a corrupção em vez de combatê-la. São Paulo: Contracorrente, 2018.

5. Limites jurídicos impostos ao exercício de competências discricionárias

O exercício de competência discricionária também está submetido ao princípio da segurança jurídica. Pressuposta a constitucionalidade do regramento da discricionariedade, a segurança jurídica também norteia a aplicação da norma em cada caso concreto, em que se produz o comportamento administrativo singular, formalizado através de atos administrativos. Quando investem contra a segurança jurídica, estas declarações jurídicas unilaterais são contrárias à Constituição, e devem ser invalidadas.

A segurança jurídica implica um dever de *confiabilidade* e de *calculabilidade* do Direito – e da atuação estatal nele pautada, para usar conceitos de Humberto Ávila.⁷⁴⁷ A realização do Direito deve garantir segurança, em sua dinâmica aplicativa. Confiabilidade como representativa de estabilidade jurídica. Assegurar no presente o Direito passado. Calculabilidade como capacidade de antecipação e previsibilidade das conseqüências jurídicas. Controlar no presente o Direito futuro. Direito confiável e calculável para proteger o cidadão de frustrações e surpresas.

É cabível, em um Estado de Direito, exigir que o regramento da discricionariedade administrativa seja pautado pela manutenção ou estabilidade das normas jurídicas que lhe gizam os contornos. Aqui a exigência se volta para as normas legais, bem como – e com maior razões – para as normas regulamentares aprovadas pelos órgãos administrativos competentes.

Mesmo que modernamente caracterizadas as normas pela contingência ou provisoriedade, a segurança jurídica impõe limites ao processo de elaboração e mutação normativa da discricção. Compele-se o legislador e administrador a manter a maior estabilidade possível do regramento, sob pena de instalar-se o caos normativo.

Para Enterría, a exigência de estabilidade se deslocou para o plano da Constituição e a segurança jurídica deve ser mantida com a adequada aplicação dos princípios gerais do Direito nela

⁷⁴⁷ ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica, p. 250-1.

e a partir dela consagrados.⁷⁴⁸ Parece-nos que, em nosso ordenamento constitucional, pela forma abrangente de posituação do princípio da legalidade na atividade administrativa (art. 37, caput), permanece o valor impositivo de durabilidade no ordenamento jurídico administrativo em nível adequado a gerar credibilidade, confiabilidade nas relações jurídico-administrativas. A Constituição não repele a outorga de discricção, mas desautoriza a ininterrupta mudança das suas bases normativas.

O ideal de estabilidade é que também impõe à Administração Pública a observância de *critérios interpretativos e valorativos* que presidem o exercício de certa discricionariedade, dotados de regularidade.

A autoridade administrativa deve demonstrar e manter a *coerência na hermenêutica estável da regra de competência*, ao exercer sua margem de intelecção dos conceitos jurídicos indeterminados, nos diferentes casos concretos.

Os órgãos administrativos devem utilizar a margem de decisão vislumbrada pela competência e remanescente nos casos concretos, amparando-se em critérios dotados de racionalidade, coerência e estabilidade. Em quaisquer aspectos normativamente deixados ao administrador (oportunidade, conveniência, forma e conteúdo, incluindo finalidade, para quem a inclui na dissecação do fenômeno normativo), instala-se o dever de gerar confiabilidade no manuseio do “poder discricionário”, em face de seus destinatários. É uma exigência da juridicidade administrativa conglobante, nos dizeres de Jessé Torres Pereira Júnior.⁷⁴⁹

É possível, pois, afirmar que os critérios norteadores do juízo discricionário em cada caso concreto complementam a norma de competência, enriquecem-lhe o conteúdo, acrescentam elementos jurídico-materiais que não podem mais ser ignorados no futuro, vinculam o agir administrativo posterior, vez que este deve ostentar estabilidade.

748 ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. Justicia y seguridad jurídica em um mundo de leis desbocadas, p. 99.

749 PEREIRA JUNIOR, J. T.; MARCAL, T. B. . Juridicidade Administrativa Conglobante, no Limiar de uma Nova Legislatura Municipal. Revista Conceito Jurídico, v. 49, p. 24-29, 2021.

Em seu estudo clássico sobre o poder discricionário, Almiro Couto e Silva já apontara a situação em que, mesmo tendo instituído o poder discricionário por lei, a uniformidade de conduta dos agentes públicos provoca a incidência do princípio da segurança jurídica.⁷⁵⁰

A uniformidade de critérios embaixadores do exercício das competências discricionárias impõe sejam respeitados na futura ação administrativa. Trata-se do reconhecimento da força vinculante de precedentes administrativos, que é desdobramento lógico do princípio da segurança jurídica.⁷⁵¹

A *mudança repentina* de critérios interpretativos e valorativos violam a confiabilidade gerada pelo aparelho administrativo no exercício da discricionariedade. A *mudança justificada* de interpretação ou valoração da norma, em face de circunstâncias fático-jurídicas não enfrentadas, não atenta contra a segurança jurídica, porque este valor deve conviver com a flexibilidade inerente ao fenômeno da discricionariedade como abertura normativo de atendimento ótimo do interesse público.

O exercício de certa discricionariedade, mediante a prática de atos administrativos diversos, em cuja variação não se colhe critérios de decisão consistentes, uniformes ou estáveis, é pura arbitrariedade, e enorme potencial de improbidade administrativa.⁷⁵² A discricção não foi feita para a pessoa de cada administrador, mas para cada situação diferenciada a ser avaliada pelo administrador no curso da aplicação da lei. São coisas diversas. E exigir estabilidade dos parâmetros administrativos de decidibilidade⁷⁵³ é, além de garantia de impessoalidade e isonomia, homenagem

750 COUTO E SILVA, Almiro. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado – Cadernos de Direito Público. Porto Alegre: Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, v. 27, n. 57 supl., 2003, p. 95-110.

751 Carvalho, Gustavo Marinho de. Precedentes administrativos no direito brasileiro. 2013. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013; 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.

752 Conferir: OLIVEIRA, Jose Roberto Pimenta. Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

753 A decidibilidade de conflitos é considerada uma questão central da ciência dogmática do direito. Conferir: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. Técnica. Decisão. Dominação. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 89.

à segurança jurídica, que, na condição de princípio fundamental, é “proporcionada por instituições que garantem previsibilidade no emprego do poder.”⁷⁵⁴

A importância de leis gerais de processo administrativo como promotoras da “segurança jurídica” ganha especial dimensão no exercício da discricionariedade. Isto explica a inserção do princípio da segurança jurídica no artigo 2º, caput da Lei Federal nº 9.784/1999, que dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.⁷⁵⁵

Através do processo administrativo, será apurada a validade da formação da vontade administrativa cristalizada no ato administrativo, amparado em competência discricionária.⁷⁵⁶ Está obrigada a Administração a pautar-se pela objetividade no atendimento do interesse público (art. 2º, p. único, inciso III); deve demonstrar adequação entre meios e fins na edição de seus atos (art. 2º, p. único, inciso VI); deve indicar os pressupostos de fato e de direito que determinam a decisão (art. 2º, p. único, inciso VII), sendo que há extenso rol de atos com motivação legalmente imposta (art. 50). Está resguardada a ampla legitimidade de quaisquer sujeitos que têm direitos e interesses que possam ser afetados pela decisão para intervir no processo (art. 9º, inciso II). O administrador e administrados estão, respectivamente, vinculados ao dever jurídico de agir com probidade, decoro e boa-fé (art. 2º, p. único, inciso IV), e expor os fatos conforme a verdade (art. 4º, inciso I).

A própria lei traz densificação do princípio da segurança jurídica, ao estipular que nova interpretação da norma administrativa (da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige) não pode receber aplicação retroativa (art. 2º, p. único, inciso XIII).

O processo administrativo visa a proteção dos direitos dos administrados (art. 1º, caput, *in fine*), e, nesta exata dimensão, é instrumento indispensável para transmitir segurança jurídica na dinâmica da discricionariedade, na medida em que as normas procedimentais foram adequadamente observadas nas inúmeras decisões individuais ou singulares, que venham a balizar a concretização da competência administrativa.

⁷⁵⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de administrativo. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 78.

⁷⁵⁵ MELLO, Rafael Munhoz de. Processo administrativo, devido processo legal e a Lei nº 9.784/99. In: Revista A&C Direito Administrativo e Constitucional. Ano 3. Nº 11, 2003.

⁷⁵⁶ Conferir: MARRARA, THIAGO. Princípios do processo administrativo. Revista Digital de Direito Administrativo - RDDA, v. 7, p. 85-116, 2020.

Exercer discricionariedade mediante conduta que projete confiabilidade e calculabilidade no mundo jurídico impõe a observância efetiva pela Administração dos *parâmetros materiais* da competência formal que preside a sua ação concreta. Por conseguinte, é concretizar a discricionariedade com o respeito absoluto ao cumprimento do dever-poder outorgado na forma e limites impostos pela *lei* e pelo *Direito*. Implica o dever administrativo de decidir atrelado à *ordem jurídica*, com execração de toda e qualquer modalidade de *desvio de poder*.

O direito muda e necessita mudar constantemente para melhor satisfazer interesses públicos, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello.⁷⁵⁷ A competência administrativa pode alterar-se no decurso do tempo, e suscitar problemas relativos à estabilidade do ato administrativo editado em certo momento.

Caso tenha já esgotados os seus efeitos, a segurança jurídica invoca o princípio da irretroatividade das normas, que impede leis novas de retroceder. Em situação diversa, quando não estiverem esgotados os efeitos do ato administrativo, é preciso apurar se houve a consolidação de direitos, para ditar a solução sobre a segurança do “ato discricionário” cuja base normativa mudou e esta alteração atinge o ato que perdura produzindo sua eficácia. São casos em que a regra de competência discricionária produziu atos no passado, mas que atravessam o presente e projetam-se no futuro.

É fundamental estabelecer a submissão do exercício de qualquer discricionariedade à regra constitucional assecuratória do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada.⁷⁵⁸ A lei não os prejudicará (art. 5º, inciso XXXVI da CF). O exercício da discricionariedade deve observar sua intangibilidade.

“Em nome da segurança jurídica e estabilidade jurídicas – valores altamente prezáveis no Direito, como se disse –, e a fim de evitar a álea que colocaria em permanente sobressalto as partes

757 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Direito adquirido e o direito administrativo: uma nova perspectiva. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Grandes temas de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 11-33, p. 12.

758 Conferir: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, nº 40, Belo Horizonte, Fórum, p. 291-313, abr./jun. 2010.

de um vínculo jurídico, concebe-se que em certos casos a força da lei antiga projete-se no futuro, involucrando relações constituídas – mas não encerradas – sob sua égide.”⁷⁵⁹

Sob a garantia do ato jurídico perfeito, pode-se sublinhar que: (i) atos administrativos praticados em regime de vinculação não podem ser alterados ou retirados do mundo jurídico, a pretexto de cumprimento de nova normatização jurídica que agasalhe discricionariedade; (ii) atos administrativos praticados em regime de discricionariedade, mas que recebem posteriormente maior carga de onerosidade incidente sobre a esfera jurídica dos administrados, também não podem ser alterados ou majorados em seu conteúdo restritivo; (iii) atos administrativos produzidos mediante competência discricionária com margem de conveniência (agir ou não agir) não podem ser simplesmente suprimidos ante a derrocada normativa posterior da referida liberdade, sob invocação de necessidade de nova avaliação administrativa das mesmas circunstâncias fáticas.

Sob a garantia do direito adquirido, quando do exercício da discricção resulta a consolidação de certo direito em favor do beneficiário do ato administrativo para o futuro, é imperativo que a Administração Pública respeite a estabilidade do direito adquirido. É possível que, mesmo facultando a prática de certo ato, uma vez praticado este projete conteúdo que deva ser resguardado no futuro. É certo também que não serão todos os atos discricionários ampliativos que poderão gerar “direitos adquiridos”. Estes se singularizam quando o conteúdo legal se preordena logicamente a consolidar certa situação no futuro. Por exemplo, atos discricionários concessivos de prorrogações de prazos, na tutela e garantia de direitos dos administrados.

Sob a garantia da coisa julgada material, elemento nuclear da estabilidade jurídica, e que se define em razão da imutabilidade dos efeitos de determinada sentença judicial oponível contra a Administração Pública, resulta manifesto que não se pode exercitar discricionariedade em desconformidade com a coisa julgada. Por exemplo, quando o Poder Judiciário restringe a margem de decisão administrativa, impedindo a produção do ato administrativo com determinado conteúdo, considerado ilegal para as circunstâncias fáticas, tal conteúdo não poderá ser ressuscitado na via administrativa.

759 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Direito adquirido e o direito administrativo: uma nova perspectiva, p. 16.

6. As alterações promovidas pela Lei nº 13.655/2018 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

6.1 LINDB e normas de sobredireito: uma modulação necessária.

Desde o seu surgimento, como LICC, o Decreto-lei nº 4.657/1942, não se restringiu a normas de introdução ao “Código Civil”. A doutrina nunca desenvolveu o conceito de “normas jurídicas de introdução”, limitando-se a afirmar que a então LICC continha normas gerais que veiculavam “sobredireito”,⁷⁶⁰ ou “normas sobre normas”. Em rigor, este panorama nunca se alterou.

Os artigos 1º ao 6º, disciplinando matéria relacionada com a aplicação das leis como produto do processo legislativo a cargo do Parlamento, foram consagrados pela doutrina como normas jurídicas incidentes sobre a generalidade das leis, de modo que restou sedimentado que o tratamento ali estabelecido não era restrito às normas de direito civil, mas alcançaria quaisquer leis integradas ao ordenamento jurídico. Os artigos 7º ao 18 constituem normas de Direito Internacional Privado, sendo que o artigo 19 disciplinou a validade de atos jurídicos praticados por cônsules brasileiros no estrangeiro.

Durante todo o seu período de vigência, todos os dispositivos da então LICC eram considerados normas de “sobredireito”, “normas sobre normas”, “lei sobre lei”, sendo incortonável o entendimento de que a então LICC não tinha aptidão para regular relações jurídicas concretas, mas tão-somente o regime de vigência, interpretação e aplicação das leis, no tempo e no espaço, nos termos legais.⁷⁶¹

A doutrina destacava que, para efeito da LICC, não era útil a divisão de normas de Direito Público e normas de Direito Privado. Isto era uma decorrência lógica de que a então LICC não era um conjunto normativo de introdução ao “direito privado” nem tampouco ao “direito público”.

⁷⁶⁰ “ (...) a palavra portuguesa que melhor traduz *Überrecht* é sobredireito. Não se trata de direito superlativo, de direito hipertrofiado, a que serviria, com mais exatidão, a expressão ‘superdireito’, mas de direito que está por sobre outro direito, que dita regras a outro direito, que é direito sobre direito” (PONTES DE MIRANDA, Comentários à Constituição de 1946, Tomo I, Rio de Janeiro, Borsoi, 1963).

⁷⁶¹ “O tema central da Lei de Introdução ao Código Civil é a própria lei. Aí se cuida da vigência da lei e de sua revogação; da impossibilidade de alegar-se a sua ignorância; da aplicação da lei e de suas lacunas; da interpretação da lei e de sua eficácia no tempo e no espaço.” (RODRIGUES, Silvío. Direito Civil. Volume 1 – Parte Geral. 34ª ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 15)

Também assinalava que as normas contidas na LICC poderiam não ser aplicadas em determinadas parcelas do ordenamento jurídico (v.g. inadmissibilidade da analogia para tipificação de delitos e instituição de tributos)⁷⁶².

A doutrina se consolidou em afirmar que a LICC foi recepcionada pelas Constituições posteriores (1946, 1967 e 1969) e atual Constituição como Lei Ordinária, mas nunca apontou e continua não apontando com exatidão qual o dispositivo constitucional que embasa a legitimidade da competência legislativa da União na matéria.⁷⁶³

Entre o período da entrada em vigor da atual Constituição e a Lei nº 12.376/2000, as alterações promovidas por lei ordinária na LICC respeitaram o seu escopo, conforme se observa pelas Leis nº 9.047/1995 e 12.036/2009. E, mesmo após a Lei 12.376/2000, as alterações realizadas o foram dentro do escopo originário da lei, como se vê na Lei nº 12.874/2013.

A Lei nº 12.376/2010 alterou a designação do Decreto-Lei para “Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB”. Não há análise que se dedique à constatação de alteração substancial da lei de introdução, senão que a Lei nº 12.376/2010 teria promovido uma “alteração cosmética” do diploma.⁷⁶⁴ “Com novo ou velho título não se altera o alcance dessa norma”.⁷⁶⁵

A manutenção do escopo da LINDB, após a Lei 12.376/2010, pela Lei nº 12.864/2013, respeita a *mens legislatoris*, como se depreende do processo legislativo da lei ordinária de 2010, pois, em momento algum, houve propositura de alteração do escopo da lei de introdução. Nas justificativas da Emenda Modificativa, apresentada pelo Professor e nobre Deputado Régis Fernandes de Oliveira, ao Projeto de Lei nº 6.303, de 2005 (Deputado Celso Russomano), a modificação embasava-se na competência conferida à União para legislar sobre “direito civil” (artigo 22, inciso I, da CF), sendo a lei ordinária o veículo apropriado para eliminar a “imperfeição constatada na Ementa do Decreto-Lei nº 4.657/1942”, propondo a nomenclatura “Lei de Introdução

⁷⁶² “Dirige-se a todos os ramos do direito, salvo naquilo que for regulado de forma diferente n”a legislação específica. (...)” (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Volume 1 – Parte Geral, 16a ed. São Paulo: SARAIVA, 2018, p. 48).

⁷⁶³ Considerando a Lei expressão da competência em matéria de direito civil, conferir: “A Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro não disciplina diretamente os fatos sociais, ainda quando se refere ao Direito Internacional Privado, pois quanto a este restringe-se a indicar o estatuto aplicável ao tipo de relação jurídica. É um Direito estritamente técnico, instrumental, que orienta a operabilidade das normas. Hierarquicamente subordina-se à Constituição Federal e possui igual nível ao Código Civil.” (NADER, Paulo, Curso de Direito Civil. Parte Geral – Volume 1. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 27).

⁷⁶⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Parte Geral. Volume 1. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 109.

⁷⁶⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil – Parte Geral. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 105.

às normas do Direito Brasileiro” como a que “reproduz com exatidão o sentido e o alcance desse diploma legislativo”. A nova lei era justificada para adequar a ementa da lei à “essência dessa legislação”. O Professor afirma que a então LICC “regula a vigência, validade, eficácia, aplicação, interpretação e revogação das normas do direito brasileiro”, observando que, “pelo seu conteúdo e sua natureza, é considerada uma ‘lei sobre a lei’”.

Ao ser recepcionada pela Constituição, qualquer alteração da LINDB deve respeitar a distribuição de competências legislativas contida no Texto Maior, como elemento central de definição da Federação como forma de Estado consagrado, de modo que há necessidade de avaliação clara e objetiva do fundamento e escopo constitucional da LINDB como lei nacional, a cargo do Congresso Nacional.

A União não pode criar normas nacionais fora das hipóteses permitidas ou agasalhadas pelo Texto Constitucional, através da LINDB, sob pena de inconstitucionalidade formal ou material.

O sistema de distribuição de competências legislativas está estruturado em competências legislativas exclusivas e competências legislativas concorrentes, atribuídas aos diversos entes da Federação (União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal).⁷⁶⁶ Não há previsão expressa no Texto Constitucional de competência legislativa federal, estadual ou municipal, sobre lei de introdução às normas do Direito Brasileiro, independentemente da parcela do ramo jurídico a que estejam vinculadas.

Há, todavia, justificativa constitucional para atribuir à União, dentro do contexto federativo brasileiro, competência legislativa exclusiva para aprovação de “normas de introdução”, dispondo sobre os temas fundamentais sobre o modo de introdução ou incorporação das normas jurídicas infraconstitucionais com capacidade de inovação objetiva no ordenamento jurídico brasileiro. Referidas normas pressupõem uma disciplina jurídica nacional, e, logo, uniforme em todo o território nacional, sobre o aludido tema. A competência legislativa federal exclusiva, assim definida, encontra suas próprias demarcações, na sua finalidade constitucional. Esta legislação não pode avançar sobre a regulação direta de condutas intersubjetivas, em quaisquer domínios ou

⁷⁶⁶ Conferir; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Competências administrativas dos Estados e Municípios. In: Revista de Direito Administrativo, n.207, p. 1-19, 1997.

parcelas do ordenamento, quando então deixaria de nortear a introdução para normatizar a produção de conteúdos normativos que não é próprio ao seu escopo.⁷⁶⁷

Do mesmo modo, qualquer lei que veicule norma de direito administrativo deve respeitar a autonomia administrativa de cada Ente da Federação. A aprovação de normas gerais em determinada matéria de direito administrativo pressupõe embasamento constitucional expresse, sob pena de violação ao princípio federativo (artigo 18 da CF).

A Constituição também reservou à União, nos termos de lei complementar federal, dispor sobre a técnica legislativa, no que pertine aos seguintes temas: a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis, nos termos do parágrafo único do artigo 59. Estes temas, por conseguinte, não podem ser tratados em lei ordinária federal, estadual, municipal ou distrital.

Este mesmo dispositivo constitucional pode servir de fundamento constitucional implícito para a competência legislativa federal exclusiva para uma “lei nacional sobre as leis”, já que, se há reconhecimento constitucional do regramento nacional da temática afeta à elaboração técnica das leis, haverá o mesmo fundamento para que a União uniformize, por normas nacionais, a temática pertinente ao fenômeno da “introdução da lei” no ordenamento.

A invocação da disciplina do princípio da segurança jurídica não é suficiente para sustentar lei federal veiculadora de autodeclaradas normas nacionais em matéria de direito administrativo, na exata medida que isto não se mostra razoável e legítimo tal proceder em relação a quaisquer outros princípios constitucionais que norteiam o exercício da função administrativa. Não temos uma lei nacional regente do princípio da eficiência.

Para se manter dentro do escopo da LINDB, os dispositivos nacionais devem estar restritos ao tema de vigência, interpretação e aplicação das leis administrativas, no tempo e no espaço.⁷⁶⁸ Não é possível veicular novas regras de direito material que discipline diretamente relações jurídico-administrativas, sob pena de afastar-se do escopo legitimador da LINDB como lei geral. A

⁷⁶⁷ “A lei de Introdução é uma *lex legum*, ou seja, um conjunto de normas sobre normas, constituindo um direito sobre direito (...), um superdireito, um direito coordenador de direito. Não rege as relações de vida, mas sim as normas, uma vez que indica como interpretá-las ou aplicá-las, determinando-lhes a vigência e eficácia, suas dimensões espaço-temporais. Assinalando suas projeções nas situações conflitivas de ordenamentos jurídicos nacionais e alienígenas, evidenciando os respectivos elementos de conexão.” (DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada. 13ª ed. São Paulo; Saraiva, 2007, p. 4).

⁷⁶⁸ “Estende-se muito além do Código Civil, por abranger princípios determinativos da aplicabilidade das normas, *questões de hermenêutica jurídica relativas ao direito privado e ao direito público* e por conter normas de direito internacional privado.” (DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada. p. 3)

introdução e fundamentação do direito público está na Constituição Federal, e não em normas nacionais.

A temática da interpretação das leis administrativas pode e deve ser objeto de normas gerais na LINDB, mas se torna essencial buscar delimitar esta disciplina temática para que, ao invés de criar normas interpretativas (sobre leis administrativas), o legislador federal não ingresse na regulação material do exercício de competências administrativas, que está adstrito ao campo legislativo de autonomia de cada ente da Federação.

As legítimas normas de interpretação sobre leis administrativas – único escopo legítimo de adequação lógica e sistemática de regramentos no contexto de uma lei de introdução – devem ser observadas, obviamente, pela Administração Pública Direta e Indireta de todos os Poderes da União, dos Estados, dos Municípios e Distrito Federal, bem como pelas instituições que exercem o controle de legalidade da Administração Pública, com destaque ao Poder Judiciário, aos Tribunais de Contas e aos Ministérios Públicos. Observado o legítimo escopo legislativo da lei de introdução, a lei segue com seus efeitos *erga omnes*.

Na lei de introdução, as normas de interpretação sobre leis administrativas não podem criar ou fundar competências administrativas, porque isto ultrapassaria o seu escopo propedêutico, e significaria estabelecer potestades próprias, o que somente pode ocorrer pelo Direito Administrativo, nos termos do exercício de competência legislativa prevista na Constituição.

Estas observações são relevantes para compreender adequadamente o caráter nacional ou federal de dispositivos incluídos na LINDB, pela Lei nº 13.655/2018, já que esta lei tem como objetivo tratar do tema da segurança jurídica. É, deveras inconcebível introduzir dispositivos para aprimorar a segurança jurídica, por meio de lei, que venha a destoar do seu possível escopo constitucional.

Registre-se, outrossim, que não se encontra na doutrina publicista avaliação crítica sobre o manifesta incompatibilidade de determinados dispositivos da Lei nº 13.655, para o efeito de destacar o que deve ser considerado norma nacional (em razão do conteúdo normativo estar em sintonia com a finalidade da lei) e norma federal, restrita a dispor sobre a legislação administrativa federal.

6.2 Novos dispositivos da LINDB, segurança jurídica e discricionariedade.

Estas reflexões doutrinárias hoje podem ser amplamente embasadas nas novas disposições nacionais da LINDB, acrescidas pela Lei nº 13.655/2018. Como norma de sobredireito, é inequívoco o cabimento das normas jurídicas incluídas na LINDB, no processo de interpretação e aplicação das competências administrativas (normas materiais de direito público), marcadas pelo signo da discricionariedade administrativa.

Conforme a redação do art. 20, na esfera administrativa não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Esta diretriz de interpretação e aplicação implica o dever do administrador público de sopesar, com detalhamento acurado, o campo de interesses, bens, direitos, afetados ou impactados com a edição de atos administrativos.⁷⁶⁹ Isto é, por razões de segurança jurídica, exige-se o adequado delineamento dos elementos materialmente relevantes para a produção do ato, considerando a abertura normativa ensejada pela discricionariedade. Observa-se na obra legislativa o reforço de que se faça uma apreciação do(s) interesse(s) público(s) no contexto fático e jurídico decisório, para que se possa dele retirar a regularidade na aplicação do regime jurídico-administrativo.

“Valores jurídicos abstratos” podem ser observados tanto no campo de bens jurídicos públicos, quanto no campo de bens jurídicos individuais, presentes no contexto decisório. Da mesma forma que não é possível só alegar “interesse público” para legitimar um provimento administrativo, do mesmo modo não é possível meramente alegar direitos individuais (v.g. propriedade) em escala abstrata para impedir ou deslegitimar a ação administrativa. A necessidade de contextualização específica e concretizante impera para os dois polos da relação jurídico-administrativa.

“Consequências práticas da decisão” também devem ser sopesadas, sob os dois prismas da relação jurídico-administrativa. Consequências práticas denotam desdobramentos fáticos e jurídicos, diretamente derivados do ato administrativo sob análise. Exigindo-se este critério de interpretação na aplicação das normas de competência administrativa discricionária, a Administração estará no dever de minudenciar os efeitos fáticos e jurídicos dos seus atos, em escala

⁷⁶⁹ Conferir: MARTINS, Ricardo Marcondes. As alterações da LINDB e a ponderação dos atos administrativos. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, v. 20, p. 259, 2020.

ótima, dentro das possibilidades fáticas, jurídicas, técnicas e científicas.⁷⁷⁰ Certamente, haverá limites neste juízo de previsibilidade sobre as possíveis ou prováveis ou plausíveis consequências dos atos, mas o legislador buscar ampliar ao máximo a racionalidade prática no processo de edição do ato, em consideração atenta ao modo como os “valores jurídicos” formam e conformam o raio de legitimidade de atuação *in concreto*.

Não por outra razão, o parágrafo único do artigo 20 dispõe que “a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida”, inclusive em face das possíveis alternativas. Este enunciado normativo é extremamente relevante para a segurança jurídica no manuseio de competências discricionárias, pois, como visto acima, quando maior o grau de indeterminação e abertura normativa na competência *in abstracto*, maior será a necessidade de legitimação pela fundamentação concomitante, clara, necessária e congruente da medida administrativa tomada.

Observe-se que o dispositivo está fortemente construído para sinalizar que segurança jurídica na edição de atos discricionários exige observância cabal do princípio da proporcionalidade. Demonstrar como se observou a formação do juízo de proporcionalidade inerente ao juízo decisório da Administração. A motivação confere transparência a todas as fases da metodologia utilizada pelo administrador no manejo da sua competência.⁷⁷¹

Nos termos do artigo 22, dispõe-se que, na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

Interpretado à luz da teoria da discricionariedade administrativa, não há menor dúvida de que a segurança jurídica aqui preconizada é a da própria Administração Pública, que convive com “obstáculos” e “dificuldades reais”, os quais podem servir de motivos para a edição de determinado ato, em face de certas “exigências de políticas públicas”.

O comando irradia segurança jurídica em favor do administrador, que pode enfrentar limitações institucionais insuperáveis. Todavia, o mesmo dispositivo não deixa os administrados sem as garantias próprias decorrentes da afirmação legal de seus direitos fundamentais, individuais

⁷⁷⁰ Conferir: GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional, v. 2020, p. 97-124, 2020.

⁷⁷¹ Conferir: NOHARA, Irene Patrícia. Motivação do Ato Administrativo na Disciplina de Direito Público da LINDB. In: Thiago Priess Valiati; Luís Alberto Húngaro; Gabriel Morettini e Castella. (Org.). A Lei de Introdução e o Direito Administrativo Brasileiro. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, v. 1, p. 3-20.

e sociais, em face da Administração. Certamente, o dispositivo exsurge em resposta ao denominado ativismo judicial no controle jurisdicional de políticas públicas,⁷⁷² tenham estas fundamento constitucional direto ou indireto, ou fundamento legal. Nesta linha, aparece como cláusula de reforço da discricionariedade administrativa no âmbito da formulação, execução e implementação de políticas públicas, com a correlata modulação de possível controle da ação institucional administrativa.

Em sua mensagem central, a diretriz legal de interpretação do exercício de competências administrativas no campo de políticas públicas seguirá a linha do equilíbrio e da ponderação, conforme as circunstâncias de cada caso, ou seja, o ponto ótimo entre interesses, bens, direitos e situações, juridicamente passíveis de tutela, dentro do complexo concerto que rege o Estado Democrático de direito, estruturalmente fundado no valor do pluralismo, a partir da matriz axiológica central da dignidade humana.

Como já dito, a discricionariedade é caracterizada pela *circunstancialidade* ou *mensurabilidade* da competência administrativa. Com a regra explicitada na LINDB, há reforço deste tranço central das normas administrativas institutivas de políticas públicas, com o dever de movimento do aparelho administrativo com a devida segurança jurídica conforme as balizas de cada contexto decisório. Nesta direção, o parágrafo primeiro do artigo 22 estipula que, relativamente à validade de ato, na implementação de políticas públicas, sejam consideradas “as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente [administrativo]”.

Vale o registro de que não se tem uma definição dogmática do que seja o campo das “políticas públicas”, ou da “gestão pública”.⁷⁷³ Desde o momento em que o Estado Democrático de Direito suscita, com legitimidade, a apreciação jurisdicional não só da tutela de direitos fundamentais individuais e sociais (artigo 5º, XXXV), mas também de direitos difusos e coletivos (artigo 129, inciso III), o Direito Administrativo vem forjando um conceito jurídico-dogmático para esta categoria.⁷⁷⁴ Há inúmeras políticas públicas tratadas no plano constitucional ou no plano legal. A previsão da tutela de direitos fundamentais individuais e sociais, bem como a tutela processual

⁷⁷² Conferir: ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Ativismo Judicial. Revista Trimestral de Direito Público, v. 58, p. 64-69, 2013.

⁷⁷³ Para interessante contextualização do uso do termo gestão pelo Direito Público, conferir: ABE, Nilma de Castro. Gestão do Patrimônio Público Imobiliário. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 59.

⁷⁷⁴ Conferir: SAAD, Amauri Feres. Regime jurídico das políticas públicas. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

de interesses difusos e coletivos sustenta a contrastabilidade judicial da forma de atuação comissiva ou omissiva da Administração Pública neste contexto. É próprio deste controle jurisdicional (v.g, através da ação civil pública) que seja manejada para a imposição de obrigações de dar, fazer ou não fazer, não cumpridas pelo Estado-Administrador, mas com ampla positividade estabelecida.

Ao tratar de segurança jurídica em políticas públicas, o legislador acaba por cristalizar ou formalizar o reconhecimento deste conceito como forma categorial própria, inconfundível com as tradicionais formas de produção jurídica no campo do Direito Administrativo. Eis uma grande contribuição para a interpretação e aplicação do direito público, na persecução legítima de interesses públicos.

Daí que o artigo 20, ao proclamar segurança jurídica neste controle, ela própria estará submetida à leitura advinda do paradigma do Estado Democrático de Direito, a exigir aprofundamento no processo estatal decisório, com a adequada topografia constitucional e legal de toda a situação-problema que se coloca para apreciação administrativa, exigindo da Administração uma atividade prévia e procedimentalizada de coleta dos interesses jurídico-materiais que figuram na delimitação do problema e de suas soluções.

Extraí-se do novo artigo 23 da LINDB a diretriz interpretativa a exigir segurança jurídica da Administração Pública, na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados. Por esta razão, e considerando toda a análise já apresentada nos capítulos precedentes, este dispositivo tem singular relevância para o manuseio de competências administrativas discricionárias.

A LINDB não encerra a controvérsia doutrinária em afirmar ou negar a outorga de potestades discricionárias através desta técnica de positivação. A concretização de conceitos jurídicos indeterminados invariavelmente conduz a apreciação de cada situação, com o possível enquadramento de circunstâncias nas zonas semânticas de certeza (positiva ou negativa) e de incerteza (neutra). Logo, torna-se fundamental ressaltar a segurança jurídica nesta atividade de interpretação e de valoração, sob pena de vingar o subjetivismo aleatório no exercício da função administrativa.

O que a LINDB deixa claro é que a segurança jurídica pode e deve ser exigida tanto na previsão quanto na aplicação dos conceitos indeterminados, na linha das ideias acima defendidas. O fenômeno da discricionariedade está como pano de fundo nestes dispositivos interpretativos do direito público. Também se pode extrair a necessidade de densidade normativa adequada,

congruente e proporcional na utilização destes conceitos, bem como sua apreciação administrativa, passível de controle de legalidade.

Entretanto, os novos dispositivos não esclarecem apenas isto. Avançam para estabelecer que interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado não cabe realizar a aplicação retroativa da mesma (artigo 24). Por outro lado, há previsão de que, conforme o caso concreto, a Administração deverá estabelecer um regime de transição, quando indispensável ao cumprimento da nova interpretação ou orientação, por parte dos administrados, que estão submetidas à sua observância, mas de forma proporcional, equânime e eficiente (art. 23)

Neste último enunciado, pode-se reconhecer que o legislador foi além do estabelecimento de uma norma de sobredireito, porque está estabelecendo uma competência material em favor de órgãos e entes da Administração Pública. Assim, no máximo, tal como positivado, este “regime de transição” vigora para o âmbito federal, não podendo lei federal, a pretexto de introduzir critérios de interpretação, invadir o campo de autonomia administrativa dos entes federados (artigo 18 da CF), que se submetem à sua respectiva legislação administrativa, além das normas previstas nas suas Leis Máximas. Registre-se, outrossim, que a ideia de regime de transição merece elogio e difusão, revelando um instrumento técnico-jurídico relevante para propiciar maior segurança jurídica em situações em que há mudanças de orientações gerais, na atividade administrativa do Estado.

O artigo 26 da LINDB trouxe a previsão da possibilidade de celebração de “compromisso com os interessados”, com o fim de “eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público” A ideia é promover a consensualismo do exercício da função administrativa. Ou seja, no lugar de utilizar e exercer suas potestades administrativas que redundam na produção de atos administrativos unilaterais, a Administração Pública deverá priorizar soluções consensuais ou compromissórias. O acréscimo em termos de segurança jurídica estaria na eliminação de possíveis arbitrariedades na produção jurídica unilateral, pela Administração Pública, em razão do recurso aos compromissos previstos na LINDB. Também resta patente que a ideia busca impulsionar uma forma mais segura de participação na função administrativa, vez que o consenso pressupõe diálogo, envolvimento, concertação e adesão na formação do acordo. Todavia, há pontos relevantes que merecem ser considerados.

Em primeiro lugar, atuação unilateral não significa atuação arbitrária. É perfeitamente possível que a produção de atos administrativos a cargo da Administração Pública se faça de modo unilateral, sem que este caráter de unilateralidade implique algum desabono ao exercício regular da função pública. Isto vale inclusive para as hipóteses amplíssimas referidas no dispositivo (“eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público”).

O exercício de potestades administrativas está governado por princípios que demarcam a proteção dos interesses públicos - categoria repaginada como “interesses gerais” na LINDB.⁷⁷⁵ Dentre eles, a indisponibilidade dos interesses públicos implica que as competências públicas possuem características de irrenunciabilidade, imodificabilidade, intransferibilidade, imprescritibilidade, mensurabilidade, e exercício obrigatório. O motivo, para tanto, está na origem legal, normativa ou estatutária das competências. Não é possível tratar o tema da concertação no direito público, como se estivesse no campo próprio do direito privado.

O artigo 26 da LINDB reconhece a origem legal das competências públicas, quando determina a observância da legislação aplicável. Em havendo previsão de potestade consensualizada, de fato, não haverá o que se opor, em termos de legalidade formal e material da ação administrativa.

Assim, em segundo lugar, o artigo 26 não pode alcançar o status de permissivo legal geral habilitante de consensualidade no Direito Administrativo⁷⁷⁶, porque isto significaria afastamento cabal da legislação administrativa editada pelos entes federativos, que não acolhem ou não venham a acolher produção jurídica consensualizada na função administrativa. Uma norma de *sobredireito* não teria como veicular esta prescrição jurídica, ressalvada a situação de norma constitucional. Como é a Constituição que introduz o direito público, especialmente o direito administrativo, e não

⁷⁷⁵ O conceito de “interesses gerais” não tem aptidão para revelar o significado do conceito de “interesse público”. Vale registrar que, nos termos da Constituição Federal, o “interesse público” está consagrado como próprio de qualquer ato legislativo, como resultado do processo legislativo, incorporado ao produto legislativo, como se observa no artigo 66, §1º. A complexidade de sua identificação no processo de positivação e de decisão, no Direito Administrativo, não autoriza o seu abandono. Ao contrário, exige um esforço dinâmico e redobrado para aprimorar a compreensão científica e dogmática do conceito, que se mostra fundamental para indicar interesses juridicamente tutelados em face da dimensão comunitária da existência da pessoa humana.

⁷⁷⁶ Em sentido contrário: DE PALMA, Juliana; GUERRA, Sérgio. Art. 26 da LINDB. Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018.

o legislador em suas obras legislativas (no que se inclui a LINDB), logo a pretensão do legislador não tem a aptidão de produzir este efeito normativo.

Como norma jurídica administrativa geral e comum, o artigo 26 da LINDB só pode operar efeitos no campo da legislação administrativa federal. A consensualidade vem, em passos largos e crescentes, ganhando o cenário em relevantes legislações administrativas nacionais e federais, mas ela exige um adequado balizamento da sua adoção, em vista das suas “consequências práticas” em termos institucionais. A proclamação geral da consensualidade depende da legislação administrativa competente, e, mesmo assim, após uma eficiente e eficaz avaliação de suas consequências no plano administrativo. Consensualismo e experimentalismo exigem habilitação prévia, sob pena de manifesta ofensa à indisponibilidade de interesses públicos, que é um princípio constitucional regente do Direito Administrativo Brasileiro.

Quando se analisam em conjunto consensualidade e discricionariedade, em face do postulado da segurança jurídica, ficam nítidos os riscos de arbitrariedade que soluções consensuais inapropriada ou apressadamente concebidas podem acarretar em termos de atuação administrativa. A própria leitura do artigo 26 da LINDB demonstra o grau superlativo de discricionariedade que está na celebração de compromissos, como os nela preconizados. Seja em termos de hipótese, seja em termos de conteúdo, seja em termos de procedimento, o dispositivo caminha para ensejar maior insegurança jurídica. A premissa do consensualismo pode afastar a produção jurídica unilateral, mas a discricionariedade ínsita à consensualidade pode catalisar inúmeras situações arbitrárias, na aplicação de solução consensual pragmática, violando a segurança jurídica.

Não só a atuação consensual, mas também a atuação administrativa unilateral, por imperativos constitucionais, está submetida ao dever de “buscar solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais”. A abertura para a consensualidade exige um necessário reforço da disciplina da organização e procedimentos administrativos, no bojo de políticas públicas estabelecidas, como palco em que a mesma se desenrolará.

Esta premissa é tão verdadeira e necessária que o próprio artigo 26, prevendo situações comuns de ofensa aos fundamentos do Estado de Direito, destacadamente a isonomia no plano administrativo, estabelece que o compromisso “não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral”. O dispositivo contém uma óbvia sinalização de que acordos não podem gerar aos seus beneficiários o afastamento da sua

condição de submissão geral ao regime jurídico-administrativo. Mas uma vez, o conceito de potestade é afirmado na LINDB, pois ele implica o estado de sujeição de todos os alcançados pela sua existência normativa.⁷⁷⁷

Por fim, e necessário recordar que, no sistema constitucional brasileiro, não é possível instituir, primariamente, sanções administrativas no plano infralegal. Consoante o artigo 26, o compromisso “deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento”. Este último fragmento só pode ser interpretado, no sentido de que as sanções aplicáveis já estarão previstas em lei anterior ao compromisso, o que só robustece a necessidade de que a consensualidade exige uma atividade administrativa legalmente balizada, sob a égide da eficiência, para ser instituída como política administrativa em qualquer campo de atuação da Administração Pública, que considere inclusive os efeitos do descumprimento de acordos, estabelecendo as devidas sanções no campo do Direito Administrativo Sancionador.⁷⁷⁸

Em seu artigo 29, a LINDB estabelece que, em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão. A participação pública reforça o grau de segurança jurídica, na medida em que favorece o atingimento de todas as exigências próprias do postulado (cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade na atuação administrativa, fundada em competência discricionária).

Por fim, nos termos do artigo 30 da LINDB, as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. O conjunto de alterações normativas é finalizado por dispositivo, que cumprirá o efeito relevante de impulsionar a densificação de normas de competências discricionárias no universo do direito administrativo brasileiro. Como norma de sobredireito, não poderia criar nenhum dever jurídico material ou potestade para os órgãos e entes da Administração Pública, em todos os planos federativos, ressalvado o plano federal.

⁷⁷⁷ Conferir: ROMANO, Santi. Fragmentos de um Dicionario Juridico. Tradução de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

⁷⁷⁸ Conferir: OLIVEIRA, Jose Roberto Pimenta.; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito Administrativo Sancionador. Breve evolução Identidade. Abrangência e Funcionalidades. Interesse Público, v.22, p.83 - 126, 2020.

De todo modo, para acrescentar o nível de segurança jurídica da prática administrativa brasileira não há outro caminho senão incrementar, em nível adequado, o uso de atos infralegais normativos, a aprovação de súmulas administrativas, bem como a utilização de consultas públicas no processo de formação da vontade estatal. O caráter vinculante, previsto no parágrafo único, surte efeitos no âmbito federal, mas dependerá da legislação administrativa de cada nível federativo. Houve a consagração legislativa do princípio da inderrogabilidade dos atos regulamentares, bem como do princípio da vinculatividade no caso de súmulas administrativas. Em ambos os casos, são vetores significativos de resguardo da segurança jurídica, no plano federal.

7. Conclusões

1. A atribuição e o exercício da discricionariedade administrativa estão submetidos ao princípio constitucional da segurança jurídica.
2. O princípio da segurança jurídica impõe o respeito aos ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade na atuação administrativa, fundada em competência discricionária.
3. A segurança jurídica incide na estática e na dinâmica da discricionariedade, sujeitando ao devido controle jurisdicional.
4. A dissecação dos aspectos discricionários da competência administrativa, a classificação das atividades administrativas e a índole dos provimentos administrativos disciplinados são elementos relevantes para o estudo da incidência do princípio da segurança jurídica, no que atina ao mandamento de cognoscibilidade da atuação estatal.
5. As normas jurídicas atributivas da discricionariedade devem ser acessíveis, abrangentes, claras e suficientemente densas, sob pena de violação da inteligibilidade do Direito.
6. Apesar da indispensabilidade do recurso a conceitos jurídicos indeterminados na formulação das regras de competência administrativa, haverá ofensa à segurança jurídica na outorga de margens intoleráveis de indeterminação que só conduzem à expansão da arbitrariedade administrativa.
7. À luz do conhecimento disponível sobre a matéria regulada, estabelece-se um vínculo lógico-jurídico entre indeterminação normativa, competência decisória outorgada e finalidade pública tutelada, na discricionariedade.

8. Na fisionomia normativa dos elementos e pressupostos de validade dos atos administrativos, praticados em regime de discricionariedade, maior o grau de indeterminação e abertura decisória conduz ao tratamento normativo diferenciado e mais rigoroso de aspectos vinculados da competência.

9. A exigência de confiabilidade impõe a adequada estabilidade das normas delimitadoras do exercício da discricionariedade, sendo certo que o caos normativo é violação frontal da segurança jurídica;

10. Critérios interpretativos e decisórios não podem variar ao sabor da vontade pessoal do administrador. Devem considerar, de forma objetiva e coerente, a circunstancialidade do exercício da competência administrativa, ou seja, a compostura de cada caso concreto e suas singularidades fáticas e jurídicas.

11. A calculabilidade do Direito impõe o regular manuseio da regra de competência discricionária nos termos da Lei e do Direito, inseridos sistematicamente no ordenamento jurídico, cujas bases encontram-se na Constituição Federal. Atenta contra a segurança jurídica toda e qualquer forma de extravasamento da competência material pelo administrador.

12. O processo administrativo é instrumento fundamental de garantia dos direitos dos administrados e de realização legítima do interesse público, e como tal, elemento essencial para o cumprimento do princípio da segurança jurídica pelo aparelho administrativo do Estado.

13. O exercício da discricionariedade deve observar as garantias do ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada, sob pena de invalidação pelos órgãos competentes de controle, interno ou externo.

14. A Lei nº 13.655/2018 trouxe importantes alterações normativas em prol da segurança jurídica, que também se incluem doravante como limites legais no exercício da competência discricionária pela Administração Pública, na interpretação e aplicação de competências administrativas.

15. Apenas os dispositivos que extravasam o campo de normas de *sobredireito*, constantes da Lei nº 13.655/2018, são aplicáveis aos órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta Federal, porque neste caso são integrantes da legislação administrativa federal, e não podem ofender a autonomia administrativa dos entes federativos, prevista na Constituição Federal (artigo 18).

Referências bibliográficas

ABE, Nilma de Castro. Gestão do Patrimônio Público Imobiliário. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2ª ed. São Paulo; Malheiros, 1993.

_____. Relatividade da competência discricionária. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Grandes temas de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 81-90.

_____. Direito adquirido e o direito administrativo: uma nova perspectiva. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Grandes temas de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 11-33.

_____. Curso de Direito Administrativo. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, nº 40, Belo Horizonte, Fórum, p. 291-313, abr./jun. 2010.

CARVALHO, Gustavo Marinho de. Precedentes administrativos no direito brasileiro. 2013. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

COUTO E SILVA, Almiro. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado – Cadernos de Direito Público. Porto Alegre: Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, v. 27, n. 57 supl., p. 95-110, 2003.

DE PALMA, Juliana; GUERRA, Sérgio. Art. 26 da LINDB. Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 33ª Ed. São Paulo: Forense, 2020.

DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada. 13ª ed. São Paulo; Saraiva, 2007.

DROMI, Roberto. Derecho administrativo. Buenos Aires: Hispana Libros, 2006.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. Justicia e seguridad jurídica em um mundo de leyes desbocadas. Madri: Civitas, 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. Técnica. Decisão. Dominação. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Competências administrativas dos Estados e Municípios. In: Revista de Direito Administrativo, n.207, p. 1-19, 1997.

FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum. 2007,

GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional, v. 2020, p. 97-124, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Parte Geral. Volume 1. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Volume 1 – Parte Geral, 16ª ed. São Paulo: SARAIVA, 2018.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade técnica. Revista Direito da UFMS, v. 1, p. 165-185, 2015.

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.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 6ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MAIRAL, Héctor A. As raízes legais da corrupção: ou como o direito público fomenta a corrupção em vez de combatê-la. São Paulo: Contracorrente, 2018.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios e função jurisdicional. In: Revista de Investigações Constitucionais. v. 5, p. 135-164, 2018.

_____. As alterações da LINDB e a ponderação dos atos administrativos. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, v. 20, p. 259, 2020.

MARRARA, THIAGO. Princípios do processo administrativo. Revista Digital de Direito Administrativo - RDDA, v. 7, p. 85-116, 2020.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de administrativo. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MELLO, Rafael Munhoz de. Processo administrativo, devido processo legal e a Lei nº 9.784/99. In: Revista A& C Direito Administrativo e Constitucional. Ano 3. Nº 11, 2003.

NADER, Paulo, Curso de Direito Civil. Parte Geral – Volume 1. 9ª ed. Rio de Janeiro; Forense, 2013.

NOHARA, Irene Patrícia. Motivação do Ato Administrativo na Disciplina de Direito Público da LINDB. In: Thiago Priess Valiati; Luís Alberto Húngaro; Gabriel Morettini e Castella. (Org.). A Lei de Introdução e o Direito Administrativo Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 1, p. 3-20, 2019.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O requisito lógico do ato administrativo. Revista Trimestral de Direito Público. Malheiros, São Paulo, v.19, p.81 - 102, 1997.

_____. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro. São Paulo; Malheiros, 2003.

_____. Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

_____. Reflexões sobre a pós-modernidade e direito administrativo. Revista Brasileira de Estudos da Função Pública - RBEFP. Belo Horizonte, Fórum, v.12, p.83 - 104, 2015.

_____. Código de Conduta e de Ética na Administração Pública Federal: Breves anotações In: Governança, Compliance e Cidadania. 2ª ed. São Paulo-SP: Editora da Revista dos Tribunais - Thomson Reuters, v.1, p. 300-330, 2019.

OLIVEIRA, Jose Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito Administrativo Sancionador. Breve evolução Identidade. Abrangência e Funcionalidades. Interesse Público, v.22, p. 83-126, 2020.

PEREIRA JUNIOR, J. T.; MARCAL, T. B. . Juridicidade Administrativa Conglobante, no Limiar de uma Nova Legislatura Municipal. Revista Conceito Jurídico, v. 49, p. 24-29, 2021.

PIRES, Luís Manuel Fonseca. A estabilidade como atributo do ato administrativo. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coords.). Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco :Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1946, Tomo I, Rio de Janeiro, Borsói, 1963.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Ativismo Judicial. Revista Trimestral de Direito Público, v. 58, p. 64-69, 2013.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Volume 1 – Parte Geral. 34ª ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROMANO, Santi. Fragmentos de um Diccionario Juridico. Tradução de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

SAAD, Amauri Feres. Regime jurídico das políticas públicas. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

VALIM, Rafael. O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2010.

VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Org.). Tratado sobre o Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil – Parte Geral. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.



DEVIDO PROCESSO LEGAL DE NEGOCIAÇÃO DOS ACORDOS ADMINISTRATIVOS

753

Juliana Bonacorsi de Palma

*Mestre e Doutora pela Faculdade de Direito da USP. Master of Laws pela Yale Law School.
Professora e pesquisadora da FGV Direito SP. Coordenadora do Grupo Público da FGV Direito
SP.*

1. Introdução

Os *acordos administrativos* estão hoje sedimentados na teoria e na prática do Direito Administrativo, estando superado qualquer óbice principiológico ou operacional à atividade consensual na Administração Pública. Apesar da segurança jurídica sobre a viabilidade jurídica de o Poder Público firmar acordos administrativos, as leis de regência são insuficientes em disciplinar seu desenvolvimento prático, notadamente seu *processo de negociação*.

A Lei da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85) não disciplina o processo de negociação do TAC em seu art. 5º, §6º. Tampouco a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92), recentemente alterada pela Lei Anticrime, prevê o modo de negociação dos acordos de não persecução cível em seu art. 17, §1º. Nessa linha, a Lei Anticrime (Lei n.º 12.846/2013) nada dispõe sobre o rito de negociação dos acordos de leniência em seu art. 16. Esta *baixa normatividade* quanto à negociação dos acordos na esfera administrativa também se evidencia no âmbito regulamentar. Quando muito, essas normas estabelecem uma negociação marcadamente formalista e burocrática, como se encaixasse em uma dinâmica contenciosa administrativa.

No exemplo da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), que tem uma das iniciativas pioneiras na previsão do TAC⁷⁷⁹, a negociação foi prevista em bases ritualísticas de um processo formal: requerimento de TAC, admissão da proposta ou modificação, fase de recurso da decisão de inadmissão, recebimento da minuta de TAC, fase de adequações pela Superintendência, remessa da minuta de TAC à Procuradoria e decisão da Diretoria Colegiada⁷⁸⁰.

Como se sabe, os acordos administrativos têm uma dinâmica de aperfeiçoamento marcadamente bilateral, aperfeiçoando-se mediante convergência de vontades entre os celebrantes sobre as cláusulas que, uma vez cumpridas, determinam a terminação consensual do processo administrativo. É a fase de negociação fundamental, portanto, ao bom desenho dos acordos e adequada satisfação das finalidades específicas às quais se dirige. Contudo, ainda que relevante, a negociação tende a não receber o tratamento jurídico à altura. Consequentemente, o Poder Público termina por manter-se em posição de supremacia na medida em que faz uso de suas prerrogativas para maximizar seus benefícios com os acordos. Na prática, evidenciamos *acordos unilaterais* celebrados com o particular em relações marcadamente verticalizadas, cujo contraditório é praticamente inexistente.

O presente artigo analisa este problema e reafirma o dever de observância do devido processo legal na celebração dos acordos administrativos⁷⁸¹. Do contrário, tanto a consensualidade pode se desnaturar e a Administração perder um instrumento alternativo à via de ação típica, quanto o instrumento entrar em desuso, seja porque o particular deixa de se interessar pela consensualidade, seja em razão do aumento extraordinário dos custos de transação.

⁷⁷⁹ Originalmente, a consensualidade no âmbito da ANTT foi prevista na Resolução n.º 152/2003. Atualmente, o instrumento é disciplinado pela Resolução n.º 5.823/2018.

⁷⁸⁰ Cf. art. 5º, Resolução ANTT n.º 5.823/2018.

⁷⁸¹ O foco do presente artigo corresponde ao momento da celebração do acordo, e não quanto à sua execução. Para uma análise da aplicação do devido processo legal à execução de acordo administrativo, cf. CARLOS ARI SUNDFELD e JACINTHO ARRUDA CÂMARA, *O Devido Processo Administrativo na Execução de Termo de Ajustamento de Conduta*, 2008.

2. Acordos de adesão e o “efeito de torção de braço”: onde está a consensualidade administrativa?

Uma realidade precisa ser noticiada: os *acordos administrativos* estão menos próximos aos contratos e mais próximos às regras.

A consensualidade pressupõe a horizontalidade das relações administrativas, com Poder Público e particulares trabalhando conjuntamente, e em pé de igualdade, para o desenho de um acordo que satisfaça mais plenamente as finalidades públicas específicas. Isso não é verdade na maior parte dos acordos administrativos. Não raro inexistente a negociação. O Poder Público simplesmente apresenta uma proposta de acordo pronta e definitiva. Esta proposta é, em geral, bastante desfavorável ao particular, com cláusulas que determinam o recolhimento de alto valor ou a imposição de obrigações que apenas validamente se colocariam mediante determinação normativa, o que não é o caso. A proposta é apresentada nos termos *take it or leave it*: ou assina o acordo, tal qual apresentado e definido unilateralmente pelo Poder Público, ou o processo administrativo será instaurado ou continuará em curso. A única margem de opção do particular neste caso concreto é assinar ou não assinar. Qualquer outra margem de negociação lhe é facultada. Tem-se, assim, os *acordos de adesão*⁷⁸².

Em investigação empírica dos TACs firmados pelo Ministério Público do Estado de São Paulo sob a égide da Lei de Ação Civil Pública, FERNANDA PICCININ LEITE qualifica os TACs analisados como “*TACs normativos*”, eis que “*são utilizados pelo Ministério Público como uma espécie de ato normativo negociado e em substituição ou complementação ao exercício do poder de polícia por parte do órgão ambiental competente*”⁷⁸³.

⁷⁸² A terminologia “acordo de adesão” foi delimitada a partir do instituto do “contrato de adesão”, cujas similitudes são notáveis. A despeito de o contrato ser a convergência de vontade, como se verifica também com o acordo, o contrato de adesão tem em si a nota da unilateralidade, assim como os acordos unilaterais. Por esta razão do Código de Defesa do Consumidor ter trabalhado detidamente a figura do contrato de adesão em seu art. 54: “[c]ontrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

⁷⁸³ Desconstrução da Natureza Regulamentar dos Termos de Ajustamento de Conduta (TACs). Dissertação de Mestrado Profissional apresentada na FGV Direito SP, 2020, p. 68.

Ao menos três cenários operacionais podem ser extraídos da prática da consensualidade administrativa: (i) os acordos de adesão pela iminência da responsabilização na esfera administrativa; (ii) os acordos de adesão pela decisão inabalável do particular em pactuar; e (iii) os acordos de adesão pela necessidade de autorização ou licença para início de atividades privadas.

Cenário 1 – Os acordos de adesão pela iminência da responsabilização na esfera administrativa

Em geral os acordos de adesão são ofertados pelo Poder Público nos setores em que a autoridade estatal é inquestionável e eficiente, seja em termos de aplicação de sanções, seja em termos de execução dessas sanções. Outro caso é a ocorrência de acordos de adesão nos casos que a Administração Pública já formou sua convicção sobre a responsabilização administrativa, ou seja, a Administração já considera o particular infrator. Em ambas as situações, é a iminência da responsabilização na esfera administrativa que leva o Poder Público a apresentar acordos de adesão. A capacidade institucional do ente público ou a instrução processual termina por colocar a Administração em uma posição de mais vantagens na negociação e ela a exerce mediante o oferecimento de acordos de adesão.

Cenário 2 – Os acordos de adesão pela decisão inabalável do particular em pactuar

Também os acordos de adesão se verificam quando o Poder Público evidencia que o particular definitivamente anseia celebrar o acordo, não importando o motivo para tanto. Pode ser que o particular de fato tenha cometido uma infração ou queria se ver livre do processamento administrativo. A causa pouco importa; o relevante mesmo é evidenciar que o particular não vislumbra outra alternativa senão celebrar o acordo, custe o que custar. Neste cenário, o Poder Público novamente goza de maiores vantagens negociais frente ao particular, o que pode culminar em um pacto unilateral e excessivamente oneroso para o particular.

Cenário 3 – Os acordos de adesão pela necessidade de autorização ou licença para início de atividades privadas

Pode ser, ainda, que o particular precise daquela específica autorização ou licença para iniciar seu negócio. Devido aos entraves burocráticos, que encarecem e retardam o início das atividades privadas, o particular pode se motivar a celebrar acordos integrativos ainda que pague um preço alto, medido quanto ao recolhimento de valores ou ao cumprimento das obrigações definidas unilateralmente pelo Poder Público. Objetivando viabilizar seu empreendimento privado, o particular consente com os termos do acordo de adesão.

Em comum, esses três cenários descrevem situações em que o Poder Público se apresenta com grande vantagem negocial frente ao privado, com evidente disparidade de armas. Ainda que a consensualidade pressuponha horizontalidade das relações administrativas, diálogo e construção colaborativa das cláusulas, fato é que o acordo de adesão termina por manter características próprias da atuação administrativa típica na consensualidade, notadamente: unilateralidade, permanência das prerrogativas públicas em favor da Administração e verticalidade.

Desse modo, os acordos de adesão são formalmente expressões da consensualidade, mas materialmente uma decisão com forte componente de unilateral. Certo é que o grau de negociação variará conforme o instrumento consensual em jogo, seu regime jurídico, partes envolvidas e contexto. Os acordos de adesão têm uma participação do particular bastante diminuta na modelagem de suas cláusulas; não raro, esta participação se resume à aceitação formal da minuta apresentada pelo Poder Público. O particular deixa de participar ativamente do desenho da decisão consensual, sendo sua expressão de vontade secundária.

Resolução n.º 199/2011 da ANAC, por exemplo, previa que a proposta de TAC seria formulada pela ANAC, cabendo unicamente ao particular devolvê-la assinada no prazo de 20 dias⁷⁸⁴. Como se pode evidenciar, o regulamento não apenas deixava de dispor sobre a fase de negociação, quanto limitava sobremaneira o papel do particular nessa dinâmica consensual. A

⁷⁸⁴ Cf. Resolução ANAC n.º 199/2011, art. 7º: “[a] proposta de TAC formulada pela ANAC deverá ser devolvida devidamente assinada no prazo de 20 (vinte) dias do seu recebimento pelo regulado sob pena de preclusão, além do prosseguimento das ações administrativas pertinentes, inclusive novas autuações caso a irregularidade persista”.

Resolução n.º 199/2011 foi expressamente revogada pela Resolução n.º 472/2018, que não reproduziu esse preceito. No entanto, constata-se que o papel do particular na negociação dos TACs continua diminuto na medida em que seu art. 79 nem ao menos menciona o particular, enfatizando a competência unilateral da ANAC propor o TAC e decidir sobre a sua celebração^{785 786}.

Os grandes problemas com o aperfeiçoamento da atividade administrativa consensual em acordos de adesão relacionam-se diretamente ao “efeito de torção de braço”. Esta expressão é a melhor tradução que encontramos ao termo americano *arm-twisting effect*, compreendido, nas palavras de LARS NOAH, como “a ameaça feita por um órgão de impor uma sanção ou reter um benefício com a expectativa de compelir adesão ‘voluntária’ com uma determinação que a Agência não conseguiria impor diretamente à entidade regulada”⁷⁸⁷. O efeito de torção de braço se pauta em um método de persuasão bastante eficaz na medida em que o Poder Público retém aquelas prerrogativas que a consensualidade visa afastar: o exercício da prerrogativa sancionatória, por exemplo, é a ameaça para compelir a celebração de acordo de adesão.

A característica mais marcante do efeito de torção de braço é que, na prática, o acordo administrativo se desnaturaliza, tornando-se materialmente uma sanção administrativa ou uma norma. No caso da exorbitância na fixação da quantia a ser recolhida, tem-se que o acordo de adesão termina por ser efetivamente uma multa, esta que é a mais recorrente sanção administrativa. Por sua vez, a fixação de obrigações de fazer onerosas, muitas das quais não têm relação com o escopo do acordo, faz deste acordo de adesão um regulamento: diante de um consentimento meramente formal sobre os termos do pacto, evidencia-se verdadeira imposição de comandos unilateralmente definidos pelo Poder Público sob pena de revogação da suspensão do processo e aplicação de sanção. O

⁷⁸⁵ Resolução n.º 472/2018, art. 79: “[c]aso a aplicação de uma providência administrativa possa resultar em prejuízo grave e imediato à sociedade, a ANAC poderá, alternativamente, propor a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, a fim de proporcionar o retorno gradual do regulado aos padrões desejados. Parágrafo único. Compete à Diretoria da ANAC decidir sobre a celebração de TAC, após manifestação da(s) Superintendência(s) finalística(s) afeta(s) à matéria”.

⁷⁸⁶ O viés unilateral e redutor do papel do particular na definição do conteúdo do acordo administrativo também se verifica no âmbito da ANTAQ. Segundo a Resolução ANTAQ n.º 3.259/2014, art. 84, §2º: “[c]aso concorde pela celebração do TAC, o infrator deverá manifestar o seu interesse no prazo de cinco dias, a contar da data de ciência do oferecimento pela ANTAQ”.

⁷⁸⁷ LARS NOAH, *Administrative Arm-Twisting in the Shadow of Congressional Delegations of Authority*, 1997 WIS. L. REV. 873 (1997).

esquema comando controle, próprio das regras, também se faz presente nesses tipos de acordos de adesão, corroborando sua natureza normativa.

Depreende-se dessa análise que os acordos de adesão são efetivos mecanismos de *by-pass* do processo administrativo. Ao invés de desenvolver o processo administrativo, o Poder Público celebra um acordo de adesão em seu lugar. Nos dois primeiros cenários, é o processo administrativo sancionatório afastado, quando deveria se fazer presente para a aplicação de sanção. No terceiro cenário, é o processo administrativo normativo afastado. De fato, apenas mediante uma norma mostra-se juridicamente viável a cominação unilateral de obrigações, como se verifica nos acordos de adesão. Em qualquer caso a conduta da Administração Pública é abusiva e o acordo inválido por abuso de poder. No entanto, para além do formalismo do Direito, a consensualidade é hoje praticada no Brasil tipicamente pela via dos acordos de adesão. O problema precisa ser enfrentado visando à superação menos com base no permitido-proibido e mais a partir da valorização do processo administrativo.

3. Dever de paridade na negociação dos acordos administrativos

Se prevalece no panorama nacional normas sobre acordos administrativos com insuficiente ou inexistente tutela da negociação, algumas normas trazem um tratamento mais efetivo da negociação. É o caso, por exemplo, dos regulamentos sobre acordos substitutivos na ANS⁷⁸⁸, ANATEL⁷⁸⁹, ANCINE⁷⁹⁰ e CVM⁷⁹¹.

Ocorre que a eficiência dos acordos administrativos está diretamente atrelada à qualidade da negociação entre Poder Público e particular sobre os termos da avença. Uma negociação em que uma das partes disponha de injustificada vantagem negocial pode colocar em risco a sobrevivência dos acordos administrativos: se em um primeiro momento a consensualidade mostra-se uma alternativa

⁷⁸⁸ Cf. Resolução Normativa ANS n.º 372/2015.

⁷⁸⁹ Cf. Resolução ANATEL n.º 629/2013.

⁷⁹⁰ Cf. Instrução Normativa ANCINE n.º 118/2015.

⁷⁹¹ Cf. Deliberação CVM n.º 486/2005.

interessante à atuação administrativa típica, no longo prazo ela pode entrar em desuso ou seus instrumentos serem desnaturados. Na prática, serão aplicadas sanções sem prévio processo sancionatório e definidas normas jurídicas fora de um processo administrativo normativo.

Importante enfatizar que este artigo não prega a defesa incondicionada do particular frente ao Poder Público na negociação de acordos administrativos. O foco de preocupação é mais instrumental que propriamente pessoal. Consterno-me com a possibilidade de os instrumentos consensuais terem um fim trágico no médio prazo, diante a perpetuação de um estatismo, que afasta a efetiva colaboração dos particulares com a gestão pública, e da cultura da exorbitância, com a apresentação da Administração à mesa de negociação revestido de prerrogativas públicas intransponíveis. Pouca atenção se tem dado à negociação dos acordos administrativos, quando, na verdade, a consensualidade é primordialmente um mecanismo de negociação. Se a negociação inexistente ou não confere ao particular mecanismos efetivos de proposta e contraproposta, a consensualidade está em risco.

A despeito do regime jurídico especial que reveste o Poder Público, é fundamental que os acordos administrativos sejam celebrados com o *máximo possível de paridade de armas*⁷⁹². Por definição, a consensualidade pressupõe a horizontalidade das relações administrativas. Trata-se de um ideal de envolvimento entre Poder Público e particulares na celebração de acordos administrativos. Na prática, porém, nem sempre os acordos administrativos serão conduzidos com as partes em um mesmo patamar de negociação, de modo que se vislumbre efetiva horizontalidade das relações administrativas. Este fato não pode significar indiferença quanto ao equilíbrio entre Poder Público e particulares na consensualidade. O ideal mantém-se vivo e, mais ainda, serve de diretriz ao Poder Público, o qual sempre deve buscar ao máximo conferir abertura ao particular para que a negociação seja conduzida com o máximo possível de paridade de armas. A negociação com paridade de armas não pode ser lida como um protecionismo do particular ou mesmo como uma tentativa de diminuir o papel da Administração Pública na condução da gestão pública. Pelo contrário. O maior beneficiado é o interesse público.

⁷⁹² A paridade de armas na negociação dos acordos administrativos se deve ao modo de conceber o papel do particular na gestão pública. Por todos, cf. VITOR RHEIN SCHIRATO, *A Interação entre Administração Pública e Particulares nos Contratos Administrativos*, 2013.

Primeiramente, a paridade na negociação dos acordos administrativos valoriza o particular, que deixa de ser um simples executor das decisões tomadas pelo Poder Público para passar a ser um efetivo colaborador na definição do interesse público. As mais modernas técnicas de gestão pública clamam pela participação dos particulares no desenvolvimento das atividades administrativas, observadas as regras de legalidade, publicidade e transparência. Tal se deve à potencialidade das decisões públicas construídas de modo dialogado com os particulares. A colaboração efetiva do particular no desenho dos acordos administrativos tende a favorecer a solução do problema concreto ao qual o pacto endereça na medida em que a expertise detida pelo particular associada à criatividade do mercado determina a definição de cláusulas mais eficientes à satisfação do interesse público. Não se pode negar a proximidade do particular ao problema concreto e muito menos o vanguardismo técnico que na maior parte das vezes os particulares apresentam em relação ao Poder Público. Consciente dessas características, a Administração pode tirar proveito em benefício do interesse público ao permitir maiores margens de negociação aos particulares.

A paridade na negociação, que pressupõe a abertura à colaboração efetiva do particular na definição dos termos do acordo administrativo, gera maior confiança daquele ao Poder Público e valoriza a segurança jurídica. Há longa literatura que debate o impacto das prerrogativas públicas sobre a previsibilidade e a estabilidade das relações constituídas com o Poder Público. A paridade na consensualidade opõe-se ao cenário de exorbitância que tradicionalmente caracteriza o Direito Público brasileiro e que tanto já implicou no aumento dos custos de transação e na insegurança jurídica. Participando da construção das cláusulas do acordo administrativo, ou seja, na definição das obrigações de fazer e de não fazer, o particular celebrante passa a gozar de maior previsibilidade quanto à execução da avença.

Some-se a isso o fato de acordos administrativos desse jaez serem soluções do tipo ganha-ganha (*win-win solutions*): concessões recíprocas, arranjos criativos e inovadores e qualidade da resposta formal ao problema concreto formam acordos igualmente benéficos ao Poder Público e aos particulares⁷⁹³. Como decorrência, aumentam-se as chances de cumprimento espontâneo do pacto.

⁷⁹³

Cf. JULIANA BONACORSI DE PALMA, *Sanção e Acordo na Administração Pública*, 2015, p. 127 e ss.

Soluções unilaterais, definidas unicamente pelo Poder Público, podem ser resistidas, levadas à apreciação da instância controladora ou serem inexequíveis, determinando a renegociação dos termos pactuados. Uma vez que o particular participa ativamente na construção dos acordos administrativos, a probabilidade de serem plenamente cumpridos segundo seu traçado natural é maior na comparação com as decisões unilaterais.

Por essas razões a paridade na negociação dos acordos administrativos deve ser sempre buscada, sendo a exceção a verticalidade na consensualidade. A busca por uma negociação efetiva, em que o particular não seja apenas um figurante, permite alcançar soluções mais eficientes para lidar com o problema concreto, além de robustecer os instrumentos consensuais. Para garantia desta negociação efetiva, é fundamental a aplicação do devido processo legal na celebração dos acordos administrativos.

Mais recentemente, o ordenamento jurídico brasileiro parece ter internalizado essa ordem de preocupação quanto à necessária paridade na negociação de acordos administrativos.

O art. 26 da LINDB, introduzido pela Lei de Segurança Jurídica para a Inovação Pública (Lei n.º 13.655/2018), passa a ser o novo permissivo genérico à celebração de acordos administrativos pelo Poder Público, aplicando-se subsidiariamente à dinâmica consensual pública. Em seu §1º são apresentados os requisitos de validade do acordo administrativo, dentre eles a busca pela “*solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais*” (inc. I).

Ao estabelecer que o acordo deve ser *proporcional e equânime*, a LINDB termina por tutelar o particular nas relações de negociação com o Poder Público na consensualidade, o qual não poderá se sujeitar a cláusulas cuja carga de determinações seja além ou aquém da que seria prevista na decisão unilateral. Deve-se perquirir o ponto de equilíbrio ótimo entre situação concreta processualizada e a solução jurídica do TAC. Como já tivemos a oportunidade de nos manifestar:

A solução jurídica precisa ser construída com base em obrigações proporcionais e equânimes à decisão administrativa final, que considere todos os elementos dessa decisão como contexto, comportamento do compromissário, estágio de avanço do processo, impasses burocráticos etc. Trata-se de uma medida de salvaguarda dos direitos dos interessados na negociação. Considerando que o Poder Público sempre estará em posição de vantagem na negociação, na qualidade de autoridade administrativa detentora da competência decisória, o Direito precisa construir mecanismos para evitar o “efeito de torção de braço”, em que o particular termina por assumir obrigações simplesmente para fechar os acordos⁷⁹⁴.

Para todos os efeitos, aplica-se a parte geral do Código Civil aos acordos administrativos na medida em que têm a natureza jurídica de negócios jurídicos. Desse modo, qualquer forma de coação na pactuação deve ser coibida. Nos termos do art. 151 do Código Civil, a coação é um dos vícios do negócio jurídico, que vicia a declaração da vontade. O grande desafio está justamente em evidenciar quando se estará diante da coação na consensualidade administrativa. O referido preceito confere algumas balizas: (i) a coação deve gerar “*fundado temor de dano iminente e considerável*” subjetivamente ao particular; (ii) este temor deve recair sobre “*sua pessoa, família ou bens*”, assim como sobre terceiros, sendo que, neste caso, é imprescindível a decisão judicial; (iii) gravidade desta coação, a ponto de “*viciar a declaração da vontade*” do particular.

No REsp 802.060/RS, a Primeira Turma do STJ entendeu a ocorrência de coação e cerceamento de defesa na celebração de TAC ambiental no rito da ação civil pública. No caso concreto, o Min. Rel. LUIZ FUX vislumbrou que o TAC não foi resultado de acordo de vontades, mas de “*imposição*” pelo membro do Ministério Público em fase de inquérito. A notificação para comparecer para “negociar” o TAC se deu à guisa de incursão em crime de desobediência, tendo o

⁷⁹⁴ SÉRGIO GUERRA e JULIANA BONACORSI DE PALMA, *Novo Regime Jurídico de Negociação com a Administração Pública* in *Revista de Direito Administrativo*, edição especial, *Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei n.º 13.655/2018)*. Rio de Janeiro: FGV, 2018, p. 162.

particular assinado o acordo sem a presença de advogado. Quanto às cláusulas de obrigação, o particular se comprometeu a apresentar projeto de reflorestamento e doar um microcomputador à Agência Florestal, mas, segundo o voto condutor, o regime da ação civil pública não admite obrigações de dar que não sejam de valor pecuniário correspondente aos danos ambientais.

Oportunamente, a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão de Combate à Corrupção do MPF estabeleceu em sua Orientação n.º 10/2020 diretrizes à celebração do acordo de não persecução cível e de leniência, dentre as quais consta o direito de o celebrante, perante o MPF, “*celebrar o acordo com voluntariedade, vedada qualquer forma de ameaça, coerção ou coação no processo de celebração*”⁷⁹⁵.

Se comprovada coação, legítimo o pedido de indenização por abuso processo com fundamento no art. 27 da LINDB caso do acordo resultem prejuízos anormais ou injustos resultante da conduta de coação devidamente comprovada judicialmente⁷⁹⁶.

4. O devido processo legal na celebração de acordos administrativos

A regra do devido processo legal vem expressamente prevista no art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal: “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”. A abertura do preceito determina uma interpretação ampliadora, de modo que a regra do devido processo legal seja sempre observada quando a decisão final puder afetar a liberdade do sujeito ou seus bens, quer esta decisão seja oriunda do Judiciário, quer esta decisão seja oriunda do Ministério Público, quer esta seja uma decisão administrativa. É infensa a negociação da liberdade, razão pela qual a consensualidade jamais avançará sobre a primeira hipótese de aplicação do devido

⁷⁹⁵ Cf. art. 15, inc. I, Orientação n.º 10/2020, 5ª CCR/MPF.

⁷⁹⁶ LINDB, art. 27, caput: “[a] decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos”.

processo legal. Porém, é com base na segunda parte da regra constitucional que o devido processo legal tem ampla aplicabilidade na celebração de acordos administrativos.

Aqui vale uma incursão sobre a celebração de termos de ajustamento de condutas (TAC) pelo Ministério Público, com base na Lei da Ação Civil Pública⁷⁹⁷. Fora do âmbito da ação civil pública tramitada no Judiciário, os TACs celebrados pelo Ministério Público e Administração Pública têm natureza administrativa. Trata-se de efetivos acordos administrativos, ainda que celebrados pelo Ministério Público, razão pela qual as construções teóricas e as normativas aplicam-se também a esses TACs. Por outro lado, também os TACs celebrados entre Ministério Público e particulares que envolvam exercício de competência administrativa são efetivos acordos administrativos. Neste caso, verifica-se o deslocamento de competência administrativa para a esfera controladora do Ministério Público em razão da indefinição constitucional dos limites de atuação do Ministério Público no art. 127 da Constituição Federal. De qualquer modo, quando no exercício consensual de competências administrativas, que originalmente – e preferencialmente – deveriam ser exercidas pelo Poder Público, o Ministério Público celebra acordos administrativos e deve observância às regras dispositivas da consensualidade administrativa. Nada mais faz que as vezes do Poder Público.

*Todo e qualquer acordo administrativo demanda a realização de processo administrativo, seja ele celebrado pelo Poder Público ou pelo Ministério Público*⁷⁹⁸. Ocorre que as cláusulas de fazer e de não fazer inexoravelmente dispõem de conteúdo patrimonial. Deixar de praticar algum ato específico implica em prejuízos decorrentes do desperdício de uma atividade produtiva, por exemplo (custo de oportunidade). Do mesmo modo, o cumprimento de uma obrigação de fazer sempre acarretará em dispêndios patrimoniais, como a construção de uma obra de mitigação de impactos ambientais ou a contratação de equipe técnica especializada para auxiliar o particular a cumprir as determinações no pacto. De fato, como próprio do objeto transigível do acordo administrativo, sempre haverá uma correspondência patrimonial na consensualidade, com

⁷⁹⁷ Cf. art. 5º, §6º, da Lei n.º 7.347/85.

⁷⁹⁸ Sobre a relação entre exercício de função administrativa e dever de realizar processo administrativo, cf. VITOR RHEIN SCHIRATO, *As Partes do Processo Administrativo: os papéis da Administração Pública na Lei Federal de Processos Administrativos*, 2011.

possibilidade de privação parcial de bens. Pela regra do devido processo legal, os acordos administrativos precisam, portanto, ser celebrados no âmbito do processo administrativo sob pena de invalidação.

A tradução mais evidente da regra do devido processo legal corresponde à regularidade procedimental⁷⁹⁹. No que tange a consensualidade, o procedimento regular pressupõe ao menos cinco deveres: (i) dever de garantia do contraditório e da ampla defesa; (ii) dever de endereçamento das cláusulas consensuais ao problema concreto; (iii) dever de motivar; e (iv) dever de publicidade. Uma vez observados esses desdobramentos do devido processo legal na consensualidade administrativa, o efeito de torção de braço tende a ser mitigado senão inteiramente afastado.

Está subentendida no contraditório e na ampla defesa a paridade da negociação dos acordos administrativos. Na consensualidade, o diálogo e a efetiva colaboração do particular são pressupostos⁸⁰⁰. A melhor leitura do contraditório na consensualidade corresponde, portanto, ao contraditório substantivo e este não existe se o particular não tiver meios de apresentar propostas ou contrapropostas que sejam verdadeiramente consideradas e analisadas pelo Poder Público. Tampouco haverá a garantia da ampla defesa ao particular que esteja impedido de se manifestar com qualidade na negociação dos acordos administrativos. Na ponta, o efeito da torção de braço, que se configura em abuso de poder, impede que o particular se defenda de eventuais ilegalidades resultantes desta prática. Assim, o contraditório e a ampla defesa são assegurados mediante a abertura da negociação para que o particular apresente propostas de acordos e contrapropostas às minutas esquadrihadas pelo Poder Público. Ainda, propostas e contrapropostas devem ser seriamente estudadas pela Administração, a fim de que as partes construam de modo concertado as cláusulas que definem obrigações.

⁷⁹⁹ O debate sobre o devido processo legal na Administração Pública é amplo e conta com expressiva produção acadêmica. Superada a fase de negação da aplicação deste princípio à esfera pública, antes exclusivamente um princípio operativo no Judiciário, como adverte a Professora ODETE MEDAUAR, passou-se a desenvolver uma verdadeira linha de pesquisa sobre o tema. Cf. *A Processualidade no Direito Administrativo*, 2008, p. 37 e ss. Sobre o devido processo legal na Administração Pública, cf. EGON BOCKMANN MOREIRA, *Processo Administrativo. Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99*, 2007.

⁸⁰⁰ Sobre o estreito relacionamento entre Poder Público e particulares para consecução do interesse público ao longo da evolução do Direito Administrativo, cf. VITOR RHEIN SCHIRATO, *A Interação entre Administração Pública e Particulares nos Contratos Administrativos*, 2013.

Talvez a principal expressão do devido processo legal na consensualidade seja o *dever de aderência às obrigações pactuadas ao problema do caso concreto*. Isso significa que invariavelmente as obrigações de fazer e de não fazer devem encontrar alguma correlação com o problema concreto. Não é consentâneo ao devido processo legal na consensualidade uma obrigação que determine a construção de uma escola se estiver em apuração uma infração ambiental por derramamento de petróleo em mar. Tampouco é regular a determinação de uma obrigação porque, do contrário, o processo administrativo terá seguimento ou porque a sanção será prontamente aplicada. Isto é ameaça.

Ainda é importante indicar que a regra do devido processo legal pode se relacionar diretamente com a proporcionalidade, interditando cláusulas que cominem obrigações desarrazoadas à resolução do problema concreto. Não se coaduna com o devido processo legal, por exemplo, uma cláusula que determine à empresa regulada o dever de descontaminar integralmente uma área para expedição de licenças ambientais⁸⁰¹. Igualmente contraria o devido processo legal a previsão de obrigações de pagar quantia certa exorbitantes, cuja vinculação ao problema concreto ou a planos de prevenção de problemas análogos ao identificado não sejam apresentados. Desse modo, o devido processo legal na consensualidade demanda que as obrigações pactuadas tenham imediata relação com o problema concreto especificado no caso. Do contrário, pode-se caracterizar desvio de finalidade ou abuso de poder, com pronta anulação do acordo administrativo.

Deve a consensualidade ser desenvolvida efetivamente no curso de um processo administrativo, cuja garantia do devido processo legal seja ínsita. Por esta razão ser imprescindível a *motivação* quando da celebração de acordo administrativo, motivação esta que demanda a justificativa da via escolhida para endereçar o problema concreto. Isso significa que não basta apenas que as cláusulas do acordo sejam voltadas ao problema concreto, mas que a Administração Pública exponha as razões pelas quais o específico desenho do pacto se mostra como a alternativa mais eficiente no caso concreto. Depreende-se, assim, os objetivos almejados com o pacto, enquanto previsibilidade quanto à atividade

⁸⁰¹ Diante do art. 104, inc. II, do Código Civil, tem-se esta obrigação como inválida.

A aplicação do devido processo legal à consensualidade administrativa pressupõe a efetiva *publicidade* da atuação administrativa consensual. Entende-se que a negociação em si, i.e., os debates travados na mesa de negociação, seja restrita. Porém, é fundamental que a proposta formal, contraproposta e acordo final sejam públicos e acessíveis a qualquer pessoa. Do contrário, pode-se comprometer *direito de terceiros* que não participem da negociação do acordo. De fato, na medida em que a consensualidade se efetiva no âmbito do processo administrativo, o contraditório é intransponível. Não apenas as partes celebrantes devem manter um diálogo, mas também qualquer interessado cujo direito possa ser afetado pelo conteúdo do pacto. É o que se depreende do art. 9º, inc. II, da Lei Federal de Processo Administrativo (Lei n.º 9.784/99), que confere o *status* de interessado àquele cujos direitos e interesses possam ser afetados pela decisão final a ser adotada.

5. Provocação final: pelo fim da cultura da exorbitância

De todo o exposto evidencia-se um campo novo de compreensão do devido processo legal no âmbito da consensualidade administrativa. Mais especificamente, determina o devido processo legal maior horizontalidade na negociação dos termos do acordo, de modo a evitar o efeito da torção de braço que pode trazer efeitos nefastos à sobrevida da dinâmica consensual na esfera administrativa. Deste modo, o devido processo legal passa a ser um instrumento de fundamental importância para se alcançar decisões públicas dotadas de eficiência, que sejam efetivamente capazes de endereçar e resolver o problema concreto colocado.

No entanto, de nada irá adiantar a defesa do devido processo legal na consensualidade administrativa se a *cultura da exorbitância* permanecer. Considero cultura da exorbitância o axioma de que a Administração Pública encontra-se invariavelmente em posição de superioridade com relação ao particular, na qualidade de defensora do interesse público, e, desse modo, determina que sempre a Administração se valha de grandes vantagens para que a decisão pública seja considerada

uma boa decisão. A consensualidade desafia esta lógica tradicionalmente incutida na cultura jurídica.

A chave maniqueísta de que o Poder Público segue o interesse privado ao passo que o particular segue o interesse privado e, assim, as vantagens percebidas pelo Poder Público são sempre favoráveis ao interesse público é uma falácia. A consensualidade configura um autêntico *mecanismo de colaboração*, em que Administração e administrado buscam conjuntamente uma decisão que seja ao mesmo tempo favorável à parcela significativa de seus interesses e resolva o problema colocado no caso concreto. Esta decisão, sim, traduzirá o interesse público no caso concreto.

A superação da cultura da exorbitância determina que o foco da negociação de um acordo administrativo não seja propriamente as vantagens que o Poder Público pode conseguir na negociação: o quanto de valores pecuniários pode recolher, o quanto de obrigações de fazer pode determinar ou o quanto de sujeições consegue determinar ao particular. Este é o racional da torção de braço. Ao afastar a cultura da exorbitância, pode-se aplicar genuinamente o devido processo legal e, assim, deslocar o foco das vantagens para o Poder Público para a resolução do caso concreto. Em um cenário pungente de recursos escassos e grandes desafios de políticas públicas, o pragmatismo de endereçar soluções jurídicas ao caso concreto apresenta-se como o meio mais leal e efetivo de satisfação do interesse público.

6. Bibliografia

GUERRA, Sérgio e PALMA, Juliana Bonacorsi de, *Novo Regime Jurídico de Negociação com a Administração Pública* in *Revista de Direito Administrativo*, edição especial, *Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei n.º 13.655/2018)*. Rio de Janeiro: FGV, 2018.



LEITE, Fernanda Piccinin. *Desconstrução da Natureza Regulamentar dos Termos de Ajustamento de Conduta (TACs)*. Dissertação de Mestrado Profissional apresentada na FGV Direito SP, 2020.

MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*, 2ª ed. São Paulo: RT, 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo. Princípios constitucionais e a Lei 9.784/99*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

NOAH, Lars. *Administrative Arm-Twisting in the Shadow of Congressional Delegations of Authority*, 1997 WIS. L. REV. 873 (1997).

PALMA, Juliana Bonacorsi. *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *A Interação entre Administração Pública e Particulares nos Contratos Administrativos* in *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, vol. 138. Belo Horizonte: Fórum, jun. 2013.

_____. *As Partes do Processo Administrativo: os papeis da Administração Pública na Lei Federal de Processos Administrativos* in *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari & CÂMARA, Jacintho Arruda. *O Devido Processo Administrativo na Execução de Termo de Ajustamento de Conduta* in *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, vol. 32. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2008.

EPÍTONE DE UMA PARTE MUITO MAIOR NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Juliano Heinen

Doutor em Direito pela UFRGS; Professor de Direito Administrativo na Graduação e Pós-Graduação da FMP. Professor de Direito Administrativo na Escola Superior da Magistratura do RJ (EMERJ), na Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE), na Escola Superior da Magistratura Estadual do RS (AJURIS). Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Autor da obra: “Curso de Direito Administrativo” (Ed. Juspodivm). Acesse: www.julianoheinen.com.br.

Certa feita, quando ainda jovem e recém-formado, convidaram-me para dar aulas de direito administrativo. Havia, então, concretizado-se um grande sonho! No entanto, o dono do curso me alertou: “Você também terá de dar aulas de licitações e contratos administrativos.”. Confesso que soou estranho, porque seria de todo incoerente dar aulas desse ramo do direito sem ministrar uma aula sequer sobre o assunto destacado.

Tempos depois, outro curso me contatou para dar aulas, ao que o interlocutor questionou: “Você ministra todo o direito administrativo?”. Intrigado, respondi que sim, fundado na imaturidade de quem é jovem – é certo titubeando, porque certamente não sabia de algum tema. Perguntei o porquê da dúvida, sendo esclarecido que muitos professores de direito administrativo vinham ali dar aulas com uma condição: “só não me peça para ministrar as matérias de licitações e contratos!”.

No final, deu tudo certo, e lá se vão quase vinte anos lecionando direito administrativo, incluindo, claro, as matérias de licitações e contratos. O receito de muitos ao assunto – e eu me incluo aqui –, é compreensível, dada a complexidade e o intenso detalhamento dos temas. Não temos dúvidas de que as licitações e contratos sejam um dos tópicos mais complicados do direito administrativo. Tanto que há uma série de estudiosos que se dedicam somente a este tema, o que prova sua profundidade.

Nessa caminhada, tudo se tornou mais fácil quando li o livro “Comentários à lei das Licitações e Contratações da Administração Pública”, escrito por Jessé Torres Pereira Junior. Estava ali um autor que conseguia transformar a tal complexidade em objetividade. Uma obra sofisticada, digna das inúmeras reedições e reimpressões, escrita por quem, de formação e de profissão, sempre esteve acostumado a se comunicar com todos os públicos. E as tão receosas aulas de licitações e contratos passaram a ter fundamento sólido e didático, por meio da obra do Prof. Jessé.

Reencontramo-nos muitas outras vezes, e não só nos temas de licitações e contratos, mas nos artigos sobre o papel do Estado⁸⁰², estudo pioneiro lastreado de ampla informação comparativa e avaliação crítica. Ou na sólida análise do direito de defesa garantido pelo inciso LX do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁸⁰³. E é destaque em sua complexa obra o tão “temido” tema das licitações e contratos públicos. Aqui, a profusão de publicações dá conta de que o autor, professor, magistrado e palestrante enfrentou com sabedoria este tópico do direito administrativo nacional, sendo constante referência no assunto⁸⁰⁴. Por tudo isso que o Prof. Jessé é uma referência no direito administrativo nacional.

No ano de 2013, fui lotado na consultoria jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Na mesa de todo os colegas, entre outras obras sobre o tema, lá estava o livro de licitações do nosso querido professor, sendo objeto de consulta constante de todos.

Em 2018, publicamos, conjuntamente com os amigos Marinês Dotti e Rafael Maffini, os “Comentários à lei das empresas estatais: Lei nº 13.303/16”, que já está na sua segunda edição,

⁸⁰² PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Temas de Direito Administrativo sob Tutela judicial, no estado democrático eficiente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

⁸⁰³ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *O Direito a defesa na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

⁸⁰⁴ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Licitações de informática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres e DOTTI, Marinês Restelatto. *Limitações Constitucionais da Atividade Contratual da Administração Pública*. São Paulo: Notadez, 2010; PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres e DOTTI, Marinês Restelatto. *Políticas públicas nas licitações e contratações*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres e DOTTI, Marinês Restelatto. *Convênios e outros instrumentos de administração consensual na gestão pública do século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2010; PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres e DOTTI, Marinês Restelatto. *Comentários ao RDC Integrado ao Sistema Brasileiro de Licitações e Contratações Públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2015; PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres e DOTTI, Marinês Restelatto. *1000 Perguntas e respostas necessárias sobre licitação e contrato administrativo na ordem jurídica brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.



tendo sido um dos livros mais vendidos da editora Fórum no ano. Foi o ápice da alegria do leitor, que agora virava coautor⁸⁰⁵.

773

Quando conheci o Prof. Jesse pessoalmente, não tive dúvidas de que tudo o que havia lido durante todo esse tempo era reflexo da sua pessoa. Deveras não podia deixar de sentir tamanha emoção, porque estava ali a humanidade em pessoa, graduado no sentimento de bondade, simpatia e intelectualidade. Um jurista que distribui tudo o que sabe, como um semeador a espera do despertar.

Eu, os meus alunos, os demais professores e os alunos destes fazemos coro em agradecimento pelo tanto que Prof. Jessé nos ensinou, contribuindo, no mínimo, para que as licitações e contratos não fossem tão temidas e as aulas fossem mais aprazíveis. Por tudo isso, aqui fica o relato resumido do jurista e ser humano que é um todo muito maior no direito brasileiro.

Gratidão por tudo, maestro!

⁸⁰⁵ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; MAFFINI, Rafael; DOTTI, Marinês Restelatto; HEINEN, Juliano. *Comentários à lei das empresas estatais: Lei nº 13.303/16*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

**A MULTIPLICAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO E A COMPOSIÇÃO DA CAIXA DE
FERRAMENTAS DE DIREITO ADMINISTRATIVO⁸⁰⁶**

774

LEONARDO COELHO RIBEIRO

Professor Convidado de Direito Administrativo da FGV Direito Rio. Mestre em Direito Público pela UERJ. Especialista em litígios e soluções alternativas de conflitos pela FGV Direito Rio (LL.M Litigation). Membro da Comissão de Direito Administrativo da OAB/RJ, IAB e IDAERJ. Advogado.

SUMÁRIO: *INTRODUÇÃO. I – A MULTIPLICAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO. II – A PRIMEIRA RESPOSTA, ESTRUTURAL: TRANSFORMAÇÃO ORGÂNICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. II.1 – A DESCONCENTRAÇÃO ADMINISTRATIVA. II.2 – A DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA. II.3 – A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS E A FRAGMENTAÇÃO ADMINISTRATIVA. III – A SEGUNDA RESPOSTA, FUNCIONAL: MULTIPLICAÇÃO DE MEIOS PARA VEICULAR A AÇÃO ADMINISTRATIVA. III.1 – SERVIÇOS PÚBLICOS. III.2 – LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS. III.3 – REGULAÇÃO ECONÔMICA E SOCIAL. III. 4 – FOMENTO. III.5 – EXPLORAÇÃO DIRETA DE ATIVIDADE ECONÔMICA PELO ESTADO. IV – CONCLUSÃO: A COMPOSIÇÃO DE UMA CAIXA DE FERRAMENTAS.*

INTRODUÇÃO

⁸⁰⁶ Cuidei da abordagem do Direito Administrativo, enquanto uma caixa de ferramentas, em duas ocasiões: *O Direito Administrativo como caixa de ferramentas*. São Paulo: Malheiros, 2016; e em *O Direito Administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias*. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 272, pp. 209-249, maio/ago. 2016. Este artigo dialoga com ambos, na medida em que passa em revista as formas estruturais e institutos funcionais do Direito Administrativo, ainda que de maneira inicial, segundo a mesma ótica trabalhada naqueles estudos.

As constantes transformações pelas quais o Direito Administrativo vem passando são, em boa parte, resultado do impacto que a multiplicação dos interesses públicos lhe gerou.

Encarregado de municiar a Administração Pública com os meios para realizar os fins públicos que lhe são cometidos, foi preciso ampliar-se o leque de instrumentos de Direito Administrativo, orgânicos e funcionais, para fazer frente à missão. E assim se fez.

O resultado? Compôs-se uma verdadeira Caixa de Ferramentas de Direito Administrativo, contemplando variadas formas estruturais de organização, atividades que dão corpo à função administrativa, e instrumentos que as concretizam. Todos eles, mecanismos que podem ser empregados, a favor do interesse público, de maneira isolada ou combinadamente.

Registrar e entender esse processo, ainda que em linhas gerais, revela-se útil para fixar as bases sobre as quais se desenvolve a abordagem e o emprego dessas ferramentas de Direito Administrativo.

Tudo, como se verá ao longo deste estudo, sempre com o objetivo de aprimorar a gestão pública e o manejo do Direito Administrativo, a partir da premissa de que as ferramentas de gestão (institutos jurídicos), escolhidas e modeladas, influenciam na eficiência e nos resultados alcançados⁸⁰⁷.

I – A MULTIPLICAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO

⁸⁰⁷ A investigação se centra, desta forma, em um dos grandes desafios do Direito Administrativo na atualidade, ao modo como notado por Patrícia Ferreira Baptista: “Ao lado do desafio do controle da Administração, as últimas décadas trouxeram outra preocupação para os administrativistas: assegurar a eficiência da Administração. (...) Grande parte do esforço do direito administrativo na atualidade, assim, tem-se voltado para atender às demandas da eficiência administrativa.” BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 22/23.

O interesse público é um conceito jurídico indeterminado⁸⁰⁸ encarregado de veicular objetivos coletivos da sociedade⁸⁰⁹.

Essa colocação, ainda que introdutória e despretensiosa, basta ao que aqui se pretende: permite notar o perfil, nitidamente fluído e mutável do interesse público, a fim de se adaptar à cada sociedade, ao modo em que situada no tempo e no espaço.

As transformações sociais, portanto, impactam diretamente na conformação do interesse público. Exatamente como a história moderna comprova.

A saber, a aceleração do progresso e a transição da Era Industrial para a Era do Conhecimento, capitaneadas pelas revoluções tecnológica e das comunicações, e a intensa globalização⁸¹⁰, causaram o efeito esperado. Os objetivos coletivos da sociedade se multiplicaram vertiginosamente e, com eles, o interesse público.

A quantidade de direitos fundamentais, individuais ou difusos, que passaram a compor a carteira de direitos dos cidadãos, e dependem de efetivação por meio de alguma interação estatal, cresceu consideravelmente. E o Direito Administrativo não passou incólume na história.

⁸⁰⁸ Costuma-se designar por conceitos jurídicos indeterminados apenas aqueles dotados de alto grau de indeterminação, o que, por certo, está presente na noção de interesse público, aferível apenas em concreto. A respeito do tema, confira-se: Antônio Francisco de Sousa. *Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.

⁸⁰⁹ Não se confunda objetivos coletivos, com ideais totalitários. O interesse público deve ser compreendido como interesse da coletividade, na forma como identificado na Constituição e no ordenamento jurídico como um todo, compreendendo sempre uma parcela identificável do interesse individual também, o que faz com que possa importar, inclusive, na efetivação do interesse de um único indivíduo no caso concreto. Neste sentido, cf.: BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, pp. 142, 148 e 149.

⁸¹⁰ Sobre o tema, cf.: DRUCKER, Peter F. *Administrando em tempos de grandes mudanças*. 5 ed. São Paulo: Pioneira, 1998; e CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução Roneide Venância Majer. 6 ed. – (A era da informação: economia, sociedade e cultura. Vol. 1) – São Paulo: Paz e Terra, 2002.

Seja compreendido como Direito dos Serviços Públicos⁸¹¹, da Administração Pública⁸¹², do controle ao exercício do Poder⁸¹³, ou mesmo Direito do Interesse Público propriamente dito⁸¹⁴, o Direito Administrativo sempre manteve uma íntima relação com o interesse público⁸¹⁵. E não pra menos.

A Administração Pública, enquanto ‘conjunto de entidades jurídicas que podem desenvolver a atividade administrativa de interesse coletivo’⁸¹⁶, encontra a própria justificativa de sua existência no objetivo exclusivo de efetivá-lo⁸¹⁷. Tudo entre a dialética calibragem de privilégios à autoridade e garantias ao administrado, como é típico do estudo dos institutos de Direito Administrativo em geral⁸¹⁸.

⁸¹¹ Os serviços públicos veiculam prestações essenciais aos cidadãos. Dessa maneira, realizam interesses públicos.

A concepção de Direito Administrativo como Direito dos Serviços Públicos remonta a obras clássicas de administrativistas franceses como León Duguit, Gastón Jèze e Maurice Hauriou. Neste sentido, cf.: VEDEL, George; DEVOLVÉ, Pierre. *Droit administratif*. Vol. 1. 11 ed. Paris, 1990, p. 32 e ss. E p. 110 e ss. *Apud* AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. Vol. 1. 3 ed. 2014, pp. 157/158.

⁸¹² Segundo a concepção de Jean Riveró, a nota distintiva do Direito Administrativo estaria nas prerrogativas e sujeições especiais conferidas à Administração Pública para realizar o interesse público. Cf. RIVERO, Jean. *Droit administratif*. 13 ed. 1990, pp. 39 e ss. *Apud* AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. Vol. 1. 3 ed. 2014, p. 159.

⁸¹³ O controle ao exercício do Poder preocupa-se para que este seja exercido sem desvios; dentro das finalidades de interesse público juridicamente definidas. Adotando-se esta peculiaridade como essência, cf.: WEIL, Prosper. *Le droit administratif*. 4 ed. Paris, 1971, pp. 5-76. *Apud* AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. Vol. 1. 3 ed. 2014, p. 157.

⁸¹⁴ Segundo Hector Jorge Escola, o Direito Administrativo é o Direito “do interesse público, pretendido através da atividade administrativa.” ESCOLA, Hector Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989.

⁸¹⁵ Para Maria João Estorninho: “é fundamental afirmar, sem deixar margem para dúvidas, que o interesse público é indissociável de toda e qualquer atividade administrativa.” (Grifos postos). ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública*. Almedina: Coimbra, 2009, p. 167.

⁸¹⁶ CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. 10 ed. Almedina: Coimbra, 2010, p. 5.

⁸¹⁷ Note-se que, exclusiva, é a obrigação que a Administração tem de focar sua atuação para a realização do interesse público. Não o interesse público em si. É conhecida a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para quem o interesse público, múltiplo e desmonopolizado, pertence antes à sociedade. Ao Estado, cumpre a obrigação inescusável de efetivá-lo. Cf.: “Por outro lado, ocorre que, no Direito contemporâneo, cada vez mais os interesses públicos nem se apresentam homogêneos nem, tampouco, se constituem como um monopólio do Estado. Como agudamente alguns estudiosos da evolução do Direito Público tem observado, passou-se a admitir – com Massimo Severo Giannini, na Europa e, entre nós, com Odete Medauar – a heterogeneidade e a multiplicidade do interesse público, daí decorrendo que sua promoção e defesa, em muitos de seus aspectos, devam ser compartilhadas com a sociedade através de suas próprias organizações, pois, na dicção de Umberto Allegretti, ‘o interesse público não pertence à Administração como seu próprio, mas ao corpo social.’” (Grifos postos). MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 12.

⁸¹⁸ Nas palavras de Diogo Freitas do Amaral: “O Direito Administrativo desempenha uma função mista, ou uma dupla função: legitimar a intervenção da autoridade pública e proteger a esfera jurídica dos particulares; permitir a realização do interesse colectivo e impedir o esmagamento dos interesses individuais; numa palavra, organizar a autoridade do

A atividade que primordialmente exerce é a de gestão de recursos tendentes à satisfação de interesses públicos⁸¹⁹.

Com efeito, trata-se de uma determinação unidirecional de agir, por assim dizer, que relega à Administração Pública apenas o espaço de decisão sobre a forma, e o momento dessa efetivação (‘como’ e ‘quando’, para ser mais exato).

Dessa feita, como muitos interesses tiveram seus pleitos de efetivação, junto à Administração, acelerados (‘quando’), e mais que isso, multiplicados, restou reforçada a necessidade de aparelha-la com meios suficientes para fazer frente a tantos desafios (‘como’). Resultado prático: o Direito Administrativo e a Administração Pública precisaram se modernizar para acompanhar o processo.

Dedicando-se ao ‘como’⁸²⁰, e sempre com o objetivo de fornecer subsídios para aprimorar a gestão pública, esta dissertação cuidará da análise de elementos capazes de contribuir para o processo de escolha e desenho das formas por meio das quais seja possível efetivar o interesse

poder e defender a liberdade dos cidadãos.” AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. Vol. 1. 3 ed. 2014, p. 157. No mesmo sentido, cf.: ENTERRIA, Eduardo Garcia de; FERNANDEZ, Tomas-Ramon. *Curso de derecho administrativo*. 8 ed. 1997, pp. 44/45.

⁸¹⁹ Cf. OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*. Almedina: Coimbra, 2013, p. 22.

⁸²⁰ Apesar da importância do ‘quando’, não será objeto desta dissertação avaliar a ação da Administração Pública no tempo, sob o enfoque da efetividade cronológica de direitos, e do eventual caráter omissivo decorrente da inércia administrativa.

No mais, alinho-me à crítica de Diogo R. Coutinho quanto ao tipo de abordagem mais corriqueira da doutrina brasileira, que envida mais esforços a apurar o binômio ‘pode/não pode’ do que a aceitar o desafio e investigar ‘como se pode’ alcançar os objetivos da Administração Pública: “Embora seja importante reconhecer que políticas públicas requerem um certo grau de liberdade ou de margem de manobra e adaptação por parte dos agentes públicos (por exemplo, na escolha de meios alternativos e concorrentes para a realização de objetivos ou na opção por esta ou aquela solução para dado problema identificado ao longo da implementação da política), a doutrina jurídica brasileira, ao tratar da discricionariedade, parece estar mais preocupada com a busca do que são, intrinsecamente, atos vinculados ou discricionários, ou com o delineamento de critérios para disciplinar a liberdade de escolha do agente público e, por isso, menos engajada em ajudá-lo a tomar a melhor decisão dados os constrangimentos reais que a realidade impõe. Como resultado, o binômio ou “pode/não pode” prevalece, em suma, sobre a discussão sobre “como se pode” alcançar objetivos na administração pública. E em grande medida isso tem relação com o fato de que gestores públicos, juristas ou não, temem que as razões práticas e funcionais que dão para justificar esta ou aquela medida sejam questionadas por órgãos de controle, como os tribunais de contas.” COUTINHO, Diogo R. *O direito nas políticas públicas A ser publicado em Eduardo Marques e Carlos Aurélio Pimenta de Faria (eds.) Política Pública como Campo Disciplinar*. São Paulo, Ed. Unesp, no prelo. Disponível em: http://www.cebrap.org.br/v2/files/upload/biblioteca_virtual/item_766/14_05_12_16O_direito_nas_politicas_publicas_FINAL.pdf. Acesso em: 17/02/2015.

público, bem como da avaliação da compatibilidade entre as formas eleitas, os incentivos que geram, e as finalidades que pretendem realizar.

Nesse propósito, o primeiro passo a ser dado é identificar as mudanças orgânicas ocorridas na Administração Pública, para fazer frente a esses desafios, e a diversidade de formas de atuação que foram postas à sua disposição para superá-los.

II – A PRIMEIRA RESPOSTA, ESTRUTURAL: TRANSFORMAÇÃO ORGÂNICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os fenômenos multiplicadores dos objetivos coletivos da sociedade, além de aumentarem a quantidade de interesses públicos que norteiam a atuação da Administração Pública, os especificaram.

A propósito, a Constituição de 1988, além de fixar objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, foi generosa ao elaborar o rol de direitos fundamentais, nela presentes para além de seu Art. 5º, e também a lista de competências da Administração Pública.

Diante disso, não houve outra saída à Administração Pública, se não a de:

- i) do ponto de vista da atuação direta, organicamente especializar-se, no plano interno, e articular-se no plano federativo; e
- ii) do ponto de vista da atuação indireta, intensificar o relacionamento com a iniciativa privada, convocando-a para realizar o interesse público a seu lado, por meio de formas diversificadas de atuação, e sob parâmetros previamente definidos.

Isso faz o Estado agir, na atualidade, tanto direta, quanto indiretamente, por meio de uma variada plêiade de formas.

Tal diversidade de formas de atuação, posta à disposição do exercício da função administrativa, tem o mérito de aproximar a gestão pública da realidade⁸²¹, aparelhando-a melhor. Mas também a torna mais complexa e fragmentada, como se poderá notar, o que põe ainda maior importância nos momentos de desenho e escolha dos meios de ação administrativa, e de avaliação das opções tomadas.

O primeiro reflexo à multiplicação acelerada do interesse público pode ser visto no plano orgânico da Administração Pública.

Levada a se especializar, a Administração Pública vem passando por processos simultâneos de desconcentração, descentralização, repartição de competências e articulação administrativa interfederativa.

II.1 – A DESCONCENTRAÇÃO ADMINISTRATIVA

A desconcentração é o primeiro reflexo orgânico da resposta administrativa à multiplicação dos interesses públicos.

No propósito de endereçar todas as questões com a atenção que a importância e a necessidade de planejamento de cada qual demanda, a Administração Pública cria novos órgãos em sua estrutura direta, sem personalidade jurídica própria, e os encarrega da função de tutelar determinado interesse público em específico.

⁸²¹ A necessidade de priorização da gestão pública é destacada por Carlos Ari Sundfeld em oportuno artigo de opinião: “Nossos problemas na máquina pública não vêm de simples imperfeições técnicas nas leis ou nas pessoas. Vêm de algo mais profundo: da preferência jurídica pelo máximo de rigidez e controle, mesmo comprometendo a gestão pública. Boa gestão pode e deve conviver com limites e controles, mas não com esse maximalismo. Sem inverter a prioridade, não há reforma administrativa capaz de destravar a máquina. O novo lema tem de ser: mais sim, menos não; mais ação, menos pressão. Aqui vão quatro ideias interessantes a respeito.” SUNDFELD, Carlos Ari. *Chega de axé no Direito Administrativo*. Disponível em: http://www.brasilpost.com.br/carlos-ari-sundfeld/chega-de-axe-no-direito-administrativo_b_5002254.html. Acesso em: 10/02/2015.

Mantendo um controle próximo e hierárquico, o exemplo mais ilustrativo dessa resposta orgânica está na quantidade de Ministérios, integrantes da Administração Pública federal, e de Secretarias, em muitas das estruturas administrativas estaduais e municipais.

Assim, a desconcentração administrativa, de maneira centralizada e hierarquicamente controlada, especializa a Administração Pública ao segmentar interesses em seus novos órgãos, mas mantém, ao mesmo tempo, os centros de tomada de decisão próximos ao núcleo político-administrativo do Poder Executivo, permitindo maior ingerência ao Chefe do Executivo.

Como se trata de uma fórmula centralizadora e burocrática de gestão, não é suficiente para tutelar a efetivação de todos os interesses públicos designados pelo ordenamento jurídico ao Estado. E isso explica o enérgico processo de descentralização administrativa que cada vez se torna mais agudo.

II.2 – A DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

De forma diferente ao que se passa na desconcentração, a descentralização administrativa compreende a criação de novas entidades na Administração Pública indireta, dotadas de personalidade jurídica própria, finalidades específicas definidas em suas leis de criação, ou de autorização de criação, e estatutos sociais, conforme o caso⁸²².

Tais características têm o propósito maior de criar entidades com autonomia de gestão para realizar interesses públicos que dependem de uma atuação mais dinâmica e flexível do que a atuação burocrática, caracteristicamente desenvolvida pela Administração central. Sobretudo no caso da criação de empresas estatais que, na forma do art. 173, §1º, II, da CRFB, devem ser regidas pelo arcabouço próprio das empresas privadas, observados alguns temperamentos, por integrarem a Administração Pública.

⁸²² A depender da natureza da entidade criada, na forma do art. 37, XIX, da CRFB: “Art. 37. (...) XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;”

Essa autonomia das entidades indiretas é ainda assegurada pela ausência de um controle hierárquico por parte da Administração direta. Em seu lugar, assume espaço uma relação de tutela finalística, por meio da qual a Administração central exerce um controle de adequação entre a atuação dessas entidades e as finalidades que ensejaram sua criação.

A questão da autonomia dessas entidades é tão importante para o bom desempenho de suas atividades, que a Constituição prevê ainda a possibilidade de seu reforço, por meio da celebração de contratos de programa⁸²³, conferindo mais recursos e autonomia de gestão a elas, em troca do cumprimento de metas específicas estabelecidas no ajuste.

Dentre as possibilidades, as principais entidades da Administração indireta que vem sendo criadas para administrar interesses públicos específicos, de maneira especializada, têm natureza de autarquias ou empresas estatais.

As autarquias, que em âmbito federal cresceram consideravelmente em quantidade a partir da década de 90, com a criação de diversas agências reguladoras, indicando a mudança do perfil da Administração Pública brasileira, de uma Administração piramidal/unitária, para uma Administração policêntrica⁸²⁴, são vocacionadas a cuidar de interesses públicos dependentes do exercício do poder de polícia. Noutro giro, a criação de empresas estatais se justifica na identificação de relevantes interesses coletivos, ou de segurança nacional, definidos em lei⁸²⁵. Interesses públicos, em suma.

Para que se possa ter noção da dimensão do processo de descentralização administrativa, segundo informa o Governo Federal, seriam 165 as autarquias federais⁸²⁶. E ainda, conforme o rol de empresas estatais acompanhadas pela Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas

⁸²³ Cf. Art. 37, §8º: “Art. 37. (...) § 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I - o prazo de duração do contrato; II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; III - a remuneração do pessoal.”

⁸²⁴ Sobre o tema, confira-se: BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 234 e ss; e SUNDFELD, Carlos Ari. Um novo Direito para a gestão pública? *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Vol. Especial, 2012, pp. 85/99.

⁸²⁵ Cf. Art. 173 da CRFB: “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

⁸²⁶ Os dados encontram data-base em 2013, conforme disponível em: <http://www.governoeletronico.gov.br/sics-do-governo-federal/autarquias>. Acesso em: 22/01/2015.

Estatais – SEST, seriam 154 as empresas estatais, integrantes da Administração Pública federal, considerando-se a data-base de dezembro de 2016⁸²⁷.

No mais, o processo de descentralização se acentuou tanto recentemente, que em decorrência da existência de competências administrativas executivas comuns⁸²⁸, e da diretriz constitucional de que o federalismo brasileiro deve ser exercido de forma cooperativa⁸²⁹, os entes federados têm se articulado administrativamente, até mesmo para gerir serviços públicos de interesse comum em áreas conurbadas⁸³⁰.

Esse movimento de articulação interfederativa é representado pela criação de consórcios públicos, materializados em uma associação pública ou pessoa jurídica de direito privado⁸³¹ de caráter plurifederativo, integrante da Administração pública indireta de cada um dos entes federados que conceberam o consórcio⁸³².

A gestação de tantas entidades na Administração indireta, dotadas de autonomia e atuação especializada, repercute na repartição de competências e, acima de tudo, em um processo de realização fragmentada do interesse público.

II.3 – A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS E A FRAGMENTAÇÃO ADMINISTRATIVA

⁸²⁷ Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/empresas-estatais/>. Acesso em: 26/05/2018.

⁸²⁸ Conforme previstas no Art. 23, da CRFB.

⁸²⁹ Na forma do art. 241: “Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.”

⁸³⁰ A conurbação é um fenômeno que modifica o interesse público presente, transformando-o de local, para comum, e assim demandando soluções interfederativas. O caso da prestação do serviço público de saneamento básico em regiões metropolitanas ilustra bem o ponto, como denotam as palavras de Marcos Juruena Villela Souto: “(...) é importante chamar atenção para o detalhe que uma lei que institui Região Metropolitana pressupõe um fenômeno econômico, fático, social e urbanístico, que é a conurbação. Portanto, quando existe uma conurbação, os interesses estão interpenetrados, não se percebe mais onde termina um Município e começa outro, e aí não se pode falar mais em interesse predominantemente local; o interesse passa a ser regional, sendo isso que viabiliza escala entre todos.” SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Parcerias decorrentes do programa estadual de desestatização. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Vol 59. 2005, p. 156.

⁸³¹ Cf. Art. 1º, §1º, da Lei nº 11.107/2005.

⁸³² Ao menos no caso do consórcio assumir a personalidade jurídica de direito público, é possível afirmá-lo com segurança, na forma do que dispõe o Art. 6º, §1º, da Lei nº 11.107/2005: “Art. 6º O consórcio público adquirirá personalidade jurídica: § 1º O consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados.”

O aumento do número de órgãos e entidades no interior da Administração Pública implica, por decorrência natural, na repartição de competências do Poder Público.

A saber, cada um desses novos órgãos e entidades administrativas, fruto dos movimentos de desconcentração e descentralização administrativa, respectivamente, passa a deter parcela de competência correspondente aos objetivos coletivos para os quais foram criados.

Esse processo de repartição de competências e fragmentação administrativa⁸³³ aumenta a tensão entre os diversos interesses tutelados, potencializando a ocorrência de colisões constantes dos interesses públicos parcialmente representados, em um processo muitas vezes carente de mecanismos de ponderação que produzam resultados práticos proveitosos.

No mais das vezes, a dificuldade de gerir harmonicamente tantos interesses resulta, ao cabo, em uma efetivação deficitária de parte a parte. Numa luta estéril, a efetivação do interesse público, na medida do ponderado, cede espaço para a defesa da competência pela competência, enquanto parcela de poder, e o positivo processo de especialização orgânica da Administração Pública acaba em impasse e inação.

Trata-se de uma questão que não encontra resposta fácil, já que dela não dão conta nem a centralização excessiva⁸³⁴, nem a descentralização descontrolada⁸³⁵.

⁸³³ Segundo Daniela Bandeira de Freitas: “No entanto, o que se pode constatar é que a Administração Pública, suas entidades, estruturas, formas de agir e atuar, atividades e decisões, encontram-se divididas, dispersas, fragmentadas.” FREITAS, Daniela Bandeira de. *A fragmentação administrativa do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 286.

⁸³⁴ Criticando a centralização excessiva, Carlos Ari Sundfeld discorre: “Na vida cotidiana, a administração brasileira jamais se afastou do modelo bonapartista, de inspiração militar, com suas características de centralização e de hierarquização. A interpretação e a aplicação que se tem dado às normas constitucionais e legais sempre procurou impedir, tanto quanto possível, a criação de múltiplos centros de decisão e de poder na administração. Muitas têm sido as justificativas para isso, como a suposta necessidade de dar, às autoridades eleitas, poderes absolutos sobre toda a máquina estatal, de controlar os gastos públicos e de evitar irregularidades nos vários braços do Estado. O resultado disso tudo é que, na realidade, entidades da administração indireta têm sido tratadas, em muitas questões relevantes, de modo equivalente aos órgãos da administração direta. É preciso reverter essa tendência. Não faz sentido querer tratar toda a administração pública como unidade monolítica; é importante permitir que ela se organize com muitos centros, dotados de graus variados de autonomia, com meios próprios de controle.” SUNDFELD, Carlos Ari. Um novo Direito para a gestão pública? *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Vol. Especial, 2012, p. 92.

⁸³⁵ Numa primeira aproximação ao tema, confira-se: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FREITAS, Rafael Vêras de. Manutenção do ambiente negocial entre o público e o privado e desenvolvimento nacional: o impacto das modulações regulatórias nos contratos da Administração e o dever de coerência administrativa. In: CORRÊA, André Rodrigues;

De toda sorte, e ainda que não seja este o foco do presente estudo, o ponto tem a utilidade de comprovar a existência de uma natural demanda por tornar mais eficiente não só a decisão de criação desses órgãos e entidades, em respeito à essência da natureza de cada um deles, bem como seu convívio no âmbito da Administração Pública. E uma proposta de aprimoramento da gestão pública, do ponto de vista orgânico, estará, justamente: i) na melhora da decisão que opte por criá-los; ii) na definição de sua natureza jurídica e desenho institucional; e iii) na escolha dos instrumentos jurídicos que serão postos à sua disposição para instrumentalizar o exercício de suas funções.

No entanto, tudo isso antes passará pela forma de perceber, e manejar, o Direito Administrativo e seus institutos.

III – A SEGUNDA RESPOSTA, FUNCIONAL: MULTIPLICAÇÃO DE MEIOS PARA VEICULAR A AÇÃO ADMINISTRATIVA

Os reflexos da multiplicação dos interesses públicos não se limitaram aos arranjos estruturais da Administração Pública. Tanto ao contrário. Enquanto a estrutura representa a situação da entidade no mundo jurídico; volta-se à disciplina de sua existência e organização, dedicando-se ao questionamento: “que tipo de organização é?”, a funcionalização dedica-se ao questionamento: “qual é a função da entidade?”⁸³⁶ Assim, é preciso observar que a estrutura não é arquitetada como um fim em si mesma. Ao revés, tem por vista viabilizar que a finalidade que a justifica seja

PINTO JÚNIOR, Mario Engler. (Org.). *Cumprimento de contratos e razão de Estado*. São Paulo: Saraiva - Direito GV, 2013, pp. 363-431.

⁸³⁶ Aqui se traça um paralelo com os estudos de Norberto Bobbio que, em análise de espectro mais amplo (tendo por âmbito da Teoria do Direito), observa a tendência atual de se entender o Direito, que caminha da estrutura à função: “Enquanto Kelsen jamais abandonou totalmente o ponto de vista funcional – aliás, a única definição do direito que encontramos em Kelsen é do tipo funcional –, Hart, como vimos, levou às últimas consequências a abordagem estrutural, chegando a definir o direito não como uma técnica específica, mas como uma estrutura específica. Esse modo de entender o direito é uma resposta não à pergunta: “Qual é a função do direito?”, mas a esta outra: “Que tipo de organização é?” Se o reconhecimento da importância do direito promocional pode ter algum efeito, não é tanto em relação à abordagem estrutural do direito, mas sobretudo, à abordagem funcional. [...] Creio, portanto, que hoje seja mais importante definir o direito, do ponto de vista funcional, como forma de controle e de direção social.” (Grifos postos). BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007. pp. 78/79.

alcançada. Por isso se falar em funcionalização, quer dizer: os fenômenos de reorganização administrativa existem para que se ofereça a estrutura adequada ao exercício da função, uma vez que só assim será possível alcançar a finalidade pretendida.

Como o Direito, de uma forma geral, tem caminhado a privilegiar a função, é no campo das formas de exercer a função administrativa que se nota os maiores reflexos da multiplicação de objetivos coletivos no Direito Administrativo.

Além da desconcentração, descentralização e repartição de competências, o Direito Administrativo conferiu, também, maior poderio à Administração Pública, ao lhe franquear formas variadas de exercício da função administrativa.

A função administrativa passou a contemplar as atividades de gestão de serviços públicos, definição de limitações administrativas, regulação econômica e social, fomento e exploração direta de atividades econômicas pelo Estado⁸³⁷. E cada uma dessas grandes formas de atuação, por sua vez, viu chegar novos institutos e arranjos para lhes operacionalizar.

Em diferença ao Direito Constitucional, que morre e nasce em rupturas, o Direito Administrativo segue a nota da continuidade⁸³⁸, de modo que os novos meios de concretização da

⁸³⁷ A classificação remonta à abordagem das atividades administrativas utilizada em JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁸³⁸ Alexis de Tocqueville assim já o havia notado, como demonstram as duas significativas passagens a seguir destacadas: “Não se poderia ler a correspondência de um intendente do Antigo Regime com seus superiores e seus subordinados sem admirar como a similitude das instituições tornava os administradores daquela época semelhantes aos nossos [refere-se ao período subsequente à Revolução Francesa]. Eles parecem dar-se as mãos através do abismo da Revolução que os separa. O mesmo direi dos administrados. Nunca o poder da legislação sobre o espírito dos homens ficou mais evidente.” (...) “Isso porque, a partir de 1789, a constituição administrativa permaneceu sempre em pé no meio das ruínas das constituições políticas. Mudavam a pessoa do príncipe ou as formas do poder central, mas o andamento diário das atividades não era interrompido nem perturbado; cada qual continuava subordinado, nos pequenos assuntos que o interessavam particularmente, às regras e aos usos que conhecia; dependia dos poderes secundários aos quais sempre tivera o hábito de dirigir-se e geralmente tinha de haver-se com os mesmo agentes; pois, se a cada revolução a administração era decapitada, seu corpo permanecia intacto e vivo; as mesmas funções eram exercidas pelos mesmos funcionários; estes transportavam através da diversidade das leis políticas seu espírito e sua prática. Julgavam e administravam em nome do rei, em seguida em nome da república, por fim em nome do imperador. Depois, quando a fortuna levava sua roda a refazer a mesma volta, recomeçavam a administrar e a julgar para o rei, para a república e para o imperador, sempre os mesmos e do mesmo modo; pois o que lhes importava o nome do senhor? O que lhes interessava era menos serem cidadãos do que serem bons administradores e bons juízes. Portanto, assim que o primeiro abalo passava, parecia que nada havia mudado o país.” TOCQUEVILLE, Alexis de. *O Antigo Regime e a Revolução*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 70 e pp. 221/222.

Para Georges Vedel, “o direito administrativo não se opõe ao direito constitucional como um direito imutável a um direito mutável. A antítese se dá muito mais entre um direito em desenvolvimento de modo contínuo sem cortes brutais e um direito operando por mutações bruscas e espetaculares (mesmo que, vez por outra, os efeitos profundos sejam

função administrativa se acumularam aos que já havia, resultando numa extensa palheta de possibilidades e meios de agir à Administração Pública.

No mais, como os objetivos de interesse coletivo que movem a ação administrativa geralmente não são alcançados pela adoção de apenas uma das variáveis da função administrativa, é comum que a Administração Pública se valha de iniciativas combinadas.

Todos esses fatores reforçam a necessidade de apresentar, ainda que brevemente, a essência e a finalidade dessas atividades, destacando sua maneira de realizar o interesse público e, assim, ilustrar a expansão das formas de concretização da função administrativa.

III.1 – SERVIÇOS PÚBLICOS

Com a superação do liberalismo e o advento do Estado social, o indivíduo, que antes esperava apenas por uma atuação defensiva do Estado impedindo a intervenção em seu patrimônio jurídico de uma forma geral, passou a demandá-la de forma crescente.

Do bojo dessa mudança sobressai a prestação de serviços essenciais ou uteis à coletividade, denominados por “serviços públicos”.

menos radicais do que se pudesse esperar). (...) O contraste entre o direito constitucional e o direito administrativo não é, portanto, entre a mudança e a imobilidade, mas entre a descontinuidade e a continuidade.” VEDEL, Georges. *Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif: le rôle du juge. In Mélanges Offerts à Marcel Waline: le juge et le droit public*. Paris: LGDJ, 1974, T. 2, pp. 778/779. *Apud* BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 35/36.

A ideia também está presente nas palavras de Tom Ginsburg: “Estruturas institucionais são distintas das normas legais. As normas de direito administrativo mudam com o desenvolvimento da tecnologia, com as ideias sobre direitos, e com o surgimento de comunidades de prestação de contas [*communities of accountability*], todos os quais podem refletir mudanças incorporadas nos textos constitucionais. No entanto, esta discussão sugere que as estruturas de direito administrativo são relativamente duradouras, em muitos casos, mais ainda do que os regimes constitucionais. Na verdade, a permanência ao nível administrativo pode amenizar os efeitos negativos da instabilidade a nível constitucional: quaisquer que sejam as maquinacões sobre instituições políticas, os cidadãos podem desfrutar de relativa previsibilidade nas relações com a burocracia estatal.” (Tradução livre). GINSBURG, Tom. *Written Constitutions and the administrative state: on the constitutional character of administrative law*. In: ACKERMAN, Susan Rose; LINDSETH, Peter L. *Comparative Administrative Law*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2010, p. 122.

Em ensaio mais recente sobre o tema, confira-se: BAPTISTA, Patrícia; CAPECCHI, Daniel. Se o direito administrativo fica, o direito constitucional não passa. In MENDONÇA, José Vicente Santos de; FERRARI, Sergio. (Org.). *Direito em Público: homenagem ao professor Paulo Braga Galvão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

Os serviços públicos são uma espécie de atividade econômica, na medida em que se utilizam de recursos escassos para a satisfação das necessidades coletivas, mas dessas se diferenciam em razão da titularidade estatal, com ou sem exclusividade, e da finalidade de atendimento ao interesse público.⁸³⁹

A essência em rotular uma atividade econômica como serviço público está em retirá-la da livre iniciativa, na qual poderia ser exercida por qualquer interessado, em termos mais livres⁸⁴⁰, para atrair um regime peculiar que irá dirigi-la e condicioná-la, tendo em vista sua destacada importância para a coletividade, permitindo sua prestação apenas por quem obtiver título habilitante para tanto conferido pela Administração Pública⁸⁴¹.

Tradicionalmente prestados pelo Estado e suas entidades, a multiplicação dos interesses públicos intensificou a necessidade de se adotar novas formas de prestação dos serviços públicos em parceria com a iniciativa privada e a sociedade civil, para melhor atingir as finalidades públicas definidas.⁸⁴²

Daí ter surgido uma vasta gama de modelos viabilizadores da prestação de serviços públicos, tais como as concessões, as parcerias público-privadas, as permissões, as autorizações, os convênios e a franquia pública, a seguir apresentados em breves linhas.

A concessão de serviços públicos, que pode ser precedida de obras públicas ou não, consiste no contrato administrativo por meio do qual a Administração transfere a outrem, após prévio processo licitatório, a execução de um serviço público, para que o faça por sua conta e risco,

839 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1988, pp. 137-139.

840 Diz-se mais livres porque, não raro, atividades econômicas exercidas em liberdade são condicionadas pela intervenção regulatória estatal.

841 Há grande dificuldade na literatura em conceituar os serviços públicos, variando os entendimentos entre as abordagens substantivas, que buscam referências no conteúdo da atividade econômica para caracterizá-la como serviço público, geralmente por meio de aproximações à dignidade da pessoa humana; abordagens formalistas, que entendem serem serviços públicos as atividades econômicas assim definidas em lei; e, ainda, abordagens que unem esses dois extremos, identificando traços de substância, mas também exigindo a forma para definir a atividade econômica como serviço público. Sobre o tema, na literatura nacional, cf.: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2013; AGUILAR, Fernando Herren. *Serviços Públicos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

842 A respeito, cf.: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público Privada e outras Formas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 16.

mediante tarifa paga pelo usuário, sendo ainda possível a previsão contratual de outras formas de remuneração, alternativas, acessórias, complementares ou decorrentes de projetos associados.⁸⁴³

Por sua vez, as Parcerias Público-Privadas conformam uma modalidade especial de concessão de serviços públicos⁸⁴⁴. Previstas na Lei nº 11.079/2004, podem ser realizadas por meio de duas modalidades: a concessão patrocinada e a concessão administrativa. A concessão patrocinada tem como característica o fato de o concessionário receber, adicionalmente aos recursos dos usuários, recursos advindos diretamente do Poder Concedente. A segunda modalidade, concessão administrativa, consiste em um contrato de prestação de serviço do qual a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens que, diversamente da modalidade patrocinada, será integralmente custeada pelo Poder Concedente.

Por sua vez, a permissão de serviços públicos remonta a um contrato administrativo de delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco. Embora, na atualidade, a permissão de serviço público costume apresentar regime quase idêntico ao da concessão de serviço público, é possível diferenciá-las em razão do caráter precário da permissão, que ao contrário da concessão, não admitiria indenização ao permissionário na hipótese de extinção antecipada do contrato, especialmente pela inexistência de bens reversíveis.⁸⁴⁵

Quanto às autorizações de serviços públicos, em que pese haver controvérsia acerca de sua utilização como modalidade de delegação de serviços públicos⁸⁴⁶, tem ganhado espaço o

843 Sobre o tema, cf.: MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 24 e ss; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A concessão como instituto do Direito Administrativo*. Tese apresentada ao concurso para provimento de cargo de professor titular do departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2013, pp. 251/298.

844 Sobre o tema, cf.: RIBEIRO, Maurício Portugal. PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP*. São Paulo: Malheiros, 2007.

845 Cf.: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 719-724.

846 Especialmente tendo em vista a doutrina mais tradicional, que busca solidificar o conceito possível de autorização administrativa tão somente ao de um ato administrativo precário e discricionário, editado no interesse predominante do autorizatário e para o qual não se exige licitação.

entendimento de que a autorização pode ser utilizada como forma de delegação de serviços públicos, em razão da expressa previsão constante do art. 21, XI e XII, da CRFB.⁸⁴⁷

Outra modalidade possível de delegação de serviços públicos é a celebração de convênios administrativos⁸⁴⁸, traduzindo ajustes bilaterais entre entidades administrativas, ou a Administração Pública e entidades privadas sem fins lucrativos, que têm por objeto a consecução de objetivos comuns e o atendimento do interesse público.

Por fim, tem-se ainda a denominada franquia pública. De aplicação limitada, a franquia consiste, na forma do art. 2º da Lei nº 8.955/1994, em um contrato comercial de autorização para o uso de nome e de marca, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semiexclusiva de produtos e serviços e, eventualmente, ao direito de uso de tecnologia e implantação e administração de negócio ou sistema operacional, desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, que uma empresa faz a outra, com prestação de serviços e assistência permanente, mediante recebimento de certa quantia e sob determinadas condições, conservando esta última sua individualidade jurídica.⁸⁴⁹

Quando empregada à prestação de serviços públicos, a franquia se aproxima da concessão, realizando verdadeira outorga de serviço público, mas dela se diferenciando em razão do compromisso de transferência de *know-how*, isto é, a técnica de produção e prestação do serviço, pois a Administração deixa de ser mera controladora, e passa ser parte atuante, empreendendo esforços para o aprimoramento dos serviços prestados.⁸⁵⁰

847 Art. 21. Compete à União: (...) XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

848 Nesse sentido, Alexandre Santos de Aragão afirma que: “se o ente público incumbido do serviço deixar de prestá-lo diretamente para, por exemplo, passar a financiar entidade conveniada para fazê-lo, poderemos estar diante de uma modalidade de delegação de serviço público, ainda que distinta da concessão, em razão, por exemplo, da possibilidade de denúncia unilateral por qualquer das partes sem indenização. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 719-720.

849 BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e Direito*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002. p. 31; LAMY, Marcelo. *Franquia pública*. São Paulo: Saraiva, 2002.

850 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 702.

III.2 – LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS

Pautadas no Poder de Polícia⁸⁵¹, as limitações administrativas consistem nas ações do Poder Público que reduzem ou condicionam liberdades e propriedades particulares com esteio na Constituição ou em lei⁸⁵². Não podem importar, assim, em seu sacrifício⁸⁵³ ou intervenção excessiva⁸⁵⁴, sob pena de se transmudarem em expropriações regulatórias⁸⁵⁵.

Como não se trata de extinguir, por completo, ou mesmo parcialmente, o direito de propriedade, mas tão somente de condicionar seu exercício, Eduardo García de Enterría e Thomás-Ramón Fernandez afirmam que as limitações administrativas não modificam o direito subjetivo afetado, conformando apenas a esfera de exercício do dito direito, que de resto permanece

851 Sobre o debate mais recente acerca do tema, cf.: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. (Coords.) *Poder de polícia na atualidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2014; MENDONÇA, José Vicente Santos. *Direito constitucional econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2014; e BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

852 Nas palavras de Alexandre Santos Aragão, limitação administrativa é: “todo condicionamento ou redução do âmbito do exercício de liberdades e propriedades operado pela Administração Pública com base em lei ou na Constituição, ponderando-as com outros valores constitucionais, mas, ao contrário de outras restrições também admitidas pelo direito, sem atingir o núcleo essencial de tais liberdades e propriedades.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. Limitações Administrativas e a sua Excepcional Indenizabilidade. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 155, pp. 9/20, jan. 2014.

853 Carlos Ari Sundfeld esclarece, a respeito: “Em outras palavras, qualquer condicionamento do direito de propriedade tem como limite a viabilidade prática e econômica do emprego da coisa: proibido este, o direito estará totalmente sacrificado.” SUNDFELD, Carlos Ari. Condicionamentos e sacrifícios de direitos – distinções. *Revista Trimestral de Direito Público*. Vol. 4, nº 79, p. 82.

854 Daí Egon Bockmann Moreira tratar de um “paradigm da intervenção sensata” do Estado: “O que faz surgir a necessidade de cogitações acerca de uma intervenção sensate: proporcional e razoável ao Mercado e aos interesses públicos e privados postos em jogo. Num sistema capitalista que celebra constitucionalmente a liberdade de iniciativa, a liberdade de empresa e a liberdade de concorrência (Constituição, art. 170), a intervenção do Estado na Economia há de ser necessária, ponderada, excepcional e pontual – com finalidade pública específica.” MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo da Economia, a ponderação de interesses e o paradigm da intervenção sensate. In CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. *Estudos de Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 81.

855 FREITAS, Rafael Vêras de. *Expropriações regulatórias*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

inalterado.⁸⁵⁶ Em razão desse fato, reconhece-se que, embora as limitações administrativas possam gerar algum prejuízo, elas não são indenizáveis.⁸⁵⁷

A propósito do tema, controverte-se sobre o fundamento das limitações administrativas, havendo tanto a percepção de que decorrem da supremacia geral do Poder Público frente aos cidadãos⁸⁵⁸, sem necessidade de disposição constitucional específica, quanto a de que seu fundamento último é a ponderação entre direitos, valores e princípios constitucionais contrapostos.⁸⁵⁹

Independentemente da posição que se adote, fato é que o Estado se vale das limitações administrativas para adequar o direito de propriedade dos cidadãos aos interesses da coletividade.

Com efeito, por meio das limitações administrativas, o Estado condiciona as propriedades privadas à função social que delas é exigida. Dessa forma, coercitivamente as afeita ao interesse da coletividade, o que relaciona as limitações administrativas à ideia de conduta e organização social.

III.3 – REGULAÇÃO ECONÔMICA E SOCIAL

Com o advento do processo de desestatização ocorrido na década de 90, o Estado brasileiro ensaiou reduzir o exercício direto de atividades econômicas e sociais, aproximando-se da função de ser dele regulador.

856 ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Thomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. V. II. Madrid: Civitas, 1997, p. 110.

857 HEINEN, Juliano. Limitações administrativas e o conteúdo econômico da propriedade: uma “desapropriação à brasileira”. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, v. 260, maio/ago. 2012.

858 Para Juliano Heinen: “Contudo, as limitações constantes no âmbito administrativo são exercidas pelo poder público, com base em sua supremacia, visando ao interesse da coletividade.” HEINEN, Juliano. Limitações administrativas e o conteúdo econômico da propriedade: uma “desapropriação à brasileira”. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, v. 260, maio/ago. 2012, p. 170.

859 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Limitações Administrativas e a sua Excepcional Indenizabilidade. *Fórum Administrativo – FA*, Belo ano 14, n. 155, p. 9-20, jan. 2014.

Em que pese o ideal do Estado Regulador não ter sido amplamente alcançado no caso brasileiro⁸⁶⁰, a atividade regulatória cresceu consideravelmente de importância, e se expandiu para além dos serviços públicos então recém-privatizados⁸⁶¹.

A antiga regulação, verticalizada com outras atividades dentro das empresas estatais, cedeu lugar à regulação setorial das atividades econômicas que denotem relevância social em geral.

Signo distintivo de caráter polissêmico⁸⁶², a regulação proporciona uma atuação indireta que estipula condicionamentos e incentivos, de modo a estimular e conduzir o exercício das atividades econômicas e a prestação dos serviços públicos na direção de fins socialmente desejáveis⁸⁶³.

⁸⁶⁰ Neste sentido, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo: “Conseidero que essa alteração de função ara o suposto Estado Regulador foi parcial e, mais ainda, insuficiente para que se altere o modelo de Estado vigente, que ainda é o Estado do Bem-Estar Social, embora numa versão mais adaptada às reformas administrativas que foram implementadas na década de 1990.” RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 39.

⁸⁶¹ Carlos Ari Sundfeld observa: “A regulação atinge tanto os agentes atuantes em sectores ditos privados (o comércio, a indústria, os serviços comuns – enfim, as ‘atividades econômicas em sentido estrito’) como os que, estandoespecialmente habilitados, operam em áreas de reserva estatal (prestação de ‘serviços públicos’, ‘exploração de bens públicos’ e de ‘monopólios estatais’).” SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 18.

⁸⁶² Para uma reflexão crítica quanto ao conceito de regulação, e sua característica expansão, cf.: BLACK, Julia. *Critical reflections on regulation*. CARR Discussion Papers, DP 4. Centre for Analysis of Risk and Regulation, London School of Economics and Political Science, London, UK, 2002. Disponível em: <http://eprints.lse.ac.uk/35985/1/Disspaper4-1.pdf>. Acesso em: 16/02/2015; FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Definição do direito da regulação econômica. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 207-217, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=12802>>. Acesso em: 16/02/2015; e WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme A. Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, v. 264, p. 13-56, set/dez. 2013. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=98767>>. Acesso em: 16/02/2015; e STIGLITZ, Joseph. *Regulation and Failure*. Disponível em: http://www.tobinproject.org/sites/tobinproject.org/files/assets/New_Perspectives_Ch1_Stiglitz.pdf. Acesso em 10/01/2015.

⁸⁶³ Antônio Carlos dos Santos, Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão Marques definem regulação como: “o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionadas através das quais o Estado, por si ou por delegação, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, tendo em vista evitar efeitos desses comportamentos que sejam lesivos de interesses socialmente legítimos e orientá-los em direções socialmente desejáveis.” SANTOS, Antônio Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito Econômico*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p.191.

Seu emprego se justifica diante da existência de falhas de mercado e falhas de governo⁸⁶⁴ que demandem a ação estatal para garantir um funcionamento mais eficiente do mercado⁸⁶⁵. Nesses casos, a intervenção regulatória estatal serviria para gerar uma maior eficiência aos mercados regulados, que se reverteria ao bem-estar socioeconômico da população.

Atualmente, o Direito regulatório brasileiro passa para uma nova fase de desenvolvimento. Estabelecido o modelo regulador, ainda que não com o sustento e a estabilidade desejáveis, os esforços começam a se voltar para a qualidade da regulação e a adoção de suas melhores práticas, de modo a regular quando assim realmente se justificar, à luz de custos e benefícios envolvidos, por meio das variáveis que melhor se amoldem diante do caso concreto – como entrada e saída de um mercado, preço praticado, segurança e qualidade do serviço, informação a ser prestada ao regulador e aos contratantes da atividade etc.

Ganha em importância aprofundar a compreensão das ferramentas e modelos regulatórios disponibilizados pelo Direito Administrativo, enfocando-se em como operacionalizar essa atividade administrativa da forma mais eficiente possível.

III. 4 – FOMENTO

⁸⁶⁴ De acordo com Felipe Guerra de Figueiredo: “Na maioria dos mercados, existe pelo menos algum tipo de falha que atrapalha o seu pleno funcionamento. Em alguns casos, a falha de mercado é tão severa que pode expulsar algum bem do mercado, inviabilizando a sua troca. São quatro as principais falhas de mercado: concorrência imperfeita, quando as firmas no mercado possuem algum grau de poder de mercado, o que leva o preço a ser maior do que o custo marginal; externalidades, quando a produção ou consumo de um agente gera impactos (de forma positiva ou negativa) sobre a produção ou consumo de um outro agente; informação assimétrica, que ocorre quando alguns agentes possuem mais informação do que outros; e bens públicos, que, em virtude das características de não-rivalidade e não-exclusão, não são ofertados de forma ótima pelo mercado. As instituições, portanto, por se tratarem de regras formais e informais que restringem a ação dos agentes, são de fundamental importância para mitigar as falhas de mercado descritas acima.” FIGUEIREDO, Felipe Guerra. *Nova Economia Institucional e o setor sucroenergético brasileiro: análise das medidas intervencionistas no setor sob a ótica da teoria da agência positiva*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013.

No mais, quando a concorrência não for capaz de resolver as falhas, por si só, para corrigi-las será preciso regular as variáveis específicas, dentre preço, entrada, qualidade e informação, conforme a peculiaridade da falha no caso concreto. Neste sentido, cf.: RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, pp. 21/30 e pp. 137/155.

⁸⁶⁵ São diversas as teorias existentes para fundamentar e orientar a intervenção regulatória do Estado. Para um panorama didático, cf.: CAMPOS, Humberto Alves de. *Falhas de mercado e falhas de governo: uma revisão da literatura sobre regulação econômica*. Disponível em: <http://www.olibat.com.br/documentos/prismas-regulacao-economica.pdf>. Acesso em: 16/02/2015.

A atividade de fomento se realiza por meio da criação de incentivos estatais que induzem à prática (ou abstenção da prática) voluntária de determinadas atividades, selecionadas a partir do propósito de se realizar o interesse público em específico⁸⁶⁶.

Dessa maneira, é por meio do fomento que o Estado busca gerar estímulos para que agentes privados acedam com o desenvolvimento das atividades econômicas ou sociais que repercutam um interesse público.⁸⁶⁷ Deve, para tanto, sempre manter a objetividade e a impessoalidade nos critérios incentivadores, para que não proceda a privilégios odiosos dentre os potenciais beneficiários da medida de fomento, seja ela qual for.

A atividade de fomento estatal encontra sua matriz constitucional no artigo 174 da CRFB, ao fixar que cabe ao Estado, na forma da lei, as funções de planejamento, fiscalização e *incentivo* da atividade econômica. Não bastasse isso, a ideia de fomento está, também, presente quando a Constituição menciona as atividades de cultura⁸⁶⁸, desporto⁸⁶⁹ e de ciência e tecnologia⁸⁷⁰. Daí falar-se, como dito, em fomento econômico e em fomento social.

Suas principais características, ao modo em que sumarizadas por José Vicente Santos de Mendonça, informam que “ i) *seu exercício se dá, num primeiro momento, sem coerção*; ii) *não há qualquer obrigação de o particular aderir a ele*; iii) *não se trata de liberdade pública*; iv) *é seletivo*,

866 Como anota Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto: “Em razão de sua própria dinâmica - guiada pela frente dupla de incentivos positivos à adoção de comportamentos desejáveis pelo Estado para a satisfação de finalidades públicas e de incentivos negativos para que o particular diminua ou mesmo cesse a realização de certas atividades -, o fomento público se coaduna com as mais modernas técnicas econômicas para desenvolvimento de serviços. Trata-se de indiscutível instrumento regulatório que tende a ter cada vez maior projeção na atual dinâmica de prestação de serviços e promoção de finalidades públicas pelo Estado.” MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70679>>. Acesso em: 16/02/2015.

Sobre fomento, cf. CAGGIANO, Heloísa. Do planejamento à Governança no fomento público financeiro: estudo de caso do Setor Automotivo. *Dissertação de mestrado apresentada à FGV Direito Rio para a obtenção do título de mestre*. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br>. Acesso em: 28/05/2018.

867 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 167-168.

868 Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

869 Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados: (...)

870 Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas. (...)

porém não injustificadamente anti-isonômico; v) é unilateral, isto é, não há qualquer sujeito ativo para reclamar a execução da atividade fomentada, mas, apenas, para controlar o uso da verba pública; vi) é, em princípio, transitório.”⁸⁷¹

Por saber, quando a Administração Pública confere determinada subvenção, isenção ou benefício creditício a uma pessoa privada, ela o faz para que esse particular, atuando em colaboração consigo, contribua para a satisfação de necessidades gerais. Desse modo, a concessão de qualquer fomento por parte do Poder Público só será legítima se direcionada à satisfação de necessidades públicas.

O fomento pode ser levado a cabo por meio de diversos métodos. Dentre eles, a concessão de benefícios fiscais. Nessa hipótese a Administração Pública renuncia a parte ou integralidade de receita tributária que lhe seria devida como forma de desonerar o particular e permitir que o mesmo reinvesta essa receita na realização de sua atividade de interesse público. São exemplos dessa prática a concessão de incentivos fiscais como a remissão e a isenção.⁸⁷²

A concessão de benefícios fiscais depende, porém do atendimento das normas constitucionais (Art. 165 §§ 2º, 3º e 6º da CRFB⁸⁷³) e legais (Art. 14 da Lei complementar 101/2000⁸⁷⁴) correlatas.

O fomento também pode ser implementado ainda por meio da concessão de benefícios creditícios, de que são exemplos concessão de empréstimos bancários sob taxa de juros reduzida, e

871 MENDONÇA, José Vicente Santos de. Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – PGE-RJ*. Nº 65, 2010, p. 135.

872 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 379

873 Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: (...) § 2º - A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. § 3º - O Poder Executivo publicará, até trinta dias após o encerramento de cada bimestre, relatório resumido da execução orçamentária. (...) § 6º - O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.

874 Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

o pagamento de subvenções⁸⁷⁵, que consistem no repasse de dinheiro público a particulares, com o intuito de incentivar a realização de determinada atividade de interesse público nos campos especiais da assistência social, assistência médica e educacional.⁸⁷⁶

Ressalte-se, por fim, que na atualidade, o Estado vem abandonando o fomento assistencialista, e passando a adotar uma postura mais ativa, como ‘Estado investidor’, que será melhor tratado no tópico seguinte, acerca da exploração direta da atividade econômica.

III.5 – EXPLORAÇÃO DIRETA DE ATIVIDADE ECONÔMICA PELO ESTADO

Embora a exploração direta de atividade econômica seja reservada aos particulares, na forma do artigo 170, *caput* e parágrafo único⁸⁷⁷, da CRFB, o ordenamento jurídico brasileiro admite hipóteses em que o Estado poderá atuar diretamente como agente econômico, quais sejam: i) intervenção concorrencial do Estado Empresário, prevista no artigo 173, *caput*, da CRFB; ii) as hipóteses de monopólio estatal previstas no artigo 177, da CRFB; e iii) a participação minoritária do Estado empresário em entidades privadas.

A primeira dessas hipóteses encontra-se prevista no artigo 173, *caput*, da CRFB⁸⁷⁸, o qual admite a possibilidade de haver a exploração direta de atividade econômica pelo Poder Público, nos

875 O §3º do Art. 12, da Lei nº 4.320/1964, classifica as subvenções em dois tipos. Confira-se: Art. 12 § 3º. Consideram-se subvenções, para os efeitos desta lei, as transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, distinguindo-se como: I - subvenções sociais, as que se destinem a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa; II - subvenções econômicas, as que se destinem a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril.

876 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 379.

877 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) Parágrafo Único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

878 Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos de de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

casos em que imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo justifiquem que o Estado o faça.

Em outras palavras, a intervenção material do Poder Público em qualquer atividade econômica se dará apenas em caráter excepcional e subsidiário, não estando o Estado brasileiro, no regime constitucional vigente, autorizado a invadir o âmbito da livre iniciativa dos particulares, salvo nos casos em que tal iniciativa não for capaz de satisfazer os interesses públicos envolvidos.⁸⁷⁹

A segunda hipótese em que a Constituição autoriza a exploração direta de atividade econômica pelo Estado são os casos de monopólio, previstos no artigo 177 da CRFB. De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁸⁸⁰, o monopólio “*é a forma mais radical de intervenção do Estado na economia: a que se executa pela supressão da concorrência da iniciativa privada em determinado setor, que assim passa à atuação exclusiva do Poder Público; ambas características da instituição de um monopólio estatal.*”

Cabe ressaltar aqui uma diferença formal entre a prestação de atividades econômicas em concorrência pelo Estado e os monopólios estatais. Enquanto as atividades prestadas em regime de concorrência podem ser previstas tanto na Constituição quanto em lei ordinária, os monopólios estatais não admitem sua criação por intermédio do legislador ordinário, estando todas as suas hipóteses taxativamente previstas na Constituição⁸⁸¹.

Dessa forma, são as seguintes as hipóteses constitucionais de monopólio estatal: i) pesquisa e lavra de recursos minerais e aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica (art.176 da

879 Nesse sentido, dentre outros: SOUTO, Marcos Jurueña Villela. *Direito Administrativo Empresarial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 2; e MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da Regulação Estatal. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 69-92, jan./mar. 2003.

Em sentido oposto, defendendo que a norma fundamental toma uma posição basicamente neutra em termos de política econômica, não podendo o Princípio da Subsidiariedade ser depreendido dela no sentido de uma prevalência da exploração de atividades econômicas por agentes privados. MENDONÇA, José Vicente dos Santos; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentalização e Fundamentalismo na Interpretação do Princípio Constitucional da Livre Iniciativa. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 709-741. Enfrentando a crítica, cf.: MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70679>>. Acesso em: 16/02/2015.

880 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 529.

881 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 170.

CRFB); ii) a pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos, a refinação do petróleo, a importação e exportação dos produtos e derivados básicos, o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional e seus derivados básicos, bem como o transporte por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem (art. 177, I, a IV, da CRFB); iii) a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos (arts. 21, XXIII, e 177, V, da CRFB); e iv) a prestação e exploração dos serviços de gás canalizado (art. 25, § 2º, da CRFB).

Repare que todas as hipóteses aqui expostas de atuação direta do Estado como agente econômico, quer seja concorrendo com a iniciativa privada, quer seja instituindo monopólios estatais ou participando como acionista minoritário em empresas privadas, apresentam ligação umbilical com interesse público. Isto porque, segundo a denominada *teoria da instrumentalidade*⁸⁸², a atuação estatal direta no domínio econômico possui nítida função instrumental para o cumprimento de atividades ou finalidades de interesse público.

Significa dizer que a atuação do Estado como agente econômico não é inspirada pela mesma lógica especulativa que estimula os agentes privados; ou seja, o interesse público é intrínseco à atuação estatal no domínio econômico, que busca realizar objetivos estratégicos que transcendem a mera obtenção de recursos ao erário.⁸⁸³

Em outras palavras, a atuação do Estado nesses casos pode servir tanto à implantação de políticas públicas, quanto para alcançar objetivos macroeconômicos, tais como: “i) *estabilização de preços e tarifas para combater a inflação*; ii) *fixação de tetos globais de dispêndio para controle de demanda agregada*; iii) *contenção de importações para a superação de crises cambiais agudas*; iv) *compras de fornecedores locais para fomentar a produção nacional*; v) *expansão do*

882 Desenvolvendo um estudo sobre as teorias alemãs de intervenção do Estado no Domínio Econômico. SCHNEIDER, JensPeter. O Estado como sujeito econômico e agente direcionador da economia. Tradutor Vitor Rhein Schirato. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, pp. 189/217, abr./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=41046>>. Acesso em: 13 fev. 2015.

883 SCHNEIDER, JensPeter. O Estado como sujeito econômico e agente direcionador da economia. Tradutor Vitor Rhein Schirato. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, pp. 189/217, abr./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=41046>>. Acesso em: 13 fev. 2015.

endividamento em moeda estrangeira para equilibrar a balança de pagamentos; e vi) controle do acesso bancário para permitir a geração de superavit primário nas contas públicas.”⁸⁸⁴

Por fim, a última das hipóteses de atuação direta do Estado no domínio econômico consiste na participação do Estado empresário em entidades privadas, como acionista minoritário ou em razão de ações de classe especial denominadas *golden shares*⁸⁸⁵, sendo útil, desde já, esclarecer que tais entidades não são abrangidas pelo conceito de empresas estatais, nem tampouco integram a Administração Pública.

A participação minoritária do Estado em empresas privadas muitas vezes acontece por meio da criação de Sociedades de Propósitos Específicos – SPE, em decorrência da concessão de algum serviço público ou obra, à luz de previsão editalícia anterior⁸⁸⁶. Por outras, trata-se mesmo da aquisição de parcela minoritária do capital social de uma sociedade empresária por uma empresa estatal.

Em ambos os casos, o propósito é realizar o interesse público por meio da influência no gerenciamento da atividade, o que pode se dar por mecanismos estatutários, acordos de acionistas ou pela própria previsão de *golden shares*.

IV – CONCLUSÃO: A COMPOSIÇÃO DE UMA CAIXA DE FERRAMENTAS

884 PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa Estatal: Função Econômica e Dilemas Societários*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 243.

885 A golden share foi prevista expressamente no art. 8º da Lei nº 9.491/97 que estabeleceu o Programa Nacional de Desestatização – PND. Art. 8º. *Sempre que razões que justifiquem, a União deterá, direta ou indiretamente, ação de classe especial do capital social da empresa ou instituição financeira objeto da desestatização, que lhe confira poderes especiais em determinadas matérias, as quais deverão ser caracterizadas nos estatutos sociais.*

886 Sobre o tema, cf.: FORGIONI, Paula A. PPPs e participação minoritária do Estado-acionista: o direito societário e sua instrumentalidade para o direito administrativo. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, n. 16, ano 4 Outubro / Dezembro 2006 Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=38664>>. Acesso em: 16/02/2015; SCHWIND, Rafael Wallbach. *O Estado acionista*. São Paulo: Almedina, 2017; e GUEDES, Filipe Machado. *A atuação do estado na economia como acionista minoritário*. São Paulo: Almedina, 2015.

As transformações sociais das últimas décadas multiplicaram os interesses públicos compartilhados pela sociedade e, com isso, definitivamente mudaram o Direito Administrativo. Fizeram aflorar ainda mais seu caráter concreto, de ramo do Direito encarregado de cuidar de interesses coletivos e impactantes no dia a dia dos cidadãos, ainda que muitas vezes a sua presença nem mesmo seja por eles notada.

Diante dos fatos, o Direito Administrativo proveu o Estado da capacidade de se adaptar, sob os aspectos estrutural e funcional, para fazer frente a tantos desafios que passaram a compor sua função maior de efetivar o interesse público. Assim foi feito viabilizando a criação de novos órgãos e entidades encarregados de tutelar interesses públicos específicos, bem como disponibilizando à Administração Pública uma grande quantidade de formas, distintas e entre si combináveis, para exercer a função administrativa.

Associadas a quantidade de órgãos e entidades existentes, com a quantidade de meios à disposição da Administração para conformar os interesses públicos prioritários, empregar esses mecanismos para desenhar bons modelos tendentes a realizar o interesse público passou a ser uma questão central ao aprimoramento da gestão pública.

É que o Estado de nosso tempo não é mais aquele provedor universal que cuidava, de forma unitária, rígida e direta, de praticamente tudo da vida cotidiana. E assim acreditava bastar-se a si próprio. O Estado atual é multifacetado. Atua, paralelamente, de forma direta, indireta e associativa com a iniciativa privada, e tem tantas ferramentas à sua disposição para veicular seus programas, políticas e ações, que não precisa mais se reinventar e perder em grandes formulações⁸⁸⁷. Nem ser social, nem absenteísta, ou assumir qualquer outro grande rótulo que o valha.

O desafio pós-moderno do Estado é ser eficiente⁸⁸⁸. E ser eficiente implica conhecer e gerir

⁸⁸⁷ Nas palavras de Lester Salamon: “O que isso sugere é que governos não precisam ser “reinventados”, como o *new public management* tem sugerido. Este processo já é bastante avançado. *O grande desafio atualmente é encontrar um modo de compreender e gerir o governo reinventado que produzimos.*” (Tradução livre e grifos postos). SALAMON, Lester M. *The New Governance and the Tools of Public Action: An Introduction*. In SALAMON, Lester M. *The tools of government: A Guide to the new governance*. New York: Oxford University Press, 2002, p. 8.

⁸⁸⁸ Nas palavras de Gustavo Binenbojm, inspirado no discurso de posse de Barack Obama: “Há que se reconhecer que o Estado não tem o monopólio do interesse público, assim como o livre mercado não tem o monopólio da eficiência. Haverá Estado onde sua presença for moralmente justificável, juridicamente possível e pragmaticamente defensável.” BINENBOJM, Gustavo. Prefácio. In RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

melhor os instrumentos que tem à disposição, para assim otimizar seu emprego e, em uma análise prática, “resolver os problemas da vida.”⁸⁸⁹

Para superar esse desafio, é preciso repensar a forma de encarar e manejar o Direito Administrativo. O descompromisso na organização estrutural da Administração Pública, e o exercício da função administrativa, empunhando institutos de maneira desatenta à sua essência, e por vezes intuitiva quanto à sua capacidade de cumprir as finalidades que se pretende efetivar, não tem mais espaço hábil para seguir adiante.

Essa guinada, em favor da eficiência do Estado e da melhoria de sua gestão passa, necessariamente, pela compreensão de que o Direito Administrativo, no Estado pós-moderno, nada mais é do que a compilação de uma grande diversidade de institutos e formas de organização com vocações próprias⁸⁹⁰, que juntos integram uma verdadeira Caixa de Ferramentas voltada à instrumentalização de interesses públicos em concreto.

Trata-se de um daqueles casos em que assumir ser menos, e não se perder em grandes abstrações é, ao fim e ao cabo, ser mais. Produz resultados concretos mais positivos, o que é de todo valioso e significativo.

Longe de se tratar apenas de mais um modismo, fruto da invenção inadvertida de nomenclaturas que em nada contribui, cunhar o Direito Administrativo como uma Caixa de Ferramentas diz, e muito, de seu atual estado da arte.

Ao dessacralizar o Direito Administrativo, transformando-o em ferramenta social, como deve ser, a partir de seu caráter concreto e de suas repercussões econômicas, acredito ser possível colaborar para racionalizar o emprego de suas estratégias e institutos. Um bom conhecimento de seu repertório é o primeiro passo nessa direção.

⁸⁸⁹ Devo a expressão coloquial a Marcos Jurueña Villela Souto que, ao se deparar com alguma nova teorização jurídica ou construção interpretativa, recorrentemente se guiava pela máxima de que o Direito existe para resolver os problemas da vida.

⁸⁹⁰ É como nota Lester M. Salamon, a partir do estudo da gestão pública: “Tem ocorrido uma proliferação massiva nas ferramentas da ação pública, nos *instrumentos* ou meios utilizados para atender aos problemas públicos. (...) cada uma dessas ferramentas tem seu próprio procedimento para se efetivar, requer conhecimentos específicos e mecanismos de distribuição, como também sua própria economia.” (Tradução livre). SALAMON, Lester M. *The New Governance and the Tools of Public Action: An Introduction*. In SALAMON, Lester M. *The tools of government: A Guide to the new governance*. New York: Oxford University Press, 2002, pp. 1-2.

BIBLIOGRAFIA

- AGUILLAR, Fernando Herren. *Serviços Públicos*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. Vol. 1. 3 ed. 2014.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- _____. Limitações Administrativas e a sua Excepcional Indenizabilidade. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 155, pp. 9/20, jan. 2014.
- BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 22/23.
- _____; CAPECCHI, Daniel. Se o direito administrativo fica, o direito constitucional não passa. In MENDONÇA, José Vicente Santos de; FERRARI, Sergio. (Org.). *Direito em Público: homenagem ao professor Paulo Braga Galvão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e Direito*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002.
- BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.
- _____. *Uma teoria do Direito Administrativo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. Prefácio. In RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- _____. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- BLACK, Julia. *Critical reflections on regulation*. CARR Discussion Papers, DP 4. Centre for Analysis of Risk and Regulation, London School of Economics and Political Science, London, UK, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. 10 ed. Almedina: Coimbra, 2010.

CAGGIANO, Heloísa. Do planejamento à Governança no fomento público financeiro: estudo de caso do Setor Automotivo. *Dissertação de mestrado apresentada à FGV Direito Rio para a obtenção do título de mestre*. Rio de Janeiro, 2018.

CAMPOS, Humberto Alves de. *Falhas de mercado e falhas de governo: uma revisão da literatura sobre regulação econômica*. Disponível em: <http://www.olibat.com.br/documentos/prismas-regulacao-economica.pdf>. Acesso em: 16/02/2015.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução Roneide Venância Majer. 6 ed. – (A era da informação: economia, sociedade e cultura. Vol. 1) – São Paulo: Paz e Terra, 2002.

COUTINHO, Diogo R. *O direito nas políticas públicas* A ser publicado em Eduardo Marques e Carlos Aurélio Pimenta de Faria (eds.) *Política Pública como Campo Disciplinar*. São Paulo, Ed. Unesp, no prelo. Disponível em: http://www.cebrap.org.br/v2/files/upload/biblioteca_virtual/item_766/14_05_12_16O_direito_nas_politicas_publicas_FINAL.pdf. Acesso em: 17/02/2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público Privada e outras Formas*. São Paulo: Atlas, 2012.

DRUCKER, Peter F. *Administrando em tempos de grandes mudanças*. 5 ed. São Paulo: Pioneira, 1998.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de; FERNANDEZ, Tomas-Ramon. *Curso de derecho administrativo*. 8 ed. 1997.

ESCOLA, Hector Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública*. Almedina: Coimbra, 2009.

FIGUEIREDO, Felipe Guerra. *Nova Economia Institucional e o setor sucroenergético brasileiro: análise das medidas intervencionistas no setor sob a ótica da teoria da agência positiva*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2013.

FREITAS, Daniela Bandeira de. *A fragmentação administrativa do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FREITAS, Rafael Vêras de. *Expropriações regulatórias*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Definição do direito da regulação econômica. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 207-217, jan./mar. 2005.

FORGIONI, Paula A. PPPs e participação minoritária do Estado-acionista: o direito societário e sua instrumentalidade para o direito administrativo. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, n. 16, ano 4 Outubro / Dezembro 2006.

GINSBURG, Tom. Written Constitutions and the administrative state: on the constitutional character of administrative law. In: ACKERMAN, Susan Rose; LINDSETH, Peter L. *Comparative Administrative Law*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1988.

GUEDES, Filipe Machado. *A atuação do estado na economia como acionista minoritário*. São Paulo: Almedina, 2015.

HEINEN, Juliano. Limitações administrativas e o conteúdo econômico da propriedade: uma “desapropriação à brasileira”. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, v. 260, maio/ago. 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LAMY, Marcelo. *Franquia pública*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da Regulação Estatal. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 69-92, jan./mar. 2003.

_____. O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, out./dez. 2010.

_____. *A concessão como instituto do Direito Administrativo*. Tese apresentada ao concurso para provimento de cargo de professor titular do departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2013.

MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. (Coords.) *Poder de polícia na atualidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – PGE-RJ*. Nº 65, 2010.

_____. *Direito constitucional econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentalização e Fundamentalismo na Interpretação do Princípio Constitucional da Livre Iniciativa. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 709-741.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. O Direito Administrativo da Economia, a ponderação de interesses e o paradigma da intervenção sensate. In CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. *Estudos de Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 379

OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*. Almedina: Coimbra, 2013.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa Estatal: Função Econômica e Dilemas Societários*. São Paulo: Atlas, 2010.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. *O Direito Administrativo como caixa de ferramentas*. São Paulo: Malheiros, 2016;

_____. O Direito Administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 272, pp. 209-249, maio/ago. 2016.

_____. FREITAS, Rafael Vêras de. Manutenção do ambiente negocial entre o público e o privado e desenvolvimento nacional: o impacto das modulações regulatórias nos contratos da

Administração e o dever de coerência administrativa. In: CORRÊA, André Rodrigues; PINTO JÚNIOR, Mario Engler. (Org.). *Cumprimento de contratos e razão de Estado*. São Paulo: Saraiva - Direito GV, 2013.

RIBEIRO, Maurício Portugal. PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP*. São Paulo: Malheiros, 2007.

RIVERO, Jean. *Droit administratif*. 13 ed. 1990, pp. 39 e ss. *Apud* AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. Vol. 1. 3 ed. 2014.

SALAMON, Lester M. The New Governance and the Tools of Public Action: An Introduction. In SALAMON, Lester M. *The tools of government: A Guide to the new governance*. New York: Oxford University Press, 2002.

SANTOS, Antônio Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito Econômico*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

SOUSA, António Francisco de Sousa. *Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Parcerias decorrentes do programa estadual de desestatização. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Vol 59. 2005.

_____. *Direito Administrativo Empresarial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHNEIDER, JensPeter. O Estado como sujeito econômico e agente direcionador da economia. Tradutor Vitor Rhein Schirato. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, pp. 189/217, abr./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=41046>>. Acesso em: 13 fev. 2015.

SCHWIND, Rafael Wallbach. *O Estado acionista*. São Paulo: Almedina, 2017.

STIGLITZ, Joseph. *Regulation and Failure*. Disponível em: http://www.tobinproject.org/sites/tobinproject.org/files/assets/New_Perspectives_Ch1_Stiglitz.pdf. Acesso em 10/01/2015.

SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Condicionamentos e sacrifícios de direitos – distinções. *Revista Trimestral de Direito Público*. Vol. 4, nº 79, p. 82.



_____. *Chega de axé no Direito Administrativo*. Disponível em: http://www.brasilpost.com.br/carlos-ari-sundfeld/cheega-de-axe-no-direito-administrativo_b_5002254.html. Acesso em: 10/02/2015.

808

_____. Um novo Direito para a gestão pública? *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Vol. Especial, 2012.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *O Antigo Regime e a Revolução*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

VEDEL, Georges. Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif: le role du juge. In *Mélanges Offerts à Marcel Waline: le juge et le droit public*. Paris: LGDJ, 1974, T. 2, pp. 778/779. *Apud* BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VEDEL, George; DEVOLVÉ, Pierre. *Droit administratif*. Vol. 1. 11 ed. Paris, 1990, p. 32 e ss. E p. 110 e ss. *Apud* AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. Vol. 1. 3 ed. 2014.

WEIL, Prosper. *Le droit administratif*. 4 ed. Paris, 1971, pp. 5-76. *Apud* AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. Vol. 1. 3 ed. 2014.

WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme A. Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, v. 264.

A SUSTENTABILIDADE DA ATIVIDADE JUDICIÁRIA – O FUTURO DO OPERADOR DO DIREITO

Leonardo Rocha de Almeida

Mestre em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós – Graduado em Gestão Ambiental Integrada pela Universidade do Ambiente/INEA/UERJ, Procurador da UERJ. Professor Colaborador da Faculdade de Administração e Ciências Contábeis da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Coordenador de Direito Urbanístico da ESA-OAB/RJ. Consultor em Celso Barreiro Advogados Associados.

RESUMO

O Judiciário brasileiro, já há algum tempo, vem adotando medidas para a redução do impacto de sua atividade cotidiana no ambiente. Desde 2012 o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro instituiu Comissão de Políticas Institucionais para Promoção da Sustentabilidade, presidida pelo Desembargador Jessé Torres Pereira Junior. Analisar as medidas adotadas e tentar prever as posturas mandatórias em um futuro próximo são a pretensão do presente artigo.

Palavras-chave: Ambiente. Sustentabilidade. Diversidade. Redução. Reciclagem

1 INTRODUÇÃO

A doutrina tradicional brasileira que descreve as relações do Poder Público com os recursos ambientais disponíveis ensina que cabe a este a utilização do poder de polícia para a fiscalização e orientação dos particulares em fixar os limites da fruição dos ambiente, sem que prejudique a coletividade.

Trata-se, em especial, da lição de Édis Milaré, que em interpretação do inciso V, parágrafo 1º do Artigo 225 da Constituição da República, afirma a existência de um princípio que “resulta de intervenções necessárias à manutenção, preservação e restauração dos recursos ambientais com vista à sua utilização racional e disponibilidade permanente”.⁸⁹¹

⁸⁹¹ MILARÉ, 2006, p.160.

Contudo, tal visão de mero espectador e fiscalizador da atividade do particular não cabe mais em um ambiente cada vez mais escasso de recursos naturais, em especial, pelo atendimento do princípio da eficiência administrativa.

Do mesmo modo, a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins, mecanismos de formulação e aplicação preceitua em seu inciso IV no artigo 3º, a responsabilização do agente que, direta ou indiretamente, der causa ao evento de danos, entendendo-se por poluidor a pessoa física ou jurídica, **de direito público ou privado**, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental.

O art. 6º do mesmo diploma legal aponta os órgãos e entidades da União, Estados, Distrito Federal e territórios, Municípios e Fundações Públicas que são responsáveis pela proteção da qualidade ambiental e que constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama.

Neste ponto, no ano de 2012 o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, entendendo que era necessária a maior participação nas políticas socioambientais, instituiu Comissão de Políticas Institucionais para Promoção da Sustentabilidade, presidida pelo Desembargador Jessé Torres Pereira Junior, especial homenageado desta coletânea.

A iniciativa, para além de meritória por si só na escolha do Presidente da Comissão, busca resolver um dos principais problemas do Judiciário nacional, qual seja, a gestão dos serviços judiciários.

2 A NECESSÁRIA GESTÃO DA ATIVIDADE JUDICIÁRIA

Os concursos públicos para ingresso na Carreira da Magistratura de forma uníssona⁸⁹², após a edição da Resolução 75/2009 pelo Conselho Nacional de Justiça, que normatizou os requisitos mínimos para a realização dos certames, envolvem o conhecimento de noções de gestão judiciária, em formação humanística e sociologia do Direito.

O Juiz Federal Nagibe de Melo Jorge Neto, em recente obra afirma que :

Uma das principais causas pelas quais o Poder Judiciário não funciona adequadamente é comum aos demais serviços públicos: saúde, a educação e a segurança. É o problema da gestão. Gestão é a capacidade de organizar

⁸⁹² Conselho Nacional de Justiça - RESOLUÇÃO Nº 75, DE 12 DE MAIO DE 2009

*recursos materiais e humanos do modo mais eficiente possível para se atingir um resultado.*⁸⁹³

Pois bem: todos os magistrados aprovados em concursos realizados antes de 2009 e aqueles oriundos dos Quintos Constitucionais da Advocacia e do Ministério Público, por óbvio, não tinham nem mesmo a exigência de noções básicas de gestão judiciária.

Não se trata de crítica, mas apenas a constatação de uma evolução de importância da gestão da atividade judiciária, que vem sendo supervisionada pelo Conselho Nacional de Justiça, mas não pode intervir na independência dos Tribunais pátrios.

Portanto vemos que a preocupação com a sustentabilidade da atividade jurisdicional vem acompanhada de uma nova ideia de gestão adequada dos serviços públicos e, mais ainda,

3 A SUSTENTABILIDADE DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Até por razões lógicas, é preciso iniciar a narrativa com o pensamento corrente do que seria uma atuação sustentável dos Tribunais brasileiros, calcado na redução do consumo de recursos naturais, fortemente incentivado na digitalização de processos e redução do uso de papel, matéria prima de grande utilidade na atividade dos Tribunais.

Ainda no ano de 1999 foi instituída pelo Ministério do Meio Ambiente a Agenda Ambiental na Administração Pública – A3P, ação voluntária que visa inserir critérios ambientais, nos diversos órgãos e instituições públicas das três esferas de governo e no âmbito dos três poderes.

Tais medidas são, na visão da Professora Maria Beatriz Albuquerque David, a concretização de um esforço concentrado de preservação em que:

*Ao governo nacional cabe estabelecer as estratégias de preservação e, como delegar à cada nível, a execução, mantendo a coordenação e articulando as parcerias financeiras e as execuções.*⁸⁹⁴

⁸⁹³ JORGE NETO, Nagibe de Melo Jorge. Abrindo a caixa preta: por que a Justiça não funciona no Brasil. 3ª ed. rev., atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 103)

⁸⁹⁴ DAVID, Maria Beatriz Albuquerque. Diferentes estratégias de desenvolvimento da Amazônia: Existiriam possibilidades e viabilidades de compatibilizar as agendas? In: MOTA, Maurício (coord.). Função social do Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 398.

Prossegue a i. Professora:

*A gestão ambiental deve integrar as políticas públicas e utilizar os mecanismos do marco regulatório, de mercado, um sistema de incentivos econômicos eficientes e de punições efetivas às transgressões legais, para resolver as falhas do sistema de mercado e de preços.*⁸⁹⁵

No ano de 2010 o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, já captaneado pelas iniciativas do Desembargador Jessé Torres, aderiu voluntariamente ao projeto, que tem como “(...) *principal objetivo é fomentar a responsabilidade socioambiental nas atividades administrativas e operacionais dos órgãos públicos.*”⁸⁹⁶

Em 2015, temos ainda a principal medida tomada pelo Tribunal neste âmbito e que gera benéficos efeitos até a presente data.

Com o auxílio da Secretaria do Estado do Ambiente, Instituto Estadual do Ambiente (INEA) e a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), além dos órgãos internos do próprio Tribunal, foi normatizado o Plano de Logística Sustentável – PLS, que estrutura-se em sete eixos: uso racional dos recursos naturais e bens públicos; gestão adequada dos resíduos sólidos; qualidade de vida no ambiente de trabalho; educação, comunicação e sensibilização ambiental; licitações sustentáveis; construções sustentáveis; e responsabilidade social.⁸⁹⁷

Tal documento, de elevado valor técnico e multidisciplinar, sai do escopo de uma administração meramente econômica, com a redução de gastos de insumos, mais inclusive com a preocupação do usuário dos recursos ambientais, o indivíduo, e sua qualidade de vida enquanto está no ambiente de trabalho, local este que passa grande parte do seu dia, por vezes muito mais do que em seu domicílio.

4 CONCLUSÕES

⁸⁹⁵ Ob.cit. p. 400.

⁸⁹⁶ Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/projetosespeciais/gestao-ambiental>>

⁸⁹⁷ Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/2302746/plano-log-sus.pdf>>



Resta claro que além de todas as homenagens ao Desembargador Jessé Torres por sua produção científica e, em especial, sua atividade jurisdicional, também é importante registrar o legado que deixa no âmbito da sustentabilidade ambiental.

813

As reduções de consumo de insumos no âmbito do Tribunal de Justiça são relevantes e não só, também cuidaram da correta destinação dos resíduos sólidos, a preponderância das construções sustentáveis, com arquitetura que busca aproveitar a luz do sol e a eficiência energética.

Ao cuidar também de licitações sustentáveis e do ambiente do trabalho, mais do que pensar somente no presente, sua liderança demonstra que o futuro da atividade judiciária, que envolve números maiores do que muitos aglomerados urbanos de nosso país, será econômica e com a centralidade nas gerações futuras.

Obrigado Mestre!



A DINAMIZAÇÃO DA PROVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E A QUESTÃO DA VERDADE MATERIAL

814

Luana Aita

Professora de Direito Administrativo na Escola da Magistratura e na Escola de Administração Judiciária do Estado do Rio de Janeiro

Resumo: A existência de princípios constitucionais que influenciam os processos judiciais e administrativos impõe o enfrentamento da incidência das normas inovadoras do Novo Código de Processo Civil, para além dos limites desta disciplina. Surge, dentre seus modernos aspectos, a chamada dinamização do ônus da prova, cuja aplicabilidade ao processo administrativo disciplinar exige análise, notadamente diante das peculiaridades deste último, especialmente no que concerne a questão da verdade material.

Palavras Chave: Novo Código de Processo Civil. Dinamização do Ônus da Prova. Processo Administrativo Disciplinar. Princípio da Verdade Material.

Sumário: Introdução. 1. Incidência do Novo Código de Processo Civil ao Processo Administrativo Disciplinar. 2. A Dinamização do Ônus da Prova. 3. Peculiaridades do Processo Administrativo Disciplinar. 3.1. A Questão da Verdade Material. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil/2015 e os princípios contidos na Lei Maior que apontam para um modelo de processo por ela estabelecido ⁸⁹⁸, exigem o confronto de elementos da novel sistemática processual civil com o processo administrativo disciplinar, diante de suas particularidades.

Em sua essência e sentido amplo, o processo pode ser entendido como “série coordenada de atos para a realização dos fins estatais⁸⁹⁹”, de modo a ser concretizado como instrumento de que se utilizam cada um dos Poderes do Estado para a consecução de suas finalidades.

Neste jaez, o processo judicial constitui a sequência de atos para se alcançar o provimento jurisdicional, enquanto o processo administrativo está voltado, em última análise, para a elaboração do ato administrativo, ambos inspirados e permeados pelas garantias fundamentais do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CRFB/88), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB/88), bem como da razoável duração do processo (art. 5º, LVIII, da CRFB/88).

Nos dois casos, busca-se, igualmente, efetividade e adequação do pronunciamento com vistas a promover direitos fundamentais, sendo, inquestionável, portanto, que a inspiração do processo judicial e do administrativo não é adversa, ao contrário, visa a alcançar objetivos comuns, mas a instrumentalização da atividade de cada um dos Poderes contém peculiaridades, que os diferenciam.

A função administrativa é heterogênea e dá ensejo a diversas espécies de processos administrativos, com procedimentos específicos, dentre os quais, o presente estudo visa a focar a instrumentalização na aplicação das sanções disciplinares aos servidores públicos, matéria latente no âmbito da auto-organização dos entes federativos, de modo que cada um deles costuma possuir sua própria lei acerca do tema.

⁸⁹⁸ Cumpre mencionar as palavras de Alexandre Freitas Câmara acerca do tema: “*Há já alguns anos a doutrina do direito processual civil tem reconhecido a existência de um modelo constitucional de processo, formado por uma série de princípios constitucionais que estabelecem o modo como o processo deve desenvolver-se no Brasil. Este modelo é construído a partir do devido processo constitucional, sendo formado também pelos princípios da isonomia, do juiz natural, da inafastabilidade de jurisdição, do contraditório, da fundamentação das decisões e da razoável duração do processo.*” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo CPC, o Contraditório e a Fundamentação das Decisões do Processo Administrativo*. In CÂMARA, Alexandre Freitas; PIRES, Adilson Rodrigues; MARÇAL, Thaís Boia (Coords.). *Estudos de Direito Administrativo em Homenagem ao Professor Jessé Torres Pereira Junior*. Belo Horizonte: Fórum, pags. 37-48)

⁸⁹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015, pag. 678.

Existe uma miríade de normas sobre o processo administrativo disciplinar, mas há algumas características em comum entre elas, e que, em diversos pontos, as distanciam do tratamento conferido aos processos judiciais.

Desse modo, o presente estudo analisará, em primeiro plano, a delimitação da incidência das normas do Novo Código de Processo Civil sobre os processos administrativos, para então esclarecer a inovação concernente à teoria da dinamização do ônus da prova.

Estabelecidas as mencionadas premissas, serão enfrentadas as particularidades do processo administrativo disciplinar, a partir do modelo federal, seu procedimento, respectiva fase probatória e, enfim, a questão da verdade material, a fim de viabilizar a adequada elucidação da viabilidade de influxos da destacada inovação para além dos processos judiciais.

1. Incidência do Novo Código de Processo Civil sobre o Processo Administrativo Disciplinar

O art. 15 do CPC/2015 determina que, na ausência de normas que regulem os processos administrativos, as disposições de tal *Codex* deverão ser a eles aplicadas supletiva ou subsidiariamente.

A incidência da novel sistemática processual civil esbarra, contudo, na existência de leis específicas na seara administrativa, que não são poucas, inclusive quanto aos processos voltados para a aplicação de penalidades aos servidores públicos.

O modelo federal, que costuma influenciar as demais pessoas políticas, instrumentaliza a sua atividade disciplinar por meio da Lei nº 8.112/90 e subsidiariamente pela norma de processo administrativo naquela esfera, constante da Lei nº 9.784/99.

O art. 69 da Lei nº 9.784/99 prevê que os processos administrativos específicos continuarão regidos por leis próprias, aplicando-se os dispositivos desta lei geral subsidiariamente⁹⁰⁰.

⁹⁰⁰ Acerca da aplicação subsidiária, ressalta-se trecho relevante, representativo da orientação do C. Superior Tribunal de Justiça: ““(…) 3. Consoante entendimento desta Corte, não obstante exista dispositivo na Lei n. 9.784/1999 afirmando que, encerrada a instrução, o interessado terá o direito de manifestar-se no prazo máximo de dez dias, havendo na Lei n. 8.112/1990 regulamentação específica para o processo disciplinar dos servidores por ela regidos, a aplicação da Lei n. 9.784/1999 é apenas subsidiária(…)” (STJ - MS 14450 / DF; Rel. Min. Gurgel de Faria; Terceira Seção; Dje 19/12/2014)

No âmbito do processo administrativo disciplinar observa-se, portanto, que a matéria é submetida ao disposto na Lei nº 8.112/90 e, nos pontos em que ela for omissa, aplica-se subsidiariamente a Lei nº 9.784/99, para só então, a princípio, incidir supletiva ou subsidiariamente o Novo Código de Processo Civil.

Isso não significa que o processo administrativo disciplinar seja infenso à nova lei, na medida em que deve ser buscada a harmonização das normas, com vistas a dar concretude aos princípios constitucionais que norteiam os processos em geral.

Assim, para além das situações de omissão das normas administrativas é possível defender a aplicação de algumas normas do Novo Código de Processo nas situações em que ele confira a solução mais adequada ao caso concreto e que se revele compatível com o ordenamento jurídico administrativo, a fim de conferir concretização aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da razoável duração e da efetividade do processo.

Neste contexto, deve ser analisada a diretriz adotada pela nova sistemática processual designada de dinamização do ônus da prova, para fins de confrontá-la com as normas específicas acerca das peculiaridades do processo administrativo disciplinar, em especial, no âmbito da respectiva instrução probatória.

2. A Teoria da Dinamização do Ônus da Prova

Segundo DIDIER: “ônus é o encargo cuja inobservância pode colocar o sujeito em situação de desvantagem”⁹⁰¹, de modo que o ônus da prova não é um dever da parte, mas uma atribuição que auxilia no êxito do intento processual.

Tal encargo pode ser definido pelo legislador, pelo juiz ou por convenção das partes, no primeiro caso tem caráter prévio e estático, enquanto nos dois últimos é considerado dinâmico, pois delineado de acordo com a situação em concreto.

O legislador, no art. 373, *caput*, do CPC/15⁹⁰², repete a clássica repartição de tal incumbência de forma estática, no mesmo sentido do antigo art. 333 do CPC/73, ao determinar que

⁹⁰¹ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Volume 2. 11 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, pag. 110.

⁹⁰² Transcreve-se, desde já, a íntegra do do art. 373 do CPC/15, que será objeto da presente análise: “Art. 373: O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato

cumprir ao autor provar o fato constitutivo de seu direito e ao réu os respectivos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos⁹⁰³.

Não obstante, a inovação no tema se inicia no parágrafo primeiro de tal dispositivo, a romper com a tradicional estrutura estática da distribuição de tal encargo, ao dispor que, em determinadas situações, ela poderá ser alterada pelo Juízo, passando, portanto, a ser dinâmica, quando se verifique que a parte diversa daquela que inicialmente tinha a atribuição da prova, tem melhores condições de produzi-la.

Também é dinâmica a possibilidade de distribuição convencional prevista no parágrafo terceiro do artigo em questão, mas não será aprofundada na presente análise, que visa ao confronto com o processo administrativo, em decorrência da exceção constante do próprio dispositivo, que ressalva as situações que versem sobre o direito indisponível da parte, certo que o princípio da indisponibilidade está no cerne da atividade administrativa.

Interessa, portanto, a vertente da dinamização do ônus da prova que confere ao Magistrado a possibilidade de (re)distribuir o encargo probatório, motivadamente, nos casos em que exista dificuldade excessiva para a parte que originalmente tinha o ônus de produzir a prova, mas seja verificada uma maior facilidade, ou menos inconvenientes, para a outra parte de fazê-lo, a contribuir, enfim, para as garantias da tutela adequada e da efetividade do processo⁹⁰⁴.

impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.”

⁹⁰³ Vale destacar que essa é a norma geral, considerando que a lei, em determinadas situações pode excepcioná-la, igualmente de forma estática. Trata-se do que a doutrina costuma designar de inversão *ope legis* do ônus da prova.

⁹⁰⁴ Nesse ponto, cumpre ressaltar as palavras de MARINONI, AHRENHART E MITIDIERO: “*Distribuição Fixa e Distribuição Dinâmica. No plano da atribuição do ônus da prova, pode-se ter uma distribuição fixa do ônus da prova ou uma distribuição dinâmica. A atribuição fixa do ônus da prova ocorre quando a legislação, desde logo, afirma, a priori e abstratamente, a quem se imputa o prejuízo em razão da falta de prova sobre determinada espécie de alegação. É o que está no art. 373, caput, do CPC. De outro lado, o ônus da prova pode ser atribuído de maneira dinâmica, a partir do caso concreto, pelo juiz da causa, a fim de atender à paridade de armas entre os litigantes e às especificidades do direito material afirmado em juízo, tal como ocorre na previsão do art. 373, §1º, do CPC. Não há nenhum óbice constitucional ou infraconstitucional à dinamização do ônus da prova no processo civil brasileiro. Muito pelo contrário. À vista de determinados casos concretos, pode-se afigurar insuficiente, para promover o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, uma regulação fixa do ônus da prova, em que se reparte prévia, abstrata e aprioristicamente o encargo de provar. Em semelhantes situações, tem o órgão jurisdicional, atento às circunstâncias de o direito fundamental ao processo justo implicar em direito fundamental à prova, dinamizar o ônus da prova, atribuindo-o a quem se encontre em melhores condições de provar. Assim, cumprirá o órgão judicial com o seu dever*

Destaca-se, assim, o enfoque do chamado ônus subjetivo da prova, quanto à sua distribuição, sem se olvidar, contudo, do ônus objetivo que constitui uma regra de julgamento, voltada para o Juiz, que também terá relevância em sede de processo administrativo disciplinar⁹⁰⁵, como se verá adiante.

Sem a intenção de aprofundar tema que refoge ao objeto do presente estudo, é importante notar que tal inovação no âmbito processual civil, com vistas a promover a igualdade processual entre as partes, parece não encontrar guarida no processo penal, regido pelo sistema, ao menos, predominantemente acusatório⁹⁰⁶, à luz dos direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição, notadamente o princípio da presunção de inocência.

O sistema acusatório é regido pelo designado princípio dispositivo, no qual o ônus probatório fica a cargo das partes, cumprindo ao Ministério Público, que exerce a atividade persecutória do Estado, o ônus da acusação, ou seja, demonstrar as imputações criminais constantes do processo, de modo que cabe ao acusado se defender das provas produzidas nos autos e, eventualmente, o encargo de demonstrar causas excludentes da tipicidade, ilicitude ou culpabilidade⁹⁰⁷, de modo que não cabe Juiz interferir na gestão da prova, sob pena de violar a estruturação do sistema.

de auxílio, inerente à colaboração.” (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pags. 470-471).

⁹⁰⁵ Cumpre mencionar as palavras de Daniel Amorim Assunção Neves acerca do tema: “A doutrina comumente divide o instituto do ônus da prova em duas partes; a primeira chamada de ônus subjetivo da prova e a segunda chamada de ônus objetivo da prova. No tocante ao ônus subjetivo da prova, analisa-se o instituto sob a perspectiva de quem é responsável pela produção de determinada prova (quem deve provar o que), enquanto no ônus objetivo da prova, o instituto é visto como uma regra de julgamento a ser aplicada pelo juiz no momento de proferir a sentença, no caso de a prova se mostrar inexistente ou insuficiente. No aspecto objetivo, o ônus da prova afasta a possibilidade de o juiz declarar o *non liquet* diante de dúvidas a respeito da alegação de fato, em razão da insuficiência ou inexistência de prova.” (NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, pag. 656)

⁹⁰⁶ Para melhor elucidar a questão dos princípios dispositivo e inquisitivo, que se apresentam como matrizes, respectivamente, do sistema acusatório e inquisitorial, no âmbito do processo penal, ressalta-se as lições de Auri Lopes Junior: “A posição do juiz é o ponto nevrálgico da questão, na medida em que ao sistema acusatório lhe corresponde um juiz espectador, dedicado, sobretudo, à objetiva e imparcial valoração dos fatos e, por isso, mais sábio que experto; o rito inquisitório exige, sem embargo, um juiz ator-representante do interesse punitivo e, por isso, um enxerido, versado no procedimento e dotado de capacidade de investigação. O tema também está intimamente relacionado com a questão da verdade no processo penal. No sistema inquisitório, nasce a (inalcançável e mitológica) verdade real, em que o imputado nada mais é do que um mero objeto de investigação “detentor da verdade de um crime”, e, portanto, submetido a um inquisidor que está autorizado a extraí-la a qualquer custo. Recordemos que a intolerância vai fundar a inquisição. A verdade absoluta é sempre intolerante, sob a pena de perder o caráter “absoluto”. (LOPES JUNIOR, Auri. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, PAGES, 125-126)

⁹⁰⁷ Segundo Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar: “É necessário que enxerguemos o ônus da prova em matéria penal à luz do princípio da presunção de inocência, e também em favor do réu. Se a defesa quedar-se inerte durante

Se de um lado o objeto do processo penal, no sentido de instrumento para a aplicação das respectivas penalidades, mais se aproxima da finalidade do processo administrativo disciplinar do que o processo civil (que excepcionalmente pode ter caráter punitivo), de outro lado, os distancia profundamente, notadamente pela posição ocupada pela Administração e por outros aspectos que se passa a enfrentar.

3. Peculiaridades do Processo Administrativo Disciplinar

A instrumentalização da função administrativa e a aplicação das respectivas penalidades constitui matéria inerente à autonomia dos entes federativos, de modo que a União, os Estados e cada um dos Municípios brasileiros podem ter leis acerca do tema e, efetivamente, elaboram tais normas no âmbito de suas competências, sobretudo no tocante à sua própria organização, que abarca o regime jurídico de seus servidores e a atividade disciplinar que sobre eles recai.

No espectro federal, a Lei nº 8.112/90 versa sobre o regime jurídico único dos servidores da União⁹⁰⁸, sanções administrativas pelo desvirtuamento no exercício de suas atividades e procedimentos para a aplicação de tais penalidades.

Tal norma serve de fonte de inspiração para leis de outros entes federativos e costuma ser aplicada nas situações de ausência ou omissão das respectivas normas específicas⁹⁰⁹, razão pela qual o rito nela estabelecido será objeto da presente análise e parâmetro para a distinção dos processos judiciais⁹¹⁰.

todo o processo, tendo pífia atividade probatória, ao final do feito, estando o magistrado em dúvida, ele deve absolver o infrator. A responsabilidade probatória é integralmente conferida à acusação, já que a dúvida milita em favor do demandado. A balança pende em favor deste, já que o art. 386 do CPP, nos incisos II, V, VII, indica que a debilidade probatória implica em absolvição” (TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 11 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, pag. 643)

⁹⁰⁸ Atendendo à norma vigente do art. 39, caput, da CRFB/88.

⁹⁰⁹ Neste sentido caminha a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, tal como se depreende de trecho relevante do seguinte acórdão: “(...) Ademais, conforme precedentes do STJ, é possível aplicar, de forma analógica, a Lei Federal n. 8.112/90 em face da falta de regulamentação específica sobre determinada questão na legislação própria do ente federativo.(...)” (STJ - AgRg no REsp 1576667 / SP; Rel. Min. Mauro Campbell Marques; Segunda Turma; Dje 17/03/2016)

⁹¹⁰ Na pertinente síntese de José dos Santos Carvalho Filho: “O que é necessário, isto sim, é distinguir alguns pontos fundamentais que marcam cada tipo de processo. O processo judicial encerra o exercício da função jurisdicional e sempre há conflito de interesses, ao passo que o processo administrativo implica o desempenho de atividade administrativa, nem sempre se verificando qualquer tipo de conflito. No processo judicial, a relação é trilateral, porque além do Estado-Juiz, a quem as partes solicitam a tutela jurisdicional, nela figuram também a parte autora e a parte ré. No processo administrativo a relação é bilateral, porque, quando há conflito, de um lado está o particular e de

O primeiro aspecto a merecer destaque constitui o fato de que a relação jurídica do processo administrativo disciplinar não é triangular, com um juiz equânime entre as partes, mas bilateral ou dual, ou seja, a Administração se apresenta como parte e julgador, em contraposição ao servidor indiciado.

Daí exsurge, de plano, a inclinação pelo caráter inquisitivo (em contraposição ao dispositivo) no âmbito da gestão da prova, considerando que ela será realizada e determinada pela Administração, que, em última análise, será a responsável pelo julgamento⁹¹¹ e a quem caberá, portanto, o ônus da prova, tanto no aspecto subjetivo, quanto no objetivo.

Neste ponto, merece, ainda, destaque o princípio da oficialidade que rege os processos administrativos e confere à Administração o poder-dever de, por si só, instaurar e impulsionar o processo, tal como se observa do art. 143, da Lei nº 8.112/90 e art. 2º, XII, da Lei 9.784/99, a distingui-los igualmente dos processos judiciais, que dependem da iniciativa dos interessados para a sua instauração.

Demais disso, é possível identificar nos processos administrativos em geral e, à toda evidência, nos disciplinares, a existência de três fases: a instauradora, a propulsora e a decisória, tal como se observa, inclusive, do art. 151 da Lei nº 8.112/90.

No processo administrativo disciplinar federal a fase instauradora pode ser precedida ou não do procedimento prévio designado de sindicância (arts. 143 e 154 da Lei nº 8.112/90) e se operacionaliza com a portaria inaugural, cuja finalidade, de acordo com a jurisprudência, é dar publicidade à Comissão Processante (art. 151, I, da Lei nº 8.112/90)⁹¹².

outro o Estado, a este incumbindo decidir a questão; o Estado é parte e juiz. Por fim, o processo judicial vai culminar numa decisão que pode tornar-se imodificável e definitiva, ao passo que no processo administrativo as decisões ainda poderão ser hostilizadas no Poder Judiciário.”(CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, PAG. 1024).

⁹¹¹ Acerca do tema, cumpre ressaltar as palavras de Romeu Felipe Bacellar Filho: “*Extremamente delicada a situação do servidor acusado. Figura no outro pólo da relação processual, órgão que concentra a função de instruir e acusar, dotado de fortes poderes para, além de determinar todo o curso das provas e das alegações, formular novo juízo de acusação quando entender finda a fase probatória*”. (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pag. 280)

⁹¹² Dentre inúmeros outros julgados, destaca-se trecho pertinente de acórdão do C. Superior Tribunal de Justiça, in verbis: “*A portaria inaugural de instauração de PAD tem como principal objetivo dar início ao Processo Administrativo Disciplinar, conferindo publicidade à constituição da Comissão Processante. Nela não se exige a exposição detalhada dos fatos imputados ao servidor, o que somente se faz indispensável na fase de indiciamento, a teor do disposto nos arts. 151 e 161, da Lei n.º 8.112/1990. Precedentes.*” (STJ - MS 20953 / DF; Rel. Min. Benedito Gonçalves; Primeira Seção; Dje 14/02/2017)

A Comissão Processante deve ser composta por três servidores estáveis, na forma do art. 149 da Lei 8.112/90, e será responsável pela condução do chamado inquérito administrativo, que se apresenta como a respectiva fase propulsora.

O inquérito administrativo compreende a instrução, o inquérito administrativo e o relatório (art. 151, II, da Lei nº 8112/90) e constitui objeto dos arts. 153 a 166 da Lei nº 8.112/90.

Nesta fase, portanto, inicialmente, haverá a colheita de provas, para então ser realizado o indiciamento do servidor (art. 161 da Lei nº 8112/90), com a imputação de todas as condutas que são objeto do processo, a fim de viabilizar o exercício do contraditório e da ampla defesa, a conferir os instrumentos necessários para que a Comissão Processante elabore o relatório (art. 165, da Lei nº 8112/90), opinando sobre a aplicação ou não de penalidade ao servidor indiciado.

Verifica-se, pois, um rompimento com a lógica dos processos judiciais, nos quais há a instauração por meio da inicial ou denúncia, que devem conter todos os fatos objeto da demanda, seguida da fase de defesa, para só então iniciar a fase probatória, que no processo administrativo disciplinar é anterior ao indiciamento do servidor e poderá, inclusive, embasá-lo de forma diversa da portaria inaugural.

Tal inversão, por si só, não importa em violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, que configuram não apenas no direito de se manifestar sobre as provas produzidas nos autos, mas também no de que os argumentos suscitados pelas partes devam ser considerados no momento do julgamento, no âmbito de um Estado Democrático de Direito.

Respeitadas a ampla defesa e contraditório e examinadas as provas produzidas no processo administrativo disciplinar, a Comissão Processante irá elaborar o relatório, que será remetido para a autoridade competente pelo julgamento, a qual, por sua vez, poderá acatar ou não o relatório, esteja em conformidade ou contrário à prova dos autos (art. 167 da Lei nº 8112/90), ou ainda, caso constatado algum vício no procedimento, anulá-lo, para fins de designar outra Comissão, consoante art. 168 da Lei nº 8112/90.

A lei federal específica distingue os órgãos responsáveis pela fase instrutória e julgadora, certo que a Comissão Processante possui amplo poder de gestão e administração da prova⁹¹³, mas,

⁹¹³ Neste sentido, ressalta Romeu Felipe Bacellar Filho “A Comissão de Inquérito exerce, com exclusividade, o ofício da instrução no “processo disciplinar” (leitura a ser estendida a sindicância, na omissão legal). Se, mais tarde, a autoridade competente para o julgamento discordar da maneira como foi conduzida a instrução (por vícios motivadores de invalidades) poderá, no máximo, designar nova Comissão (art. 169) ou julgar de forma contrária ao relatório.” (Op. Cit, pag. 280)

não há qualquer dúvida de que ambos integram a Administração Pública, a reiterar a afirmação de que ela é parte e julgadora no processo administrativo disciplinar.

3.1. A Questão da Verdade Material

Diante de tais peculiaridades, parte da doutrina clássica administrativa sustenta que o processo administrativo disciplinar é regido pelo princípio da verdade material ou real⁹¹⁴, que confere à Administração instrumentos para efetivamente buscar os fatos que constituem o objeto da contenda.

Tal orientação é objeto de inúmeras críticas, em especial pelo fato de que a verdade material seria utópica e inalcançável⁹¹⁵, mas não desnatura o fato de que, no âmbito do processo administrativo disciplinar a própria Administração deve perseguir, determinar e produzir as provas necessárias para que se alcance a demonstração mais próxima do que realmente ocorreu na realidade empírica⁹¹⁶.

Esse aspecto se apresenta como grande divisor de águas em relação ao processo civil, no qual prevalece a noção da verdade formal, na medida em que o Juiz, em posição imparcial e equidistante das partes, limita-se a decidir em consonância com as provas produzidas no processo, independentemente de terem sido realizadas pelo autor ou pelo réu⁹¹⁷.

⁹¹⁴ Dentre outros doutrinadores, esta é a posição de Hely Lopes Meirelles, José dos Santos Carvalho Filho e Celso Antônio Bandeira de Mello, destacando-se as lições deste último: “*Princípio da Verdade Material. Consiste em que a Administração, ao invés de ficar restrita ao que as partes demonstrem no procedimento, deve buscar aquilo que é realmente verdade, com prescindência do que os interessados hajam alegado e provado*” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. São Paulo: Malehiros, pag 504)

⁹¹⁵ Acerca de tais críticas, vale transcrever as palavras de Daniel Amorim Assunção Neves, no âmbito dos processos judiciais, por meio de raciocínio que se mostra plenamente aplicável aos processos administrativos: “*Falar diante dessa nova definição da relação da prova de duas espécies diversas de verdade é algo absolutamente inadmissível. A verdade é uma só, sempre inalcançável, tanto no campo civil como no campo penal. É evidente que, apesar de a verdade ser algo inalcançável, não deve deixar de ser perseguida, sendo esta busca o fator de legitimação da própria decisão judicial*” (Op. Cit., pag. 648)

⁹¹⁶ Já Romeu Felipe Bacellar Filho sustenta que: “*Com base na lição de Carnelutti, refuta-se a ideia tão difundida da verdade material ou formal como finalidade do sistema probatório. A verdade do processo será sempre uma verdade processual: escolhida como a adequada por um órgão julgador que formou seu convencimento com base nos fatos debatidos por todos os sujeitos processuais, incluindo ele. A verdade processual, para continuar sendo verdade, somente poderia ser entendida como não contradição ou síntese. Mais adequada à lógica do processo, a noção de certeza*” (Op. Cit., pag. 291)

⁹¹⁷ José dos Santos Carvalho Filho bem ilustra a situação, por meio do seguinte exemplo: “*Apenas como exemplo prático, veja-se a matéria de prova. No processo judicial, é às partes que compete a produção das provas que respaldem as alegações. O juiz apenas aprecia como meio de chegar a seu convencimento. No processo administrativo, porém, o próprio administrador vai à busca de documentos, comparece a locais, inspeciona bens, colhe depoimentos e, a final,*

Caso necessário, o Magistrado deve apenas buscar a melhor repartição do encargo probatório, por meio da mencionada dinamização do ônus da prova, em busca da tutela efetiva e adequada.

No processo administrativo disciplinar a gestão da prova é realizada pela Comissão Processante, que determinará quais provas serão produzidas por aquele órgão antes mesmo do indiciamento⁹¹⁸ e aceitará ou rejeitará⁹¹⁹ aquelas solicitadas pelo indiciado, no âmbito de sua defesa, com vistas a firmar a sua convicção para a elaboração do relatório.

A autoridade competente para o julgamento, por sua vez, pode não se convencer que as provas respaldam a conclusão do relatório e, motivadamente, decidir de forma contrária, ou ainda considerar que a insuficiência ou má gestão das provas pela Comissão constitui vício insanável e promover a anulação do processo, determinando que outras sejam realizadas.

Desse modo, a despeito de críticas quanto à nomenclatura utilizada, a verdade material acaba por nortear a gestão da prova no processo administrativo disciplinar, sendo certo que a Administração pode e deve buscar as provas necessárias para a aplicação das sanções disciplinares, provas essas que serão por ela própria determinadas e produzidas, a fim de alcançar uma postura incontestável e não apenas a que ressaia do procedimento meramente formal, tal como nos processos judiciais.

CONCLUSÃO

Por mais que se almeje um tratamento uniforme aos processos judiciais e administrativos, que poderiam conferir estrutura a uma teoria geral que possa inspirá-los, com vistas a concretizar as garantias constitucionais que lhes são comuns, as peculiaridades que diferenciam desde o processo civil do penal e, sobretudo, do regime jurídico administrativo, parecem constituir um obstáculo para tanto, em diversos aspectos.

Assim, algumas das inovações da nova sistemática processual civil, não encontram guarida em outras searas, como se opera com relação à dinamização do ônus da prova, seja por violar outros

adota realmente todas as providências que possam conduzi-lo a uma conclusão baseada na verdade material ou real. É esse o exato sentido da verdade material.” (Op. Cit., pag. 1.034)

⁹¹⁸ Arts. 155 e 156 da Lei nº 8.112/90.

⁹¹⁹ Art. 156, §1º, da Lei nº 8.112/90

princípios constitucionalmente tutelados, como se verifica no âmbito criminal, seja por não se adequarem à estrutura prevista nas normas específicas, tal como ocorre com o processo administrativo.

A posição da Administração como julgador e parte no processo administrativo disciplinar, o princípio da oficialidade e o rito previsto na legislação processual federal, se apresentam como impeditivos para que o julgador (que é a própria Administração) possa conferir o encargo de produzir a prova para quem tenha melhores condições de realizá-la.

Demais disso, paira sobre a atividade administrativa a presunção de legitimidade de sua conduta, que, segundo alguns administrativistas, importa na inversão do ônus da prova em desfavor do particular⁹²⁰.

A despeito das críticas que essa última afirmação enseja, notadamente dos processualistas, ao fim e ao cabo, tal presunção reitera que caberá ao particular realizar prova em sentido contrário ao ato administrativo que se presume válido.

Cumprido ao indiciado a atribuição de acompanhar a realização das provas determinadas e produzidas pela Administração para a busca da verdade material, bem como de demonstrar a existência de fatos que possam afastar ou atenuar a aplicação das sanções disciplinares, no âmbito de um processo em que os atos sequenciais da outra parte se presumem válidos, no âmbito de distribuição do ônus da prova que pode se revelar, por vezes, até mais cruel do que estática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

⁹²⁰ Acerca do tema, José dos Santos Carvalho Filho destaca que: “Efeito da presunção de legitimidade é a autoexecutoriedade, que, como veremos adiante, admite seja o ato imediatamente executado. Outro efeito é a inversão do ônus da prova, cabendo a quem alegar não ser o ato legítimo a comprovação da ilegalidade. Enquanto isso não ocorrer, contudo, o ato vai produzindo normalmente os seus efeitos e sendo considerado válido, seja no revestimento formal, seja no seu próprio conteúdo” (Op. Cit., pag. 127)

- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo CPC, o Contraditório e a Fundamentação das Decisões do Processo Administrativo*. In CÂMARA, Alexandre Freitas; PIRES, Adilson Rodrigues; MARÇAL, Thaís Boia (Coords.). *Estudos de Direito Administrativo em Homenagem ao Professor Jessé Torres Pereira Junior*. Belo Horizonte: Fórum, pags. 37-48.

- CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

- DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Volume 2*. 11 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

- LOPES JUNIOR, Auri. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013-
MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016,

- MEDUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 14 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

- NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 11 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.



O PROCESSO ADMINISTRATIVO PERANTE AS AGÊNCIAS REGULADORAS E O ATUAL CPC

827

Luiz Felipe Hadlich Miguel

Doutor e Mestre em Direito do Estado – USP

*Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade
Ibirapuera – UNIB*

*Membro do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico –
CEDAU*

Advogado em São Paulo

RESUMO: Diante da novel legislação processual civil, dúvidas surgiram no tocante à sua aplicação supletiva e subsidiária a outros ramos da ciência jurídica. O presente ensaio busca analisar as interferências do atual Código de Processo Civil aos processos administrativos levados a efeito pelas agências reguladoras. Após um breve panorama acerca do surgimento destas autarquias no Brasil e da análise do seu regime jurídico, são discutidos os reflexos de alguns dos dispositivos do regramento processual geral no direito administrativo, no intuito de demonstrar ao leitor o contexto no qual está posicionado o processo administrativo brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Agências Reguladoras; Processo Administrativo; Código de Processo Civil; Supletivamente; Subsidiariamente.

SUMÁRIO: 1. *Jessé Torres Pereira Junior – o magistrado professor.* 2. *O surgimento das agências reguladoras.* 3. *Regime jurídico das agências reguladoras.* 4. *Processo administrativo – aspectos gerais – sujeição das agências.* 5. *O atual Código de Processo Civil e seus reflexos no processo*

administrativo. 6. A aplicação do Código de Processo Civil no âmbito das agências reguladoras. 7. Conclusões. 8. Bibliografia.

1) Jessé Torres Pereira Junior – o magistrado professor

Antes de partirmos especificamente ao tema do presente ensaio, de rigor algumas breves considerações. Comecei minha atividade profissional como advogado envolto em questões relacionadas às licitações de obras públicas. Impugnar editais e discutir habilitações eram minha rotina. Fui apresentado, por força do destino, à vasta produção do Professor Jessé. Não há quem atue com direito administrativo que não conheça seu “Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública”.

Mas o fato é que o Professor Jessé é fonte do direito não só como doutrinador, mas também como magistrado. Fez jurisprudência em sua intensa atividade judicante. Juiz de Direito, promovido a Desembargador por merecimento, é do tipo de magistrado que deixa a nós, advogados, tranquilos. Sabemos que de sua pena nada sairá que não a mais correta interpretação do Direito e a mais sensível aplicação da Justiça. Nada mais sublime do que distribuir Justiça. E isso o Professor Jessé o fez com galhardia e destemor.

Aliado ao Jessé/Juiz temos o Jessé/Professor. E esse é imbatível! Firme, coerente, ousado e inovador em suas posições. Tratou de temas difíceis, transformando-os em questões singelas e rotineiras. Sua capacidade didática é invejável e encontra-se refletida em suas obras. Aliás, deixo aqui a provocação: destrinchar, assim como o fez com a antiga, a nova Lei de Licitações!

O tempo passou e sua missão como julgador se encerra. Perde a magistratura carioca. Ganha a advocacia brasileira!

2) O surgimento das agências reguladoras

Múltiplas são as funções do Estado que, em suma, existe para manter a coesão social, permitindo a vida das pessoas de maneira harmônica, vez que subjugadas a uma série de normas cogentes que determinam seus objetivos. Existe, portanto, no intuito de evitar a anarquia generalizada, partindo do pressuposto de que é impossível a convivência humana pacífica sem um concreto e forte ente centralizador, apto a reprimir interesses particulares em prol do coletivo.

Nesta esteira, é o Estado uma construção institucional escorada na autoridade; todavia, deve agir em prol do grupo por ele tutelado (não obstante considerarmos legítima a busca pela própria sobrevivência, visto tratar-se de ser autônomo que, como qualquer outro, almeja sobreviver a qualquer custo). Decorre da sua função primordial outras que, na atualidade, são dele demandadas. Cabe ao Estado, portanto, a execução de uma infinidade de atividades, a serem diretamente desempenhadas ou, como sói acontecer, delegadas a particulares que demonstrem capacidade e vocação.

Até final do século passado o Estado brasileiro ainda concentrava em suas mãos a execução de boa parte das atividades que lhe são correlatas. Todavia, pressionado pela crescente demanda, notou que sua estrutura administrativa (burocrática e arcaica) não permitiria acompanhar os anseios da população. Percebeu, outrossim, que os particulares, posto que inseridos num contexto de mercado deveras exigente (até canibalesco), são mais eficientes em seus desideratos. Concluiu, portanto, que seria desejável que funções antes restritas ao seu próprio prover deveriam ser entregues à execução privada.

Neste cenário, o que se pode verificar na parte final do século passado no Brasil foi o desmonte de um Estado *prestador, produtor e interventor*. Iniciou-se um movimento de privatização (em sentido amplo: desmonopolização, desestatização, desregulação, terceirização e concessão dos serviços públicos) sem precedentes. Observou-se uma verdadeira redefinição do Estado.

Tal redefinição foi pautada por uma mudança de premissa: passou-se de um Estado imperativo, autoritário, para um Estado no qual a consensualidade provou trazer melhores resultados. O diálogo entre os diversos envolvidos em determinada contenda aproximou a Administração dos administrados, em busca de soluções mais condizentes com a complexidade dos interesses em jogo.

Diante deste cenário, pode-se afirmar que o foco do Estado está (ou deveria estar) no resultado. A eficiência (já de um tempo positivada no texto constitucional⁹²¹) é o norte a ser seguido.

Atuando em busca da eficiência, e como já destacado, optou o Estado por delegar aos particulares a execução de uma série de atividades de sua titularidade. Para regulá-las, todavia, achou por bem criar estruturas apartadas com atuações técnicas setorializadas – sendo esta a razão, portanto, para a criação das agências reguladoras.

De origem inglesa, foi nos Estados Unidos que as agências ganharam maior notoriedade. No Brasil, não é de hoje que elas orbitam os serviços públicos, em especial, além de outras esferas de atuação do Estado.

⁹²¹ Tratando do princípio da eficiência, assim fez constar Odete Medauar: “Agora a eficiência é princípio que norteia toda a atuação da Administração Pública. O vocábulo liga-se à ideia de ação, para produzir resultado de modo rápido e preciso. Associado 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. Eficiência contrapõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão – características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções”. (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 19. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 161).

3) Regime jurídico das agências reguladoras

Antes de adentrarmos ao tema específico deste trabalho, é preciso saber a qual regime jurídico estão as agências reguladoras submetidas, no intuito de identificar a real submissão à Lei de Processo Administrativo⁹²² – para, com isso, verificar em que aspectos a atual legislação processual civil interferiu na rotina destes órgãos.

Em apertada síntese, podemos classificar as agências reguladoras como pessoas jurídicas de direito público interno. Criadas por lei, suas funções primordiais são regular e fiscalizar determinados setores da economia relacionados a atividades de interesse coletivo.

A doutrina, ao analisar sua natureza jurídica e conceituá-las, acabou por tecer algumas críticas:

Nos últimos anos, como fruto da mal-tramada “Reforma Administrativa”, surgiram algumas autarquias qualificadas como “autarquias sob regime especial”. São elas as denominadas “agências reguladoras”. Não havendo lei alguma que defina genericamente o que se deva entender por tal regime, cumpre investigar, em cada caso, o que se pretende com isto. A idéia subjacente continua a ser a de que desfrutariam de uma liberdade maior do que as demais autarquias. Ou seja: esta especialidade do regime

⁹²² Nos termos do art. 1º da Lei Federal nº. 9.784/1999 (lei que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal): “Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da **Administração Federal direta e indireta**, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração”.
(grifamos)

só pode ser detectada verificando-se o que há de peculiar no regime das “agências reguladoras” em confronto com a generalidade das autarquias. (sic)

(MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 162).

Elas estão sendo criadas como **autarquias de regime especial**. Sendo autarquias, sujeitam-se às normas constitucionais que disciplinam esse tipo de entidade; o **regime especial** vem definido nas respectivas leis instituidoras, dizendo respeito, em regra, à maior autonomia em relação à Administração Direta; (...)

(DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 468).

Por qual razão, todavia, são consideradas “autarquias de regime especial” – em outras palavras, no que diferem de uma autarquia normal? Gozam elas de uma maior autonomia em relação à Administração Direta. Tal autonomia, na prática, está insculpida na estabilidade de seus dirigentes. Exercem mandato fixo. Sua exoneração dependerá de processo administrativo ou judicial, devendo restar comprovada sua falta. Além desta característica, vale ressaltar que suas decisões não são passíveis de apreciação por outros órgãos da Administração (não estão sujeitas a recursos hierárquicos impróprios).

Identificadas como Autarquias (e, logo, órgãos da Administração Pública Indireta), estão obrigadas a sujeitar suas atuações a procedimentos que visem dar concretude aos princípios do contraditório e ampla defesa. Devem suas decisões, portanto, ser frutos de processos administrativos.

4) Processo administrativo – aspectos gerais – sujeição das agências

Quando se lida com qualquer espécie de processo o que se busca, ao menos, é a observância ao contraditório e à ampla defesa. Decisões resultantes de processos são, em regra, de melhor qualidade e, mesmo que se denegue o pleito de uma das partes, proporciona sensação de respeito e conformidade ao ordenamento. Em outras palavras: a parte vencida melhor acolhe a decisão.

O processo administrativo, contudo, tem uma característica um tanto quanto peculiar: enquanto no processo judicial duas (ou mais) partes carregam aos autos pedidos para um terceiro (imparcial) julgar, no administrativo uma das partes em litígio será o próprio juiz do feito.

Não obstante uma das partes ser o próprio “juiz”, o processo administrativo é instrumento de garantia dos administrados ante as prerrogativas públicas. Nas lições do próprio homenageado, em valoroso artigo em que divide a autoria com sua fiel escudeira, Thaís Boia Marçal⁹²³:

Garantias constitucionais devem ser respeitadas, não apenas formalmente nos processos administrativos, mas, principalmente, substancialmente. Com isso, mostra-se indispensável repensar a teoria da decisão administrativa.

⁹²³ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; MARÇAL, Thaís Boia. Por uma teoria da decisão administrativa à luz do ncp. In: MARÇAL, Thaís Boia. *Temas de direito público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 449.

Não se pode perder de vista os objetivos das agências que, para além de regular determinada atividade, nela intervém, exercendo função normativa e, principalmente, fiscalizando os agentes de mercado que exploram a atividade econômica regulada, aplicando sanções.

Essencial, portanto, que sejam tais funções exercidas no contexto de um processo – pois assim estarão obrigadas a motivarem suas decisões. A participação dos administrados traz à sua atuação maior legitimidade, na medida em que permite um maior diálogo. Por fim, diante da obrigação de ampla publicidade, é um grande aliado no que atine ao controle da própria Administração.

Nesta esteira, estão as agências reguladoras obrigadas a adotar em suas atuações ritos processuais que obedeçam a um conjunto de princípios (contraditório, ampla defesa, oficialidade, verdade material, formalismo moderado, dentre outros). Resta saber, todavia, se a elas se aplica o rito das leis gerais de processo administrativo (no âmbito federal, a Lei nº. 9.784/1999), ou outros, a depender de suas leis específicas. Neste particular, vejamos o que dispõe referida legislação:

Lei Federal nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal

(...)

Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.

Nota-se, portanto, que as agências deverão observar seus processos específicos, complementados, naquilo em que não forem suficientes, pela lei geral. Duas conclusões podem ser extraídas deste dispositivo: i) leis que criaram agências antes do advento da legislação geral não

foram por ela derogadas no que toca a eventuais aspectos processuais; ii) aplicam-se subsidiariamente aos processos administrativos específicos a Lei Geral de Processo Administrativo e o Código de Processo Civil. Senão vejamos...

5) O atual Código de Processo Civil e seus reflexos no processo administrativo

Sancionado em março de 2015 pela ex-presidente Dilma Rousseff, o atual Código de Processo Civil entrou em vigor no dia 18 de março de 2016 (um ano após a publicação oficial). O texto foi sugestão de uma comissão de juristas em 2009. Aprovado pelo Senado no final de 2010, ficou três anos na Câmara – onde fora submetido a mais de 100 audiências públicas e discussões nos Estados. Uma nova versão fora aprovada e enviada ao Senado, para votação final.

Um dos aspectos centrais da novel legislação é a ênfase e o protagonismo dado à conciliação. O mote foi a celeridade, a ser alcançada com a diminuição de casos em que a solução pacífica e consensual não seja possível.

Poder-se-ia perguntar, a princípio, se a ideia central do CPC seria aplicável aos processos administrativos. Haveria, portanto, a necessidade de se estabelecer, nestes processos, uma fase obrigatória de conciliação?

A resposta a tal questionamento não é, contudo, das mais singelas. Vejamos o que dispõe a atual legislação processual civil:

Lei Federal nº. 13.105, de 16 de março de 2015.

Código de Processo Civil

(...)

836

Art. 15. **Na ausência de normas que regulem processos** eleitorais, trabalhistas ou **administrativos**, as disposições deste Código lhes serão aplicadas **supletiva** e **subsidiariamente**.

(sem ênfase no original)

Discute-se, ainda sem um posicionamento firme de nossos Tribunais, qual a amplitude dos vocábulos *supletivamente* e *subsidiariamente* neste contexto. Sobre este artigo do atual CPC em particular, assim se manifestou Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogerio Licastro Torres de Mello⁹²⁴:

O legislador disse menos do que queria. Não se trata somente de aplicar as normas processuais aos processos administrativos, trabalhistas e eleitorais *quando não houver normas*, nestes ramos do direito, que resolvam a situação.

A **aplicação subsidiária** ocorre também em **situação** nas quais **não há omissão**. Trata-se, como sugere a expressão “subsidiária”, de uma possibilidade de enriquecimento, de leitura de um dispositivo sob um outro viés, de extrair-se da norma processual eleitoral, trabalhista ou administrativa um sentido diferente, iluminado pelos **princípios fundamentais do processo civil**.

A **aplicação supletiva** é que **supõe omissão**. Aliás, o legislador, deixando de lado a preocupação com a própria expressão, precisão da linguagem, serve-se das duas expressões. Não deve ter suposto que significam a mesma coisa, se não, não teria usado

⁹²⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil – artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 75.

as duas. Mas como empregou também a mais rica, mais abrangente, deve o intérprete entender que é disso que se trata.

Consideradas tais lições, estamos diante, portanto, da possibilidade de uma leitura ampliada da lei de processo administrativo (e, por certo, também das leis que criam e regulamentam as agências no que tange ao tratamento de processos administrativos específicos). Institutos do processo civil poderão ser invocados no âmbito do processo administrativo. Por exemplo, parece-nos que está a Administração, agora sob a égide desta nova legislação, obrigada a observar decisões resultantes do julgamento de recursos repetitivos⁹²⁵, bem como dos incidentes de resolução de demandas repetitivas⁹²⁶.

No que concerne ao verdadeiro “desespero” do legislador em busca da solução consensual, e em resposta ao questionamento formulado no início deste tópico (se deve haver obrigatoriamente uma fase de conciliação nos processos administrativos), mais um aspecto deve ser aventado. Muito se discute acerca da disponibilidade do “interesse público”. Esta discussão nos parece uma grande bobagem⁹²⁷; todavia, é fato que o denominado “princípio da indisponibilidade do interesse público” ainda é invocado como óbice à realização de acordos pela Fazenda Pública⁹²⁸. Não parece,

⁹²⁵ Lei Federal nº. 13.105, de 16 de março de 2015.

Código de Processo Civil.

Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I – incidente de resolução de demandas repetitivas;

II – recurso especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

⁹²⁶ Lei Federal nº. 13.105, de 16 de março de 2015.

Código de Processo Civil.

Livro III – DOS PROCESSOS NOS TRIBUNAIS E DOS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. TÍTULO I – DA ORDEM DOS PROCESSOS E DOS PROCESSOS DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS.

Capítulo VIII – Do incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 a 987).

⁹²⁷ Nestes anos todos de estudo do direito administrativo ainda não conseguimos identificar a parcela de indisponibilidade do “interesse público” – que não poderia ser alvo de negociação por quem legitimamente incumbido dele tutelar.

⁹²⁸ Odete Medauar bem sintetizou a questão: “Não se mostra adequado invocar tal princípio como impedimento à realização de acordos, à utilização de práticas consensuais e da arbitragem pela Administração. Na verdade, o interesse

entretanto, constituir óbice à conciliação. O que se deve ponderar é se há interesse, se é algo eficiente e com bons resultados e se é solução almejada pelas partes. A nosso ver, portanto, a aplicação supletiva e subsidiária do atual CPC não obriga a Administração a seguir o rito por ele proposto, visto que a legislação que rege o processo administrativo estabelece seu próprio – sem prejuízo de que as partes venham a transigir no curso do seu processamento.

Vale também rápida menção acerca da contagem dos prazos. Na lei geral de processo administrativo consta que os prazos expressos em dias serão contados de modo contínuo (art. 66, § 2º da Lei Federal nº. 9.784/1999). Já o CPC estabelece que na contagem de prazo⁹²⁹ em dias computar-se-ão somente os dias úteis (art. 219, *caput* e Parágrafo Único). Mais uma questão para nossa reflexão.

A bem da verdade, o artigo 15 do atual CPC (que dá ensejo a todas estas celeumas, ainda mais ferrenhas no âmbito do direito do trabalho) é uma tentativa de “invasão” do processo civil a outros ramos da ciência jurídica. É verdade que o direito é uma ciência una. Mas é verdade também que seu estudo é compartimentalizado, facilitando sua compreensão e aplicação. Ao buscar tratar de matérias alheias ao seu escopo principal, acabou por levantar incertezas e imputar insegurança onde não havia.

6) A aplicação do Código de Processo Civil no âmbito das agências reguladoras

Como já destacado alhures, por serem as agências reguladoras autarquias (de regime especial), estão elas submetidas a processos no desenrolar de suas atuações. Havendo processo

público realiza-se plenamente, sem ter sido deixado de lado, na rápida solução de controvérsias, na conciliação de interesses, na adesão de particulares às suas diretrizes, sem os ônus e a lentidão da via jurisdicional”. (Id. Ibid., p. 163)

⁹²⁹ Prazo processual.

administrativo específico, só lhes será aplicável subsidiariamente os preceitos da lei geral. Não obstante esta subsidiariedade, temos agora a novidade da aplicação supletiva e subsidiária também da legislação processual civil.

O CPC trouxe especificamente com relação às agências reguladoras:

DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

(...)

§ 2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, **o resultado do julgamento será comunicado** ao órgão, ao ente ou **à agência reguladora** competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

(g.n.)

Verifica-se, portanto, que em se tratando de matéria decidida em sede de resolução de demanda repetitiva, a agência reguladora competente pela regulação da atividade relacionada ao conteúdo da decisão deverá envidar esforços no sentido de vê-la cumprida administrativamente. Em outras palavras: sujeitam-se as agências aos efeitos de decisões desta natureza, não podendo delas divergir nos processos administrativos que perante ela tramitam. E mais: deverá funcionar como fiscal de seu cumprimento. Não obstante nos parecer um retrocesso a imposição de respeito pelas agências reguladoras a decisões deste jaez (visto que acabam por engessar a regulação de atividades deveras dinâmicas e complexas – e que, não obstante ser possível a revisão da tese jurídica firmada no incidente, nossos Tribunais não detêm a agilidade necessária para lidar com as mudanças

tecnológicas e de mercado que impactam sobremaneira a maioria das atividades reguladas), a doutrina processualista tem visto com bons olhos e assim a justifica:

Aliás, os princípios da legalidade, da moralidade e da eficiência (art. 37 da CF), da segurança jurídica, da razoabilidade e da proporcionalidade (art. 2º da Lei 9.784), que informam a administração pública em geral, estariam comprometidos se ela, a despeito de uma decisão vinculante oriunda de processo judicial, conscientemente procedesse em um processo administrativo de modo diverso ao estipulado pelo Poder Judiciário. A economicidade e a eficiência estariam comprometidas, a administração seria mais onerada, teria maiores prejuízos, sendo que o ato desconforme praticado poderia caracterizar violação do dever funcional ou mesmo abuso de poder do agente público. Também o princípio da isonomia, sob todos os ângulos analisados, estaria comprometido, pois não é minimamente razoável que alguém tenha que recorrer ao Poder Judiciário para assegurar que a administração pública cumpra o direito já reconhecido pelos Tribunais, o qual alcança todos os processos pendentes, além dos casos futuros que versem sobre idêntica questão de direito.

Nesta linha, **a administração pública tem a obrigação de seguir no âmbito administrativo a jurisprudência consolidada dos Tribunais** (art. 927, I a V).⁹³⁰

(grifamos)

Afora tal aspecto, de aplicação imediata, muitas outras questões ainda demandam reflexão. Caberia produção de provas tal como delineada pelo CPC, desconsideração da personalidade jurídica das partes envolvidas no feito, cumprimento provisório e/ou parcial das decisões,

⁹³⁰ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coordenadores). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 96.

intervenções de terceiros? Afora a subsidiariedade da lei geral de processo administrativo, estão as agências suscetíveis aos influxos do atual CPC, mesmo que a contragosto!

7) Conclusões

O Direito, enquanto construção cultural, é algo dinâmico e que reflete, na maioria das vezes, o momento socioeconômico pelo qual passa a nação. Assim, é razoável supor que mudanças virão – e mais, que serão elas necessárias e, portanto, bem vindas, sob pena de transformá-lo em algo ultrapassado e sem utilidade.

Deve o profissional do direito, portanto, estar pronto para absorver as novidades que cercam sua rotina. Não deve fechar os olhos para o novo, nem pretender permanecer no passado (como tentam alguns). Adaptar-se ao presente e preparar-se para o futuro.

Neste contexto, podem soar estranhas as críticas que foram levadas a efeito no curso do presente ensaio. Afinal, estávamos a atacar disposições de uma legislação tomada como “tábua de salvação” para um Judiciário moroso e ineficiente.

Todavia, o que se pode perceber é uma declarada ingerência da novel norma, que irradia efeitos em diversos ramos da ciência jurídica que não estavam a reclamar por reparos.

No que atine às agências reguladoras, a atual legislação processual civil impacta no processamento de seus feitos. Uma série de institutos processuais podem agora ser aventados no âmbito dos seus processos internos. A subsidiariedade veiculada pelo CPC aos processos

administrativos acaba por carrear aos mesmos suas disposições, por força da redação do art. 15 supra transcrito.

Parece-nos que a leitura deste dispositivo em especial deve ser cautelosa – de maneira a harmonizar o novo regramento às especificidades dos demais ramos do direito que lidam com processos. Quer nos parecer que a novel legislação (lei geral) só é aplicável nos processos administrativos na hipótese de total ausência de tratamento da matéria na legislação especial (não obstante a doutrina acima colacionada se posicionar de maneira diversa). Resta agora aguardar a consolidação da temática em nossos Tribunais, no intuito de aclarar os limites dessa ingerência do direito processual civil no direito administrativo.

8) BIBLIOGRAFIA

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coordenadores). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 19. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. Ed. Malheiros: São Paulo, 2006.



PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; MARÇAL, Thaís Boia. Por uma teoria da decisão administrativa à luz do ncpc. In: MARÇAL, Thaís Boia. *Temas de direito público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

843

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil – artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PARCERIAS PARA HABITAÇÃO

Maís Moreno

Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Formação executiva em Infraestrutura na Economia de Mercado na Harvard Kennedy School e Graduação pela Pontifícia Universidade Católica - SP, com parte das disciplinas cursadas na Universidade de Bolonha (Itália).

As experiências internacionais e notícias mais recentes revelam que fomos e continuamos sendo excessivamente conservadores no que diz respeito às soluções para viabilizar habitações sociais.

Há décadas, reproduzimos o modelo de financiamento subsidiado para viabilizar a aquisição de propriedade por famílias desfavorecidas. Essa é uma alternativa, mas não é a única. E está longe de ser a mais eficiente.

A relação um tanto atávica pelo direito de propriedade da moradia é perigosa. Recente artigo publicado na *The Economist*⁹³¹ indica a necessidade de urgente revisão do mercado imobiliário. EUA, a Grã-Bretanha e a Alemanha⁹³² já investem em soluções que incentivam arrendamentos de longo prazo e asseguram o exercício de direito dos locatários, mesmo no mercado privado. Isso demonstra que a armadilha da “casa própria” e a necessidade de evitá-la, não é exclusividade de países em desenvolvimento.

Os motivos são variados, e compreendem desde razões econômicas até sociais.

⁹³¹ *Home ownership is the West's biggest economic-policy mistake.* Disponível em <https://www.economist.com/leaders/2020/01/16/home-ownership-is-the-west-s-biggest-economic-policy-mistake>, acesso em 7 de fevereiro de 2020.

⁹³² Ver, entre outros, a evolução do plano estratégico municipal londrino chamado de *The London Housing Strategy*, originalmente criado após a crise de 2008 para reorientar as políticas públicas na área de habitação. Disponível em https://www.london.gov.uk/sites/default/files/2018_lhs_london_housing_strategy.pdf, acesso em 7 de fevereiro de 2020.

Diversos especialistas alertam para o fato de que possuir sua própria casa não é necessariamente a melhor escolha do ponto de vista da patrimonialização individual, e nem do ponto de vista do bom funcionamento do sistema como um todo, em função do aumento de dívidas hipotecárias (basta lembrar a crise de 2007-2008).

Não fossem essas razões suficientes para desestimular a concretização do direito à propriedade, existem outras, como a inevitável gentrificação e os desafios decorrentes da compatibilização do direito de propriedade com a necessidade de viabilizar requalificação urbana. Merecem atenção esses dois pontos.

Quando o poder público realiza projetos bem sucedidos de requalificação de zonas urbanas deterioradas, geralmente ali estão compreendidas a construção e alienação de habitações sociais. Para justificar o subsídio e evitar a gentrificação, o poder público tradicionalmente recorre a mecanismos legais que buscam impedir a alienação do bem por aquela família beneficiária antes de determinado prazo. Entretanto, passado determinado tempo, e tendo a requalificação sido bem sucedida, o valor da propriedade naturalmente é incrementado. Porém, o dono daquele imóvel encontrará impedimentos legais para exercer um dos direitos mais intrínsecos à propriedade (a livre circulação do bem), em função, justamente, das regras criadas para protegê-lo da especulação.

Inevitável a contradição no cenário apresentado. Imagine que uma família com renda de dois ou três salários-mínimos tenha sido, num dado momento, beneficiada por um programa de habitação social e que ela pague, pelo seu apartamento em um bairro pouco valorizado, objeto de requalificação urbana, parcelamentos para completar os R\$ 50.000,00 acordados em financiamento subsidiado. Poucos anos depois, a zona rapidamente se valoriza e interessados passam a oferecer R\$ 150.000,00 pelo apartamento. Se leis fossem suficientes para ordenar comportamentos, pelas regras hoje incidentes, muitas famílias se veriam impossibilitadas de alienar seu imóvel devido à regulamentação incidente.

Na prática, entretanto, são inumeráveis os contratos “de gaveta”, onde proprietários favorecidos pelos subsídios acabam, na prática, dispondo sobre a circulação de seus bens, ainda que a lei assim não permita. A política pública de subsídio à moradia, desenhada também para evitar a gentrificação, acaba gerando uma gentrificação involuntária e um subsídio ao ágio do imóvel.

Há ainda, as situações outras que independem de requalificações urbanas. Famílias que, simplesmente, querem alterar seus arranjos; mudar de bairro, se reorganizar após divórcios ou casamentos, reduzir ou ampliar seus espaços em função de filhos. Porém, encontram dificuldades pois não podem dispor livremente sobre aquele bem.

No afã de atender ao anseio pela “casa própria”, políticos de esquerda e de direita, ao longo do tempo, criaram uma série de mecanismos para proteger o direito de propriedade, que, no fim, demandam mitigação do próprio direito de propriedade.

É possível afirmar que o exercício do direito de propriedade é incompatível com a função social da mesma. Urgente pensar em soluções que satisfaçam as necessidades populares, se adequem as possibilidades do poder público e sejam aderentes às expectativas do mercado, sempre que a presença desse ajude a otimizar a realização de políticas públicas.

Uma das possíveis soluções, ainda pouquíssimo explorada no Brasil, é a Parceria Público Privada (PPP) para habitações de interesse social combinada com locação social.

Ao invés de o foco do projeto estar na alienação do bem, estará na locação do mesmo.

Esse modelo enseja grades desafios, acirrados em um modelo inovador proposto. Quatro deles merecem atenção.

Primeiro, para a estruturação de um modelo de negócios desse perfil, é fundamental que o aluguel social seja vinculado à respectiva capacidade econômica do indivíduo, não só como forma de assegurar a viabilidade econômica do empreendimento, mas, principalmente, para reconhecer sua aptidão como sujeito de direitos e obrigações, em respeito à sua própria dignidade.

Esse aspecto é importante para o sucesso do projeto pois, como dissemos no início, o tema da “casa própria” extrapola as barreiras da racionalidade: culturalmente, associamos a propriedade ao sucesso individual. Portanto, falar em aluguel social implica também mudar essa perspectiva.

No modelo sugerido, as unidades não seriam alienadas pelo empreendedor. Ao contrário, elas receberiam tratamento de bens reversíveis e, durante o prazo da PPP, caberia ao Poder Concedente destiná-las a moradores sociais selecionados exclusivamente por ele, segundo critérios de conveniência e oportunidade, conforme as políticas públicas existentes.

Ainda nesse ponto, importante pensar nos subsídios, para garantir que o projeto abarque as camadas que mais precisam (rendas de 0 a 3 salários-mínimos). Combinado com isso, não podemos esquecer de adequar o sistema de crédito para elegibilidade dos potenciais moradores. Hoje o sistema de crédito e garantias inviabiliza inclusive que essas pessoas sejam locatárias no mercado formal.

Segundo, é de se cogitar que, tendo em vista o cunho social desta ocupação, caiba ao Poder Concedente arcar com os impostos (especialmente o IPTU) e taxas que recaírem sobre a respectiva unidade, de modo a conferir mais eficiência ao plano de negócios da parceria.

Terceiro, na modelagem de PPP Habitacionais é central ter cuidados com os serviços a elas associados. A oferta de serviços simples de gestão condominial como únicos serviços de assistência às famílias não mais se mostram suficientes para a realização de uma política habitacional eficiente. É preciso ir além da preservação das edificações, da manutenção das áreas comuns ou da coordenação de serviços de administração condominial.

A própria caracterização das moradias como habitações de interesse social e o pagamento jungido à capacidade econômica dos beneficiários pressupõe uma situação de vulnerabilidade, que não pode ser tomada apenas no seu aspecto econômico, mas também em termos mais amplos.

Portanto, para viabilizar o direito à moradia, é necessário oferecer outros serviços que visem a garantir a eficácia das ações habitacionais e a melhoria das condições de habitabilidade urbana.

É preciso acompanhar e auxiliar a devida ocupação e a convivência condominial, contribuindo, assim, para uma efetiva inclusão social das famílias e garantindo o desenvolvimento autossustentável dos condomínios nos quais elas residem. Uma vez definidos quais serão os serviços que antecederão e que precederão a ocupação, é possível realizá-los em parceria com o mercado, na PPP.

Por fim, o quarto aspecto que merece nossa reflexão diz respeito ao marco legal incidente no projeto.

No que diz respeito à locação social, é preciso aprender com a experiência internacional: as regras devem ser suficientemente estáveis e favoráveis aos locatários e, ao mesmo tempo, devem

permitir mobilidade social, para evitar transtornos de acesso a serviços de saúde, educação, assistência e na ascensão social.

Igualmente essencial é a necessidade de se atentar para todas as regras incidentes sobre determinado zoneamento urbano. Todos os entes federativos têm competência sobre o direito à moradia (inciso IX do art. 23 da CF)⁹³³. A legislação municipal deve ser considerada quando da modelagem de projetos de habitação por outros entes federativos. É comum que projetos concebidos sem que as limitações municipais decorrentes das zonas especiais de interesse social, por exemplo, tenham sido consideradas.

O direito à moradia é um dos direitos sociais insculpidos no art. 6º da Constituição Federal⁹³⁴. Ele transcende a propriedade, pode e deve ser promovido por meio da locação social. Por outro lado, engloba mais do que a própria habitação: trata-se de promover a melhoria das condições habitacionais e, por isso, a PPP pode ser instrumento jurídico apto a auxiliar o Estado a realizar seus objetivos constitucionais.

⁹³³ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

⁹³⁴ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

A INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO E A DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS SUBJETIVOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA⁹³⁵

Marçal Justen Filho

Advogado

1) A problemática terminológica

Os diversos ramos do direito desenvolvem terminologias próprias e se valem, muitas vezes, de um mesmo e único vocábulo para indicar conceitos distintos. Mas o problema maior reside na ausência de consciência desse fenômeno, propiciada pela crescente especialização do conhecimento jurídico.

O especialista em um ramo do direito tende a desenvolver uma visão de túnel, aprofundando de modo crescente a sua capacidade de examinar o mundo nos limites exclusivos da sua área cognitiva. Isso resulta na ausência de uma visão abrangente, que incorpore os atributos próprios de cada uma das outras abordagens existentes no próprio campo do direito.

Em termos práticos, os administrativistas não dominam os conhecimentos próprios de outros ramos do direito. E os cultores de outros ramos do direito não dominam o direito administrativo. Mas todos compartilham um mesmo vocabulário, recheado de expressões técnicas. Há o risco de pressupor que cada vocábulo apresenta o mesmo significado nos diversos ramos do direito, o que gera distorções e equívocos.

2) A teoria do “interesse público” no Direito Administrativo

Essa problemática ocorre em relação à expressão “interesse público”, que envolve temas fundamentais no âmbito do Direito Administrativo.⁹³⁶ A teoria do “interesse público” foi

⁹³⁵ Este artigo foi originalmente publicado na obra *Acordo Administrativos no Brasil*, coordenada por Gustavo Justino de Oliveira (São Paulo: Almedina, 2020, p. 35-62).

⁹³⁶ A disputa sobre o conceito e a função do interesse público no direito administrativo brasileiro é um tema clássico, que tem sido versado por uma plêiade de autores. O presente estudo tangencia essa disputa e se preocupa em destacar um aspecto que não tem chamado a atenção dos pensadores. Sobre a polêmica relativa ao tema do interesse público,

desenvolvida no Direito Administrativo em contexto determinado e se prestou a uma função própria, especialmente num cenário histórico distinto. A expressão “indisponibilidade do interesse público” se reporta a questões próprias e específicas, cuja compreensão exige entender a própria função atribuída ao dito “interesse público”.

2.1) A pluralidade de abordagens jurídicas ao “interesse” (e ao “interesse público”)

No plano dogmático e no âmbito filosófico, “interesse” comporta diferentes sentidos, situação que nem sempre é reconhecida pelas diversas correntes que tratam da questão. O aprofundamento sobre “indisponibilidade do interesse público” exige, por isso, uma tarefa preliminar orientada a tornar mais precisa a questão de fundo.

2.2) O afastamento da abordagem processual sobre “interesse”

A primeira etapa nesse estudo envolve o afastamento das concepções processualistas sobre “interesse”.

No Direito Processual, a expressão é utilizada para indicar uma relação de adequação-necessidade entre a satisfação de uma pretensão e a obtenção de um provimento jurisdicional.⁹³⁷

No vocabulário do Direito Processual, “interesse” refere-se a uma relação entre a situação de sujeito(s) privado(s) e o aparato jurisdicional. Sob um certo ângulo, o conceito processual de interesse relaciona-se à identificação de requisitos para a atuação jurisdicional.

A expressão “interesse público”, tal como incorporada no Direito Administrativo, não apresenta relação com esse enfoque processualista.

2.3) A dimensão privatista e o fundamento do direito “objetivo”

consultem-se as obras de BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 33. ed., São Paulo: Malheiros, 2016; ÁVILA, Humberto, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios*, 14. ed., São Paulo: Malheiros, 2013; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Interesse público. Revista do Ministério Público do Trabalho da 2.ª Região*, n. 1, p. 10 e ss., 1995; GORDILLO, Augustín, *Tratado de derecho administrativo* (Parte general, t. II). Buenos Aires: Macchi, 1991; ESCOLA, Héctor Jorge, *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989.

⁹³⁷ Para um exame sobre as concepções processualistas do interesse público, consultem-se WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, v. 1, 14. ed., São Paulo: RT, 2014, p. 173-174 e SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil – Processo de Conhecimento*, v. 1, 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 61 e ss.

No âmbito do direito material, a figura do “interesse” afirmou-se como relevante no cenário do século XIX, no cenário das disputas sobre a origem e o critério do direito. O tema envolveu uma disputa entre as escolas de Windscheid e de Jhering.⁹³⁸

2.3.1) O contexto da ausência da positivação do direito

É fundamental ter em vista que a divergência surgiu num momento anterior à afirmação da autonomia de um direito positivo fundante da ordem jurídica. Envolveu um cenário próprio do direito privado, em que não se cogitava propriamente de relações jurídicas de direito público.

A afirmação da existência de direitos subjetivos conduzia a uma indagação mais profunda, relacionada com a sua origem. Os pensadores questionavam a origem dos direitos subjetivos, num contexto altamente influenciado por enfoques jusnaturalistas.

2.3.2) A concepção do “direito subjetivo” como um senhorio da vontade

A teorização de Windscheid afirmava que o direito subjetivo era um poder de vontade, reconhecido e protegido pelo direito. Esse enfoque centrava-se na afirmação do indivíduo, identificado como um ser dotado de vontade. Nesse enfoque, a construção jurídica se alicerça na figura da vontade, que é o fundamento do surgimento de relações entre os sujeitos e no reconhecimento de direitos subjetivos entre eles.

2.3.3) A teoria de Jhering: a Jurisprudência dos Interesses

Esse enfoque foi rebatido por Jhering, que buscou afastar o conceito de vontade como nuclear. Embora reconhecendo a importância intrínseca do indivíduo como tal, acrescentou que as relações entre os sujeitos fundavam-se em diferentes circunstâncias, inclusive econômicas. Esse conjunto de relações envolvia a existência de interesses, muitos deles versando sobre bens e condutas referidos a outros sujeitos. A chamada Jurisprudência dos Interesses defendeu que a origem do direito subjetivo seria a tutela jurídica a um interesse, reputado como merecedor de proteção.

2.3.4) Ainda a predominância do enfoque privatista

⁹³⁸ Esse tema tem sido examinado tradicionalmente pela teoria geral do direito privado. Para uma exposição dessas disputas, examinem-se REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 15. ed., São Paulo: Saraiva, 1987, p. 247 e ss.

O enfoque de Jhering não excluía a existência de “interesses públicos”, mas se relacionava claramente a um enfoque privatista, o que era plenamente compatível com o cenário então existente.

O desenvolvimento do pensamento posterior admitiu a existência de direitos subjetivos públicos, o que envolvia, em última análise, uma ponderação quanto a interesses públicos.

2.4) A afirmação do direito positivo

Essas ponderações estavam sendo produzidas num cenário contemporâneo à própria afirmação do conceito de Estado de Direito. A concepção de que o Estado é subordinado ao direito encontrava-se em seus primórdios.

Em torno ao final do século XIX, foi-se produzindo a positivação do direito, adotada a expressão para indicar a diferenciação entre fontes materiais e fontes formais. Contrapõem-se as concepções entre direito natural e direito positivo, com uma forte preponderância do segundo em face do primeiro.

2.5) Ainda a dicotomia direito público-direito privado

A afirmação do direito positivo foi acompanhada da reafirmação da dicotomia entre direito público e direito privado. Ainda que a distinção sempre tenha sido objeto de questionamento por parcela da doutrina, a sua adoção acompanhou a evolução do pensamento jurídico ao longo do tempo. Tal decorria, de modo específico, em virtude de uma distinção de conteúdo.

2.5.1) A dimensão horizontal das relações entre particulares

Segundo a concepção então vigente, as relações entabuladas entre os sujeitos privados apresentavam uma configuração horizontal. Isso significava uma situação de igualdade “antecedente”. Ou seja, os sujeitos privados não se sobrepõem entre si, mas todos são dotados de idênticos poderes jurídicos. No exercício de tais poderes, estabelecem relações jurídicas, que até podem resultar em posições de preponderância. Mas as relações jurídicas partem do pressuposto desse equilíbrio intrínseco entre os partícipes.

Sob o ângulo dessa concepção clássica do interesse, todos esses sujeitos são dotados de interesses merecedores de idêntico respeito por parte da ordem jurídica.

2.5.2) A dimensão vertical das relações entre Estado e “administrado”

Na concepção clássica, as relações de direito público possuem uma dimensão vertical. Assim se passa porque o Estado é um sujeito em sobreposição aos particulares. Enquanto o sujeito privado busca a satisfação de necessidades e conveniências egoísticas, o Estado é uma instituição que busca a satisfação do Bem Comum.

2.5.3) A diferenciação intrínseca entre interesse público e interesse privado

Esse contexto traduzia uma distinção intrínseca entre interesse público e interesse privado. Partindo de um pressuposto genérico, no sentido de que o direito positivo reconhece um direito subjetivo em vista da existência de um determinado interesse merecedor de tutela, a diferença entre direitos subjetivos públicos e privados relacionava-se a uma distinção axiológica entre interesse público e interesse privado. Nesse contexto, encontra-se o núcleo da concepção jurídica sobre a superioridade do interesse público relativamente ao privado.

2.6) O problema da discricionariedade administrativa

No entanto, a distinção intrínseca entre interesse público e interesse privado não era suficiente para gerar um efeito normativo autônomo. Assim se passava porque os direitos subjetivos refletiam essa distinção, mas isso não significava que o direito subjetivo público fosse intrinsecamente superior ao direito subjetivo privado.

No âmbito do Direito Administrativo, a questão adquiriu uma conotação diversa em virtude de controvérsias sobre o então denominado “poder discricionário” do Estado.

2.6.1) O “poder discricionário” como atributo estatal intrínseco

No pensamento administrativista clássico, prevalecia a concepção da existência de “poderes estatais”, dotados de uma dimensão intrínseca.⁹³⁹ Isso significava que tais poderes seriam inerentes por natureza ao Estado. A disciplina jurídica apresentaria uma dimensão declaratória de tais poderes.

⁹³⁹ De modo genérico, a doutrina clássica do Direito Administrativo incorpora a noção de “poderes da Administração”, ainda que nem sempre assumindo todas as implicações daí decorrentes. Nesse sentido, confira-se o pensamento de MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*, 16. ed., São Paulo: RT, 1991, p. 95 e ss.

Então, aludia-se a um “poder discricionário” para indicar essa fonte estatal de disciplina da conduta própria e de terceiros, independentemente de disciplina legal específica.

Reconhecia-se ao Estado uma posição de preponderância que lhe assegurava a competência para a edição de comandos abstratos e não abstratos, destinados a restringir a autonomia dos particulares, a promover a ordem, a assegurar a paz social e assim por diante.

2.6.2) O “interesse público” como critério da ação estatal

A existência de um “poder” estatal não implica, no entanto, a ausência de critérios de controle da atividade administrativa do Estado. Reconhecia-se que os chamados “atos discricionários” somente seriam considerados válidos se fossem conformes com a ordem jurídica. Mas a ausência de padrões gerais e abstratos dificultava a formulação de padrões de controle. A solução residia, então, na verificação da compatibilidade do ato discricionário com o “interesse público”. O interesse transformava-se num critério da ação estatal. Seria válido o ato compatível e inválido o ato incompatível com o interesse público.

2.6.3) “Interesse público” como “fundamento do poder do Estado”

Logo, o interesse público foi transformado em fundamento concreto do poder do Estado. A própria justificativa da verticalidade do relacionamento entre Estado e particular encontra-se no interesse público. Então, supera-se o posicionamento de que o Estado seria intrinsecamente superior ao particular, mas se admite que o interesse público sobrepuja necessariamente o privado.

2.7) O percurso do fascismo italiano

A simplista exposição anterior apresenta generalidade suficiente para expor as circunstâncias dos diversos países a que se filia o Direito Administrativo brasileiro. Há algumas peculiaridades que influenciaram o regime fascista italiano.

2.7.1) “Tudo no Estado, nada contra o Estado, e nada fora do Estado” (Mussolini)

O enfoque fascista leva a concepção do interesse público ao seu paroxismo. Essa visão induz à identificação entre a realidade política e a dimensão estatal. O Estado é reconhecido como núcleo da vida social e econômica, o que torna irrelevante, impertinente, inconveniente – senão ilícita – a existência de interesses privados.

2.7.2) A eliminação dos direitos privados

Daí se segue a eliminação dos direitos privados em face do Estado. A concepção fascista supera a proposta da supremacia do interesse público para admitir a supremacia dos direitos estatais. Nesse enfoque, não existe direito subjetivo oponível ao Estado.

3) A evolução histórica brasileira

A exposição acima evidencia as circunstâncias que condicionaram a trajetória do Direito Administrativo brasileiro, sem que isso implique atribuir à influência estrangeira as mazelas verificadas em nosso país.

3.1) Ainda a insuficiência da experiência democrática

Um ponto destacado pela generalidade dos administrativistas é a reduzida experiência democrática brasileira.

O Brasil experimentou um regime imperial até 1889, cujos fundamentos não foram essencialmente alterados pela Constituição de 1891 – ao menos, não houve alteração substancial no tocante à relação entre autoridade estatal e sujeito privado. As décadas seguintes foram plenas de experiências totalitárias.

No breve período de tempo entre 1946 e 1964, houve a tentativa de construção de uma sociedade democrática – convivendo com o paradoxo da generalidade da legislação de Direito Administrativo produzida em períodos totalitários.

O regime militar de 1964 afastou direitos e garantias individuais e adotou a concepção de supremacia dos interesses estatais sobre a generalidade da sociedade.

3.2) A afirmação do Estado de Direito Democrático e dos direitos fundamentais

A situação se alterou com a CF/88, que consagrou um Estado de Direito Democrático, centrado em torno dos direitos fundamentais. Ainda que essas inovações tenham apresentado uma dimensão parcialmente semântica, o cenário jurídico passou por alterações radicais.

3.2.1) A redução da desigualdade jurídica

Um dos aspectos essenciais do regime constitucional de 1988 reside na redução da

desigualdade jurídica, como etapa orientada a promover a atenuação das desigualdades de qualquer natureza. Isso significou a atribuição de posição equivalente inicial a todos os sujeitos.

3.2.2) A proteção às minorias e aos hipossuficientes

Por outro lado, houve o reforço da tutela às minorias e aos hipossuficientes, sob o pressuposto da exigência de proteção diferenciada em favor daqueles que se encontram em situação desvantajosa.

3.2.3) O reconhecimento dos direitos fundamentais em face do Estado

Mas a característica mais relevante da CF/88 reside na consagração de direitos fundamentais oponíveis em face do Estado. Foi afirmada a função promocional do direito, com a finalidade de assegurar as diversas manifestações da dignidade humana. O Estado foi reconhecido como titular de competências orientadas ao atingimento de finalidades e interesses de dimensão coletiva. Mas, além disso, houve a consagração da individualidade em face do Estado, inclusive no tocante aos direitos fundamentais de segunda e terceira geração.⁹⁴⁰

Portanto, não se tratou mais de reconhecer as limitações às competências políticas estatais, mas também de afirmar o dever estatal de promover prestações positivas em favor dos indivíduos.

3.2.4) A tutela reforçada às pretensões privadas contra (inclusive) o Estado

A eficácia dos direitos fundamentais, consagrada constitucionalmente, traduziu-se na tutela a pretensões privadas contra o Estado. Isso significou o reconhecimento de direitos subjetivos do indivíduo contra a Administração Pública.

4) Implicações do regime constitucional de 1988

A sistemática consagrada pela CF/88 produziu uma série de implicações no tocante à temática do interesse público.

4.1) A dissociação da causalidade entre interesse e direito subjetivo

⁹⁴⁰ Acerca da concepção generacional dos direitos fundamentais, consulte-se BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 33. ed., São Paulo: Malheiros, 2018, p. 574 e ss.

Como visto, a distinção entre “interesse” e “direito subjetivo” constituiu em fundamento da teoria de Jhering. Segundo essa teoria, o fundamento do direito subjetivo reside no interesse protegido pela ordem jurídica.

A afirmação do Estado Democrático de Direito conduz ao reconhecimento de que o direito subjetivo não é uma derivação do interesse. Há uma pluralidade de fatores que conduzem ao reconhecimento de direitos subjetivos. Afirmar que todo direito subjetivo derivaria da proteção a um interesse implicaria adotar uma acepção amplíssima para o vocábulo “interesse”, o que resultaria na inutilização da construção teórica.

4.2) A juridicização do “poder” estatal: a competência

Por outro lado, todos os poderes estatais foram juridicizados, na acepção de sua institucionalização por meio do direito. Não há poder estatal “naturalístico”, prévio, alheio ou superior à ordem jurídica. Isso significa que o poder jurídico é albergado pela ordem jurídica como uma *competência* por ela instituída e disciplinada.

A competência consiste em uma posição jurídica disciplinada pelo direito público, que compreende um conjunto de faculdades (poderes), cuja existência é orientada à satisfação de necessidades de titularidade alheia ao sujeito estatal.

Não se trata de negar a existência de poderes, mas de afirmar que todo poder jurídico é disciplinado pelo direito, que prevê a sua existência, dispõe sobre o seu conteúdo e regula o seu exercício.

Isso significa que a existência de um “interesse” de titularidade do Estado não é suficiente para instituir uma posição jurídica reforçada em face dos particulares. A expressão “interesse público” não indica um fenômeno extrajurídico, mas se refere a uma situação tutelada pela ordem jurídica. Por isso, o “interesse público” é delimitado pelo direito, tal como adiante mais bem exposto.

4.3) A pluralidade das posições jurídicas

A positivação do interesse conduz ao surgimento de direitos subjetivos. Tal como exposto, isso não significa afirmar que todo direito subjetivo reflete a tutela a um interesse. Nem que todo interesse se traduza em um direito subjetivo.

O ponto fundamental reside em que as posições jurídicas reforçadas, consistentes em faculdades de diversa natureza no relacionamento entre os sujeitos, são instituídas pela ordem jurídica.

Algumas dessas posições jurídicas reforçadas configuram direitos subjetivos, cuja característica consiste na determinação da faculdade de exigir conduta específica (objeto determinado) em face de um sujeito individualizado.

4.4) Os direitos subjetivos da Administração Pública

As competências da Administração Pública compreendem uma pluralidade de faculdades e atribuições.

4.4.1) Poderes jurídicos em sentido amplo

Muitas delas são exercitáveis em face do conjunto dos sujeitos, em termos abstratos. Mas a Administração Pública somente dispõe de poder jurídico para impor uma conduta específica e determinada em face de um sujeito também determinado quando se configurar um direito subjetivo.

4.4.2) Os direitos subjetivos

As normas jurídicas instituem poderes, exercitáveis em face de um número determinado ou indeterminado de sujeitos. Esses poderes jurídicos podem configurar direitos subjetivos, que se constituem em posições reforçadas e protegidas pela ordem jurídica. O direito subjetivo configura uma faculdade de atuação em face de terceiros.

4.4.3) A competência administrativa e o direito subjetivo

Ou seja, a competência administrativa apresenta uma dimensão ampla e complexa. A concretização da situação jurídica pode conduzir ao surgimento de direito subjetivo para a Administração Pública. Esse direito subjetivo terá por objeto uma prestação definida e específica (consistente num dar, fazer ou não fazer) em face de um ou mais sujeitos determinados.

Assim, suponha-se a competência para desapropriar bens privados. A ordem jurídica institui e delimita essa competência. Mas isso a previsão abstrata da competência para desapropriar não implica a faculdade de o Estado apropriar-se de bem privado. A extinção do domínio privado sobre um bem específico e o surgimento do domínio público dependerá da instauração de uma relação jurídica própria, que atribuirá direitos subjetivos e deveres jurídicos ao expropriante e ao particular.

4.5) Os direitos subjetivos contra o Estado

Um dos aspectos mais relevantes da afirmação do Estado Democrático de Direito consistiu no reconhecimento aos particulares de direitos subjetivos em face do Estado.

4.5.1) A omissão legislativa e o direito ao suprimento

A preocupação constitucional com os direitos fundamentais traduziu-se na determinação de que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5º, § 1º). Foi consagrado o mandado de injunção para assegurar o exercício de direitos e liberdades, tolhidos em virtude da ausência de norma regulamentadora. Houve também o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão. Se o silêncio legislativo não é suficiente para neutralizar a eficácia dos direitos fundamentais tutelados constitucionalmente, então é evidente que tal resultado não pode ser produzido por uma conduta ativa do Estado.

4.5.2) O interesse público e o direito subjetivo do particular

Tornou-se superada a concepção de que o interesse público poderia propiciar a ausência de realização dos direitos fundamentais protegidos constitucionalmente. Mais precisamente, desapareceu a competência estatal unilateral para ponderar conflitos entre interesse público e direitos fundamentais.

Precisamente porque os indivíduos foram investidos de direitos subjetivos relacionados a garantias fundamentais, tendo como sujeito passivo o Estado. Admitiu-se a existência de pretensões privadas em face da autoridade pública.

A mera existência de pretensão não é suficiente para assegurar a satisfação do particular. Mas isso tornou superada a concepção de que a Administração disporia de um “poder” próprio para

decidir, no seu exclusivo âmbito interno, sobre a concretização dos direitos e garantias constitucionais. O sujeito privado foi investido de poder para questionar diretamente as ações e omissões do Estado e a efetiva presença de algum interesse público suficiente para neutralizar tais pretensões incumbe ao Poder Judiciário.

4.5.3) A restrição aos poderes do Estado

Em muitos casos, esses direitos subjetivos envolvem tutela e garantia precisamente em face das competências administrativas. Ou seja, a limitação dos poderes públicos faz-se não apenas ao interno da definição do poder estatal, mas também por uma providência externa: o direito reconhece ao particular um conjunto de direitos subjetivos cuja existência acarreta a redução da órbita de poderes estatais.

Assim, por exemplo, o direito assegura ao particular o direito subjetivo de receber uma justa indenização, prévia e (em regra) em dinheiro, nas hipóteses de desapropriação de seu patrimônio. Trata-se de um direito subjetivo, cuja instituição acarreta a redução da órbita dos poderes jurídicos estatais. A competência estatal para desapropriar é delimitada pela existência de direito subjetivo atribuído ao sujeito privado.

4.5.4) Direito subjetivo privado e reconfiguração da competência estatal

Há casos em que a instituição do direito subjetivo privado destina-se a produzir a reconfiguração *positiva* da competência estatal. Não se trata de promover a limitação dos poderes estatais, mas instituir deveres quanto a competências até então não existentes.

Nesses casos, o Estado se torna titular de um poder jurídico para promover a satisfação de direitos subjetivos privados. Assim se passa no tocante aos direitos fundamentais de segunda e terceira geração, relacionados com a atividade administrativa promocional da dignidade humana. Cada sujeito privado é titular de direito subjetivo a obter prestação estatal apta a promover a sua integridade física, moral e espiritual. Como decorrência, o Estado é investido de competências administrativas para desenvolver atividades no âmbito da saúde, do saneamento, da assistência, da previdência e assim por diante.

5) O interesse como fim e o direito subjetivo como meio

Interesse (público ou privado) e direito subjetivo coexistem no ambiente jurídico. São institutos distintos, com eficácia jurídica diversa e regime jurídico inconfundível.

5.1) O interesse como disciplina finalística

O interesse envolve uma disciplina normativa finalística. O conceito de interesse é identificado em vista da finalidade a que se vincula a disciplina jurídica. A expressão “interesse” indica uma necessidade cuja satisfação é propiciada por meio dos poderes instituídos pela ordem jurídica.

5.2) O direito subjetivo como disciplina instrumental

O direito subjetivo é um instituto cuja identidade decorre do conteúdo. Caracteriza-se como atribuição de poderes jurídicos específicos, em favor de um sujeito determinado, tendo por objeto uma prestação individualizada. O direito subjetivo apresenta natureza instrumental, na acepção de se constituir em um meio para o atingimento de fins buscados pelos sujeitos públicos e privados.

5.3) Interesses público e privado

Um interesse é qualificado como público quando as necessidades a serem atendidas apresentam também uma dimensão supraindividual. Tal pode decorrer tanto em virtude de questões quantitativas como em vista de aspectos qualitativos.

5.3.1) O interesse privado

Alude-se a interesse privado para indicar a situação em que existe uma identidade entre a titularidade da condição de parte e das necessidades a serem satisfeitas. Nesse caso, o sujeito é investido da faculdade de determinar não apenas as finalidades a serem buscadas, mas também o modo de exercício das faculdades jurídicas relacionadas.

Em diversas hipóteses, não existe essa identidade. Os poderes jurídicos são atribuídos a um sujeito distinto daquele que é titular da necessidade a ser satisfeita. Esse fenômeno pode ocorrer no próprio direito privado, que admite inclusive soluções para a sua formalização – tal como o contrato de mandato. Mas há outras posições jurídicas de direito privado em que essa dissociação é característica, tal como se passa no tocante à curatela. Em tais hipóteses, no entanto, não se alude a um interesse público.

5.3.2) O interesse público

Em muitas situações, no entanto, as necessidades superam a dimensão puramente individual. O direito atribui poder jurídico para um sujeito promover a satisfação de necessidades que apresentam uma dimensão geral (critério quantitativo) ou que envolvem valores reputados como relevantes para a sociedade em seu conjunto (critério qualitativo).⁹⁴¹ Nesses casos, é usual o reconhecimento da existência de um interesse público, cuja relevância conduz à atribuição da titularidade dos poderes jurídicos a um órgão estatal.

6) Os direitos subjetivos do Estado

Os direitos subjetivos, ainda quando de titularidade estatal e subordinados ao regime de direito público, são disponíveis, desde que observados os pressupostos e os limites da disciplina normativa. Há um regime jurídico próprio e diferenciado, condicionante da disponibilidade.

6.1) A natureza instrumental dos direitos subjetivos

Como visto, os direitos subjetivos apresentam natureza instrumental e envolvem poderes de conteúdo específico, cujo objeto consiste na obtenção de uma prestação consistente em um dar, fazer ou não fazer, a cargo de um sujeito determinado (ou determinável).

6.2) Direitos subjetivos patrimoniais e não patrimoniais

Em muitos casos, a prestação objeto do direito subjetivo apresenta natureza patrimonial, comportando avaliação econômica. Em outros casos, o direito subjetivo não envolve uma prestação economicamente avaliável. Assim se passa também quanto aos direitos subjetivos de titularidade estatal.

6.3) A disponibilidade dos direitos subjetivos (patrimoniais ou não)

⁹⁴¹ O critério de identificação do interesse público é um tema muito problemático. Nesse sentido, confira-se o posicionamento de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 59 e ss.). Adota-se o entendimento de que o interesse público resulta tanto de critérios quantitativos como de razões qualitativas. Assim, há interesse público quando existir uma necessidade a ser satisfeita relacionada com parcela significativa da população. Mas também se configura o interesse público quando a necessidade, embora não atingindo um número relevante de sujeitos, relacionar-se com valores essenciais, relacionados com os direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica. Em ambos os casos, o interesse público apenas se configura na medida em que os mecanismos próprios da sociedade sejam insuficientes para a satisfação das referidas necessidades. Essa exposição envolve a evolução do pensamento exposto em minha obra *Curso de Direito Administrativo*, 13. ed., São Paulo: RT, 2018, p. 60 e ss.

Os direitos subjetivos, detenham ou não natureza patrimonial, envolvem poderes jurídicos que, em certas circunstâncias e observados mediante determinados pressupostos, podem ser objeto de renúncia, desistência ou sacrifício. Tal se passa inclusive na hipótese de direitos subjetivos de titularidade do Estado, tenham eles natureza patrimonial ou não.

6.4) Disposição e renúncia

Ainda por cautela, cabe assinalar que disposição não significa renúncia. A renúncia consiste numa modalidade específica de disposição, caracterizada pela ausência de comutatividade e pela eliminação da titularidade de um poder, direito ou bem sem uma contrapartida econômica ou não econômica para o titular.

A expressão “disposição” é dotada de amplitude semântica muito mais ampla. Envolve ação ou omissão voluntária que produza a extinção de poder, direito ou bem. A disposição compreende não apenas a renúncia, mas também e quando menos a alienação e a transação. Portanto e em muitos casos, a disposição não resulta em uma redução patrimonial, eis que a extinção da titularidade de um direito é acompanhada da aquisição da titularidade de outro.

6.5) A submissão ao princípio da legalidade

De modo genérico, a disposição dos direitos subjetivos públicos subordina-se ao princípio da legalidade. Exige-se a autorização legislativa permitindo que a Administração se desfaça do direito de que é titular. Cabe à lei determinar as condições para que tal disposição se aperfeiçoe.

6.6) A questão da disponibilidade em face de direitos subjetivos públicos e privados

A ressalva acima evidencia a distinção do regime jurídico entre direitos subjetivos públicos e privados no tocante à questão da disponibilidade.

6.6.1) A disponibilidade dos direitos subjetivos privados

No âmbito privado, o regime jurídico dos direitos subjetivos disciplina a questão da disponibilidade, tomando em vista as condições do titular e do objeto da prestação. Nesse contexto, existem certos direitos cujas características acarretam a sua indisponibilidade. Tal se passa, de modo

específico, com os chamados direitos da personalidade.⁹⁴² Não seria excessivo (nem implicaria adesão a alguma concepção jusnaturalista) afirmar que certos atributos inerentes ao ser humano são reconhecidos pela ordem jurídica em condições insuscetíveis de renúncia ou disponibilidade.

6.6.2) A disponibilidade dos direitos subjetivos públicos

Os direitos subjetivos públicos são instituídos e configurados pelo direito. Uma norma jurídica estabelece a sua disciplina e dispõe sobre o seu exercício – o que abrange inclusive a sua eventual disposição.

Pode-se afirmar que todos os direitos subjetivos públicos são disponíveis **nos limites e nas condições da lei**. Portanto, o direito subjetivo de titularidade estatal não é disponível se inexistir lei autorizadora. Mas a lei pode contemplar situações abstratas ou concretas em que será cabível a disposição.

6.6.3) A desnecessidade de autorização legislativa específica

Apenas por cautela, ressalte-se que a submissão da atividade estatal ao princípio da legalidade não significa a exigência de disciplina legislativa específica e especial para cada atuação concreta. Admitem-se autorizações amplas e genéricas, as quais podem implicar, de modo necessário, atos administrativos que importam disposição de direitos.

Assim se passa, por exemplo, no âmbito contratual. A autorização legislativa para a Administração Pública desenvolver atividade contratual implica, de modo inafastável, a previsão da disposição de bens e direitos de sua titularidade.

6.7) As manifestações da disponibilidade dos direitos públicos

Existem diversas manifestações de disponibilidade dos direitos subjetivos públicos patrimoniais. Nessas hipóteses, o direito subjetivo prevê as condições para a extinção de direitos subjetivos estatais, inclusive por meio de ações ou omissões voluntárias.

6.7.1) A alienação (gratuita ou onerosa) de bens

⁹⁴² Sobre o tema, confira-se SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed., São Paulo: RT, 2005.

Uma parcela significativa dos bens públicos comporta alienação, inclusive gratuita, ainda que o regime jurídico não seja idêntico àquele aplicável aos sujeitos privados. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, exigindo-se a autorização legislativa correspondente. Há casos em que a alienação se faz de modo oneroso, mediante uma contrapartida econômica a cargo do adquirente. Mas existem diversas situações em que a lei pode autorizar a alienação gratuita dos bens públicos.

6.7.2) A atividade contratual estatal

Uma outra faceta da disponibilidade de direitos subjetivos públicos patrimoniais se relaciona com a atividade contratual do Estado. Nesse caso, admite-se inclusive uma autorização genérica, compreensiva de atividades diversas e heterogêneas. Um dispositivo legal pode outorgar uma autorização ampla para a Administração Pública entabular acordos de diversa natureza com sujeitos privados, em condições muito variadas. Esses acordos podem compreender a transferência de bens e direitos de titularidade da Administração Pública, usualmente de modo oneroso e comutativo.

6.7.3) A renúncia e a transação

Admite-se que a lei atribua à Administração Pública a faculdade de renunciar a direitos e pretensões, tal como promover transação visando a extinção de litígios e controvérsias. Em muitos casos, a lei determina as condições mínimas e máximas para tais práticas. Em outros casos, a disciplina legal restringe-se a determinar a autoridade competente para implementar a solução.

6.7.4) A anistia e o perdão

Existem situações em que a lei prevê a extinção da ilicitude, a exclusão do ilícito ou autoriza a outorga de perdão aos autores de atos reprováveis. Assim, por exemplo, a anistia quanto a um ilícito tributário acarreta o desaparecimento inclusive do crédito fiscal decorrente.

6.7.5) A prescrição e a decadência

Rigorosamente, prescrição e decadência não se enquadram no conceito de disposição de direitos do Estado, eis que não se caracteriza uma conduta específica como causa extintiva deles. No entanto, é cabível aludir às figuras da prescrição e da decadência como evidência da existência

de um modelo normativo que admite a extinção de direitos subjetivos sem a obtenção de um proveito e sem o atingimento do fim que norteou a sua instituição pelo ordenamento jurídico.

Ou seja, a ausência do exercício de faculdades e poderes de titularidade do Estado durante o período de tempo previsto legalmente acarreta a extinção de direitos subjetivos.

7) A distinção entre interesses públicos primários e secundários

A diferenciação entre interesse público e direito subjetivo público conduz a um novo enfoque quanto a própria distinção entre interesse público primário e interesse público secundário.

7.1) A tese de níveis diversos de interesses públicos

Especialmente na doutrina brasileira, difundiu-se a diferenciação entre interesse público primário e interesse público secundário. A distinção é reportada à doutrina estrangeira,⁹⁴³ mas adquiriu grande prestígio no Brasil.

Segundo esse enfoque, o interesse público primário consiste na dimensão do interesse público em sentido próprio. Envolve a satisfação das necessidades coletivas e transcendentais, que exigem atenção e comprometimento do Estado.

Já o interesse secundário resulta da institucionalização do Estado como uma organização formal, o que produz o surgimento de necessidades e conveniências próprios. O interesse público secundário aproxima-se ao interesse privado, na acepção de refletir uma avaliação das circunstâncias inerentes à organização estatal – em contraposição aos interesses do conjunto da coletividade.

7.2) O interesse público secundário como uma manifestação de direito subjetivo

É muito mais apropriado identificar o interesse público secundário como uma manifestação de direitos subjetivos públicos, especialmente de natureza patrimonial.

⁹⁴³ O tema foi objeto de análise especificamente por parte de ALESSI na obra *Principi di Diritto Amministrativo. I soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa* (4. ed., Milano: Giuffrè Editore, 1978, p. 228 e ss.). Na doutrina brasileira, consulte-se BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 59 e ss.

Tome-se em vista um exemplo usualmente utilizado para diferenciar interesse público primário e secundário. Afirma-se que a Administração Pública, ao promover a desapropriação de bem privado para fins de utilidade pública, encontra-se imbuída do interesse público primário de pagar o justo preço em favor do expropriado. Mas existiria um interesse público secundário em promover a desapropriação pelo menor preço possível.

É muito mais apropriado reconhecer que o dito interesse “secundário” não consiste propriamente em um interesse público. Trata-se muito mais de um direito subjetivo de titularidade da Administração. Ao promover a expropriação, a Administração busca o interesse público, mas é investida do direito subjetivo de desembolsar o menor valor possível para tanto.

As peculiaridades do chamado interesse público secundário se reportam a uma posição jurídica concreta, que envolve faculdades e poderes em face de um sujeito determinado, versando sobre prestações específicas, usualmente de natureza patrimonial. Por decorrência, o interesse público secundário comporta disposição, segundo a disciplina normativa aplicável.

8) A disponibilidade do direito subjetivo e a questão do interesse público

A tradicional afirmativa da indisponibilidade do interesse público não significa que os direitos subjetivos públicos de titularidade do Estado sejam igualmente indisponíveis. As figuras de interesse público e de direito subjetivo público são distintas e inconfundíveis e o Estado promove, de modo regular e contínuo, a disposição dos direitos subjetivos de que é titular.

8.1) A rejeição a uma concepção essencialista de interesse público

Rejeita-se uma concepção essencialista para todos os institutos e valores jurídicos, inclusive para o interesse público. Isso significa rejeitar a concepção da existência de uma ideia autônoma, de uma figura hipostasiada, de uma entidade dotada de existência própria, que configuraria “o interesse público”.

8.1.1) A presunção da existência autônoma de um “interesse público”

É usual enfrentar-se essa temática partindo do pressuposto de que existe um interesse público em uma dimensão abstrata e autônoma, a ser descoberto ou revelado pela autoridade

pública. Esse posicionamento envolve a negação da atividade inovadora e criativa da autoridade pública que invoca como fundamento de sua decisão a existência do interesse público.

8.1.2) A inexistência da atividade de “revelação” do interesse público

O interesse público é uma construção promovida pela autoridade competente, em face das necessidades coletivas e dos valores transcendentais. A autoridade estatal não desenvolve uma atividade passiva, por meio da qual um interesse público abstrato é revelado ao conjunto da população. Ao contrário, a autoridade competente realizar uma atividade criativa e inovadora, dentro dos limites da ordem jurídica e da realidade concreta. Essa atividade é constitutiva do interesse público, comportando discussão e avaliação no contexto dos pressupostos aplicáveis na situação considerada.

8.2) O reenquadramento da “indisponibilidade do interesse público”

O sistema da CF/88 representou a ruptura de uma longa tradição no Direito Administrativo brasileiro, relacionada com aquela dimensão vertical do relacionamento entre Administração Pública e sujeito privado. Mais ainda, a re colocação da disciplina quanto a direitos e a interesses (públicos e privados) impõe a adoção de um novo enfoque relativamente à questão da “disponibilidade”.

8.2.1) Ainda a ideia de Bem Comum

A ordem constitucional de 1988 não eliminou o conceito de Bem Comum, mas subordinou-o à concepção da proteção à dignidade humana, a ser protegida em todas as situações. Cabe ao Estado promover o Bem Comum, mas isso não significa a irrelevância ou a secundariedade da dignidade individual.

8.2.2) A ponderação dos diversos interesses no momento pré-legislativo

A CF/88 não eliminou o processo de ponderação dos diversos interesses no momento pré-legislativo – nem isso seria viável. A produção da lei reflete uma avaliação sobre os diversos interesses em jogo, o que pode resultar em soluções de restrição ao interesse privado e proteção do interesse público. No entanto, não existe uma determinação prévia contemplando a superioridade necessária do interesse público sobre o privado.

Mais precisamente, qualquer ponderação sobre os interesses públicos e privados, durante o processo legislativo, é subordinada à eficácia dos direitos fundamentais. Portanto, qualquer solução contemplada em norma infraconstitucional terá a sua validade delimitada pela força impactante dos direitos fundamentais.

8.2.3) A ponderação de interesses no momento regulamentar

Mas também existe uma ponderação de interesses em momento pós-legislativo, especialmente por ocasião da produção normativa regulamentar. A autoridade administrativa formula soluções, inclusive realizando escolhas no exercício de competência discricionária. Os atos administrativos regulamentares resultam de uma avaliação quanto às necessidades supraindividuais e transcendentais a serem satisfeitas, tal como quanto às condições para que tal seja implementado. Isso envolve tomar em vista os interesses públicos envolvidos.

8.2.4) As decisões estatais, os interesses públicos e dos direitos subjetivos

Em todas essas hipóteses, a decisão estatal deve necessariamente refletir a tutela constitucional não apenas aos interesses públicos, mas também aos direitos subjetivos – especialmente aqueles reconhecidos aos sujeitos particulares.

8.2.5) A dimensão delimitada da “supremacia” do interesse público

Então, somente pode ser cogitada da “supremacia” do interesse público quando houver espaço jurídico para tanto. Não existe viabilidade jurídica de sacrifício de direito subjetivo privado, consagrado e protegido pela Constituição ou por norma infraconstitucional (inclusive regulamentar) em favor de um “interesse público”.

Essa afirmativa não envolve afirmar que os interesses privados prevalecem sobre os públicos, mas decorre do reconhecimento de que a tutela normativa a um direito subjetivo não pode ser eliminada por meio de um ato administrativo concreto. A supremacia da Constituição e da Lei, que vinculam o ato administrativo, definem e determinam os limites e o conteúdo dos interesses públicos. Portanto, quando a Constituição ou a Lei (ou um Regulamento) reconhecerem a um sujeito privado um direito subjetivo determinado, existirá um impedimento normativo à invocação ao interesse público.

Dito de outro modo, a Administração Pública não é legitimada a invocar um interesse público para restringir, atenuar ou neutralizar as imposições constantes da Constituição, da Lei e do Regulamento.

8.3) A superação da concepção monista de interesse público

Por outro lado, tornou-se superada a concepção monista do interesse público. A alusão a “**um**” (ou a “**o**”) interesse público é imprecisa e insuficiente. Assim se passa porque o estabelecimento de um Estado Pluriclasse⁹⁴⁴ e de uma sociedade democrática pluralista, produziu a multiplicação de valores e de fins cuja realização incumbe ao Estado.

8.3.1) A multiplicidade de fins a serem buscados

O Estado disciplinado pela CF/88 é um veículo para a realização de finalidades de diversa ordem – algumas delas potencialmente conflitantes entre si. Basta considerar o art. 3º da Constituição para compreender a complexidade da posição jurídica do Estado. Existem finalidades de natureza política, econômica, social e política, todas merecedoras de tutela jurídica equivalente.

8.3.2) A multiplicidade de interesses públicos

Por decorrência, surgem múltiplos e diversos interesses públicos. Assim, por exemplo, existe o interesse público em promover o desenvolvimento econômico. Mas também há o interesse público em proteger o meio ambiente. E há o interesse público em reduzir as desigualdades regionais e eliminar a miséria, tanto quanto há o interesse público em reduzir a violência contra sujeitos em situação de desvantagem.

A ação administrativa estatal envolve um procedimento de “construção harmônica do interesse público no caso concreto”, em que o agente público pondera as diversas manifestações de interesses públicos envolvidos para buscar uma solução que preserve, na maior extensão possível, todos os fins a serem realizados pelo Estado.

⁹⁴⁴ O tema foi desenvolvido por Massimo Severo Giannini. *Diritto Amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1970, I, p. 45-50. Consulte-se ainda a obra de Sabino Cassese em “Lo Stato Pluriclasse”, na retrospectiva *L’Unità del Diritto – Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*. Bologna: Il Mulino, 1994, p. 11-50.

8.3.3) A produção procedimentalizada da decisão

Não é casual a alusão a um “procedimento”. É descabido afirmar a existência não apenas de um interesse público único. Também não se admite um interesse público abstrato, concebido em termos dissociados da realidade concreta da atuação estatal.

O interesse público é produzido (ou identificado) em vista das características de cada situação fática. Essa produção envolve um procedimento, na acepção de uma sucessão preordenada de atividades administrativas, entre si organizadas de modo lógico, de modo a que a etapa anterior condiciona as subsequentes.

Não se admite, por isso, a determinação do interesse público como uma manifestação impositiva da vontade do administrador. O conteúdo concreto da finalidade buscada pelo Estado é variável em vista das circunstâncias, mas não é o reflexo de uma decisão voluntarista isolada e subjetiva do governante. Não se admite que o interesse público seja aquilo que o governante quer, porque a sua identificação depende de dados objetivos extraídos da realidade política, social, econômica e jurídica.

8.3.4) O dever de justificativa

Isso não implica negar a existência de dimensão política e discricionária à atividade de determinação do interesse público. Mas há um dever de justificativa da autoridade. A justificativa – que condiciona a validade da decisão adotada – compreende a avaliação realizada pela autoridade em vista das diversas circunstâncias, que envolve a observância de um procedimento. A legitimidade jurídica e política da decisão depende da observância desse procedimento e da consistência das justificativas invocadas.

8.4) A indisponibilidade do interesse público

É nesse contexto em que se insere a concepção da indisponibilidade do interesse público.

8.4.1) A indisponibilidade dos interesses públicos em abstrato

Sob um prisma abstrato, todos os interesses públicos são indisponíveis. Isso significa que existem certos fins cuja realização é obrigatória para o Estado. Não é facultado ao Estado ignorar, eliminar ou desmerecer qualquer um desses diversos fins.

No entanto e no plano puramente abstrato, não é viável extrair efeitos jurídicos vinculantes para a conduta do Estado, seja ela isolada, seja ela relacionada com os sujeitos não estatais. Assim, existe um interesse público abstrato em promover o desenvolvimento nacional sustentável, tal como há um interesse público abstrato em garantir a proteção à saúde. Mas isso não permite identificar um padrão concreto de disciplina da conduta do Estado. Uma decisão concreta específica do Estado não é suscetível de uma qualificação como “violação” ao interesse público abstrato.

8.4.2) A indisponibilidade do interesse público em concreto

Uma vez determinado o interesse público concreto, a questão muda de figura. Em tal hipótese, produz-se a redução da complexidade e a harmonização das diversas manifestações de interesses públicos abstratos. Surge um interesse público concreto, que condiciona e delimita a atuação do Estado.

Esse interesse público concreto também é indisponível, na acepção de refletir a ponderação da autoridade competente quanto ao fim a ser atingido.

8.4.3) A dinamicidade do interesse público em concreto

No entanto, uma característica marcante é a dinamicidade do interesse público concreto. Precisamente porque reflete a ponderação de uma pluralidade de circunstâncias concretas, a variação dos dados da realidade propicia a ausência de cristalização definitiva quando ao modo de solução e de atendimento às necessidades identificadas.

Considere-se, como exemplo, a declaração de utilidade pública para fins de desapropriação. O ato administrativo formal resulta de uma avaliação em face de um contexto específico. Mas isso não impede que, em momento posterior, a Administração reconheça (ainda que de modo implícito) a inadequação da desapropriação como providência para atendimento às necessidades buscadas. Por isso, admite-se que a Administração deixe de efetivar a desapropriação, ainda que tenha promovido a declaração de utilidade pública.

A alteração da ponderação quanto à solução mais satisfatória para promover o atendimento dos interesses públicos não configura disposição, renúncia ou descompromisso com a função estatal. Muito pelo contrário, a modificação do entendimento reflete a constatação de que a avaliação

anterior não mantém a sua atualidade e adequação. Impõe-se adotar nova orientação para assegurar a efetiva satisfação das necessidades e interesses coletivos e transcendentais.

9) Conclusão: decorrências e implicações

Os interesses públicos apresentam essa dimensão de indisponibilidade, implicada na posição funcional do agente estatal e da proibição ao exercício de poder jurídico para a satisfação de necessidade pessoal. Mas os direitos subjetivos, instituídos e disciplinados pela ordem jurídica como instrumento para o desenvolvimento da atividade administrativa, comportam disposição, nos termos e limites contemplados pela mesma ordem jurídica. Daí se segue uma pluralidade de decorrências.

9.1) A difusão da atividade consensual do Estado

Uma das implicações mais notáveis das considerações anteriores consiste na legitimidade jurídica da atuação consensual do Estado.⁹⁴⁵

9.1.1) A superação do limite do “contrato administrativo”

A atividade consensual do Estado ultrapassa largamente os limites da figura do contrato administrativo, entendido como um acordo de vontades entre Administração Pública e um sujeito privado, tendo por objeto a execução de uma prestação consistente em um dar ou fazer algo economicamente avaliável.

A consensualidade indica um conjunto muito mais amplo de situações, em que o exercício de competências administrativas unilaterais é subordinado a um processo de composição de interesses com outros sujeitos. Mediante acordos com os diversos segmentos da sociedade, a Administração atinge soluções consensuais, que adquirem cunho vinculante para os diversos envolvidos.

9.1.2) Os acordos em tema de competências punitivas

⁹⁴⁵ Sobre o tema, confira-se OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 32, p. 31-49, 2008.

Uma parcela relevante desses acordos se relaciona a competências sancionatórias. Consumada uma infração, admite-se que o Estado atinja uma solução negociada com o infrator, versando sobre o reconhecimento da ilicitude e as condições de recomposição da ordem jurídica violada. Essa solução pode envolver concessões recíprocas entre as partes, compreendendo inclusive a dimensão concreta das punições determinadas por comum acordo entre as partes.

9.1.3) A adoção da arbitragem

Outra manifestação do processo de consensualização consiste na adoção de arbitragem como solução para composição de litígios. Isso significa que todas as implicações patrimoniais inerentes a um conflito surgido no âmbito de relação jurídica de que participe a Administração Pública podem ser levados à arbitragem. Mas essa solução pode compreender inclusive as decorrências não patrimoniais relacionadas a tais litígios, tal como a lide versando sobre a prática de infrações e seu sancionamento.

9.2) A impertinência da indisponibilidade do interesse público

Em todas essas situações, não há pertinência em cogitar da indisponibilidade do interesse público (abstrato ou concreto), eis que estão em jogo direitos subjetivos de titularidade pública e privada. Ao invés de questionar um atributo intrínseco do interesse público, cabe avaliar o regime jurídico concreto adotado relativamente aos direitos subjetivos envolvidos. A ordem jurídica, mesmo de modo implícito, pode autorizar a Administração Pública a entabular negociações e acordos com os particulares, versando sobre os direitos subjetivos públicos, admitindo que tal solução é um meio para a realização mais adequada e satisfatória dos interesses públicos abstratos e concretos que se constituem no fim buscado pela atividade estatal.

10) Referências bibliográficas

ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*. I soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa. 4. ed., Milano: Giuffrè Editore, 1978.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios*, 14. ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 33. ed., São Paulo: Malheiros, 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 33. ed., São Paulo: Malheiros, 2018.

CASSESE, Sabino. Lo “Stato pluriclasse” in Massimo Severo Giannini. In: CASSESE, Sabino; CARCATERRA, Gaetano; D’ALBERTI, Marco; BIXIO, Andrea (Coord.). *L’Unità del Diritto – Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*. Bologna: Il Mulino, 1994.

ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Interesse público. *Revista do Ministério Público do Trabalho da 2.ª Região*, n. 1, p. 10 e ss., 1995.

GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*, tomo I, Milano: Giuffrè, 1970.

GORDILLO, Augustín. *Tratado de derecho administrativo* (Parte general, t. II). Buenos Aires: Macchi, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 13. ed., São Paulo: RT, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*, 16. ed., São Paulo: RT, 1991.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 32, p. 31-49, 2008.



REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 15. ed., São Paulo: Saraiva, 1987.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil – Processo de Conhecimento*, v. 1, 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed., São Paulo: RT, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, v. 1, 14. ed., São Paulo: RT, 2014.



REGULAÇÃO CONTRATUAL

UMA REVISITA CONTEMPORÂNEA À TEORIA DO ATO-CONDIÇÃO

877

Márcio Monteiro Reis

Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito do Ibmec/RJ. Doutorando e mestre em Direito Público na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado.

SUMÁRIO

1. Introdução, 877; 2. Regular por contrato, 885; 3. Dupla natureza das atividades inerentes ao Poder Concedente: regulação política e regulação técnica, 893; 4. Regulação contratual: conformação do serviço ao interesse público cambiante 902, 5. Atribuição de riscos e a completude possível dos contratos de concessão de serviço público, 909; 6. Conclusão, 917; Referências bibliográficas, 920.

1. INTRODUÇÃO

Tratar do tema regulação não é tarefa fácil, mesmo porque seu conceito é extremamente amplo e costuma variar significativamente de um autor para outro⁹⁴⁶. Baldwin, Cave e Lodge

⁹⁴⁶ Segundo José Luís Saldanha Sanches, o conceito de regulação “é pelo menos tão fugidio e ambíguo como o conceito de direito económico ou constituição económica.” (SANCHES, José Luís Saldanha. A regulação: história breve de um conceito. *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 60. Lisboa: 2000, p. 9). Nas palavras de Jacques Chevalier, “on est ici renvoyé à l’idée de régulation mais qui ne présente précisément qu’une fausse clarté : le terme est en effet issu du champ scientifique et le passage de l’univers des paradigmes scientifiques à celui des représentations idéologiques est toujours accompagné d’un flou conceptuel propice aux effets de légitimation ; la régulation est ainsi devenue un de ces mots passe-partout « omnibus », un de ces « gadgets » dont le contenu est de plus en plus vague, imprécis, incertain. La profusion de significations que recèle désormais une formule qui amalgame des conceptions très différentes, voire contradictoires, du rôle de l’État, explique largement cet effet de mode.” (CHEVALIER, Jacques. L’État Régulateur. *Revue française d’administration publique*. 2004/3, n. 111, p. 473). Na observação de Barak Orbach, trata-se de um dos conceitos mais usados recentemente e mais incompreendidos: “Nonetheless, the term “regulation” appears to

sustentam que as origens da regulação remontam, na Inglaterra, pelo menos ao período dos Tudor e Stuart, ressaltando a importância que tomou a regulação no século XIX, quando a revolução industrial permitiu grande ampliação de serviços como aquedutos, estradas de ferro e distribuição de gás e energia elétrica, levando o Estado a introduzir mecanismos de controle de preço e da segurança e qualidade dos serviços, tendo havido depois disso uma nova onda de regulação, especialmente nos Estados Unidos da América, a partir da década de 30 do século passado, com a criação de diversas agências reguladoras no curso das providências governamentais que ficaram conhecidas como a política do New Deal⁹⁴⁷.

Não há dúvida, no entanto, que sua enorme difusão pelo mundo ocorreu essencialmente após o período de privatizações ocorrido em grande parte do mundo ocidental nos anos 80 e 90. Muito antes do final do século XX o termo regulação já era empregado em diversas situações, especialmente nos países de tradição anglo-saxônica. Mas o fenômeno observado a partir da década de 80 do século passado tem peculiaridades bastante significativas. Em primeiro lugar, incorporou uma onda — recente àquela altura — de estudos integrados de direito e economia e, em segundo lugar, graças à força que ganhava o fenômeno da globalização, espalhou enorme influência em diversos países, a ponto de despertar a conclusão de que vivemos a era do Estado Regulador.

A influência das escolas de *Law & Economics* ou *Economic Analysis of Law* é tão grande nesta onda regulatória do final do século XX, que, em alguns países o tema regulação não é considerado parte do direito, mas sim um campo essencialmente multidisciplinar, que merece abordagens de estudiosos do direito público e do direito privado, assim como de economistas e, cada vez mais frequentemente, de especialistas de outros campos do conhecimento, como ciência política, psicologia, sociologia, antropologia e outros tantos.

Pode-se afirmar, no entanto, que até este momento não há uma convergência entre os diversos autores que tratam do tema a respeito de sua abrangência, o que acaba gerando alguns problemas de compreensão e adaptação das teorias propostas. Isso é absolutamente normal quando

escape a clear definition. Although regulation has been one of the most controversial topics in law and politics, it has also been one of the most misunderstood concepts in modern legal thinking." (ORBACH, Barak. What is regulation? *Yale Journal on Regulation Online*. Vol. 30:1, 2012, p. 2)

⁹⁴⁷ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin e LODGE, Martin. *Understanding Regulation*. 2ª ed., Londres: Oxford University Press, 2012, p. 4.

se usa o mesmo termo para designar fenômenos absolutamente distintos. Qualquer comparação que se pretenda fazer restará inevitavelmente distorcida quando não haja clareza e consenso quanto à delimitação do objeto de estudo.

Para se ter uma ideia do tamanho do problema, Julia Black⁹⁴⁸ propõe três dimensões para a compreensão do que venha a ser regulação. Na mais ampla, entende-se por regulação todo e qualquer mecanismo de controle social ou influência de comportamento, proveniente de qualquer fonte, seja intencional ou não. Pedro Gonçalves também oferece um conceito amplíssimo quando refere a um “*sistema de influência, de orientação e de controlo de processos e de comportamentos ou condutas de pessoas*”⁹⁴⁹. Inserem-se neste conceito amplo inclusive os tipos de regulação não estatal, como as experiências de autorregulação. Como mencionam Baldwin *et alli*, a regulação não necessariamente cabe apenas a instituições estatais e pode ser realizada por corporações profissionais, autorreguladores, câmaras de comércio ou associações⁹⁵⁰. Uma concepção mais estreita de regulação apresentada por Julia Black abarcaria apenas as formas de intervenção estatal na economia. Por fim, a autora ainda se refere a um conceito mais restrito, no qual se admite como regulação apenas a edição de normas por órgãos ou entidades estatais, acompanhadas de mecanismos de fiscalização e sanção.

Sendo assim, é relevante consignar, logo no início, que o presente estudo versará sobre regulação, entendida em seu estreito conceito de regulação pública, ou seja, aquela proveniente de entes estatais e que se destinam à promoção do interesse público, buscando atender às necessidades coletivas e maximizar o bem estar geral, em contraposição às formas privadas de regulação, que são essencialmente veículos de afirmação da liberdade individual e da realização de interesses privados.

Mais especificamente, interessa-nos, como se verá, a regulação dos serviços públicos, em decorrência de uma razão específica: neste tipo de atividade regulatória há um instrumento à

⁹⁴⁸ BLACK, Julia. Critical reflections on regulation. *Australian Journal of Legal Philosophy*, 27, 2002. p. 8.

⁹⁴⁹ GONÇALVES, Pedro António P. Costa. Regulação administrativa e contrato. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 105-141, jul/set. 2011, p. 108.

⁹⁵⁰ “As all forms of social or economic influence — where all mechanisms affecting behaviour — whether these be state-based or from other sources (e.g. markets) — are deemed regulatory. One of the great contributions of theory of smart regulation has been to point out that regulation may be carried out not merely by state institutions but by a host of other bodies, including corporations, self-regulators, professional or trade bodies and voluntary organizations.” (BALDWIN, Robert; CAVE, Martin e LODGE, Martin. *Understanding Regulation*. 2ª ed., Londres: Oxford University Press, 2012, p. 3.)

disposição do Estado que, em geral, não há em outras hipóteses de regulação. Na regulação dos serviços públicos se utiliza de contratos administrativos, notadamente contratos de concessão ou permissão, firmados entre o Poder Público e um particular, com o objetivo de transferir a este último a possibilidade de realizar atividades que foram qualificadas como serviço público, em decorrência do que passaram a ser titularizadas pelo Estado. Pretende-se examinar neste estudo, portanto, as características próprias deste tipo específico de atividade estatal: a regulação administrativa que se vale de mecanismos estabelecidos em instrumentos contratuais ou simplesmente — como se denominou no título — regulação contratual.

Ao contrário do que ocorre em relação às atividades econômicas em geral — ou atividades econômicas privadas, como podem ser chamadas — para prestar serviço público o indivíduo necessita ostentar um vínculo contratual com o Estado. No que se refere aos serviços públicos não há a garantia da liberdade de iniciativa. Daí a relevância de que se revestem, nesses casos, os contratos de concessão ou permissão. O conceito de serviço público, como se sabe, é muito antigo. Pelo menos muito mais antigo do que a onda de privatizações que trouxe para o Brasil, a partir da década de 90, o conceito de regulação. Desde o século XIX são firmados no Brasil contratos de concessão de serviço público para a implantação de ferrovias, geração e distribuição de energia elétrica — que eram prestadas de maneira integrada na origem⁹⁵¹ — implantação de redes de telefonia, construção de pontes, abertura de canais, construção de matadouros e uma grande quantidade de outras atividades que se caracterizaram um dia como serviços públicos.

Assim como o conceito de regulação, também o de serviço público é caracterizado por grande ambiguidade. Sua definição varia consideravelmente conforme o autor consultado. Na verdade, juntamente com o conceito de poder de polícia, formaram as estruturas fundantes do direito administrativo no século XIX. Naquela época, cabia ao Estado, essencialmente, limitar os direitos

⁹⁵¹ A introdução da energia elétrica no Brasil se dá como uma atividade-meio para viabilizar outras atividades principais, como a iluminação pública ou funcionamento dos bondes e, em seguida, de equipamentos industriais. É o que se constata na narrativa contida no ótimo levantamento histórico realizado por Luis Antonio Uggeda Sanches: “Não é difícil perceber o porquê de a energia elétrica ter nascido como uma atividade de interesse local. A geração e distribuição de energia elétrica não era uma finalidade que tinha sua circunscrição dentro dos limites setoriais. Ela consistia em uma atividade-meio, geralmente atrelada à iluminação pública ou empregada com a finalidade de servir como insumo para transporte, no que concerne à eletricidade enquanto força motriz dos bondes do início do século XX.” (SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. *Curso de direito da energia: da história*, tomo I. São Paulo: Instituto Geodireito, 2011, pp. 73 e 74)

dos indivíduos em prol do bem comum (poder de polícia) e prover algumas necessidades essenciais, por meio de uma ação positiva do Estado como, por exemplo, exercendo o monopólio do uso da força, para resguardar a segurança externa e interna; o monopólio da jurisdição, para assegurar a segurança jurídica das relações privadas; mantendo o serviço diplomático, para se incumbir das relações com países estrangeiros; cunhando e emitindo moeda e provendo alguns serviços básicos, normalmente relacionados com a implantação de redes de infraestrutura.

Por essa razão, há ainda hoje uma tendência a denominar serviço público toda e qualquer atividade prestacional do Estado, assim como se pode observar uma tendência mais recente de designar como regulação toda atividade estatal voltada à disciplina do comportamento individual. Não é incomum que se refira, por exemplo, ao Serviço Público como o conjunto de todos os órgãos e entidades estatais, ou seja, como sinônimo de Administração Pública ou como contraposição à iniciativa privada. Não é raro ouvir, ainda hoje, alguém se referir a um servidor ou empregado público como aquele que trabalha no “Serviço Público”. Do mesmo modo, não é incomum a referência à regulação de um determinado tema como sinônimo de todo o conjunto de regras que o discipline. Daí a importância de estabelecer um recorte conceitual desses institutos jurídicos, logo nesta introdução, uma vez que o objeto do presente artigo (a regulação contratual) versará especialmente sobre regulação de serviços públicos.

Importante consignar, com esse objetivo, que, com o desenvolvimento e sofisticação do direito administrativo, o conceito de serviço público passou, mais modernamente, a ser usado de modo mais específico, embora seja ainda bastante fluida a sua conceituação conforme a cultura jurídica local. No Brasil, após a promulgação da Constituição de 1988, o termo passou a designar uma espécie de atividade econômica. Desde então, muitas obras já foram dedicadas a esse assunto, destacando-se o estudo oferecido por Alexandre Aragão, que se tornou obra de referência para o tema, de onde se extrai o seguinte conceito⁹⁵² que se procurará desenvolver doravante:

A atividade econômica lato sensu destina-se à circulação de bens e/ou serviços do produtor ao consumidor final. O serviço público é a atividade

⁹⁵² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 169.

econômica lato sensu que o Estado toma como sua em razão da pertinência que possui com necessidades ou utilidades coletivas.

Como se sabe, a Constituição brasileira adota a livre iniciativa como fundamento da república, no seu art. 1º, IV; afirmando, no art. 170, que a ordem econômica nela se funda. No entanto, a Constituição é dialética e reflete uma série de valores, de inspirações distintas, que devem ser conciliados. A ordem econômica não somente está fundada na livre iniciativa, mas também na valorização do trabalho humano e tem, como uma de suas finalidades assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

A dicção do art. 173 do texto constitucional⁹⁵³ permite concluir, portanto, a *contrario sensu*, que a realização das atividades econômicas é livre para a iniciativa privada. Trata-se de cláusula constitucional de garantia da qual são titulares os indivíduos, assim como as empresas privadas⁹⁵⁴, que são livres “*para a realização de qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, arte ou ofício*” nos mesmos termos já estabelecidos pelo célebre decreto d’Allarde, editado em março de 1791, enquanto transcorriam os acontecimentos históricos que ficaram conhecidos como a Revolução Francesa⁹⁵⁵. A exceção se dá em relação aos casos expressamente previstos na Constituição, especialmente no que se refere aos monopólios e serviços públicos.

O conceito de serviço público que se adota para este estudo é o daquelas atividades que, na forma estabelecida pelo art. 175, se sujeitam à prestação sob um regime jurídico de direito público. Nos termos da conceituação formulada por Alexandre Aragão, anteriormente referida, são aquelas atividades econômicas que o Estado toma como sua, por estarem vinculadas a necessidades ou utilidades coletivas reputadas essenciais.

⁹⁵³ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei

⁹⁵⁴ No contexto da Constituição portuguesa, não tão distante da brasileira, ao menos neste específico aspecto, Luís Cabral de Moncada aponta que “*o direito de livre iniciativa económica privada passou a ser considerado, depois da revisão constitucional de 1982, como um autêntico direito fundamental e de um modo autónomo. (...) Este direito compreende várias vertentes quais sejam a liberdade de criação de uma empresa ou de iniciar uma actividade económica (liberdade de criação de empresa) e de a gerir autonomamente ou seja, sem interferências externas (liberdade de empresa)*” (MONCADA, Luís Cabral de. *Direito Económico*. 5ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2007, pp. 140-141).

⁹⁵⁵ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 224 a 230.

Pode-se afirmar, portanto, que, no que se refere ao desempenho de atividades econômicas, a regra é a livre iniciativa e a liberdade de empresa. Os indivíduos estão livres para exercê-las do modo que melhor lhe aprouver, respeitada a regulação incidente sobre tais atividades privadas na forma do art. 174 do texto constitucional. No que se refere aos serviços públicos, no entanto, a lógica é inversa. As atividades assim qualificadas pela Constituição ou pela lei não estão disponíveis aos particulares. É o fenômeno conhecido como *publicatio*. As atividades por ela atingidas ficam excepcionadas da iniciativa privada e os indivíduos e as empresas privadas não podem prestá-las livremente. Dependem da iniciativa do Poder Público que, discricionariamente, poderá (ou não) optar por delegá-la. Apenas nesta hipótese, em que a autoridade estatal tenha decidido transmiti-la a terceiros é que os particulares poderão se candidatar a receber a necessária qualificação para a prestação, que dependerá de prévia licitação para a seleção da proposta mais vantajosa.

A qualificação para a prestação do serviço público depende da celebração de um contrato. Neste ponto se encontram os dois grandes temas que estávamos a tratar até o momento: a regulação e os serviços públicos. Por força da *publicatio* — que retira da iniciativa privada determinadas atividades econômicas, atribuindo ao Estado a titularidade para a sua prestação — os serviços públicos só podem ser prestados pelo particular quando (i) haja a iniciativa estatal de delegá-lo e (ii) venha a ser firmado, após seleção por meio de processo licitatório daquele que oferece a melhor proposta, um contrato de concessão com o Poder Público.

Aqui reside, portanto, o ponto central que se pretende explorar neste artigo. É por meio dessa relação contratual que se dá o trespasse dos direitos e obrigações relacionados à exploração do serviço, sempre tendo em vista o atendimento de um interesse público. Por meio do contrato de concessão (ou permissão) de serviço público, o Poder Público outorga ao concessionário (ou permissionário) o poder de atuar em um domínio ao qual não tinha acesso anteriormente. Ao mesmo tempo, transfere-lhe as obrigações correspondentes a esse privilégio e as prerrogativas e poderes necessários à consecução dos fins almejados.

Como se vê, portanto, as atividades privadas, exercidas sob um regime de direito privado e protegidas pela garantia da livre iniciativa, assim como os serviços públicos, prestados sob um regime de direito público — cujo acesso ao particular depende da iniciativa estatal — estão sujeitos à regulação pública. Todavia, no primeiro caso, a regulação se exerce única e exclusivamente na

forma do art. 174. O Estado funciona como um agente normativo e fiscalizador, na forma da lei. Exerce essencialmente as funções relacionadas ao poder de polícia de que dispõe para limitar direitos individuais em prol do interesse público. Já no que diz respeito aos serviços públicos, o Estado atua com legitimação distinta, já que se apresenta como o verdadeiro titular da atividade, que optou delegar a terceiro.

A estratégia de atribuição de titularidade estatal aos serviços públicos⁹⁵⁶ — que foi a opção adotada pelo constituinte de 1988 — apoia-se essencialmente em dois objetivos: (i) suprimir certas atividades do âmbito de aplicação do princípio da livre iniciativa, condicionando seu exercício por particulares a uma prévia iniciativa estatal de delegação e (ii) submeter a sua prestação a um regime jurídico de direito público, que consiste essencialmente na constituição de uma relação contratual entre concessionário e Poder Concedente, que é condição para que possa prestar o serviço e que submete o concessionário a técnicas de regulação contratual, além do poder de polícia, ao qual todos os indivíduos estão naturalmente submetidos.

A principal distinção que se revela nestes dois casos, diz respeito exatamente ao instrumento contratual, que está disponível apenas quando se cuida de serviço público. Neste caso, o Poder Público, além de lançar mão do exercício de seu poder de polícia, poderá também se valer da relação contratual para exercer sua função regulatória. Para usar um termo em voga, quando se trata de

⁹⁵⁶ Não deve causar perplexidade a afirmação de que a instituição de serviços públicos como atividade econômica titularizada pelo Estado seja o fruto de uma estratégia constitucional. Nem todos os países adotam o regime de serviços públicos. Há países, especialmente aqueles de origem anglo-saxônica, em que a tradição jurídica desconhece esse conceito. Isso não significa, no entanto, que nesses locais o Estado negligencie a necessidade de preponderância do interesse público no que se refere ao exercício de certas atividades, especialmente aquelas destinadas ao atendimento de necessidades coletivas essenciais. Nos Estados Unidos da América, por exemplo, a conhecida *public utility doctrine* — cuja tradução não é fácil, mas pode ser referida como teoria das atividades de interesse público — em nada se parece com a teoria dos serviços públicos de origem romano-germânica. Como esclarece Tatiana Natal, “as public utilities são as atividades exploradas pelo setor privado que, devido a sua importância, são permanentemente reguladas pelas Agências Reguladoras Independentes, a fim de que se garanta a concorrência e se eliminem os vícios existentes no mercado, limitando-se, com isso, a liberdade gerencial e o planejamento dos agentes econômicos. Assim, as empresas privadas devem adequar suas atividades de forma a otimizar a prestação dessas atividades, principalmente no quesito qualidade, proporcionando ao usuário ou consumidor a excelência do serviço. Perceba-se que não se fala em serviços públicos, cuja titularidade é estatal, mas sim em atividades privadas de interesse público. Essas distintas noções decorrem da diversidade de experiências históricas, econômicas, jurídicas, sociais e políticas vivenciadas por cada Estado.” (nota de rodapé nº 4 de NATAL, Tatiana Esteves. *A teoria dos contratos incompletos e a natural incompletude do contrato de concessão*, http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/004_056_TATIANA_ESTEVES_NATAL_10082009-17h08m.pdf, consultado em 4 de julho de 2016).

regular um serviço público, o Estado pode se valer de um utensílio a mais em sua caixa de ferramentas: um contrato firmado com o regulado.

São exatamente as características dessa regulação contratual, as oportunidades que permite e os cuidados que deve inspirar, que consistirão no objeto das reflexões expostas no presente artigo.

2. REGULAR POR CONTRATO

Como já se viu, não há dúvida de que a proteção constitucional à livre iniciativa não impede o exercício do poder regulatório estatal sobre atividades privadas⁹⁵⁷. Atualmente, não há dúvida nem mesmo em relação às imposições positivas de comportamentos, voltadas a assegurar o atendimento do interesse público por parte das empresas privadas, já que o princípio da função social da propriedade veda que seja exercida com objetivos única e exclusivamente egoísticos, de satisfação de interesses privados. Impõe-se, em alguns casos, sempre na forma da lei, a observância de certos comportamentos dirigidos ao aumento do bem estar social. Deste modo, reputa-se como condizente com a Constituição o condicionamento do exercício de certas atividades à prévia autorização administrativa (como ocorre com bancos, seguradoras e instituições financeiras em geral, empresas de telecomunicações, escolas e hospitais, mesmo quando desempenham atividade em regime privado, motoristas de taxi, empresas de segurança privada e outras); a necessidade de prévio registro para a fabricação de determinados produtos (medicamentos, por exemplo) ou o exercício de profissões liberais regulamentadas; a restrição de comercialização de determinados produtos em circunstâncias específicas⁹⁵⁸ ou mesmo a fixação de limites de preço a serem cobrados do consumidor ou aplicação de descontos obrigatórios em determinados casos⁹⁵⁹. Até mesmo

⁹⁵⁷ A respeito do tema: MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico*. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2014, pp. 305 a 348. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Atividades Privadas Regulamentadas: autorização administrativa, poder de polícia e regulação. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, abr./jun. 2005; BINEMBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação*. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2016.

⁹⁵⁸ Como a proibição de comercialização de bebidas alcoólicas em estabelecimentos que permitam acesso direto a estradas, julgada pelo Supremo Tribunal Federal como uma restrição que pode ser constitucionalmente imposta ao particular (vide RE 148.260, STF).

⁹⁵⁹ Este talvez seja um dos aspectos mais polêmicos no que diz respeito ao exercício do poder de polícia sobre atividades econômicas privadas. No entanto, embora seja questionável, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela constitucionalidade desta prática quando julgou a Adin 319, na qual se discutia a possibilidade de impor restrições às regras de reajuste de mensalidades cobradas por escolas particulares. Pode-se referir, ainda, a Adin 2.435 que tratou

atividades sem cunho econômico como a condução de veículos de passeio podem estar submetidas à prévia obtenção de licença do Estado.

No que diz respeito às atividades privadas, no entanto, a regulação estatal se dá por força do exercício do poder de polícia e, portanto, não pode violar o núcleo essencial da garantia à livre iniciativa. Não se concebe, por exemplo, que os requisitos estabelecidos sejam tão restritivos a ponto de inviabilizar o seu exercício. É possível, em nome do interesse público, limitar a liberdade individual e até mesmo impor obrigações de fazer aos indivíduos (como manter extintores de incêndio em prédios privados, usar cinto de segurança nos automóveis, expor a composição nutricional nas embalagens de alimentos etc.). Não se admite, no entanto, que essas imposições estatais sejam excessivas. Não podem equivaler a verdadeira transferência de atribuições do Estado para as empresas. Afinal, a responsabilidade pela implementação de políticas públicas é conferida aos entes públicos e não pode o Estado pretender impor aos particulares o ônus de substituí-lo no exercício de suas funções constitucionais. Como alerta Alexandre Aragão, “*as empresas podem ter a atividade funcionalizada para a realização das políticas públicas do setor em que atuam, mas não podem ser forçadas elas próprias a executá-las*”⁹⁶⁰, a não ser que para tanto o Estado as tenha contratado ou que opte por lançar mão de instrumentos interventivos mais intensos, como a requisição de serviços ou mesmo a desapropriação.

É importante notar, no entanto, que o que é verdade para as atividades econômicas privadas, em relação às quais prevalece a liberdade de iniciativa, não necessariamente é verdade quando se trata de serviços públicos. A situação nesses casos é diversa, pois se trata neste caso de um domínio titularizado pelo Poder Público. Tais atividades, atingidas pela *publicatio*, foram suprimidas do domínio da livre iniciativa⁹⁶¹ exatamente para que pudessem ser submetidas a um regime de direito

da determinação por lei do Estado do Rio de Janeiro de que fossem concedidos descontos obrigatórios a idosos na compra de medicamentos, assim como aos casos em que foram julgadas constitucionais leis que introduziram direito ao pagamento de meia-entrada a estudantes e idosos (Adins 1950 e 3512)

⁹⁶⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Atividades Privadas Regulamentadas: autorização administrativa, poder de polícia e regulação. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, abr./jun. 2005.

⁹⁶¹ A menção quanto à não incidência aos serviços públicos do princípio da livre iniciativa deve ser compreendida sob o enfoque de que tais atividades são, em princípio, subtraídas do livre acesso dos particulares e por eles só poderão ser desempenhadas se houver uma decisão discricionária do Poder Público de delegá-las, submentendo-se assim ao poder conformador do Estado quanto ao modo como a atividade deverá ser desempenhada. Não se ignora, no entanto, que uma vez que a decisão de delegação tenha sido adotada, a Lei nº 8.987/95 estimula que, sempre que possível, deve-se buscar a introdução de concorrência entre os prestadores de serviço, devendo-se evitar o caráter

público, no qual a Administração Pública pode exercer uma influência mais intensa. Para prestar um serviço público, o concessionário depende de uma qualificação jurídica atribuída pelo Estado, a qual só obtém ao firmar o contrato de concessão. Sua situação jurídica preexistente não lhe permitia desempenhar o serviço. Como ressalta Alexandre Aragão, nesses casos “*não há um direito preexistente que limite a regulação estatal, sendo todos os direitos decorrentes do contrato de concessão*”⁹⁶².

Mesmo quando decide trespassar para o particular a prerrogativa de exercer a atividade, é importante deixar claro que o Estado não se demite da sua titularidade, atribuída por força de mandamento constitucional. Não se exonera de suas responsabilidades e continua obrigado a exercer certas funções que são indelegáveis, corolário de seu papel de garantidor. Cumpre ao Estado acompanhar o desempenho dos concessionários, fiscalizando a qualidade dos serviços prestados, autorizando os aumentos de tarifa quando for o caso, monitorando o mercado e o desenvolvimento das tecnologias a ele referentes, de modo a assegurar a atualidade da prestação do serviço, tomando decisões que podem significar, até mesmo, em alguns casos, a necessidade de alteração dos contratos de concessão, o que pode ser feito de modo unilateral.

A esse respeito, é comum encontrar na doutrina a referência de que os contratos de concessão de serviço público produzem efeitos trilaterais, uma vez que “*embora celebrado apenas entre poder concedente e concessionário, os seus efeitos alcançam terceiros estranhos à celebração do ajuste e que são os usuários do serviço concedido*”⁹⁶³. Para Diogo de Figueiredo, essa característica dos contratos de concessão, o fazem semelhante ao instituto privado da estipulação em favor de terceiros, uma vez que, em ambas, “*existem três partes distintas na relação, sendo que, na concessão, denominam-se: o Poder Concedente, que delega o serviço; o concessionário, que irá*

de exclusividade, a teor do que dispõe o seu art. 10. Sobre o tema da concorrência no desempenho dos serviços públicos, veja-se: SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre Iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Forum, 2012 (especialmente o capítulo VII), ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (capítulo IX) e NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. A regulação e o direito da concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 159 a 189.

⁹⁶² ARAGÃO, Alexandre Santos de. Atividades Privadas Regulamentadas: autorização administrativa, poder de polícia e regulação. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, abr./jun. 2005.

⁹⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: Concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 96.

*executá-lo; e o usuário, que será beneficiário da prestação*⁹⁶⁴. Para Marçal, trata-se de um contrato plurilateral, pois “*é pactuado entre três partes, que são (a) o poder concedente (o ente federativo titular da competência para prestar o serviço), (b) a sociedade, personificada em instituição representativa da comunidade, e (c) o particular (concessionário)*”⁹⁶⁵.

Na verdade, não existe contrato pactuado entre três partes, mas sim relações jurídicas, de distintas naturezas, as quais se estabelecem entre essas partes, que interagem ao longo da execução do contrato de concessão, o qual é a base para o surgimento de todas essas relações jurídicas. Letícia Queiroz, em obra dedicada ao estudo dessas relações jurídicas aponta a existência de três principais: a *relação de concessão de serviço*, que é a relação jurídica básica, de natureza contratual (contrato administrativo), estabelecida entre o Poder Concedente e o concessionário, a partir da qual podem se estabelecer as outras espécies de relações jurídicas. Há, ainda, a *relação de prestação do serviço*, também de natureza contratual (contrato privado), que se estabelece entre o concessionário e cada um dos usuários de seus serviços e a *relação de garantia*, subjacente a todas as outras, existente por força de determinação constitucional, entre os usuários dos serviços públicos e o Poder Concedente. Neste último caso, não há vínculo contratual entre as partes, mas sim estatutário.

Dessa relação de garantia o Estado jamais se demite, exatamente por se tratar de relação estatutária, determinada pela Constituição em favor dos cidadãos. É por essa razão que, ao delegar o serviço, a Administração Pública não transfere a sua titularidade e, portanto, continua incumbida das responsabilidades que lhe são inerentes, tanto no que diz respeito à reparação de eventuais danos causados pela execução dessas atividades, como, principalmente, pelos atos de conformação necessários para *garantir* a adequada prestação do serviço⁹⁶⁶.

O modo de conformar a prestação dos serviços às necessidades coletivas, cujo atendimento é sua responsabilidade, pode ser incorporado à atividade de regulação, já que envolverá o acompanhamento e fiscalização dos atos exercidos pelo concessionário e a possibilidade de aplicação de sanções nos casos de ilegalidade, irregularidade ou inadequação que venham a ser

⁹⁶⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 438 (grifo do autor).

⁹⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 714.

⁹⁶⁶ ANDRADE, Letícia Queiroz de. *Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão*. 1ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2015, pp. 106-107 e 128-129.

constatados⁹⁶⁷. Poderá envolver, inclusive, a determinação de comportamentos que possuam características típicas estatais e se destinem a consecução de políticas públicas.

Há que se distinguir, no entanto, dois níveis de regulação, como se verá mais detalhadamente adiante. Quando o Poder Concedente exerce a regulação diretamente, por meio de um órgão da Administração Direta ao qual se atribui essa competência, a questão não suscita maior complexidade. No entanto, quando a função de regulador é atribuída a um ente com personalidade jurídica própria, da Administração Indireta, ainda mais quando se lhe atribua nível elevado de autonomia, como ocorre com as chamadas agências reguladoras, os espaços de atuação devem ser mais bem demarcados.

Em geral, são reservadas ao poder político tanto a decisão de delegar ou não o serviço, como a redação dos contratos, com a descrição da forma como tal serviço deverá ser desempenhado, as metas de qualidade e os objetivos a serem perseguidos, inclusive no que diz respeito à universalização. Cabe ao ente regulador técnico acompanhar a execução do contrato e velar para que seja respeitado, fiscalizando o seu cumprimento.

Nota-se nesses casos, que muitas vezes o Poder Concedente é cindido, sendo parte de suas funções retidas pela administração central e parte delas sendo transferidas para outra entidade da Administração Indireta. Nestes casos, é comum que a doutrina continue denominando Poder Concedente apenas aos órgãos da Administração Direta, referindo-se como entidade reguladora à instituição pertencente à Administração Indireta. Essa designação não parece correta, no entanto, já que ambos os conjuntos de poderes são inerentes à condição de Poder Concedente detida pelo Estado, aqui entendido em sentido *lato*. As decisões de delegar ou não o serviço e de conformar a sua execução a determinadas condições e requisitos são inerentes ao exercício do Poder Concedente, tanto quanto as funções de acompanhamento, fiscalização e aplicação de sanção, quando for o caso.

Por essa razão, passaremos a tratar o Poder Concedente como gênero, que em determinadas situações pode ser exercido de forma repartida por distintas instituições: a uma caberá o que podemos chamar de regulação política e à segunda, a regulação técnica, de que cuidaremos mais detalhadamente no capítulo seguinte. Deve-se ressaltar todavia que, em ambos os casos, trata-se de

⁹⁶⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, pp. 160 a 163.

regulação — embora exercida em diferentes dimensões — e sempre decorrente do poder concedente do Estado.

A distinção entre esses dois níveis de regulação será objeto de exame mais aprofundado no próximo capítulo. Por ora, busca-se apenas demonstrar que, no âmbito dos serviços públicos, o Estado exerce um poder regulador mais amplo do que ocorre com as atividades privadas e o instrumento que permite esse elastério é exatamente o contrato de concessão de serviço público. Isso porque não se impõe aqui a garantia da livre iniciativa, ao menos não em sua acepção mais ampla.

Por integrarem o domínio de atuação do Estado, os serviços públicos devem ser prestados segundo as orientações e o comando do ente estatal competente. Não se concebe que o Estado determine que todas as sorveterias devam ser equipadas com ar-condicionado para o conforto dos clientes. Trata-se de uma atividade privada e a decisão de equipar ou não as sorveterias com aparelhos de ar-condicionado deve ser tomada pelo empresário que, eventualmente poderá perder clientela se não o fizer, podendo até mesmo arruinar o seu negócio ao tomar decisões erradas e sucumbir aos seus concorrentes. Ao Estado incumbe intervir apenas para garantir a liberdade de concorrência e a lealdade entre os concorrentes ou para assegurar a saúde e segurança dos consumidores, a ordem, os costumes ou outros valores que justifiquem o exercício do poder de polícia.

Por outro lado, é absolutamente natural que o Município, ao contratar um concessionário para prestar o serviço de transporte municipal em uma determinada linha de ônibus, insira a previsão contratual da obrigatoriedade de que os veículos sejam equipados com aparelhos de ar-condicionado. Pode acontecer, inclusive, que a obrigação não tenha sido inserida originalmente no contrato e, posteriormente, no decorrer da execução contratual, a constatação do aumento da temperatura no Município leve as autoridades locais a decidir pela incorporação desse dever. O contrato poderá, com essa finalidade, ser alterado unilateralmente, garantindo-se ao concessionário, naturalmente, fontes de custeio adequadas.

Outro exemplo pode ser concebido com a comparação entre atividades privadas intensamente reguladas e serviços públicos. Não se concebe como legítima a determinação estatal dirigida a instituições financeiras no sentido de obrigar a manutenção de agências bancárias em

determinados municípios apontados pelo Estado. Por maior que seja a amplitude da regulação estatal sobre essa atividade econômica, que lida com a poupança popular, essa não seria uma intervenção legítima por representar verdadeira ingerência na condução do negócio, ainda que a pretensão regulatória se desse por lei. Já no que se refere aos serviços públicos, há cláusulas contratuais ordinárias e que criam para o concessionário privado a obrigação de promover a expansão do serviço para regiões que venham a ser determinadas pela autoridade reguladora, independentemente de previsão específica em lei. Tais estipulações são comumente verificadas na prática em contratos de distribuição de gás canalizado, energia elétrica e de saneamento. Normalmente são estipulados marcos temporais em que ocorrem as chamadas revisões tarifárias ordinárias (ou periódicas), por ocasião das quais as autoridades estatais determinam quais as novas regiões que deverão ser contempladas com a expansão do serviço.

A produção de medicamentos é outro bom campo para exemplificação. Por mais sensível que seja a atividade e por mais ampla que se revele a regulação a incidir sobre tal atividade, não se concebe a imposição a essas indústrias da obrigatoriedade de produção de um determinado medicamento. Trata-se de empresas privadas que selecionarão livremente, segundo critérios comerciais — ou quaisquer outros critérios que entendam adequados —, quais os produtos que pretendem fabricar em suas unidades de produção. Caso fosse essa atividade prestada sob um regime jurídico de serviço público, aí sim poderia ser possível conceber a inserção de obrigação contratual para a produção de certos tipos de medicamento, respeitando-se obviamente o sistema de patentes.

O Estado pode impor limitações ao exercício das atividades privadas, buscando garantir a sua segurança, a proteção do consumidor, da poupança pública, da salubridade, da higiene, da ordem, dos costumes etc. Pode, até mesmo, em alguns casos impor obrigações positivas. Mas não pode desnaturar a atividade, torná-la algo diferente do que pretende o seu titular, que é, neste caso, a iniciativa privada⁹⁶⁸. Não cabe ao Estado, neste domínio, buscar conformar a atividade às conveniências estatais.

⁹⁶⁸ Ao tratar dessas situações, Alexandre Aragão apresenta alguns exemplos e afirma que “*por exemplo, uma empresa privada de plano de saúde, pode ser obrigada a comunicar os casos de epidemia que verifique, mas não pode ser obrigada a tratar as doenças de pessoas que não sejam seus clientes; uma universidade privada pode ser obrigada a divulgar a sua produção científica, mas não a ter graciosamente uma percentagem mínima de bolsistas; as empresas de cigarros podem ser obrigadas a apor advertência quanto aos riscos à saúde em suas embalagens, mas não podem ser forçadas a fazer uma autocontrapropaganda; uma empresa de serviços privados de*”

Já quando se trata de serviço público existe sim esse poder conformador do objeto dos serviços ao que, segundo a concepção do ente estatal, seja o modo mais conveniente de prestá-lo. O meio pelo qual se obtém essa conformação é a assinatura do contrato de concessão, já que os particulares atuarão como delegatários do ente público, estando contratualmente vinculados à vontade estatal. Obviamente que, mesmo quando realizam serviço público, as empresas privadas têm liberdade empresarial. Não podem ser, por exemplo, obrigadas a aderir ao contrato. O farão se entenderem que assim devem fazer. A partir da sua adesão voluntária, no entanto, passam a se submeter a esse regime excepcional durante a execução do contrato. Apesar disso, atuarão por sua conta e risco e, portanto, deve lhes ser garantido o espaço para a tomada de diversas decisões empresariais quando à condução de seu negócio. Deverão respeitar sempre, entretanto, as condições contratuais pactuadas, que condicionam sua atuação.

Não se aplica aqui a ressalva no sentido de que a regulação não pode impor à empresa um papel de substituto do Estado nas missões que lhe são próprias, pois é exatamente isso o que ocorre *in casu*: a Administração Pública contrata com um particular, delegando-lhe o exercício de um serviço com o propósito de que este o substitua na sua execução. O concessionário atua como verdadeira *longa manus* do Poder Concedente, exercendo o papel que ordinariamente lhe caberia, razão pela qual pode ser autorizado, por exemplo, a praticar atos de execução das desapropriações⁹⁶⁹, assim como responde objetivamente pelos danos que causar a terceiros em decorrência dos atos praticados que se relacionem à prestação do serviço público, do mesmo modo que ocorre com os entes estatais⁹⁷⁰.

Bem a propósito nestes casos é a utilização dos contratos de concessão de serviço público que, como espécie de contratos administrativos, são dotados das cláusulas extravagantes, as quais permitem, entre outras coisas, a modificação assim como a rescisão unilateral do contrato,

telecomunicações pode ser obrigada a adotar os equipamentos mais adequados à parcela mais pobre da população, mas não a fornecer-lhes gratuitamente parte do serviço; os bancos podem ser obrigados a divulgar as taxas de juros por eles cobradas, mas não a estabelecer linhas de micro-crédito". (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Atividades Privadas Regulamentadas: autorização administrativa, poder de polícia e regulação. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, abr./jun. 2005)

⁹⁶⁹ Como dispõe expressamente o art. 3º do Decreto-Lei nº 3.365/41. Não têm, contudo, legitimidade para exercer atos típicos de Estado, como a declaração de utilidade pública, prerrogativa exclusiva do Poder Público, como estabelece o art. 6º do decreto-lei.

⁹⁷⁰ Tudo na forma estabelecida pelo art. 37, §6º do texto da Constituição da República, de 1988.

consistindo essas prerrogativas contratuais em um dos principais instrumentos que diferenciam a regulação dos serviços públicos da incidente sobre atividades econômicas privadas, em que o Estado exerce exclusivamente o seu poder de polícia. Os próximos tópicos serão destinados, portanto, a análise dos contratos de concessão e sua utilidade como instrumento (ou ferramenta) de regulação.

3. DUPLA NATUREZA DAS ATIVIDADES INERENTES AO PODER CONCEDENTE: REGULAÇÃO POLÍTICA E REGULAÇÃO TÉCNICA

No passado, alguns autores negavam a natureza contratual das concessões, sustentando tratar-se de um regulamento expedido por ato unilateral da Administração, ao qual se submetia o concessionário. Essa tese não é compatível com as disposições contidas atualmente em nossa Constituição, que se refere expressamente à existência de um contrato de concessão ou permissão de serviço público. No entanto, alguns autores ainda insistem na concepção de que as concessões comportam um ato regulamentar do Estado, modificável por ele unilateralmente, ao qual aderem os concessionários, aí sim, por meio da celebração de um contrato. Há, ainda, quem sustente que, antes da celebração do contrato, o concessionário deve praticar um ato-condição, por meio do qual aceita o regime jurídico imposto pela Administração, a ele se submetendo voluntariamente, restando ao contrato, celebrado em momento seguinte, estabelecer as cláusulas econômico-financeiras, que criam o direito subjetivo para o concessionário quanto ao equilíbrio entre suas obrigações e as contrapartidas a que tem direito. Celso Antônio Bandeira de Mello⁹⁷¹ é um dos principais autores pátrios a defender essa concepção teórica, afirmando que:

A concessão é uma relação jurídica complexa, composta de um ato regulamentar do Estado que fixa unilateralmente condições de *funcionamento, organização e modo de prestação do serviço*, isto é, as *condições* em que será oferecido aos usuários; de um ato-condição, por meio do qual o concessionário voluntariamente se insere debaixo da situação jurídica objetiva estabelecida pelo Poder Público, e de contrato, por cuja via

⁹⁷¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 674.

se garante a equação econômico-financeira, resguardando os legítimos objetivos de lucro do concessionário.

Essa já era a posição defendida originalmente por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁹⁷², seu pai, que assim tratava a questão:

Ambas as teorias, no entanto, não podem explicar, como esses dois atos, unilateral, regendo a organização e funcionamento do serviço, e contratual, dispondo sobre o aspecto patrimonial dele, condicionam-se um ao outro sem se fundirem, integrando-se no instituto complexo da concessão. E que, para estabelecer tal relação jurídica, há necessidade de outro ato, ato, esse, que condiciona a aplicação das normas objetivas da organização e funcionamento do serviço às situações subjetivas surgidas do acordo entre concedente e concessionária. Daí a necessidade de nova teoria para solver a incógnita.

Então, surge a concepção daqueles que entendem que o ato jurídico instituidor da concessão não é nem o ato unilateral, nem um contrato, e sim ato-união pelo qual se acorda a instituição de um serviço público, que será explorado nos termos regulamentares prescritos por ato unilateral do concedente, garantida ao concessionário a estabilidade econômico-financeira da empresa, nos moldes fixados pelo contrato complementar ao ato de concessão.

Esse entendimento é compartilhado por Letícia Queiroz ao afirmar que “as disposições regulamentares *do contrato de concessão não tem natureza verdadeiramente contratual*”⁹⁷³. Segundo o entendimento professado pela autora, o regime jurídico aplicável à relação de concessão é composto, de um lado, por normas de serviço, que podem estar inseridas no próprio instrumento contratual ou constar de leis, regulamentos ou outros tipos de normas e, de outro, por cláusulas

⁹⁷² BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Natureza jurídica da concessão do serviço público. *RDP*, São Paulo, 19/9, jan-mar. 1972, p. 895.

⁹⁷³ ANDRADE, Letícia Queiroz de. *Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão*. 1ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2015, p. 112.

contratuais de concessão, que tratam das garantias e demais deveres de conteúdo econômico-financeiro que o Poder Concedente assume perante o concessionário⁹⁷⁴.

Assim, estejam ou não reunidas no instrumento contratual⁹⁷⁵, as disposições regulamentares constituem-se como normas do serviço e, do mesmo modo que foram estabelecidas unilateralmente, podem ser assim modificadas, garantindo ao Poder Concedente até mesmo a prerrogativa de extinguir precocemente, também de modo unilateral, a concessão, seja por culpa do concessionário ou por razões de interesse público. Já as cláusulas contratuais da concessão, cuja natureza é verdadeiramente contratual e sinalagmática, não permitem alteração unilateral, na forma preconizada pelo art. 58 da Lei nº 8.987/1995⁹⁷⁶.

Di Pietro também reconhece o aspecto regulamentar da concessão, embora não faça claramente uma distinção entre uma regulamentação estatutária à qual se integram as disposições contratuais. Segundo a reconhecida administrativista⁹⁷⁷:

Não há dúvida de que na concessão de serviço público se estabelece uma relação contratual entre concedente e concessionário, na qual este último tem os interesses especulativos próprios de qualquer empresário; daí a razão de ter-se construído toda a teoria do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, cujo objetivo é garantir que o concessionário, durante toda a execução do contrato, tenha assegurada a percepção de remuneração que lhe permita manter a relação custo-benefício estabelecida no momento da celebração do contrato. Daí também o fato de ser esse equilíbrio estabelecido por meio de cláusulas contratuais, que não podem ser unilateralmente alteradas pela Administração. Trata-se das chamadas

⁹⁷⁴ ANDRADE, Leticia Queiroz de. *Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão*. 1ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2015, pp. 109 a 119.

⁹⁷⁵ Importante observar, a esse respeito, que, no Brasil, o art. 23 da Lei nº 8.987/1995 impõe uma grande diversidade de cláusulas essenciais do contrato de concessão, entre elas as referentes “aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações”, expressa em seu inciso V.

⁹⁷⁶ ANDRADE, Leticia Queiroz de. *Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão*. 1ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2015, pp. 110 e 111.

⁹⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: Concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 79.

cláusulas financeiras, que compreendem as referentes à tarifa e outras fontes de receita, além de qualquer outra que possa dizer respeito ao equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

Após perfilar diversos entendimentos doutrinários a respeito do assunto, Alexandre Aragão sustenta que na concessão de serviço público nem todas as condições constam do instrumento do contrato, uma vez que “*determinadas disposições atinentes ao serviço público a ser prestado pelo concessionário podem constar de lei ou regulamentos já editados ou a serem editados no futuro*”⁹⁷⁸. No entanto, ressalta que, apesar de o estatuto do serviço ser dinâmico, são os termos da submissão inicial, a qual conta com o assentimento de ambas as partes, que estabelecem a expressão econômica do equilíbrio contratual, esta imodificável.

Já para Floriano Azevedo, “*a concessão [...] apresenta um caráter contratual contínuo (de longa duração), de natureza mais normativa e processual do que comutativa*”⁹⁷⁹. Estrutura-se, portanto, “*em torno de uma constelação de vínculos obrigacionais*”⁹⁸⁰. Afirma que “*o que definiu, originalmente, o direito administrativo como ramo jurídico autônomo foi [...] um conjunto de disposições [...] que afastam ou derrogam princípios e normas de direito comum para disciplinar relações jurídicas de que participe o Estado-administração*”⁹⁸¹. Daí teria nascido a dualidade entre cláusulas econômicas e cláusulas exorbitantes, criada a partir de jurisprudência do Conselho de Estado francês, fundada basicamente em casos de concessão de serviço público, embora o conceito, posteriormente, tenha se expandido para todos os contratos administrativos⁹⁸².

Essa característica da regulação contratual dos serviços públicos torna, portanto, mais amplos os poderes a serem exercidos pela Administração Pública. Quando dispõe apenas de poder de polícia, a vinculação da Administração é muito mais intensa, já que a restrição da autonomia individual deverá sempre encontrar respaldo direto na lei, por força do princípio da legalidade — que impede que alguém seja obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei⁹⁸³ — ou do princípio da livre iniciativa. Quando se trata de regular serviços públicos, no entanto, a

⁹⁷⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 542.

⁹⁷⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 152.

⁹⁸⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 165.

⁹⁸¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 337.

⁹⁸² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 358.

⁹⁸³ Art. 5º, II da Constituição.

Administração Pública dispõe de um campo de discricionariedade muito mais largo, que lhe permite decidir se haverá delegação ou não e, em caso afirmativo, determinar o desenho do modelo contratual mais conveniente, assim como estabelecer obrigações e condições a serem impostas contratualmente, por vezes mesmo em momento posterior à celebração do contrato e de forma unilateral, sem depender de consenso formado com o contratado.

Baseando-se na doutrina de Sabino Cassesse, Floriano Azevedo Marques reconhece a existência das chamadas cláusulas regulamentares ou de serviço, associadas às cláusulas econômico-financeiras⁹⁸⁴ e sustenta que no atual momento vivido pelo direito administrativo, o paradigma bipolar tradicional deve ceder espaço para um novo paradigma multipolar, baseado na ideia de “arena pública”⁹⁸⁵. Conclui, assim, que “*a relação concessória deve ser normatizada predominantemente pelas regras contidas no contrato, e não aquelas contidas estatutariamente na lei*”⁹⁸⁶. As cláusulas de serviço, então, devem passar a ser mais abertas e balizadas por procedimentos e mecanismos amplos de consulta, contando, inclusive, com a participação dos interessados na fase de concepção do próprio modelo de outorga⁹⁸⁷, de modo que a concessão se torne um vetor de efetivação de direitos fundamentais, uma vez que “*o objeto concedível [...] corresponde não a um bem ou a uma atividade obrigatoriamente de exclusividade estatal, mas sim a uma utilidade que compita ao Poder Público implantar, operar ou explorar com vistas a assegurar direitos fundamentais*”⁹⁸⁸.

Como se verifica, portanto, apesar dos diversos posicionamentos teóricos encontráveis na doutrina, pode-se identificar uma conclusão comum a todos, que consiste em reconhecer que — ao lado de disposições de natureza indiscutivelmente contratual e sinalagmática, dependente do consenso entre ambas as partes e que estabelece o equilíbrio econômico e financeiro da concessão — existe, nas relações de concessão, certa normatividade, que pode ou não derivar do contrato, segundo as múltiplas posições adotadas, que usualmente se denomina *cláusulas de serviço*,

⁹⁸⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 371.

⁹⁸⁵ CASSESSE, Sabino. L’Arena pubblica: nuovi paradigmi per lo Stato. *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, nº 3, p. 601-650, 2001, *apud* MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 343

⁹⁸⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 356.

⁹⁸⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 371 e 372.

⁹⁸⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 375.

cláusulas regulamentares ou *regulamento do serviço*, que são estabelecidas unilateralmente (e administrativamente) pelo Poder Concedente e podem por ele ser alteradas da mesma forma, de modo a conformar o serviço à atualidade, mantendo a sua modernidade e adequação ao interesse público.

A intuição dos autores clássicos de separar o ato-condição das demais disposições verdadeiramente contratuais se justificava e continua, de certa maneira, aceita até hoje pela grande maioria dos administrativistas, que identificam dois grandes conjuntos de cláusulas em que podem ser classificadas as disposições contratuais em uma concessão de serviço público. O ato-condição pode ser compreendido contemporaneamente como o conjunto das cláusulas de serviço ou cláusulas regulamentares. É exatamente o elemento que permite o exercício da regulação contratual, ou seja, o uso do contrato como instrumento regulador por meio do qual se obtém a conformação do serviço ao comando oriundo do Poder Concedente.

Como também já se aventou, a questão impõe menos desafios quando o Estado concentra o exercício do poder regulatório em algum órgão da Administração Direta. A partir de meados da década de 90, no entanto, o Brasil instituiu uma série de agências reguladoras, dotadas de especial autonomia de atuação, que as levaram a serem chamadas — com alguma impropriedade terminológica — de agências reguladoras independentes. Esse fenômeno não se deu apenas no Brasil e está diretamente ligado a recomendações oriundas do Banco Mundial, especialmente dirigidas a países em desenvolvimento, com o objetivo primordial de atrair investimentos de capital privado para as suas concessões de serviço público, notadamente capital estrangeiro, ao conferir maior segurança jurídica às decisões, que passariam a ser tomadas em um ambiente mais técnico e menos influenciado por questões políticas de curto prazo e interesses eleitorais. Em relatório produzido em 2003 pelo próprio Banco Mundial, a respeito do setor elétrico, essa situação foi muito bem descrita⁹⁸⁹:

The World Bank has been encouraging its client countries to create independent regulatory commissions since the issuance of its power sector policy paper in 1993. The reason for this was fairly straightforward: it was

⁹⁸⁹ BAKOVIC, Tonci; TENENBAUM, Bernard e WOOLF, FIONA. Regulation by contract: a new way to privatize electricity distribution? *World Bank Working Paper nº 14*. Washington: World Bank, 2003, p. 11.

largely a reaction to the failures of a system of non-independent regulation that was the historic norm for most state-owned power enterprises (SOEs). Under this system, one or more government ministers would set both the level and structure of tariffs for SOEs. The final decision — usually made with the formal or informal approval of the country's president or prime minister — was often not published and rarely explained. Not surprisingly, this ministerial model of regulation usually produced tariffs that failed to cover costs because there were few, if any, political benefits to be gained by raising electricity prices.

Como se vê, o objetivo perseguido — referidamente ao setor elétrico, mas que, se pode dizer, era extensível a diversos outros setores da economia — era buscar uma alternativa ao chamado modelo ministerial de regulação, que deixava na mão de autoridades políticas decisões importantes, especialmente quanto à definição de tarifas, fazendo com que os serviços públicos — então essencialmente prestados por empresas estatais —, acabassem se tornando na grande maioria das vezes insustentáveis, em razão de a tarifa cobrada frequentemente não ser suficiente para fazer frente aos custos. Transferir esse poder decisório a autoridades técnicas, com autonomia — decorrente da atribuição de mandatos aos seus diretores, assim como a fontes próprias de receita para fazer frente ao seu custeio — poderia transformar esse ambiente regulatório, com ganho de segurança jurídica para os investidores.

Até que ponto esse modelo foi introduzido com sucesso no Brasil, se essa autonomia reforçada foi ou não efetivamente garantida às agências e se a implantação dessas instituições realmente transformou o ambiente regulatório do país não é o objeto deste estudo. Não se vai aqui tratar da crise das agências reguladoras, nem sugerir esforços de reforma institucional para permitir que cumpram adequadamente seu papel. Há diversos outros estudos que têm abordado esse tema⁹⁹⁰.

⁹⁹⁰ Para uma crítica quanto ao modo como foram instituídas as agências reguladoras no Brasil e, em especial, à situação em que se encontram neste momento, com sugestões de aperfeiçoamento e reforma institucional, vide: GUERRA, Sérgio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. In: GUERRA, Sérgio (org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro, FGV, 2014, pp. 375 a 379; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva, LANCIERI, Filippo Maria e ADAMI, Mateus Piva. O Diálogo institucional das agências reguladoras com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: uma proposta de sistematização. In: SUNDFELD, Carlos Ari e ROSILLHO, André (org.). *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 149 a 165 e MOREIRA, Egon

O que se procurará discutir, neste ponto, é qual o papel que idealmente deve ser reservado às agências reguladoras.

Ao se instituir entidades dotadas de um grau de autonomia mais intenso, como as agências reguladoras, que lhes permita atuar com um certo distanciamento das influências político-eleitorais, a lei estabelece uma arquitetura institucional diversa daquela mais convencional em que as competências são atribuídas a órgãos ou entidades que estão submetidas, de uma forma ou de outra, a um poder central. O Poder Concedente passa, então, a ser exercido de modo fracionado⁹⁹¹. Parte dos poderes que lhe são inerentes continuam sendo exercidos pelo poder central (regulação política). Todavia, outra parcela desses poderes são atribuídos ao poder concedente regulador, que pode ser exercido por uma agência reguladora (regulação técnica). Caberá obviamente à lei estabelecer as características desse desenho institucional. Em geral, mantém-se com o poder concedente político as decisões revestidas de maior sensibilidade política, ou seja, se haverá ou não delegação e em que bases essa delegação se dará. Ao ente regulador são atribuídas funções relacionadas ao acompanhamento da execução do contrato, sua fiscalização, exercício do poder sancionador e manejo dos mecanismos contratualmente estabelecidos, como a realização das revisões tarifárias. Essa visão também está expressa no relatório de 2003 do Banco Mundial⁹⁹²:

In the preceding list of characteristics, it is assumed that government will create the regulatory contract, but that implementation and enforcement of the contract will be transferred to an independent regulatory entity. Why should there be this split of functions?

The initial decision to privatize and set up a viable regulatory system that will support privatization must be a government decision because it inherently a political act. When the initial gap between costs and revenues is large (as is often the case in developing countries), the decision to

Bockmann. Qual é o Futuro do Direito da Regulação no Brasil? In: SUNDFELD, Carlos Ari e ROSILLHO, André (org.). *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 131 a 139.

⁹⁹¹ Sobre a fragmentação administrativa do Estado vide FREITAS, Daniela Bandeira de. *A fragmentação administrativa do estado: fatores determinantes, limitações e problemas jurídico-políticos*. Belo Horizonte: Forum, 2011.

⁹⁹² BAKOVIC, Tonci; TENENBAUM, Bernard e WOOLF, Fiona. Regulation by contract: a new way to privatize electricity distribution? *World Bank Working Paper nº 14*. Washington: World Bank, 2003, p. 19.

privatize requires more political courage than technical expertise. Therefore, it would be unreasonable and naïve to try to delegate this fundamental political decision to a group of technical experts residing in a newly created regulatory commission.

Once the political decision has been made, however, it has a better chance of surviving if implementation can be handed over to a regulatory entity that is insulated from ongoing short-term political pressures. After the contract is in place, it is more likely to be administered in a fair and impartial way by an independent regulator than by a new minister who probably was not a member of the government that negotiated the contract.

A lei, portanto, é que, em um primeiro momento, deve estabelecer os espaços de atuação do poder concedente político (regulação política) e do poder concedente regulador (regulação técnica). Em uma segunda dimensão — e nos limites da lei — haverá espaço para que o próprio contrato estabeleça regulação dessa natureza. O próprio poder concedente político poderá, ao desenhar o contrato, transferir determinadas competências ao poder concedente regulador por disposição contratual. A elaboração do contrato de concessão é revestida de grande importância também para dar clareza aos papéis a serem desempenhados pelos entes que compartilham o exercício do poder concedente. Deve deixar claro quais são os limites de atuação e os poderes do ente regulador, obedecidos os termos da lei, mas além disso, deve estipular as metas a serem atingidas e os *standards* e parâmetros de que deve se valer o ente regulador para o desempenho de suas atividades.

Tendo sido reservado ao poder concedente político, como costuma acontecer, a atribuição de confeccionar o contrato, deve, por consequência ser-lhe reservada a prerrogativa de alterá-lo unilateralmente. Assim, caberá a ele tomar todas as decisões que digam respeito à eventual alteração das obrigações e direitos estabelecidos para a concessionária, assim como às atribuições e parâmetros de atuação do ente regulador que tenham sido contratualmente estabelecidas, excluindo-se aquelas que sejam oriundas diretamente da lei. Caberá ao poder concedente político, portanto, o exercício do que se chama aqui de regulação administrativa contratual. Dito de outra forma, tudo que diga respeito ao que a doutrina clássica chamava de ato-condição, que hoje se designa mais comumente como regulamento do serviço, é de atribuição do poder concedente político, a não ser que a lei disponha em sentido diverso.

Caberá ao poder concedente regulador fazer cumprir o contrato, fiscalizar a atuação da concessionária, manejar os instrumentos contratuais que sejam postos ao seu dispor, mas não alterar o contrato, introduzir novas obrigações não originalmente previstas ou exonerar daquelas previstas. O exercício das prerrogativas extravagantes do Estado, como o poder de alteração ou rescisão unilateral do contrato por razões de interesse público devem ser, em princípio, destinadas ao poder concedente político.

4. REGULAÇÃO CONTRATUAL: CONFORMAÇÃO DO SERVIÇO AO INTERESSE PÚBLICO CAMBIANTE

Como se viu, a regulação administrativa contratual é uma estratégia regulatória, dentre várias de que se pode lançar mão para regular uma determinada atividade econômica. No caso dos serviços públicos, a titularidade exercida pelo Poder Público torna restrito o acesso do particular. Sem uma qualificação especial recebida da Administração Pública não existe para ele a possibilidade de prestar o serviço e a obtenção de tal qualificação depende da adesão a um contrato, a ser firmado entre o regulado e o regulador (entendida aqui a regulação como aquela exercida pelo Estado por meio de quaisquer de seus órgão e entes) para estabelecer as bases da relação jurídica que se formará entre ambos.

Não se está afirmando aqui que a regulação administrativa contratual é exclusivamente possível no domínio dos serviços públicos. Em tempos nos quais tem sido preconizado o consensualismo na Administração Pública, com a busca de soluções negociadas entre o Poder Público e o cidadão em substituição à imposição arbitrária da vontade das autoridades públicas, por meio de instrumentos unilaterais de manifestação do poder de império⁹⁹³, parece natural admitir-se a possibilidade de que, mesmo diante de uma relação jurídica prévia de submissão de um indivíduo

⁹⁹³ O consensualismo na Administração Pública (ou a Administração Pública consensual) tem sido largamente preconizado pela doutrina nacional. A ideia é de que a imperatividade típica do direito administrativo clássico, impositivo, sancionador e, em grande medida arbitrário, não é mais compatível com a sociedade moderna, que exige maior grau de participação popular nas decisões do estado. Deste modo, cabe à Administração Pública encontrar instrumentos de convencimento e indução, mais do que pretender impor obrigações unilateralmente. Valorizam-se assim instrumentos consensuais como os contratos, assim como formas de absorver as opiniões dos diversos segmentos da sociedade, como ocorre com as consultas e audiências públicas. Um dos precursores e maiores difusores desta nova concepção do direito administrativo, no Brasil, é Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que já tratava profundamente do tema em: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ao poder regulatório estatal, seja buscado um consenso entre regulador e regulado para que possam ser estabelecidas consensualmente as bases para a formulação e implementação de normas reguladoras, o que poder ser formalizado por meio da celebração de um contrato⁹⁹⁴.

No direito norte-americano, como já se mencionou, não existe propriamente o conceito de serviço público, já que não se concebe o fenômeno jurídico da *publicatio*, ou seja, a supressão de atividades do domínio da livre iniciativa, sujeitando-as a um regime jurídico de direito público. O que existe na tradição jurídica anglo-saxônica é a admissão de uma regulação mais intensa no caso daquelas atividades que envolvam um especial interesse público (*public utilities*). Não se concebe, todavia, que tais atividades sejam suprimidas da livre iniciativa privada. Todas as atividades que tenham potencial de lucro e geração de riqueza são sempre tratadas como atividades privadas, submetidas logicamente à regulação estatal⁹⁹⁵.

⁹⁹⁴ O tema é tratado em tópico especificamente dedicado à regulação administrativa por contrato em GONÇALVES, Pedro Antônio P. Costa. Regulação administrativa e contrato. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 105-141, jul/set. 2011, às pp. 129 a 134.

⁹⁹⁵ A estratégia da *public utility doctrine* se, por um lado, dispensa a utilização de instrumento contratual e deixa de suprimir qualquer atividade econômica da titularidade privada; por outro, especialmente em decorrência de ser utilizada em países de *common law*, permite uma maior flexibilidade na definição de quais sejam os serviços dotados de especial interesse público, a possibilitar uma extensão mais extensa da regulação. Pode-se referir, por exemplo, ao intenso debate que atualmente ocorre em relação aos serviços prestados pelos provedores de internet. Discute-se qual o grau de regulação que pode ser imposto aos provedores em decorrência do princípio de neutralidade da rede. A FCC (*Federal Communications Commission*), que é a agência norte-americana responsável pela regulação dos serviços de telecomunicação adotou, em nome da proteção da neutralidade, disciplina regulatória que veda aos provedores impedir ou restringir o acesso de seus usuários ao conteúdo disponibilizado na internet, a depender de sua origem. A Corte Federal de Columbia, ao julgar ação movida por associação representante das grandes companhias telefônicas, donas da infraestrutura de acesso à rede, julgou improcedente a ação, mantendo a regulação da FCC que tratava esse serviço como serviço de telecomunicação (*telecommunications service*), ou seja, uma *public utility* e não como um serviço comercial (*commercial service*). É o que se constata do seguinte trecho extraído da decisão, tomada pela maioria de dois julgadores contra um, que reconhecia o caráter eminentemente comercial da atividade: “*The Commission also exercised its statutory authority to forbear from applying many of Title II’s provisions to broadband service and promulgated five rules to promote internet openness. Three separate groups of petitioners, consisting primarily of broadband providers and their associations, challenge the Order, arguing that the Commission lacks statutory authority to reclassify broadband as a telecommunications service, that even if the Commission has such authority its decision was arbitrary and capricious, that the Commission impermissibly classified mobile broadband as a commercial mobile service, that the Commission impermissibly forbore from certain provisions of Title II, and that some of the rules violate the First Amendment. For the reasons set forth in this opinion, we deny the petitions for review.*” (United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, No. 15-1063, United States Telecom Association, et al., Petitioners V. Federal Communications Commission – F.C.C. and United States of America, Respondents and Independent Telephone & Telecommunications Alliance, et al., Interventors, julgado em 14 de junho de 2016, [https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/3F95E49183E6F8AF85257FD200505A3A/\\$file/15-1063-1619173.pdf](https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/3F95E49183E6F8AF85257FD200505A3A/$file/15-1063-1619173.pdf), consultado em 4 de julho de 2016).

Ocorre que, mais recentemente, por influência do direito administrativo europeu, de origem francesa, tem havido notícias de agências norte-americanas que, como se verá adiante, optam por incorporar o uso de mecanismos contratuais na atividade estatal regulatória, diante da constatação de que, em alguns casos, pode ser mais eficiente estabelecer as bases jurídicas de sua relação com os agentes regulados por um período mais longo. Deste modo, restaria ampliada a segurança jurídica dos investidores, que poderão conhecer as metas e parâmetros de atuação estabelecidos pelo regulador com maior antecedência. O contrato serve, nesses casos, como instrumento pragmático de autocontenção da discricionariedade, em prol da segurança jurídica e eficiência do setor. É o que se extrai de interessante passagem do já referido relatório do Banco Mundial⁹⁹⁶:

In many developed countries, multi-year price or revenue caps, which are a form of regulation by contract, have become the system of choice in setting retail tariffs both for new regulatory commissions, such as exist in England and Wales and the Netherlands, and old regulatory commissions, such as exist in the United States. It appears that these countries have decided to commit themselves to a multi-year (as opposed to an annual) tariff-setting system because they have concluded that a multi-year tariff system embedded within a formal regulatory contract provides stronger incentives for the regulated enterprise to be efficient. In effect, they have decided to give up regulatory discretion because they expected that they will get more efficient performance from the regulated entity if they commit to a multi-year tariff regime. The U.S. example is particularly interesting because none of the U.S. commissions that chose to adopt multi-year tariff-setting systems were legally obligated to do so. In general, most U.S. commissions have operated for many years under very general laws that simply say that the commissions should set tariffs that are “just and reasonable” and “not unduly discriminatory”. Nevertheless, some U.S. commissions have chosen to restrict their own flexibility and commit themselves to a multi-year tariff-setting system because they concluded that it was a better system for

⁹⁹⁶ BAKOVIC, Tonci; TENENBAUM, Bernard e WOOLF, Fiona. Regulation by contract: a new way to privatize electricity distribution? *World Bank Working Paper nº 14*. Washington: World Bank, 2003, p. 21.

consumers. This suggests that a performance-based, multi-year tariff-setting system, the key component of the regulatory contract, should be preferred approach for regulating private distribution entities in developing and developed countries and not just for a transition period.

Estabelecem-se, em casos como esses, voluntariamente uma negociação que envolve, por parte do ente estatal, a anuência em partilhar com o regulado seu poder de administrar e regular, o que se dará, provavelmente, diante de certas contrapartidas — pode-se imaginar, por exemplo, que o regulado conquiste o direito de se submeter a uma regulação contratualizada ao atingir determinados parâmetros pré-estabelecidos de excelência quanto ao seu desempenho — e mediante a observância de certas condições a serem observadas. Pedro Gonçalves vê neste sistema uma verdadeiro exemplo de autorregulação, ainda que manejada pelo Estado, uma vez que depende de um prévio consenso a ser construído com o regulado⁹⁹⁷:

Estamos, pois, diante de um fenómeno de contratualização da regulação pública e, portanto, perante a adoção de um modelo de *auto-regulação* — sustentado em contrato — como alternativa (ou em complemento) a um modelo de hetero-regulação — baseado num sistema hierárquico de imposição de normas e actos unilaterais.

Mais recentemente, a discussão norte-americana do uso dos contratos em matéria regulatória tem se expandido a outros setores além das *public utilities* e já há estudos que examinam a possibilidade de contratação pelo Estado de atividades como a gestão de escolas públicas ou a manutenção de programas voltados a idosos⁹⁹⁸, que se assemelha ao que, no Brasil, se poderia organizar por meio de uma concessão administrativa ou, talvez pela transferência de gestão para uma organização social ou OSCIP, havendo ainda propostas mais ousadas, como a contratação de particulares pelo governo para atuarem na área de inteligência militar, fiscalização ambiental e até obtenção de informações estratégicas por meio de interrogatórios de suspeitos de terrorismo, com a

⁹⁹⁷ GONÇALVES, Pedro António P. Costa. Regulação administrativa e contrato. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 105-141, jul/set. 2011, p. 130.

⁹⁹⁸ COOPER, Phillip J. *Governing by contract: challenges and opportunities for public managers*. Washington: CQ Press, 2003.

utilização de modernas técnicas psicológicas⁹⁹⁹. Não é este, no entanto, o objeto do presente estudo, cujo campo de investigação se restringe aos serviços públicos.

Recorrendo-se novamente ao exemplo norte-americano das *public utilities*, que se aproxima do conceito de serviço público tal como o conhecemos — sem contudo a existência da *publicatio* nem da celebração de contrato entre as partes — é curioso observar como, diante de determinados problemas difíceis de resolver com o instrumental jurídico disponível, já se pretendeu recorrer à figura de um contrato implícito para propor uma solução. Defendeu-se que se deveria lançar mão dessa ficção jurídica em decorrência de que em certas ocasiões, a relação que se estabelece entre a autoridade reguladora e as empresas reguladas é em tudo análoga ao fenômeno contratual, ainda que não exista propriamente um contrato real celebrado entre as partes.

Nos Estados Unidos, o setor elétrico se baseava, até a década de 90, em um regime que veio a ser designado como *regulatory compact*, que pressupunha a existência de acordos informais entre os diversos agentes, que importariam no reconhecimento de que o ente regulador deveria garantir aos agentes privados a recuperação de todos os seus investimentos que fossem realizados de forma prudente, assim como seus custos de capital e de operação. Esse *regulatory compact*, todavia, não se configura propriamente como um contrato, pois não se formaliza, não encontra apoio em nenhum documento escrito. Trata-se de algo meramente presumido¹⁰⁰⁰.

Ocorre que, a partir da década de 90, houve uma decisão no sentido de desregular o setor elétrico naquele país, com o objetivo de introduzir a concorrência, especialmente na atividade de geração. No entanto, segundo alegaram à época alguns empresários, vultosos investimentos haviam realizados em um ambiente regulatório que garantia a exclusividade. Deste modo, a introdução da concorrência tornaria irrecuperáveis os valores investidos, quebrando a confiança que se estabelecia entre governo e investidores. A magnitude dos prejuízos poderia chegar aos US\$ 200 bilhões.

Como já se referiu anteriormente, as *public utilities* nos Estados Unidos são exercidas como atividades econômicas privadas. Embora submetidas à regulação estatal intensa, não são subtraídas

⁹⁹⁹ MINOW, Martha. *Governement by contract: outsourcing and american democracy*. Massachusetts: Harvard University Press, 2009.

¹⁰⁰⁰ BAKOVIC, Tonci; TENENBAUM, Bernard e WOOLF, Fiona. Regulation by contract: a new way to privatize electricity distribution? *World Bank Working Paper n° 14*. Washington: World Bank, 2003, p. 15.

do domínio privado, nem dependem de um contrato firmado com o Estado para serem realizadas. Neste caso, foi doutrinariamente construída uma teoria que passou a reconhecer o *regulatory compact* como um verdadeiro contrato implícito entre o regulador e o regulado. Encontrava-se assim uma via jurídica que assegurava a indenização em relação aos custos nos quais haviam incorrido os investidores, os quais haviam se tornado irrecuperáveis em razão da decisão adotada pelo Estado quanto à desregulação do setor. Essa linha foi defendida entre outros por James Boyd¹⁰⁰¹, assim como por William Baumol e Gregory Sidak¹⁰⁰², para quem o comportamento da regulação anterior, que garantia exclusividade para o fornecimento em áreas específicas, havia criado uma expectativa nos investidores quanto à possibilidade de recuperar seus investimentos de acordo com aquele modelo regulatório vigente. A quebra dessa expectativa seria equivalente a uma violação contratual. Em sentido contrário, Roberto Michaels¹⁰⁰³ sustenta que um conjunto de normas regulatórias não poderia ser considerado como um acordo de vontades. Chama a atenção ainda para a natureza cambiável da regulação, tendo o setor elétrico norte-americano, em sua origem, características de extrema competitividade antes da introdução das exclusividades.

A referência a essa teoria, que encontrou bastante espaço na ocasião, é um bom exemplo da importância que tem sido atribuída à regulação contratual, adotada até mesmo por países que não têm a tradição de celebrar contratos para a delegação de atividades estatais, levando ao surgimento de teorias de contratos implícitos para resolver determinados problemas. Nesses casos, a ideia dos *implied regulatory contracts* não está relacionada com as possibilidades e limites da prática regulatória pelo Estado, mas antes com a segurança jurídica a ser garantida aos regulados diante da ação do Estado Regulador. A finalidade perseguida com a elaboração da teoria é bem delineada por Pedro Gonçalves¹⁰⁰⁴:

O objectivo prosseguido é de, a partir dessa coincidência, remeter para o *direito dos contratos* a resposta para as múltiplas vicissitudes que se

¹⁰⁰¹ BOYD, James. The "Regulatory Compact" and Implicit Contracts: Should Stranded Costs Be Recoverable? *Discussion Paper 97-01, October 1996, Resources for the Future*. Disponível na internet em: <http://www.rff.org/files/sharepoint/WorkImages/Download/RFF-DP-97-01.pdf>, consultado em 4 de julho de 2016.

¹⁰⁰² BAUMOL, William J. e SIDAK, Gregory. *Transmission pricing and stranded costs in the electric power industry*. Washington: AEI Press, 1995.

¹⁰⁰³ MICHAELS, Robert J. Stranded investments, stranded intellectuals. *Regulation*, nº 1, 1996.

¹⁰⁰⁴ GONÇALVES, Pedro António P. Costa. Regulação administrativa e contrato. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 105-141, jul/set. 2011, p. 127 e 128.

suscitem nas relações entre regulador e regulados. O resultado da “leitura contractual” conduzirá à diminuição da *discrecionalidade regulatória*, dado que qualquer modificação regulamentar tenderá a ser considerada uma modificação contratual, com as consequências que daí decorrem (reposição do equilíbrio, em caso de aumento dos custos). Por outro lado, defende-se que o “contrato regulatório”, apesar de implícito, é um contrato, e, portanto, deve ser honrado pelo Estado como qualquer outro.

Essa é uma das principais características da regulação administrativa contratual. Ainda que se reconheça, como já se viu, que a extensão dos poderes regulatórios estatais são mais largos quando se trata de serviço público, em virtude do poder conformador que pode ser exercido nesses casos, já que não incide aqui o princípio da livre iniciativa¹⁰⁰⁵, deve-se considerar, por outro lado, que a existência do contrato também configura segurança adicional oferecida ao regulado. Há, nesses casos, um pacto firmado e formalizado entre as partes, no qual se contém as metas a serem alcançadas, os parâmetros de qualidade e aferição de desempenho e os requisitos e condições impostos para a prestação do serviço. Ao lado das cláusulas que preveem o regulamento do serviço, contudo, há que se reconhecer também as chamadas cláusulas econômico-financeiras.

Tais cláusulas são essenciais para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, de que cuida o art. 10 da Lei nº 8.987/1995¹⁰⁰⁶. Ao contrário do que comumente se sustenta, não devem ser entendidas como imutáveis as cláusulas econômico-financeiras. Imutável deve ser a equação econômico-financeira originalmente estabelecida no momento da celebração contratual. A alteração das cláusulas econômico-financeiras pode, na verdade, se impor, em alguns casos, exatamente para preservar o equilíbrio. Essa alteração, no entanto, deverá ser proporcionalmente suficiente para recuperar o equilíbrio do contrato e estabelecida em comum acordo entre as partes.

O equilíbrio econômico e financeiro da concessão não se dá pela relação originalmente configurada entre as cláusulas de serviço e as cláusulas econômico-financeiras, como alguns supõem, mas sim pela relação entre as cláusulas que permitem receitas para o concessionário e

¹⁰⁰⁵ Vide a esse respeito as observações que já foram realizadas na nota 961, à p. 11.

¹⁰⁰⁶ Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.” (Lei nº 8.987/1995, art. 10)

aqueles que lhe impõe custos. Uma das funções das cláusulas econômico-financeiras é exatamente garantir esse equilíbrio do contrato original¹⁰⁰⁷, que deve ser preservado durante toda a sua duração e deve ser compreendido como a relação instituída pelo formato original do contrato, entre o potencial de receitas contratualmente autorizado em face dos custos potencialmente impostos¹⁰⁰⁸. Sendo assim, a adoção da regulação contratual nos serviços públicos tem importante função de reforço da segurança jurídica do concessionário, revelando-se importante, mais uma vez, a adequada redação das cláusulas que garantem esse equilíbrio, de modo a evitar futuros litígios entre as partes.

5. Atribuição de riscos e a completude possível dos contratos de concessão de serviço público

Como se viu até aqui, os contratos de concessão dos serviços públicos apresentam-se como instrumentos de enorme relevância, já que funcionam, de um lado, como veículo de uma regulação fundada no poder conformador do Estado sobre o modo em relação ao qual os serviços serão prestados. Além disso, configuram-se também como a expressão da garantia dos concessionários ao equilíbrio econômico-financeiro avençado.

Ocorre que os contratos de concessão são tipicamente contratos incompletos. Na verdade, prevalece atualmente o entendimento de que qualquer contratação será sempre incompleta, tendo em vista a existência de custos de transação que inviabilizam sua completude perfeita. O ideal do contrato completo está vinculado ao modelo clássico da economia em que as transações se realizam sempre entre indivíduos atomizados, que apresentam racionalidade e capacidade cognitivas ilimitadas, movidos pelo interesse de maximizar suas utilidades, para isso efetuando trocas (*tradeoffs*) de produtos indiferenciados, a respeito dos quais ambos possuem informações completas

¹⁰⁰⁷ O estudo dos diversos aspectos do equilíbrio econômico-financeiro foi objeto de obra coletiva com contribuições relevantes para o tema: MOREIRA, Egon Bockman (org.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Forum, 2016.

¹⁰⁰⁸ Dromi distingue o equilíbrio econômico do equilíbrio financeiro, afirmando que, no que se refere ao equilíbrio econômico, “*el sinalagma convenido debe conciliar los términos de la ecuación, inversión y rentabilidad, procurando el ecuador de la misma: la intangibilidad del precio, entendiendo por tal a la equivalencia entre las prestaciones a las que se obligaron las partes al momento de la firma del contrato [...]*” (DROMI, Roberto. *Ecuaciones de los contratos públicos*. 2ª ed. Buenos Aires-Madri: Ciudad Argentina-Hispania Libros, 2008, p. 281). Já no que se refere ao equilíbrio financeiro, “*en el contexto del sinalagma contractual, el equilibrio surge de la valoración de la relación entre inversión y rentabilidad, que determine la tasa de retorno de la inversión a realizar en que se expresará la estructura económico-financiera.*” (DROMI, Roberto. *Ecuaciones de los contratos públicos*. 2ª ed. Buenos Aires-Madri: Ciudad Argentina-Hispania Libros, 2008, p. 306)

e plena capacidade de processá-las, tudo isso em um mercado perfeito, orientado pelo sistema de preços, que incorpora todas as informações necessárias à transação, sem permitir a existência de externalidades desconhecidas¹⁰⁰⁹.

A origem desta ideia está no mito do mercado original, cuja existência teria permitido à sociedade obter um ganho de produtividade cada vez maior em decorrência da divisão de tarefas, ou seja, da especialização de indivíduos na execução de tarefas nas quais cada um é mais produtivo, aumentando substancialmente a produtividade de todo o grupo, de modo a reduzir a escassez e gerar abundância.

Trata-se de buscar uma organização social mais eficiente possível, atribuindo a cada indivíduo as funções nas quais seu desempenho seja mais produtivo. Assim, por exemplo, indivíduos mais fortes e ágeis devem ser incumbidos de caçar; outros, mais habilidosos em trançar fibras, se encarregam de produzir cestos; outros, de confeccionar jarros, preparar a comida e assim por diante. Por meio dessa especialização de tarefas, a sociedade torna-se capaz de produzir uma quantidade de comida, cestos, jarros etc. muito maior do que se cada indivíduo tivesse que produzir sozinho todo o material de que necessitasse. A alocação de todos os recursos neste mítico mercado se dá por meio de trocas orientadas pelo sistema de preços, como descrito por Hayek¹⁰¹⁰. O preço atribuído a cada bem (valor de troca) é determinado pelo conjunto das diversas decisões tomadas por cada indivíduo (oferta e demanda). A riqueza é, portanto, gerada por intermédio dessas trocas,

¹⁰⁰⁹ “Vai longe o tempo onde as transações econômicas caracterizavam-se pelo modelo clássico ideal, composto por agentes atomizados, transacionando produtos indiferenciados, envolvidos em uma transação única de troca pura ou monetária realizada no âmbito de mercado, orientada pelo funcionamento do mecanismo de preços, como sinalizador único para a avaliação da disposição das partes em negociar, sem que houvesse diferenças relevantes no que tange à dominância entre partes que experimentam um equilíbrio recíproco em seu poder de barganha.” (NATAL, Tatiana Esteves. *A teoria dos contratos incompletos e a natural incompletude do contrato de concessão*, http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/004_056_TATIANA_ESTEVES_NATAL_10082009-17h08m.pdf, consultado em 4 de julho de 2016) “O modelo clássico dos contratos pressupõe que as partes apresentam racionalidade ilimitada e processam de forma ótima todas as informações que recebem. Há, portanto, uma informação livre e plenamente inteligível pelas partes quando da assinatura da avença, o que determina a ausência de dificuldades cognitivas. Além disso, as partes estão preocupadas em maximizar suas funções de utilidade, não preocupadas em trapacear ou levar vantagem de informações privilegiadas. Por fim, na síntese clássica, as trocas são feitas a custo zero, o que impõe uma estrita racionalidade na elaboração contratual.” (NÓBREGA, Marcos. *Contratos Incompletos de Infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs*. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, maio/julho, 2009, disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/redae-18-maio-2009-marcos-nobrega.pdf>. Acesso em 4 de julho de 2016).

¹⁰¹⁰ HAYEK, Friedrich A von. The use of knowledge in society. In: *The American Economic Review*, vol. 35, nº 4, set. 1945, pp. 519 a 530.

na medida em que cada um entrega algo que tem menor valor para si em troca de algo que valoriza mais. Quem produziu muito mais cestos do que precisa pode trocar o excedente por jarros ou por comida e obter, assim, mais recursos do que se seria capaz de produzir individualmente.

Ocorre, no entanto, que na medida em que os bens produzidos pela sociedade vão se tornando mais complexos, fica mais evidente a presença dos chamados custos de transação¹⁰¹¹. Torna-se necessário adquirir matérias-primas de diversas fontes, usar conhecimentos bastantes distintos em fases diferentes do processo produtivo, recorrer a financiamentos, assessoria jurídica, logística etc. Assim, quando a produção de um determinado bem ou prestação de um serviço depende da coordenação de um esforço coletivo e do acesso a insumos dispersos, a organização desses esforços em relações de longo prazo acabam se revelando essenciais na busca por eficiência, exatamente por permitirem reduzir esses custos de transação. Essa coordenação pode se dar por meio da criação de organizações institucionais — no seio das quais as transações se estabelecem em um ambiente fora de mercado —, como ocorre na organização empresarial (empresas/corporações) ou por meio do estabelecimento de relações contratuais complexas, de longo prazo.

Todavia, ao elaborar tais contratos, as partes também devem levar em conta os custos envolvidos na própria contratação, os quais podem ser divididos em custos *ex ante*, relacionados à negociação das condições a serem contratadas e os custos *ex post*, que, em geral, dizem respeito exatamente a falhas existentes no desenho contratual e que provocam o aparecimento de inaptações, lacunas ou controvérsias já na fase de execução do objeto contratual, que demandam repactuações ou a utilização de mecanismos de solução de controvérsia, gerando custos não previstos inicialmente.

¹⁰¹¹ O problema dos custos de transação foi um dos principais aspectos abordados na obra do vencedor do prêmio Nobel de economia em 1991, Ronald Coase, inicialmente em COASE, Ronald. *The nature of the firm*. In: *Economica*, new series, vol. 4, nº 16, nov. 1937, pp. 386 a 405 e posteriormente desenvolvido em COASE, Ronald. *Problem of Social Cost*. In: *The journal of Law & Economics*, vol. 3, out. 1960, pp. 1 a 44 e COASE, Ronald. *The Firm, the Market and the Law*. Chicago e Londres: University of Chicago Press, 1988. O assunto tornou-se, então, o cerne da preocupação de vários economistas, com a produção de muitos trabalhos de destaque, como os produzidos por WILLIAMSON, Oliver. *Transaction-cost economics: the governance of contractual relations*. *Journal of Law and Economics*, Vol. 22, nº. 2, out. 1979, pp. 233-261, e mais recentemente se tornou a preocupação de neo-institucionalistas, como em NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 27ª ed, 2015, pp. 27 a 35 e OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: the evolution of institutions for collective action*. Cambridge: Cambridge University Press, 29ª ed, 2011, pp. 38 a 41.

Assim, toda contratação embute uma decisão tomada pelas partes quanto ao grau ótimo de incompletude a ser admitido em cada contratação. Por um lado, não é razoável incorrer em custos excessivamente elevados para antever toda e qualquer contingência que possa afetar o transcurso da relação contratual, o que, a rigor, nem será completamente possível¹⁰¹². Por outro lado, não é desejável que as omissões incorridas no período de negociação criem impasses durante a fase de execução do contrato, que impeçam seu cumprimento a contento. Como bem adverte Marcos Nóbrega:

(...) haverá sempre um *tradeoff* completude versus custos. Dependendo das circunstâncias, valerá a pena deixar um certo grau de incompletude apostando na possibilidade de repactuação mais à frente. Isso parece uma equação simples, mas não é. A correta mensuração desses custos *vis a vis* o grau de completude do contrato repercutirá em toda execução contratual e também determinará os custos de repactuação e do inadimplemento.

Essa realidade é especialmente verdadeira nos contratos de concessão de serviço público. Seu objeto é naturalmente complexo e os seus prazos alongados. A estipulação *ex ante* de todas as circunstâncias que podem vir a afetar a execução contratual é impensável, já que, ao longo de sua duradoura vigência, estão sujeitos a transformações de mercado, assim como ao surgimento de novas tecnologias, que podem ser capazes de alterar a maneira como um determinado serviço é prestado, muitas vezes de modo intenso e impossível de antecipar no momento da celebração do

¹⁰¹² “Percebe-se que a elaboração de um “contrato completo” requer das partes uma ampla e perfeita cognição do futuro, a capacidade de acordar em torno de um entendimento comum a ser expresso no tempo presente e a disposição em obrigar-se em torno de inescrutáveis contingências, repartindo riscos e resultados futuros com base em estimativas e expectativas formadas pela investigação do passado.

Um breve escrutínio mental acerca das transações econômicas realizadas no cotidiano da vida social sugere a inexistência empírica de contratos completos. Quando observamos mais detidamente as transações econômicas mais simples e de pequeno valor (nas quais há uma relação contratual tácita, porém não escrita), aprendemos que sua incompletude intrínseca é suficiente, uma vez que as contingências possíveis e riscos relevantes são diminutos e – uma vez presentes – são equacionados pela cooperação e solidariedade entre as partes.” (NATAL, Tatiana Esteves. A teoria dos contratos incompletos e a natural incompletude do contrato de concessão, http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/004_056_TATIANA_ESTEVES_NATAL_10082009-17h08m.pdf, consultado em 4 de julho de 2016)

contrato. Como bem formulado por Tatiana Esteves “*antever o futuro no presente com base no passado é um esforço complexo*”¹⁰¹³, cujo sucesso é praticamente impossível.

Sendo os contratos de concessão normalmente firmados por prazos extensos, não resta alternativa ao reconhecimento dessa incompletude intrínseca. Isso torna desejável a adoção de algumas medidas que possam minimizar seus efeitos nocivos. Nesse sentido, é importante que, diante da impossibilidade de prever todas as circunstâncias que poderão impactar na execução do contrato, procure-se desenhar da melhor maneira possível uma matriz de risco, expressamente incorporada aos contratos de concessão, nas quais haja uma alocação eficiente desses riscos tomados por cada uma das partes contratantes, distribuindo-os preferencialmente àquele com maior conhecimento (*know how*) e informações de maior qualidade quanto aos aspectos especificamente relacionados, de modo que possa evitá-los, mitigá-los ou gerenciá-los da melhor forma. Além disso, deve-se procurar estabelecer uma governança contratual atenta a essas incompletudes, com o estabelecimento de mecanismos de gestão contratual eficientes, que disponham de procedimentos a serem seguidos quando se revele necessário enfrentar um problema para o qual o contrato não ofereça solução imediata¹⁰¹⁴.

Revela-se útil a esse respeito, lançar mão de instrumentos ressaltados pela teoria dos contratos relacionais, que preconiza a necessidade de se manter um constante esforço revisional com uma negociação permanente entre as partes, em um processo periódico de construção de ajustes no acordo original. Essa negociação permanente *ex post* e não contenciosa entre as partes permite, inclusive, um ganho de aprendizado, já que os contratantes têm acesso a informações distintas que podem ser relevantes para a execução do contrato e essa interação pode permitir significativos ganhos com o natural intercâmbio de informações que ocorrerá. É o que Marcos Nóbrega chama de princípio da revelação, baseado em mecanismos reveladores de informação¹⁰¹⁵. Também Tatiana

¹⁰¹³ NATAL, Tatiana Esteves. *A teoria dos contratos incompletos e a natural incompletude do contrato de concessão*, http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/004_056_TATIANA_ESTEVES_NATAL_10082009-17h08m.pdf, consultado em 4 de julho de 2016.

¹⁰¹⁴ GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, mar./ago. 2014, pp. 67 a 75.

¹⁰¹⁵ Esse tema é tratado no tópico 3.2 de seu artigo já referido: NÓBREGA, Marcos. Contratos Incompletos de Infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, maio/julho, 2009, disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/redae-18-maio-2009-marcos-nobrega.pdf>. Acesso em 4 de julho de 2016.

Esteves, ao cuidar dos contratos incompletos e, mais especificamente, dos contratos de concessão, observa que:

A negociação *ex post* entre as partes não é somente possível, mas desejável – constituindo uma estratégia deliberada de ação de ambas as partes em contratos de longo prazo marcados por algum grau de dependência onde há oportunidade de aprendizado. Acolhe-se uma incompletude permanente do contrato, e a superação das lacunas dá-se, de modo pontual, através de sua revisão e/ou redesenho – resultado de (re)negociações ao longo da execução.

Como aponta Gibbons, do ponto de vista da ciência econômica, uma vez acolhidas as imperfeições que derivam das fontes de incompletude, a relação contratual toma então, não mais a forma de uma curva de contrato neoclássica, mas a forma de um “jogo repetido”, particularmente importante para a modelagem do processo de negociação de um contrato relacional, tal que um contrato de concessão

Esse processo de (re)negociação permanente é muito facilitado pela criação de instituições específicas que possam desempenhar o papel de mediadores. Nos contratos privados de infraestrutura normalmente são instituídos os chamados *dispute boards*¹⁰¹⁶ com essa finalidade, cujo papel é exatamente o de prevenir conflitos entre as partes e identificar possíveis inconsistências entre as necessidades de execução do objeto contratual e as disposições do contrato, o mais cedo possível, de modo a encontrar uma solução que atenda da melhor maneira aos interesses em jogo, utilizando-se dos próprios mecanismos internos do contrato e valendo-se da boa-fé e confiança mútua entre as partes. No caso dos contratos de concessão, a instituição vocacionada a exercer esse

¹⁰¹⁶ “Uma boa governação dos contratos regulatórios — como de resto de qualquer contrato — é aquela que cria mecanismos eficientes de gestão que *previnam* o surgimento de litígios. É o que ocorre, por exemplo, com o mecanismo do *dispute board*, cuja lógica consiste em deslocar o foco do conflito para a própria relação contratual, com acompanhamento permanente da sua execução por *experts* de confiança das partes.” (GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, mar./ago. 2014, p. 73). Ver também: ROSA, Pêrsio Thomaz Ferreira. *Os Dispute Boards e os Contratos de Construção*. Disponível em: <http://www.frosa.com.br/docs/artigos/Dispute.pdf>, acessado em 4 de julho de 2016.

papel são as agências reguladoras, as quais normalmente incumbem às funções de regulação técnica e, em geral, estão mais afastadas da influência de interesses políticos de curto-prazo e eleitorais.

No entanto, o que se constata é que essas agências nem sempre são desenhadas adequadamente para desempenhar função dessa natureza, já que frequentemente se dedicam primordialmente às atuações fiscalizatória e sancionadora, o que torna sua ação notadamente policialesca, criando atritos tanto com os regulados como com o poder concedente político, inviabilizando a relação de confiança essencial para a busca de soluções baseadas em colaboração. É preciso considerar ainda a necessidade de instituição de algum tipo de controle sobre o poder estatal, que pode incumbir ao Poder Judiciário ou, em alguns casos, ser reservado a meios alternativos de solução de controvérsias, como a mediação ou a arbitragem¹⁰¹⁷.

Quanto à distribuição dos riscos, a doutrina tradicional os divide em *álea ordinária* e *álea extraordinária*¹⁰¹⁸, identificando-se os do primeiro grupo como aqueles riscos inerentes ao negócio, que devem ser preferencialmente suportados pelo concessionário, cabendo cogitar-se de reequilíbrio econômico-financeiro apenas em relação aos riscos do segundo grupo. A percepção mais moderna, todavia, como se viu, é que essa classificação não é suficiente para resolver os problemas que podem advir no curso da execução do contrato e que o ideal é que o desenho contratual, se não pode ser completo, seja elaborado de modo a estabelecer previamente uma matriz de risco mais completa possível e um conjunto de procedimentos hábeis a fornecer os parâmetros para distribuir, ainda que *ex post*, as responsabilidades entre as partes por eventos inesperados, com alguma previsibilidade.

Além disso, tradicionalmente a *álea extraordinária* é dividida em *álea administrativa* e *álea econômica*. Esta última é decorrente de fatores exógenos à relação contratual e inteiramente independente da vontade de qualquer uma das partes. A *álea administrativa*, no entanto, é diretamente decorrente de ações do Estado, inclusive por meio de atos praticados pelo ente público

¹⁰¹⁷ Sobre a possibilidade de participação da Administração Pública em arbitragem, atualmente expressamente autorizada pelo disposto no art. 1º, §1º da Lei nº 9.307/96, com a redação que lhe foi atribuída pela Lei nº 13.129/2015, vide, por todos: LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007 e FERRAZ, Rafaella. *Arbitragem em litígios comerciais com a Administração Pública: exame a partir da principalização do direito administrativo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. Para a discussão equivalente existente em Portugal: ESQUÍVEL, José Luís. *Os contratos administrativos e a arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2004.

¹⁰¹⁸ Por todos, com diversificadas referências doutrinárias e jurisprudenciais, ver PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Forum, 2006, pp. 107 a 119.

contratante, em decorrência da relação contratual. São os chamados fatos da Administração, que incluem os atos de alteração unilateral do contrato, os quais, como já se viu, são a expressão maior da regulação administrativa contratual. Não se pode aqui verdadeiramente encontrar álea, a não ser do ponto de vista do contratado, que não tem nenhuma influência no advento dessas ações. Do ponto de vista do Poder Concedente, no entanto, álea não há. Trata-se de decisões administrativas de conformação do objeto do contrato às transformações sofridas no interesse público, as quais se concretizam por meio de atos de modificação do contrato.

Fica claro que o contrato de concessão de serviço público possui duas funções muito específicas: de um lado, serve como garantia contratual oferecida ao concessionário quanto ao equilíbrio econômico-financeiro da avença estipulada com o Estado, já que sua atividade envolve investimentos vultosos, somente recuperáveis a longo prazo e sujeitos ao que se costuma denominar de *hold-up*, uma vez que grande parte dos custos incorridos somente podem ser recuperados por meio da prestação daqueles serviços, pois os ativos de que se vale não têm viabilidade para outros usos¹⁰¹⁹. Por outro lado, os contratos de concessão possuem uma função regulatória, oferecendo ao Poder Concedente instrumentos adicionais ao tradicional uso do poder de polícia para a regulação das atividades econômicas. Afinal, quando se trata de serviço público, o poder público não realiza uma intervenção em domínio de titularidade privada. O Estado, nestes casos, não é terceiro. A regulação administrativa dos serviços públicos se destina a garantir que a missão que lhe foi atribuída pela lei e que decidiu delegar será desempenhada a contento.

Não é, portanto, de se conferir tratamento idêntico a fenômenos tão marcadamente distintos. Não se pretende, por óbvio, negar que as alterações unilaterais do contrato criem a obrigação de reequilíbrio econômico-financeiro, quando ocasionarem oneração indevida ao contratado. Isso poderá ocorrer tanto nos casos de ocorrência de fatos verdadeiramente aleatórios, quanto nos casos de exercício da regulação administrativa contratual. Mas os eventos, nos parece, merecem tratamento distinto e estudo específico.

¹⁰¹⁹ SANTANA, Edvaldo Alves de. *Instituições, Governança Econômica e Incompletude dos Contratos: Teoria e Prática*. Disponível na internet em: https://www.gwu.edu/~clai/recent_events/2007/Edvaldo_Santana_Paper.pdf, consultado em 4 de julho de 2016.

É importante consignar por fim que, tendo em vista a importância de que se revestem os contratos para a regulação dos serviços públicos, mostra-se de grande relevância a sua cuidadosa elaboração, de modo a perseguir a sua completude possível, que assegure a melhor qualidade para a execução contratual, assim como das relações que se estabelecerão entre os entes reguladores e entre esses e o concessionário.

Como ocorre em qualquer tipo de contratação, o ideal é que seja adequadamente instituída uma matriz de risco e estabelecido o tratamento que as partes devem dar a eventos aleatórios e fora de seu controle. Mais do que isso, no entanto, tais contratos funcionam como um poderoso instrumento de regulação e, nesse sentido é importante que sua redação seja cuidadosa e clara quanto aos padrões de conformação do serviço, metas de qualidade a serem atingidas, parâmetros e requisitos a serem observados e institua os mecanismos e procedimentos adequados para o exercício dos poderes regulatórios que passarão a ser desempenhado por todos os entes envolvidos, especialmente naqueles casos em que o poder concedente político for exercido de modo apartado do poder concedente regulador.

6. CONCLUSÃO

Como se viu, a regulação dos serviços públicos é dotada de características especiais que formam o ambiente propício para o desenvolvimento de um tipo específico de regulação: a regulação administrativa contratual. Ao longo do presente estudo procurou-se examinar suas características principais, vantagens e cuidados que deve inspirar. Destacam-se a seguir alguns pontos sobre os quais se debruçou:

1) A regulação dos serviços públicos, ao contrário da regulação de atividades econômicas privadas, incide sobre atividades que foram suprimidas do âmbito da livre iniciativa. Pelo fenômeno da *publicatio* tais atividades, revestidas de especial interesse público, passam a ser titularizadas pelo Estado. Só poderão ser prestadas por particulares se houver, previamente, uma iniciativa discricionária do Estado em delegá-las, hipótese em que permanecerão regidas por um regime de direito público.

2) Esse regime jurídico extravagante, próprio dos serviços públicos, permite uma abrangência mais ampla ao poder regulatório. Como não se aplica o princípio da livre iniciativa e o Estado se apresenta como Poder Concedente, exerce um verdadeiro poder conformador sobre o objeto da atividade, que lhe permite comandar o seu exercício, determinando o modo como deverá ser prestado. Esse poder é exercido em razão do contrato de concessão, por meio do qual o Poder Público pode determinar uma série de obrigações e requisitos a serem respeitados pelo concessionário. Além disso, como espécie de contrato administrativo, os contratos de concessão de serviço público podem ser alterados unilateralmente, o que permite ao Estado alterar o modo de prestação do serviço a qualquer momento.

3) Ao contrário do que ocorre com a regulação das atividades essencialmente privadas, em que a regulação consiste essencialmente na limitação da liberdade e dos direitos individuais por força do poder de polícia do Estado, exercido sempre nos termos da lei; a regulação dos serviços públicos se utiliza do instrumento contratual, ao qual o concessionário se submete voluntariamente, acatando assim o comando administrativo quanto ao exercício do serviço delegado. Cabe a Administração Pública determinar os termos contratuais e, ainda, alterá-los unilateralmente quando entender conveniente e oportuno. Neste caso, portanto, há um espaço de discricionariedade muito maior para as autoridades administrativas. Poderá a Administração Pública, por força da inserção de determinadas cláusulas no contrato, conformar a prestação do serviço ao modo que entender mais conveniente.

4) O exercício dessa regulação do Poder Concedente pode ser cindido em dois níveis: (a) a regulação política, normalmente exercida pela Administração Direta, responsável pela decisão quanto à oportunidade e conveniência de delegar ou não o serviço e de estabelecer as normas contratuais conformadoras do objeto da atividade e (b) a regulação técnica, exercida, em muitas ocasiões, por entidades reguladoras, frequentemente dotadas de autonomia reforçada.

5) A regulação administrativa contratual associa-se normalmente à regulação política e cabe precipuamente ao poder concedente político, a não ser que a lei disponha de modo diverso. Assim, caberá a ele tomar todas as decisões que digam respeito à eventual alteração das obrigações e direitos estabelecidos para a concessionária, assim como às atribuições e parâmetros de atuação do ente regulador que tenham sido contratualmente estabelecidas, excluindo-se aquelas que sejam oriundas

diretamente da lei. Ou seja, seu espaço de atuação se relaciona diretamente com o que a doutrina clássica chamava de ato-condição, que hoje se designa mais comumente como regulamento do serviço.

6) Aos entes reguladores cabe o exercício de outras funções também inerentes ao Poder Concedente, como fazer cumprir o contrato, fiscalizar a atuação da concessionária e manejar os instrumentos contratuais que sejam postos ao seu dispor durante a sua execução. A não ser que a lei expressamente assim disponha, não lhe caberá alterar o contrato, introduzir novas obrigações não previstas contratualmente ou exonerar daquelas previstas, o que normalmente se reserva ao poder concedente político.

7) Ainda que se reconheça que a extensão dos poderes regulatórios estatais são mais largos quando se trata de serviço público, em virtude do poder conformador que pode ser exercido nesses casos, deve-se considerar, por outro lado, que a existência do contrato também configura segurança adicional oferecida ao regulado. Há um contrato firmado entre as partes, no qual são estabelecidas obrigações a serem cumpridas e requisitos a serem observados, mas também as fontes de custeio e renda existentes. A relação entre as cláusulas que permitem receitas para o concessionário e aquelas que lhe impõe custos formam uma equação que deve se manter equilibrada. O desequilíbrio dessa equação econômico-financeira cria para o concessionário o direito ao seu restabelecimento.

8) Os contratos de concessão de serviço público são firmados por longos períodos e usualmente tratam de atividades consideravelmente complexas. São exemplo típico de contratos incompletos. Como se trata de um poderoso instrumento de regulação, é importante que sua redação seja cuidadosa e clara quanto aos padrões de conformação do serviço, metas de qualidade a serem atingidas, parâmetros e requisitos a serem observados e institua os mecanismos e procedimentos adequados para o exercício dos poderes regulatórios que passarão a ser desempenhado por todos os entes envolvidos. Além disso, o ideal é que haja a previsão de uma adequada matriz de risco, assim como de parâmetros e procedimentos a serem adotados diante da ocorrência de eventos imprevistos, fora do controle das partes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Letícia Queiroz de. *Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão*. 1ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2015

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Atividades Privadas Regulamentadas: autorização administrativa, poder de polícia e regulação. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, abr./jun., 2005

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013

BAKOVIC, Tonci; TENENBAUM, Bernard e WOOLF, FIONA. Regulation by contract: a new way to privatize electricity distribution? *World Bank Working Paper nº 14*. Washington: World Bank, 2003

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin e LODGE, Martin. *Understanding Regulation*. 2ª ed., Londres: Oxford University Press, 2012

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Natureza jurídica da concessão do serviço público. *Revista de Direito Público - RDP*, nº 19, São Paulo, Revista dos Tribunais, jan-mar. 1972, pp. 9-36.

BAUMOL, William J. e SIDAK, Gregory. Transmission pricing and stranded costs in the electric power industry. Washington: AEI Press, 1995

BINEMBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação*. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2016

BLACK, Julia. Critical reflections on regulation. *Australian Journal of Legal Philosophy*, 27, 2002.

BOYD, James. The "Regulatory Compact" and Implicit Contracts: Should Stranded Costs Be Recoverable? *Discussion Paper 97-01, October 1996, Resources for the Future*. Disponível na internet em: <http://www.rff.org/files/sharepoint/WorkImages/Download/RFF-DP-97-01.pdf>

CHEVALIER, Jaccques. L'État Régulateur. *Revue française d'administration publique*. 2004/3, n. 111

COASE, Ronald. Problem of Social Cost . In: *The journal of Law & Economics*, vol. 3, out. 1960

COASE, Ronald. *The Firm, the Market and the Law*. Chicago e Londres: University of Chicago Press, 1988

COASE, Ronald. The nature of the firm. In: *Economica*, new series, vol. 4, nº 16, nov. 1937

COOPER, Phillip J. *Governing by contract: challenges and opportunities for public managers*. Washington: CQ Press, 2003

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: Concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012

DROMI, Roberto. *Ecuaciones de los contratos públicos*. 2ª ed. Buenos Aires-Madri: Ciudad Argentina-Hispania Libros, 2008

ESQUÍVEL, José Luís. *Os contratos administrativos e a arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2004

FERRAZ, Rafaella. *Arbitragem em litígios comerciais com a Administração Pública: exame a partir da principalização do direito administrativo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008

FREITAS, Daniela Bandeira de. *A fragmentação administrativa do estado: fatores determinantes, limitações e problemas jurídico-políticos*. Belo Horizonte: Forum, 2011

GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, mar./ago. 2014

GONÇALVES, Pedro António P. Costa. Regulação administrativa e contrato. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 105-141, jul/set. 2011

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997

GUERRA, Sérgio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. In: GUERRA, Sérgio (org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro, FGV, 2014

HAYEK, Friedrich A von. The use of knowledge in society. In: *The American Economic Review*, vol. 35, nº 4, set. 1945

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2011

LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico*. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2014

MICHAELS, Robert J. Stranded investments, stranded intellectuals. *Regulation*, nº 1, 1996

MINOW, Martha. *Governement by contract: outsourcing and american democracy*. Massachusetts: Harvard University Press, 2009

MONCADA, Luís Cabral de. *Direito Económico*. 5ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2007

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000

MOREIRA, Egon Bockman (org.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Forum, 2016

MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o Futuro do Direito da Regulação no Brasil? In: SUNDFELD, Carlos Ari e ROSILLHO, André (org.). *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014

NATAL, Tatiana Esteves. *A teoria dos contratos incompletos e a natural incompletude do contrato de concessão*, http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/004_056_TATIANA_ESTEVES_NATAL_10082009-17h08m.pdf

NÓBREGA, Marcos. Contratos Incompletos de Infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, maio/julho, 2009, disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/redae-18-maio-2009-marcos-nobrega.pdf>. Acesso em 4 de julho de 2016

NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 27ª ed, 2015

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. A regulação e o direito da concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002

ORBACH, Barak. What is regulation? *Yale Journal on Regulation Online*. Vol. 30:1, 2012

OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: the evolution of institutions for collective action*. Cambridge: Cambridge University Press, 29ª ed, 2011

PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva, LANCIERI, Filippo Maria e ADAMI, Mateus Piva. O Diálogo institucional das agências reguladoras com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: uma proposta de sistematização. In: SUNDFELD, Carlos Ari e ROSILLHO, André (org.). *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014



PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Forum, 2006

924

SANCHES, José Luís Saldanha. A regulação: história breve de um conceito. *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 60. Lisboa: 2000

SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. *Curso de direito da energia: da história*, tomo I. São Paulo: Instituto Geodireito, 2011

SANTANA, Edvaldo Alves de. *Instituições, Governança Econômica e Incompletude dos Contratos: Teoria e Prática*. Disponível na internet em: https://www.gwu.edu/~clai/recent_events/2007/Edvaldo_Santana_Paper.pdf, consultado em 4 de julho de 2016

SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre Iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Forum, 2012

WILLIAMSON, Oliver. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. *Journal of Law and Economics*, Vol. 22, nº. 2 , out. 1979.

ASSIMETRIAS DE INFORMAÇÃO NA NOVA LEI DE LICITAÇÃO E O PROBLEMA DA SELEÇÃO ADVERSA.

Marcos Nóbrega

Conselheiro Substituto do Tribunal de Contas de Pernambuco. Professor da Universidade Federal de Pernambuco – Faculdade de Direito do Recife. Pós-Doutor pela Harvard Law School e Kennedy School of Government – Harvard University. Pós-Doutor pela Universidade de Direito de Lisboa – FDUL. Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – Faculdade de Direito do Recife. Bacharel em Economia pela Universidade Federal de Pernambuco. Bacharel em Administração pela Universidade Católica de Pernambuco.

Visiting Scholar na Harvard Law School. Senior Fellow na Harvard Kennedy School of Government. Professor Visitante na Universidade de Lisboa. Visiting Scholar na Singapore Management University. Autor de vários artigos e livros. Conferencista

Diego Franco de Araújo Jurubeba

Doutorando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo - USP, Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB (2017), Especialista em Economia Nacional pela The George Washington University - GWU (2014) e Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE (2006).

Resumo: Vários países e organizações internacionais tentam aperfeiçoar suas normas e políticas regulatórias sobre licitação nas últimas décadas, no entanto é necessário mais do que a simples análise das leis. Eficiência nos contratos significa explicar, prever e entender o comportamento dos atores envolvidos no processo. No caso brasileiro, caracterizado pelo legalismo, corre-se o risco de perpetuar velhas práticas se encararmos o novo marco legal pelas lentes de um “retrovisor jurisprudencial” ou mesmo da tradicional (e desgastada) doutrina para enfrentar sobre o tema no

Brasil Como o projeto da nova lei de licitação perde-se uma grande oportunidade de trazer relevantes avanços em regras de revelação de informação e diminuição de assimetrias informacionais. Muito embora dispositivos específicos tentem estabelecer (embora de forma tímida) mecanismos de signaling e rating que , de fato , já são bem vindos para aperfeiçoar os sistemas de compras no país.

Abstract: Several countries and international organizations have tried to improve their regulatory rules and policies on bidding in recent decades, however more than just analyzing the laws is needed. Contract efficiency means explaining, predicting and understanding the behavior of the actors involved in the process. In the Brazilian case, characterized by legalism, there is a risk of perpetuating old practices if we look at the new legal framework through the lens of a “jurisprudential rear view” or even the traditional (and worn) doctrine to face on the topic in Brazil. As the new bidding law project misses a great opportunity to bring relevant advances in information disclosure rules and reduction of informational asymmetries. Although specific devices try to establish (albeit in a timid way) signaling and rating mechanisms that, in fact, are already welcome to improve the purchasing system in the country

Palavras-chave: Licitação; Assimetria de informação ; signaling; incentivos; seleção adversa

Keywords: Public procurement; asymmetric information; signaling; incentives; adverse selection.

1. Introdução

A deflagração do processo de completa mudança do marco legal das contratações públicas no Brasil se deveu ao apontamento, por um Comissão Especial do Senado Federal, de que a Lei nº 8.666/1993 “cria insegurança para os administradores públicos” e “deixa margens excessivas para

práticas desleais de quem vende para a administração”.¹⁰²⁰ A partir desse diagnóstico, a referida Comissão Especial apresentou a primeira redação de um projeto de lei que visava substituir integralmente as normas atualmente vigentes, o que colocou o Brasil no vasto rol de países e organizações supranacionais que recentemente alteraram ou estão em vias de mudar significativamente suas políticas regulatórias a respeito do tema.¹⁰²¹

Depois de tramitar por quatro comissões do Senado, esta Casa aprovou um texto-base e o encaminhou à Câmara dos Deputados para revisão. Por sua vez, a Casa revisora inflou significativamente o projeto de lei mediante a aprovação de uma extensa redação substitutiva (subemenda substitutiva global reformulada), que foi remetida à Casa iniciadora em setembro de 2019. Conforme preconiza o art. 65, parágrafo único, da Constituição, compete agora ao Senado realizar o exame das alterações que a Câmara introduziu no texto originariamente submetido à revisão.¹⁰²² Todavia, como será visto adiante, em razão de um requerimento de apensação durante a tramitação do processo legislativo na Casa revisora, a apreciação pela Casa iniciadora será pautada pela possibilidade regimental de eliminar dispositivos de quase toda redação atual.

Considerando que a tramitação em ambas as Casas legislativas ocorreu em regime de urgência, é plausível que logo tenhamos uma nova lei que incidirá sobre parcela expressiva do Produto Interno Bruto. Desse modo, abre-se ao jus-economista mais uma frente de trabalho, uma vez que o advento de novos procedimentos licitatórios traz a certeza de que haverá a reconfiguração do **feixe de incentivos** que molda o funcionamento de um mercado relevante em nosso país.

No campo doutrinário, um olhar para trás aponta que o estudo jurídico da licitação raramente tentou explicar, prever e entender o comportamento dos atores envolvidos nos processos

¹⁰²⁰ SENADO FEDERAL. Relatório final da Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/1993) – CTLICON.

¹⁰²¹ Inovação, sustentabilidade e inclusão são tema centrais na agenda de reformas promovidas em diversos países, a exemplos daqueles que integram a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) (cf. OECD. *Public procurement for innovation: good practices and strategies*. Paris: OECD, 2017, p. 3.

¹⁰²² Art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal.

de contratação pública. No mais das vezes, o trabalho dos juristas restou confinado à mera análise descritiva das normas positivadas na lei,¹⁰²³ de modo que o desafio proposto no presente trabalho é avançar neste largo campo inexplorado pela análise normativa do direito aplicável às licitações. Sendo assim, vamos analisar alguns dispositivos que tratam dos critérios de habilitação e a possibilidade de usar mecanismos de *signaling* e *screening* para mitigar a assimetria de informações existentes entre a administração e os licitantes. Antes porém conceituaremos os principais argumentos para indicar que regras de revelação de informação são indispensáveis em qualquer processo de reforma de qualquer legislação sobre licitações no país.

2. Que nova lei poderemos ter?

Ao contrário do que se poderia imaginar, a redação final do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 559/2013, aprovado em dezembro de 2016, não será considerada a redação original para efeitos comparativos entre os textos produzidos por ambas as casas legislativas. Contendo algumas novidades colhidas a partir de experiências do direito estrangeiro, a maior parte dos 131 artigos do PLS 559/2013 consistia no agrupamento e reorientação de normas já contidas em nossos diplomas sobre licitações e contratos públicos: Lei nº 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações), Lei nº 10.520, de 2002 (Lei do Pregão), Lei nº 12.462/2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC) e Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais).

Quando do seu recebimento pela Câmara dos Deputados, o PLS 559/2019 passou a ser denominado Projeto de Lei (PL) nº 6.814/2017 e deu ensejo à criação de uma Comissão Especial para analisá-lo. Depois de tramitar por pouco mais de um ano, o Plenário da Câmara recebeu e aprovou o Requerimento nº 8.165/2018, de autoria do Deputado José Guimarães, cujo teor pleiteava que o PL nº 6.814/2017 fosse apensado ao PL nº 1.292/1995. Este último, teve origem na aprovação pelo Senado, em 1995, do PLS 163/1995, que visava inserir dois parágrafos ao art. 72 da Lei n. 8.666/1993.¹⁰²⁴ Sem movimentação processual desde então, o PLS 163/1995 havia ficado esquecido

¹⁰²³ NOBREGA, Marcos. Direito e Economia da Infraestrutura. Ed. Forum, Belo Horizonte, 2019, pag 21.

¹⁰²⁴ A alteração proposta pelo Projeto de Lei n. 1.292/1995 é a seguinte:

nas prateleiras da Câmara dos Deputados por 23 anos e, subitamente, passou a atrair centenas de proposições que, de qualquer forma, resvassem no tema das contratações públicas.

A manobra legislativa, aprovada sem alarde, alterou o objeto da Comissão Especial da Câmara Deputados e tornou prejudicado o texto do PLS 559/2013 (PL 6.814/2017).¹⁰²⁵ Em outras palavras, o PLS 559/2013 acabou arquivado e o envelhecido PLS 163/1995 retornou ao Senado elevado à condição de redação original da proposição de novo marco legal.¹⁰²⁶

Em um mundo que se transforma cada vez mais rápido, seria recomendável que legislador ordinário tivesse se aprofundado no debate global acerca das melhores práticas para licitar e contratar com eficiência. Nesse contexto, empenhar-se por normatizar procedimentos flexíveis de contratação e pinçar experiências que comprovadamente têm gerado bons resultados noutros países seriam providências esperadas daqueles que fazem as leis. Com efeito, as versões votadas nas comissões do Senado até contemplaram sucessivas estratégias oriundas de legislações estrangeiras. Todavia, como costuma ocorrer em processos legislativos conduzidos com uma visão demasiadamente voltada para dentro, diversas emendas parlamentares incorporadas à redação final

Art. 1º O art. 72 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 72

§ 1º O contratado é obrigado a cientificar à administração, em oito dias, as subcontratações que realizar.

§ 2º O pagamento dos benefícios obtidos pelo contratado perante a Administração Pública, em decorrência de reajustamento de preços ou em função de revisão contratual para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, somente será efetivado após a comprovação de que eventuais subcontratantes passem a usufruir, proporcionalmente aos seus encargos, as mesmas vantagens do contratado."

¹⁰²⁵ Assim decidiu a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, em 16.03.2008: "Apense-se o Projeto de Lei n. 6.814/2017 ao Projeto de Lei n. 1.292/1995. (...) Altere-se, ainda, o nome da Comissão Especial do Projeto de Lei n. 6.814/2017, para passar a se referir ao Projeto de Lei nº 1.292/1995, que encabeçará o bloco em apreciação".

¹⁰²⁶ O Deputado João Arruda ainda chegou a apresentar o Requerimento n 8373/2018, visando a desapensação dos projetos por ser considerá-la indevida e não atender aos pressupostos regimentais: "o PL nº 1.292, de 1995, tem a ele apensadas outras 223 proposições e a tramitação em conjunto das matérias pode se transformar em relevante obstáculo à boa apreciação por esta Casa Legislativa do conteúdo relevante e urgente que é a Nova Lei de Licitações proposta pelo PL nº 6.814, de 2017, tão aguarda por todos os setores envolvidos. Veja-se, por outro lado, que o PL nº 1.292, de 1995, e seus 223 apensados tratam de temas pontuais dentro do tema genérico de licitações contratos e visam a modificar dispositivos específicos da legislação vigente. Tem-se, assim, que o objeto e escopo das proposições são diversos: enquanto o PL nº 1.292, de 1995, e seus demais apensados pretendem alterar pontos específicos de normas sobre licitações, o PL nº 6.814, de 2017, apresenta uma Nova Lei de Licitações e Contratos, substituindo as três principais normas vigentes sobre o assunto". A Mesa Diretora, no entanto, indeferiu o pleito.

dada pela Câmara desfiguraram as finalidades de alguns institutos e procedimentos inspirados em práticas internacionais.

Dado o momento do processo legislativo, não haverá abertura para o Senado dar solução diversa em questões abordadas no texto recebido da Câmara. Na prática, considerando o conteúdo diminuto do PLS 163/1995, a Casa iniciadora poderá aprovar ou rejeitar quase todos os dispositivos compreendidos na redação final do PL 1.292/1995¹⁰²⁷, podendo ainda cindir disposições presentes em artigos, parágrafos e alíneas, desde que não modifique ou prejudique o sentido da norma.¹⁰²⁸

Em geral, a redação finalizada na Câmara dos Deputados é extensa (mais de 180 artigos!) e vai na contramão de uma simplificação do sistema de compras nacional. De qualquer forma, é preciso analisar alguns dos seus dispositivos a partir de uma nova perspectiva, que busque enxergar na legislação os incentivos que ela cria para os autores envolvidos no processo de contratação pública.

3. A licitação como mecanismo de revelação de informações

A licitação é um mecanismo de revelação de informações. Ela existe porque há dificuldades de transmissão de informações entre os governantes e os particulares que poderiam ser contratados para suprir as necessidades do Estado. Do contrário, se as informações fossem livres, perfeitas e gratuitas não haveria necessidade de certame licitatório, bastaria ao gestor público contratar diretamente o particular que melhor atendesse aos seus critérios de escolha. No mundo real, porém, sempre haverá uma assimetria entre o governo e os licitantes, de modo que a licitação

¹⁰²⁷ Segundo o art. 287 do Regimento Interno do Senado Federal, “o substitutivo da Câmara a projeto do Senado será considerado série de emendas e votado, separadamente, por artigos, parágrafos, incisos, alíneas e itens, em correspondência aos do projeto emendado, salvo aprovação de requerimento para votação em globo ou por grupos de dispositivos”.

¹⁰²⁸ Art. 285 do Regimento Interno do Senado Federal c/c art. 137 do Regimento Comum do Congresso Nacional.

é o mecanismo que o gestor lança mão para captar informações dos possíveis contratados e, só então, elencá-los de acordo com aqueles critérios de escolha.

O ponto central da discussão de licitação, portanto, é a questão da informação, ou melhor, de como atenuar a sua imperfeição.

A maioria das falhas em procedimentos licitatórios provoca ineficiências e má-alocação de recursos. Infelizmente, todos os defeitos são colocados na conta da má qualidade da gestão pública ou da corrupção de gestores e de empresários mal-intencionados. De fato, boa parte das dificuldades em procedimentos licitatórios, em todos os países, se dá por esses dois fatores, mas não se pode tributá-los com a culpa exclusiva pelas ineficiências existentes.

Na verdade, problemas surgem em razão da própria essência dos competitórios, considerando que as ineficiências aparecem porque as modelagens existentes são incapazes de revelar a quantidade suficiente de informação para garantir procedimentos mais eficientes. Assim, o grande desafio daqueles que pensam procedimentos licitatórios é estabelecer mecanismos que promovam essa revelação de informação.

É impressionante como o tema da informação (ou falta dela!) é negligenciado pelo Direito brasileiro, quer seja pela legislação ou (o que parece mais grave) pelos seus aplicadores. O Poder Judiciário em geral e os Tribunais de Contas em particular vivem em um mundo que não existe mais. Internalizam as regras jurídicas como se operássemos em um ambiente ideal pensado pelos doutrinadores neoclássicos do século XIX. Um mundo onde teríamos informação perfeita; racionalidade absoluta; contratos completos e ausência de custos de transação.

Para ilustrar como funciona um mecanismo de revelação de informação, vejamos um exemplo simples. Conta o Antigo Testamento¹⁰²⁹ que duas mulheres compareceram diante do Rei Salomão reclamando a maternidade de um recém-nascido. Após ouvi-las, o rei pediu que trouxessem a sua espada e anunciou a decisão de partir a criança ao meio, entregando metade a cada mulher. Nesse momento, a verdadeira mãe, tomada pelo instinto maternal, abriu mão de sua parte e rogou ao rei que entregasse a criança viva à falsa mãe. O rei, então, percebendo que apenas a verdadeira mãe poderia ter esse sentimento, mandou lhe entregar o bebê vivo.

Ao declarar a decisão de dividir a criança ao meio, o rei Salomão nada mais fez do que estabelecer um mecanismo de revelação de informação para tentar descobrir quem era a verdadeira mãe da criança. Da mesma forma, as licitações serão tão mais bem-sucedidas quanto mais conseguirem extrair informações dos licitantes. E nesse ponto, a Nova Lei de Licitação - NLL deve ser analisada. Antes disso, porém, é preciso entender o papel da informação no funcionamento dos mercados.

4. A economia da informação.

A informação é um bem econômico que desempenha uma função relevante para a compreensão de diversos fenômenos e problemas do mundo real. Embora seja produzida, guardada, consumida, copiada e transacionada,¹⁰³⁰ a informação é um bem bastante peculiar. Afinal, que outro bem não pode ser retido e repassado ao mesmo tempo?¹⁰³¹

A publicação do seminal artigo *The Use of Knowledge in Society*, de Friedrich Hayek, em 1945, é considerado o marco inaugural da chamada Economia da Informação. Deve-se ao economista e filósofo austríaco a percepção de que o sistema de preços opera como um mecanismo

¹⁰²⁹ Conf. 1 Reis 3:16-28

¹⁰³⁰ BIRCHLER, Urs; BÜTLER, Monika. Information economics. Abingdon: Routledge, 2007, p. 6.

¹⁰³¹ Birchler, Urs; Büttler, Monika. Information economics. Abingdon: Routledge, 2007, p. 1.

de comunicação da informação.¹⁰³² Ao investigar o problema da construção do raciocínio econômico, Hayek observou que o conhecimento das circunstâncias não é dado aos indivíduos de maneira concentrada, mas em pequenas partes de informações incompletas e frequentemente contraditórias.¹⁰³³ Cada indivíduo possui algum tipo de informação única que lhe dá vantagem perante os outros e cuja utilização benéfica à sociedade somente depende da sua vontade e ação colaborativa.¹⁰³⁴

A teoria da informação é recorrente na análise de diversos mercados e muitos autores que atuam nessa área têm sido agraciados com o Prêmio Nobel de Economia. Nesse sentido, destacam-se os trabalhos de George A. Akerlof, Michael Spence e Joseph Stiglitz, que estabeleceram os fundamentos dessa teoria ainda na década de 1970.

4.1 Akerlof e o problema dos limões

Em seu seminal artigo, *The Market of Lemmons: Quality uncertainty and the market mechanism*, George Akerlof apresentou o problema dos limões, em que utilizou o mercado de carros usados nos Estados Unidos para ilustrar um quadro de seleção adversa. O princípio dos limões é simples: na presença de informações assimétricas, os bens de baixa qualidade afastam do mercado os bens de boa qualidade.¹⁰³⁵

Para fins de simplificação, Akerlof apresenta um modelo em que classifica os carros em quatro tipos: novos ou usados e bons ou ruins (vulgarmente conhecidos como “limões”). Os novos podem ser bons ou ruins, assim como os usados também podem ser bons ou ruins.¹⁰³⁶ Diante deste cenário, algumas indagações surgem naturalmente: por que o vendedor de um bom carro usado nunca está satisfeito com o preço que mercado está disposto a pagar pelo seu veículo? Por que os

¹⁰³² HAYEK, Friedrich A. The Use of Knowledge in Society. The American Economic Review, 1945, 526.

¹⁰³³ 519

¹⁰³⁴ 521-522

¹⁰³⁵

¹⁰³⁶ 489-490.

carros novos perdem imediatamente valor ao saírem da concessionária? Ou mesmo por que quando mais novo for o carro usado, mas valor relativo perderá em relação ao carro zero quilômetro?

Para responder a essas questões, Akerlof recorre à teoria da agência (agente-principal) para asseverar que, no mercado de carros usados, existe uma assimetria de informações a respeito da qualidade dos veículos. No mundo real, o vendedor possui mais informações sobre a qualidade do carro a ser vendido do que os possíveis compradores.¹⁰³⁷ Por conseguinte, o comprador do carro sempre terá boas razões para suspeitar do motivo pelo qual o vendedor deseja se desfazer do bem, de modo que ele irá avalia-lo como sendo de qualidade duvidosa.

Esse raciocínio parece até simplista, considerando que muitos economistas já haviam se debruçado sobre o tema da assimetria de informação. Porém, Akerlof vai além e capta novos parâmetros que colocaram em xeque a generalização de modelos econômicos até então utilizados, inclusive em sofisticados modelos de equilíbrio geral.

Como decorrência do fato de que os compradores não conseguem distinguir claramente um carro bom de um carro ruim, Akerlof chega a algumas conclusões. Em primeiro lugar, tem-se que o preço do carro usado não poderá ser o mesmo do carro novo, pois, do contrário, seria vantajoso para o dono de um limão trocá-lo por um carro novo e, assim, obter gratuitamente mais uma chance de adquirir um carro bom. Segundo, visto que os compradores sempre suspeitam da qualidade dos veículos, a barganha será orientada pelo preço médio dos carros usados disponíveis no mercado. Em consequência, o proprietário de um carro bom tende a ficar aprisionado ao bem, dado que não se sentirá estimulado a vendê-lo porquanto dificilmente conseguirá receber uma oferta condizente com valor que ele atribui ao bem.¹⁰³⁸

¹⁰³⁷ 489.

¹⁰³⁸ 489-490; PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomics*. 9. ed. Harlow: Pearson, 2018, p. 646-647.

Dada a relutância dos proprietários de carros bons em vendê-los por um valor menor do que estimam para os seus bens, os limões tendem a se tornar a maioria dos veículos disponibilizados no mercado de carros usados. Resta, então, configurado o problema da seleção adversa, o qual tende a se ampliar gradativamente. Ora, como as expectativas dos potenciais compradores irão se alterar quando eles perceberem que o mercado está majoritariamente composto de carros de média ou baixa qualidade, o preço cairá novamente, provocando uma nova retração na oferta, já que agora os donos de carros de média qualidade não terão mais incentivos para vendê-los. E assim por diante, até que a qualidade caia tanto que não haja mais bens transacionados a qualquer preço.¹⁰³⁹

O problema dos limões ilustra uma importante falha de mercado que impõe obstáculos para que seus participantes estabeleçam transações mutuamente benéficas.

Como destacam Fisman e Sullivan¹⁰⁴⁰, Akerlof conseguiu simplificar algo muito mais complexo, ele rompe com os modelos econômicos abstratos e joga luz sobre a necessidade de a economia estar atenta ao mundo real. Em momento anterior, o modelo neoclássico de análise de mercados tão somente estimaria uma curva de demanda, uma de oferta e um preço de equilíbrio, tendo como parâmetros implícitos a assimetria informacional e a qualidade uniforme dos bens. Tamanha simplificação é inadequada para analisar mercados que lidam com acentuadas informações assimétricas e estão sujeitos a desvios de eficiência. Mais do que isso, é preciso considerar como os agentes econômicos de fato se comportam e quais são os incentivos existentes nas relações.

Seja no mercado de carros usados ou em qualquer outro com forte assimetria de informação, ocorrerá o problema de seleção adversa. Aliás, bom que se diga que sempre haverá algum tipo de assimetria de informações no mercado, restando saber se tal imperfeição é

¹⁰³⁹ 490.

¹⁰⁴⁰ Fisman, Ray e Sullivan, Tim. *The Inner Lives of Markets: How people shape them and the shape us*. Jonh Murray Learning Editora. England. 2016.

suficientemente contundente para ensejar alguma medida corretiva do próprio mercado (autorregulação) ou do governo.

O trabalho de Akerlof foi além de mercados de carros usados e lança olhar sobre tantos outros mercados que apresentam assimetrias informacionais, desde mercado financeiro ao mercado de trabalho.

4.2 - Um exemplo do mercado dos “limões”.

A melhor ilustração do problema foi dada por George Akerlof¹⁰⁴¹ no artigo seminal *The Market of Lemmons: Quality uncertainty and the market mechanism* sobre o mercado de carros usados onde colocou as bases da questão. A sua ideia parece até simplista, considerando que desde então muito economistas se debruçaram sobre o tema da assimetria de informação. A ideia de Akerlof é que em muitos mercados, uma das partes sabe muito mais do que a outra parte.

Nesse sentido, cabe indagar por que o vendedor de um carro usado nunca está satisfeito pelo preço que mercado está disposta a pagar pelo seu veículo? Ou mesmo por que os carros novos perdem imediatamente valor ao saírem da concessionária? Por que quando mais novo for o carro usado, mas valor relativo perderá em relação ao carro zero quilômetro?

Vejamos um exemplo para ilustrar os argumentos de Akerlof¹⁰⁴².

¹⁰⁴¹ Akerlof, George A. The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*. Vol. 84, No. 3 (Aug., 1970), pp. 488-500

2 ¹⁰⁴² ESSE EXEMPLO É EXPLICITADO PELO PROF. JOSÉ MARCOS CARREIRA JUNIOR NO VÍDEO DO YOUTUBE INTITULADO “SELEÇÃO ADVERSA, SINALIZAÇÃO E TEORIA DOS SEGUROS” E DISPONÍVEL NO ENDEREÇO ELETRÔNICO: [HTTPS://WWW.YOUTUBE.COM/WATCH?V=NIFXSWNG5_G](https://www.youtube.com/watch?v=NIFXSWNG5_G) . ACESSADO EM 10/11/19.

Já sabemos que é muito difícil avaliar a qualidade do carro usado e vamos considerar um mercado onde existam apenas dois tipos de carros, carros bons (CB) e carros ruins (CR).

O carro bom vai valer 3.000 para o comprador e 2500 para o vendedor, ao passo que o carro ruim vai valer 2000 para o comprador e 1000 para o vendedor.

Vamos também adotar como premissas que o número de carros ruins é o dobro do número de carros bons. Assim, nesse mercado $\frac{1}{3}$ dos carros serão bons e $\frac{2}{3}$ terão qualidade ruim. Sendo assim, em um mercado perfeito, com informação simétrica onde o vendedor e comprador conseguem avaliar exatamente a qualidade do bem, o carro bom seria comprado por 3.000 e o carro ruim por 2.000. Isso porque se fosse oferecido 3.000 pelo carro bom, ele seria vendido, ao passo que se fosse oferecido 2000 pelo carro ruim, ele também seria vendido. Sob a ótica da venda o carro, o proprietário aceitaria vender o carro bom por 2.500 e o dono do carro ruim aceitaria colocá-lo no mercado por 1.000.

Suponha agora que nenhuma das partes sabe qualidade dos carros e que dois terços do mercado é composto por carros ruins e o restante por carros bons. Logo:

Comprador		Vendedor	%
Carro Bom: 3.000	$\frac{1}{3}$	Carro Bom: 2.500	$\frac{1}{3}$
Carro Ruim: 2.000	$\frac{2}{3}$	Carro Ruim: 1.000	$\frac{2}{3}$
Valor esperado: 2.333		Valor esperado: 1.500	

Nesse caso, o comprador tem uma probabilidade de adquirir um carro bom por $3.000 \times 1/3 = 1000$ ao passo que o carro ruim será adquirido por $2.000 \times 2/3 = 1.333$. Assim, o valor esperado para que o carro seja comprado no mercado será o seguinte:

$3.000 \times 1/3. + 2.000 \times 2/3 =$		
$1.000 + 1.333$	$=$	2.333 Valor esperado

Sob a ótica da venda dos carros, se eles forem bons, deverão ser vendidos por $2.500 \times 1/3 = 833$, enquanto que o carro ruim, deverá ser vendido por $1.000 \times 2/3 = 666$, assim:

$2.500 \times 1/3 + 1.000 \times 2/3 =$		
$834 + 666$	$=$	1500 Valor esperado

Então, como achar um equilíbrio quando nenhuma das partes sabe a real qualidade do carro?

O valor de equilíbrio para a compra do carro é 2.333 e como esse valor é maior do que o preço esperado para o vendedor do carro, ele fará negócio.

O problema desse tipo de mercado é que o vendedor comumente sabe muito mais sobre a qualidade do carro do que o comprador. Temos, portanto, uma assimetria de informação. Assim, qual seria o preço de equilíbrio em um mercado com essas características? Suponha a seguinte análise da faixa de preços:



Abaixo de 1.000 (linha vermelha) não haveria qualquer venda porque esse é o preço mínimo que o proprietário do carro ruim estaria disposto a vendê-lo. Assim, acima de 1.000, os carros ruins começam a serem ofertados no mercado.

Como vimos, os carros bons somente começarão a ser ofertados no mercado a partir do preço de 2.500. Assim, entre 1.000 e 2.500 (linha amarela) só teríamos carros ruins ofertados. Por óbvio se o preço for acima de 2.500 (linha verde), tanto carros bons quanto ruins serão ofertados.

É bom lembrar que a probabilidade de carros bons é de $\frac{1}{3}$ e de carros ruins é de $\frac{2}{3}$ e considerando que o valor esperado de equilíbrio é 2.333, nenhuma transação ocorrerá acima de 2.500 porque o comprador saberá intuitivamente que provavelmente estará pagando muito por um carro ruim.

Observem que os carros serão ofertados no intervalo de 1.000 a 2.500 (faixa amarela), no entanto, os compradores racionalmente vão saber que somente existirão carros ruins ofertados, considerando que o valor dos carros bons para o proprietário é 2.500.

Sabendo disso, nesse intervalo (1.000 – 2.500) o comprador vai oferecer o preço de 2.000 que é quanto vale o carro ruim para ele. Ele não chegará nem a ofertar 2.333 porque nesse caso ele somente poderá adquirir carros ruins, pagando um preço excessivo por eles.

Em resumo, o equilíbrio desse mercado será 2.000 e somente carros ruins serão comercializados.

O vendedor de carros usados tem expertise suficiente para saber se o carro que ele esta vendendo é bom ou ruim, mas tentará ao máximo empurrar um carro de qualidade inferior ao consumidor, omitindo a informação do comprador. Assim, haverá uma assimetria de informação entre o vendedor e o comprador de carro usado, caracterizando esse mercado e tantos outros que lidam com acentuadas assimetrias de informação.

Nesse tipo de mercado , ou em qualquer outro com forte assimetrias de informação, ocorrerá o problema de seleção adversa, ou seja, os carros ruins expulsarão os carros bons dos mercado, gerando ineficiência.

Alias, bom que se diga que sempre haverá algum tipo de assimetria de informações no mercado , restando saber se tal imperfeição é suficientemente contundente para ensejar alguma medida corretiva do próprio mercado (auto regulação) ou do Governo.

É bom lembrar que o trabalho de Akerlof foi além de mercados de carros usados, é útil para tantos outros que apresentam assimetrias informacionais, desde mercado financeiro ao mercado de trabalho. O seu grande pioneirismo, no entanto, foi mudar a forma como os economistas pensam seus modelos sob a ótica da economia da informação. O modelo neoclássico de análise de mercados simplesmente estimaria uma curva de demanda , uma de oferta e um preço de equilíbrio, tendo como parâmetros implícitos a assimetria informacional e o qualidade uniforme dos bens. Uma simplificação que transcende os limites da razoabilidade.

Ao introduzir as distorções provocadas pela informação assimétrica, Akerlof rompe que os modelos econômicos abstratos e lança olhar sobre mercados reais.

O problema é como resolver o problema das assimetrias informacionais. Embora somente exista uma, e somente uma, informação correta, há inúmeras maneiras de comunicar algo imperfeição, ou seja, há inúmeras formas de provocar “ruídos” nesses sinais.

Embora Akerlof tenha sido um pioneiro, o tema é recorrente em Economia. Os trabalho de Rothschild e Stiglitz¹⁰⁴³ sobre mercado de seguros e Michael Spence sobre mercado de trabalho também merecem destaque.

Em uma vertente mais especializada da Teoria da Informação também podemos considerar os trabalhos seminais de James Mirrless¹⁰⁴⁴ sobre a taxaço sobre a renda e Willian Vickrey¹⁰⁴⁵ sobre teoria dos leilões. Esse último com um papel decisivo para o aperfeiçoamento das modelagens de leiloes. Vickrey foi pioneiro na explicitação dos mecanismos que podem gerar resultados melhores e seus achados foram fundamentais para desvendar os incentivos existentes em processos licitatórios.

¹⁰⁴³ Rothschild M., Stiglitz J. (1976) Equilibrium in Competitive Insurance Markets: An Essay on the Economics of Imperfect Information. In: Dionne G., Harrington S.E. (eds) Foundations of Insurance Economics. Huebner International Series on Risk, Insurance and Economic Security, vol 14. Springer, Dordrecht. 1976.

¹⁰⁴⁴ Mirrlees. James.. “The Optimal Structure of Incentives and Authority Within an Organization.” *Bell Journal of Economics and Management Science* 7: 105–131. 1976

¹⁰⁴⁵ Vickrey, William. “Counterspeculation, Auctions and Competitive Sealed Tenders,” *Journal of Finance*, 16, 8—39. 1961.

Segundo Dias¹⁰⁴⁶, existem duas opções distintas de diminuir as assimetrias de informação. Em primeiro lugar, detectar as hipóteses de interação de mercado, como o caso de mercados de carros usados. Outra possibilidade é determinar qual das partes toma a iniciativa de diminuir as assimetrias. Se é a parte menos informada (geralmente o Governo em procedimentos licitatórios) por mecanismos de monitoramentos e controle ou mesmo algum tipo de modelagem de screening (menu de contratos, por exemplo) ou pela parte mais informada (os licitantes) por sinalização (signaling).

É claro que um dos enfoques mais importantes da Teoria da Informação é encarar a assimetria de informação como uma falha de mercado. Assim, a teoria convencional determina a existência de mercados completos quando as características dos bens vendidos são livremente observáveis por todos os participantes do mercado. Essa muitas vezes é a falaciosa premissa existente nos procedimentos licitatórios. Embora os bens pareçam homogêneos, não se pode observar ex ante qual a valoração que cada participante denota ao bem. Isso é mais dramático no caso de serviços.

E aqui um ponto essencial é diferencial preço e valor. O preço é um sinalizador incompleto do valor que cada licitação dá a um determinado bem.

O desafio dos procedimentos licitatórios é como desenhar incentivos para diminuir as assimetrias de informação. E nesse ponto passa a ser relevante a consideração com a informação é disponibilizada e como se dá a sua dispersão e em que grau essa dispersão afeta o mercado e alocação de recursos. Ainda conforme análise de Dias¹⁰⁴⁷, Kennedy Arrow¹⁰⁴⁸ observou dois tipos

¹⁰⁴⁶ Dias, Marco Antônio Guimarães. Ele 2005: Análise Estratégica de Investimentos e de Decisões com Teoria de Jogos e Jogos de Opções Reais. Notas de aula. PUC- Rio. Disponível no endereço eletrônico: <http://marcoagd.usuarios.rdc.puc-rio.br/ele2005.html>

¹⁰⁴⁷ Dias, op cit.

¹⁰⁴⁸ Arrow, Kenneth. Social Choice and Individual Values, New York: Wiley.1963.

de assimetria de informação. Uma delas considerando as ações não-observáveis (Moral Hazard) ou o caso da informação oculta (Seleção Adversa).

O conceito de seleção adversa é tomado emprestado da Teoria da Seleção Natural de Charles Darwin. De acordo com o autor, os mais aptos sobreviveram os menos capazes de conviver com adversidades. Quando há informação assimétrica, os produtos de melhor qualidade são expulsos pelos produtos de menor qualidade, determinando uma seleção, de natureza adversa, porém, porque acabar gerando uma ineficiência.

No caso da Seleção Adversa e nas licitações, o Governo aceita a proposta do licitante vencedor e com ele contrata, no entanto não tem condições de saber exatamente todas as informações detidas pelo proponente. Nesse caso, aspectos como estrutura de custos, governança ou mesma verdadeira capacidade da empresa em executar a obra ou serviço fica apenas no âmbito de suposições.

É bem verdade, no entanto, que o procedimento licitatório contempla mecanismo de revelação de informação que se dá pelos critérios de qualificação. Ocorre, no entanto, que esses critérios são burocráticos, estabelecem elevados custos de transação (que serão repassados para os preços) e são pouco eficientes para revelar todas as informações necessárias para o Governo ter certeza que o vencedor do procedimento licitatório terá, de fato, condições de executar a obra ou serviço.

É muito comum, sobretudo em obras, que as empresas acabem propondo seus preços sabendo ex ante que não conseguirão executá-la por aquele valor. O fazem no intuito de ganhar o certamente e tão logo começam a execução do contrato arguem administrativamente ou judicialmente o reequilíbrio econômico financeiro do contrato, argumentando, no mais das vezes, as mais estapafúrdias razões.

Fica claro então que o preço que o licitante proporá no procedimento licitatório dependerá da probabilidade por ele estimada de conseguir rapidamente um reequilíbrio econômico financeiro do contrato. E mais. Esse preço também levará em consideração a estimativa dos custos de transação que a empresa contratante incorrerá para perseguir seu pleito (nesse caso, os custos de corrupção também serão estimados).

A Seleção Adversa é um dos maiores problemas (senão o maior) de modelagem nos procedimentos licitatórios. Ela cria uma quantidade grande de distorções e limitações de mercado, acabando por impedir a Administração de adquirir os melhores serviços e os produtos de melhor qualidade. Também cria elevados custos adicionais para minorar as imperfeições produzidas. O custo do controle é um bom exemplo disso.

Temos que encontrar mecanismos para minimizar o problema da seleção adversa. Algumas opções são possíveis:

a) **Procedência:** Evidente que as pessoas desejam comprar automóveis de quem conhecem e confiam. Isso é bem verdade porque se vendermos um carro a um conhecido, certamente conseguiremos melhor preço do que vender em uma agência de veículos. Nesse sentido, faria sentido exigir na fase de qualificação de licitação documentos que sinalizem a qualidade do produto como, por exemplo, certificados ISO¹⁰⁴⁹ ou mesmo Cartas de Exclusividade. Durante muito tempo os Órgãos de controle rechaçaram essas exigências por entendê-las afrontosas ao princípio da igualdade, quando, na verdade, podem funcionar como importante mecanismo de revelação de informação para o Governo.

¹⁰⁴⁹ Temos também muitas ressalvas a utilização de certificados ISO que muitas vezes são burocratizados e são mais usados como instrumentos de marketing com pouca preocupação com a sinalização de qualidade.

b) **Reputação:** Por óbvio tentamos comprar um carro de quem já conhecemos ou de um loja recomendada por um amigo próximo. Assim, as empresas apresentam valores quanto a sua posição no mercado, sendo um elemento intrínseco de revelação de informação. Os procedimentos licitatórios tratam esse fator de forma controversa. Ao passo que podem estabelecer critérios na qualificação técnica, devem evitar que esses critérios maculem a igualdade dos licitantes (art. 37, XXI). Isso as vezes é um contrassenso porque acaba por igualar os diferentes, impedindo a administração de escolher a firma mais confiável do mercado.

Esse problema aparece quando a Administração tenta escolher uma determinada marca ou um confiável executor do serviço. Ela o faz porque conhece as características intrínsecas do produto. Aliás, o mercado que liberou informação suficiente para determinar que aquela marca é melhor e mais confiável. Bem, não é preciso ir mais longe para descobrirmos que o é vedada a preferência de marca nos procedimentos licitatórios. Mais uma vez ocorre o problema da seleção adversa, os piores acabam expulsando os melhores produtos do mercado.

c) **Garantia.** Isso parece óbvio. É o que fazem as novas firmas para convencer o público que possuem bons produtos. Um fábrica de automóveis chinesa tem como principal elemento de sua propaganda a garantia de 6 anos, tentando com isso convencer o consumidor que possui um bom e confiável produto. Da mesma forma funcionam os critérios de garantia estabelecidos pelos procedimentos licitatórios, muito embora, mais sinalizem robustez financeira do que capacidade técnica.

Um efeito semelhante tem um Fundo Garantidor (como os da PPPs, por exemplo) que sinaliza que o Governo estaria disposto a dar lastro ao empreendimento diante de eventuais dificuldades. Isso se justifica para criar incentivos para participação do setor privado, considerando que muitas PPPs são formatadas como modelagem de Project Finance onde o fluxo de caixa é o verdadeiro garantidor do projeto. Cumpre, no entanto, lembrar que se não existir uma legislação

adequada para normatizar o funcionamento dessa garantia, um problema de Risco Moral (Moral Hazard) surgirá, caracterizado pela diminuição do ímpeto do setor privado em cumprir adequadamente o contrato ou ter suficiente diligência financeira.

A visão que temos do controle é muito ingênua¹⁰⁵⁰. Açodado pela estrita legalidade, quando resolve atuar *ex ante* apenas empurra o problema para a fase de execução contratual, quando é bem mais caro e ineficiente o controle. Deveria, na verdade, apreciar os editais de licitação sob a lupa das assimetrias informacionais e dos incentivos determinados para tentar minorar as distorções do sistema.

Na hipótese de Moral Hazard, há uma assimetria *ex post* a celebração do contrato. O licitante vencedor acredita que poderá executar o objeto pelo preço acertado, no entanto quando começa a execução contratual percebe iludido quanto ao mister. Assim, tenta por todas as formas quer seja por reequilíbrio econômico financeiro ou por trapaça reestabeler o contrato ao patamar desejável. Uma forma comum de minorar o Moral Hazard é a reputação. E nesse caso, mecanismos mais eficientes de qualificação devem ser contemplados quando da emissão dos editais licitatórios.

Esse ponto dos contratos chama atenção para uma questão importante. É inconteste que algum esforço tem sido feito pelo Governo do Brasil para aprimorar a legislação de compras governamentais e o RDC é um bom exemplo disso. No entanto, grande parte do problema continua intocada. Trato da disciplina jurídica dos contratos celebrados pela Administração. O arcabouço legal que o envelope resta sombreada por conceito e parâmetros arcaicos. O fetiche do princípio da Supremacia do Poder Público sobre o particular e a visão obliterada pelo radicalismo legalista, escondem a abordagem de aspectos importantes como contratos incompletos, custos de transação e

¹⁰⁵⁰ NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. Os Tribunais de Contas e o Controle dos Programas Sociais. Belo Horizonte: Forum, 2011. 136p

eficiência. Assim, a parte da legislação que trata de contratos administrativos não foi ainda reformada e terá que sê-lo nos próximos anos.

Vê-se que como a legislação de licitação no Brasil (lei 8666/93 e leis especiais) é insuficiente para dirimir as assimetrias de informação e o problema dos incentivos existentes na escolha das propostas mais vantajosas para a administração e como todas essas deficiências serão carreadas para a execução contratual. Repensar a teoria dos contratos administrativos e, urgentemente, reformar a legislação sobre o assunto resta imperioso. Mas isso foge ao escopo desse trabalho.

4.3 - A nova lei de licitação e a tentativa de minorar as assimetrias de informação.

Vários são os dispositivos do projeto da nova lei de licitação que tentam minorar as assimetrias de informação entre o licitante e o Governo, comprador dos bens. Logo, no art. 6º, artigo que se presta a estabelecer as principais conceitos da lei, no inciso XLIV é dito que a pré-qualificação é o procedimento seletivo prévio à licitação, convocado por meio de edital, destinado à análise das condições de habilitação, total ou parcial, dos interessados ou do objeto. Esse claramente é uma forma de sinalizar ao mercado e estabelecer padrões ex ante para facilitar a escolha das empresas mais à frente. O problema, como veremos, é que essa pré qualificação (assim como a qualificação) deve ter condições de revelar informações úteis sobre o “tipo” do empresa, como idoneidade, capacidade de executar o objeto, confiabilidade, histórico, etc.

Em relação às regras de habilitação, o art. 60 estabelece que é a fase da licitação em que é verificado o conjunto de informações e documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação, dividindo-se em:

I - jurídica;

II - técnica;

III - fiscal, social e trabalhista;

IV- económico-financeira.

É importante saber se essas regras de habilitação são capazes de revelar informação útil para descobrirmos se o licitante terá condições de executar adequadamente o contrato. Nesse sentido, o artigo subsequente (art. 61) estabelece os parâmetros que deverão ser observados na fase de habilitação, a saber:

- I - *poderá ser exigida dos licitantes a declaração de que atendem aos requisitos de habilitação, respondendo o declarante pela veracidade das informações prestadas, na forma da lei;*
- II - *será exigida a apresentação dos documentos de habilitação apenas pelo licitante vencedor, exceto quando a fase de habilitação anteceder a de julgamento;*
- III - *em qualquer caso, os documentos relativos à regularidade fiscal somente serão exigidos em momento posterior ao julgamento das propostas, e apenas do licitante mais bem classificado;*
- IV - *será exigida declaração do licitante de que cumpre as exigências de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência e para reabilitado da Previdência Social, bem como em outras normas específicas.*

Embora sejam exigências importantes, não trazem inovações em relação aos diplomas de licitação já existentes. São, em essência, mais formalidades burocráticas do que dispositivos que revelem a capacidade real do contratado executar a avença ou mesmo da qualidade do produto.

Nesse sentido, os comandos estabelecidos nos parágrafos desse artigo 61 vão no mesmo sentido. Vejam:

§ 1º Constará do edital de licitação cláusula que exija declaração dos licitantes, sob pena de desclassificação, de que suas propostas económicas compreendem a integralidade dos custos para atendimento dos direitos trabalhistas assegurados na Constituição Federal e nas leis trabalhistas, normas infralegais, convenções coletivas de trabalho e termos de ajustamento de conduta vigentes na data de entrega das propostas.

§ 2º 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 poderá prever, sob pena de inabilitação, a necessidade de o licitante atestar que conhece o local e as condições de realização da obra ou serviço, ficando assegurado ao licitante o direito de realização de vistoria prévia.

§ 3º Para os fins previstos no § 2º, o edital de licitação sempre deverá prever a possibilidade de substituição da vistoria por declaração formal assinada pelo responsável técnico da licitante acerca do conhecimento pleno das

condições e peculiaridades da contratação.

§ 4º Para os fins previstos no § 2º, se licitante optar por realizar vistoria prévia, a Administração deverá disponibilizar data e horário diferentes para os eventuais interessados.

É bem verdade, no entanto, que os mais efetivos aspectos para sinalizar a qualidade do contrato *ex ante* estão estabelecidos nos critérios adotados de qualificação técnico-profissional e técnico-operacional. Aí é que regras de signaling e screening deverão ser mais efetivas para comunicar o “tipo” do licitante. Percebe-se, porém, que essa revelação de informação nunca será perfeita e o que deve ser perseguido é a “core information”, ou seja, a parcela de informação essencial para o contratante (no caso o Governo) discernir se a empresa pode prestar o serviço adequadamente. Logo, informações sobre governança da empresa, capacidade operacional e tantas outras informações “interna corporis” serão despiciendas ou exigirão um esforço pouco razoável para coletá-las. Além disso, é necessário também considerar os “ruídos” que ocorrem na liberação dessas informações, o que sempre tornará impossível a eliminação de assimetrias de informação.

No projeto da Nova lei de Licitação, os critérios adotados de qualificação técnico-profissional e técnico-operacional estão estabelecidos no art. 65:

I - apresentação de profissional, devidamente registrado no conselho profissional competente, quando for o caso, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, para fins de contratação;

II - certidões ou atestados, regularmente emitidos pelo conselho profissional competente, quando for o caso, que demonstrem capacidade

operacional na execução de serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, bem como documentos comprobatórios emitidos na forma do § 3º do art. 84;

III - indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso;

V - registro ou inscrição na entidade profissional competente, quando for o caso;

VI- declaração de que o licitante tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação.

§ 1º A exigência de atestados restringir-se-á às parcelas de maior relevância ou valor significativo do objeto da licitação, assim consideradas aquelas que tenham valor individual igual ou superior a 4% (quatro por cento) do valor total estimado da contratação.

§ 2º Observado o disposto no caput e no § 1º, é admitida a exigência de atestados com quantidades mínimas de até 50% (cinquenta por cento) das

parcelas a que se refere o § 1º, sendo vedadas limitações de tempo e locais específicos relativas aos atestados.

§ 3º Salvo na hipótese de contratação de obras e serviços de engenharia, as exigências a que se referem os incisos I e II do caput, a critério da Administração, poderão ser substituídas por outra prova de que o profissional ou a empresa possui conhecimento técnico e experiência prática na execução serviço de características semelhantes, hipótese em que as provas alternativas aceitáveis deverão ser previstas em regulamento.

§ 4º Serão aceitos atestados ou outros documentos hábeis emitidos por entidades estrangeiras, quando acompanhados de tradução para o português, salvo se comprovada a inidoneidade da entidade emissora.

§ 5º Em se tratando de serviços contínuos, o edital poderá exigir certidão ou atestado que demonstre que o licitante tenha executado serviços similares ao objeto da licitação, em períodos sucessivos ou não, por um prazo mínimo, que não poderá ser superior a 3 (três) anos.

§ 6º Os profissionais indicados pelo licitante na forma dos incisos I e III do caput deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela Administração.

§ 7º Sociedades empresárias estrangeiras atenderão à exigência prevista no inciso V do caput por meio da apresentação, no momento da assinatura do contrato, da solicitação de registro junto à entidade profissional

competente no Brasil.

§ 8º É admitida a exigência da relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem em diminuição da disponibilidade do pessoal técnico referido nos incisos I e III do caput.

§ 9º O edital poderá prever, para aspectos técnicos específicos, que a qualificação técnica poderá ser demonstrada por meio de atestados relativos a potencial subcontratado, limitado a 25% (vinte e cinco por cento) do objeto a ser licitado, hipótese em que mais de um licitante poderá apresentar atestado relativo ao mesmo potencial subcontratado.

§ 10. Em caso de apresentação por licitante de atestado de desempenho anterior emitido em favor de consórcio do qual ele tenha feito parte, se o atestado ou o contrato de constituição do consórcio não identificar a atividade desempenhada por cada consorciado individualmente, serão adotados os seguintes critérios na avaliação de sua qualificação técnica:

I - caso o atestado tenha sido emitido em favor de consórcio homogêneo, todas as experiências atestadas deverão ser reconhecidas para cada uma das empresas consorciadas na proporção quantitativa de sua participação no consórcio, salvo nas licitações para contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, em que todas as experiências atestadas deverão ser reconhecidas para cada uma das empresas consorciadas;

II- caso o atestado tenha sido emitido em favor de consórcio heterogêneo, as experiências atestadas deverão ser reconhecidas para cada consorciado de acordo com os respectivos campos de atuação, inclusive nas licitações para contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual.

§ 11. Na hipótese do § 10, para fins de comprovação do percentual de participação do consorciado, caso esse não conste expressamente do atestado ou certidão, deverá ser juntada ao atestado ou à certidão cópia do instrumento de constituição do consórcio.

§ 12. Na documentação de que trata o inciso I do caput, não serão admitidos atestados de responsabilidade técnica de profissionais que, na forma de regulamento, tenham dado causa à aplicação das sanções previstas nos incisos III e IV do art. 154 em decorrência de orientação proposta, prescrição técnica ou qualquer ato profissional de sua responsabilidade.

Parece pouco provável que essa miríade de atestados, além de consumir tempo e recursos das empresas licitantes, possa sinalizar realmente se as empresas podem executar adequadamente os serviços. Assim, perdemos a oportunidade de estabelecer mecanismos de *rating* para empresas e assim dar uma pontuação extra para aquelas que executaram adequadamente o contrato. Nesse caso, poderia ser considerado vários parâmetros como o análise do preço contrato vis a vis o preço final pago, ou seja, a incidência de aditivos como pontuação para aferir a eventual pontualidade na execução do objeto ou mesmo a qualidade dos bens utilizados.

Com novas ferramentas tecnológicas, como blockchain, podemos aferir em tempo real a utilização de insumos e adimplemento das obrigações.

Nesse diapasão de “mais do mesmo”, veja o que a nova lei fala de habilitação econômico financeira (art. 67)

Art. 67. A habilitação econômico-financeira visa a demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato, devendo ser comprovada de forma objetiva, por coeficientes e índices econômicos previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório, e será restrita à apresentação da seguinte documentação:

- I - balanço patrimonial, demonstração de resultado de exercício e demais demonstrações contábeis dos dois últimos exercícios sociais;*
- II - certidão negativa de feitos sobre falência expedida pelo distribuidor da sede do licitante.*

§ 1º A critério da Administração, poderá ser exigida declaração, assinada por profissional habilitado da área contábil, atestando que o licitante atende aos índices econômicos previstos no edital.

§ 2º Para o atendimento do disposto no caput, é vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior e de índices de rentabilidade ou lucratividade.

§ 3º É admitida a exigência da relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem em diminuição de sua capacidade econômico-financeira, excluídas parcelas já executadas de contratos firmados.

§ 4º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no edital, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo equivalente a até 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação.

§ 5º É vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para a avaliação de situação econômico-financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

§ 6º Os documentos referidos no inciso I do caput se limitarão ao último exercício no caso de a pessoa jurídica ter sido constituída em menos de dois anos.

Além da qualificação, outra forma de estabelecer mecanismos de signaling é a pré-qualificação, que é o procedimento seletivo prévio à licitação, convocado por meio de edital, destinado à análise das condições de habilitação, total ou parcial, dos interessados ou do objeto; onde os requisitos são solicitados *ex ante*. A pré-qualificação é considerado um instrumento auxiliar e busca selecionar previamente os licitantes que reúnam condições de habilitação para participar de futura licitação ou de licitação vinculada a programas de obras ou de serviços objetivamente definidos, bem como os bens que atendam às exigências técnicas ou de qualidade estabelecidas.

Nesse mesmo sentido, a possibilidade de fazer prova da qualidade conforme estabelece o Art. 40. A prova de qualidade de produto apresentado pelos proponentes como similar ao das marcas eventualmente indicadas no edital (art. 40). Isso é admitida por qualquer um dos seguintes meios:

- I - *comprovação de que o produto está de acordo com as normas técnicas determinadas pelos órgãos oficiais competentes, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) ou por outra entidade credenciada pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro);*
- II - *declaração de atendimento satisfatório emitida por outro órgão ou entidade de nível federativo equivalente ou superior que tenha adquirido o produto;*
- III - *certificação, certificado, laudo laboratorial ou documento similar que possibilite a aferição da qualidade e da conformidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, emitido por instituição oficial competente ou por entidade credenciada;*

5 - Conclusões.

Em que pese diversos países e organizações supranacionais tenham buscado aperfeiçoar suas normas e políticas regulatórias sobre licitação nas últimas décadas, é preciso mais do que análises positivas. Há muito já se enxerga que a eficiência na aplicação das contratações perpassa por explicar, prever e entender o comportamento dos atores envolvidos no processo.

E, no caso brasileiro, marcado pela tradição legalista, corre-se o risco de perpetuar velhas práticas se encararmos o novo marco legal pelas lentes de um “retrovisor jurisprudencial” ou mesmo da tradicional (e desgastada) doutrina para enfrentar sobre o tema no Brasil

Isso certamente aparece em licitações onde os critérios de qualificação estipulados pela lei 8666/93 e por todas as outras específicas legislações de licitação (Concessões, PPP, RDC e Lei das Estatais) são absolutamente insuficientes para revelar as verdadeiras qualidades dos licitantes ao Governo. Assim, embora regularidade fiscal ou qualificação técnica digam muito, ainda assim muita informação fica anuviada pelo manto da assimetria informacional. Aspectos como governança corporativa ou mesmo capacidade administrativa são encobertos. Sem falar nas informações possuídas pelos licitantes quanto a qualidade dos bens e serviços prestados durante a execução contratual, bem com a quantidade envolvida.

Como o projeto da nova lei de licitação perde-se uma grande oportunidade de trazer relevantes avanços em regras de revelação de informação e diminuição de assimetrias informacionais. Muito embora dispositivos específicos tentem estabelecer (embora de forma tímida) mecanismos de signaling e rating que, de fato, já são bem vindos para aperfeiçoar os sistemas de compras no país.

6 - Bibliografia.

AKERLOF, George A. The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*. Vol. 84, No. 3 (Aug., 1970), pp. 488-500

ARROW, Kenneth. *Social Choice and Individual Values*, New York: Wiley. 1963.

BIRCHLER, Urs; BÜTLER, Monika. *Information economics*. Abingdon: Routledge, 2007, p. 6.

DIAS, Marco Antônio Guimarães. *Ele 2005: Análise Estratégica de Investimentos e de Decisões com Teoria de Jogos e Jogos de Opções Reais*. Notas de aula. PUC- Rio. Disponível no endereço eletrônico: <http://marcoagd.usuarios.rdc.puc-rio.br/ele2005.html>

FISMAN, Ray e SULLIVAN, Tim. *The Inner Lives of Markets: How people shape then and the shape us*. Jonh Murray Learning Editora. England. 2016.

HAYEK, Friedrich A. *The Use of Knowledge in Society*. *The American Economic Review*, 1945, 526.

Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) (cf. OECD. *Public procurement for innovation: good practices and strategies*. Paris: OECD, 2017, p. 3.

ROTHSCHILD, Stiglitz J. (1976) *Equilibrium in Competitive Insurance Markets: An Essay on the Economics of Imperfect Information*. In: Dionne G., Harrington S.E. (eds) *Foundations of Insurance Economics*. Huebner International Series on Risk, Insurance and Economic Security, vol 14. Springer, Dordrecht. 1976.

SENADO FEDERAL. *Relatório final da Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/1993) – CTLICON*.

MIRRELESS. James.. “The Optimal Structure of Incentives and Authority Within an Organization.” *Bell Journal of Economics and Management Science* 7: 105–131. 1976

NOBREGA, MARCOS. *Direito e Economia da Infraestrutura*. Ed. Forum, Belo Horizonte, 2019

NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da . *Os Tribunais de Contas e o Controle dos Programas Sociais*. Belo Horizonte: Forum, 2011. 136p

VICKREY, William. “Counterspeculation, Auctions and Competi- tive Sealed Tenders,” *Journal of Finance*, 16, 8—39. 1961.

PROFISSIONALIZAÇÃO DE CARGOS E FUNÇÕES NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Marinês Restelatto Dotti

Advogada da União. Especialista em Direito do Estado e em Direito e Economia pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul (UFRGS). Autora da obra: Governança nas contratações públicas: aplicação efetiva de diretrizes, responsabilidade e transparência.

Currículo: <http://lattes.cnpq.br/>

No Brasil, o caráter particularista do processo colonizador pelos europeus absorveu o modelo de administração pública portuguesa na forma de ver o Estado como extensão das famílias dominantes. Poderes locais se sobressaíam pulverizando as funções administrativas entre parentes e apadrinhados que viviam ao redor dos senhores proprietários de terra. A Constituição Imperial (1824), em seu art. 179, inciso XIV, limita-se a orientar que todo o cidadão pode ser admitido aos cargos públicos civis, políticos ou militares, sem outra diferença que não seja a dos seus talentos e virtudes. A Constituição Republicana de 1934 (art. 170, §2º) determinava a realização de concurso público em caráter específico para situações especiais. As sucessivas Constituições de 1937 e 1946 repetiram a fórmula da Carta de 1934. Foi na Carta de 1967 que surgiu a exigência do concurso público para o acesso a todos os cargos e empregos públicos mediante concurso público. Não logrou êxito, no entanto, este impulso moralizador, tendo a Carta de 1969 (art. 97) retomado a questão aos moldes anteriores.

Com a redemocratização do país e com a exigência precípua de atingir a qualidade esperada pela sociedade como prestador de serviços e empregador, percebeu-se que era preciso dotar o Estado de um quadro permanente de servidores concursados, não sujeitos às ingerências políticas, cujo princípio do mérito fosse o critério basilar para que os cidadãos fossem investidos em cargos públicos. Estabeleceu, assim, o constituinte de 1988, o ingresso em cargo e emprego público por

meio de concurso, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37, incisos I e II).

A realização de concurso público é instrumento de efetivação dos princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa, por meio do qual: (a) aferem-se aptidões necessárias aos ocupantes de cargos e empregos públicos na administração pública; (b) privilegia-se o sistema de mérito; (c) proporciona-se aos interessados participarem do certame em igualdade de condições; (d) selecionam-se os candidatos mais aptos a firmarem a relação jurídica estatutária ou laboral conforme o vínculo a ser encetado; e (e) afasta-se a prática ilegítima do nepotismo.

Raquel Carvalho¹⁰⁵¹ ensina que por meio da realização de concurso público reduzem-se os riscos de discriminações ilícitas, dos apadrinhamentos clientelistas que ocorrem através de indicações exclusivamente políticas; combate-se a cultura do empreguismo e do exercício de cargo como um favor que merece retribuição política; rompe-se com o risco de alta rotatividade no quadro de pessoal que precisa de continuidade técnica no exercício de atividades permanentes que exigem memória e competência adquirida pelo exercício; busca-se uma blindagem em face dos chamados “trens da alegria”, ainda comuns na realidade administrativa contemporânea; e evitam-se critérios desproporcionais que significam favores e privilégios de alguns interessados em desfavor de outros candidatos, muitas vezes mais capacitados para o exercício da função pública.

A realização de concurso público democratiza o acesso às funções públicas àqueles que não contam com o amparo dos poderosos capazes de conseguir cargos ou empregos sem maiores esforços, além de afastar a famigerada prática denominada de “rachadinha”, por meio da qual se insere um agente sem vínculo com a administração para exercer função pública, ou seja, sem concurso, de cujo bolso é extraída parcela da remuneração, constituindo-se num meio de vida para alguns e modo de fazer negócios para outros.

¹⁰⁵¹ CARVALHO, Raquel. Concurso público: importância, execução indireta e artigo 24, XIII, da Lei 8.666 Ou ... Como escolher parasitas. Disponível em: <http://raquelcarvalho.com.br/2020/02/12/concurso-publico-importancia-execucao-indireta-e-artigo-24-xiii-da-lei-8-666/>. Acesso em: 28.01.2021.

Dispõe a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, inciso V, que as funções de confiança serão exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, sendo os cargos em comissão preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinando-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Existem, pois, as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem ocupados por um percentual mínimo legal de servidores de carreira, podendo-se preencher as vagas restantes por pessoas sem vínculo definitivo com a administração pública.

Algumas instituições públicas não executam processo formal sucessório baseado em competências internas, experiência, conhecimento técnico, cultura orientada para resultados, gestão de talentos e transparência para selecionar suas funções de confiança e cargos comissionados. Vê-se, ainda, escolhas de funções de chefia e direção baseadas em apadrinhamento político, relações de amizade, de parentesco ou de reciprocidade, sem apreço à meritocracia, produzindo riscos para a produtividade e qualidade do serviço público e, ao fim, para o alcance do princípio constitucional da eficiência.

Paulo Otero¹⁰⁵², administrativista português, anota que:

Não se encontra isenta uma Administração Pública legitimada democraticamente, todavia, de um fenómeno de politização ou colonização administrativa pelos partidos políticos: a intervenção dos partidos políticos fazendo de quase toda a máquina administrativa um palco da luta hegemónica do “Estado do partido governamental” (v. *supra*, nº 6.1.2), além de gerar um domínio informal das estruturas administrativas (v. *supra*, nº 6.5.2), determina também uma infiltração no próprio aparelho administrativo de *boys ou fidèles du gouvernement* que, alimentando nomeações políticas quase sempre sem especiais habilitações científicas ou qualificações técnicas, tendem a valorizar um vínculo político em

¹⁰⁵² OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina. 3 ed., 2011, p. 294.

detrimento do relacionamento jurídico-institucional e a provocar uma transferência do centro decisório dos gabinetes administrativos para as salas dos directórios partidários.

No Brasil contemporâneo, as relações patrimonialistas não foram completamente superadas. As origens da tradição de favorecimento de amigos ou parentes no processo de seleção para cargos públicos são encontradas no decurso de formação do Estado brasileiro. Um processo eficiente e eficaz de profissionalização na administração pública deve reduzir, mais e mais, o espaço para a escolha de indivíduos despreparados, afastando os ineptos e os apaniguados que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de agentes que se alçam e se mantêm no poder leiloando cargos públicos. Se estes são utilizados como moeda de troca em transações políticas não exatamente republicanas, faz-se necessário reduzir as posições de livre nomeação e incrementar o acesso e a ascensão a elas por critérios de mérito na administração pública. A ideia da meritocracia trazida pela administração pública burocrática e que permaneceu como característica da administração pública gerencial contrapõe-se ao fisiologismo, ao clientelismo, à patronagem e ao nepotismo, pois afirma que as pessoas devem ocupar cargos e empregos públicos em decorrência de características racionais, ou seja, pela criteriosa aferição de conhecimento técnico e habilidades, em igualdade de condições.

A Lei nº 13.346, de 10 de outubro de 2016, que dispõe sobre a extinção de cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores e a criação de funções de confiança denominadas Funções Comissionadas do Poder Executivo, veio a estabelecer que:

Art. 5º Ato do Poder Executivo federal definirá os critérios, perfil profissional e procedimentos gerais a serem observados para a ocupação das FCPE e dos cargos em comissão do Grupo-DAS.

§ 1º Os órgãos e entidades do Poder Executivo federal deverão:

I - incluir em seus planos de capacitação ações destinadas à habilitação de seus servidores para o exercício das FCPE e para a ocupação de cargos em comissão do Grupo-DAS, com base no perfil profissional e nas

competências desejadas e compatíveis com a responsabilidade e complexidade inerentes à função ou ao cargo;

II - estabelecer programa de desenvolvimento gerencial para os ocupantes das FCPE e de cargos em comissão do Grupo-DAS.

§ 2º Cabe à Fundação Escola Nacional de Administração Pública - ENAP:

I - apoiar e promover os programas de capacitação referidos neste artigo; e

II - coordenar e supervisionar os programas de capacitação gerencial de pessoal civil executados pelas demais escolas de governo da administração pública federal.

§ 3º Poderão ser considerados nos critérios para ocupação de DAS e de FCPE a conclusão, com aproveitamento, de cursos legalmente instituídos para a formação e o aperfeiçoamento de carreiras.

Louvável a publicação do diploma citado, a demonstrar a preocupação do Poder Executivo federal na escolha de funções gerenciais baseada na responsabilidade e complexidade inerentes à função ou ao cargo e, ainda, na qualificação dessas atribuições por meio de planos de capacitação.

A Portaria Conjunta nº 254, de 23 de junho de 2020, do Ministro de Estado da Economia e do Presidente da Fundação Escola Nacional de Administração Pública – Enap, instituiu o Grupo de Desenvolvimento de Líderes do Futuro e o Programa Piloto "LideraGOV" de Desenvolvimento de Líderes, voltado ao aprimoramento do desenvolvimento de pessoas dos quadros de pessoal da administração pública federal direta, autárquica e fundacional com os objetivos de: (a) oportunizar o desenvolvimento estratégico de líderes no âmbito da administração pública federal por meio de programas de desenvolvimento específicos; (b) definir as competências de liderança para o setor público necessárias para o aprimoramento institucional e para o desenvolvimento do País; (c) identificar servidores públicos com aptidão de gestão e potencial de liderança e ofertar-lhes a participação em programas de liderança e em ações de desenvolvimento profissional; (d) criar mecanismos de incentivo ao desenvolvimento profissional contínuo de servidores públicos em

posições de liderança; (e) zelar para que a administração pública federal tenha sempre servidores públicos qualificados e disponíveis para exercer posições de liderança de forma eficiente, eficaz e efetiva; (f) acompanhar a evolução profissional do servidor público egresso do programa de desenvolvimento de líderes, a partir de cadastro específico; e (g) construir rede de servidores públicos com alta capacidade de gestão e liderança a partir dos egressos do programa de desenvolvimento de líderes.

No âmbito das empresas estatais (sociedades de economia mista, empresas públicas e suas subsidiárias), a Lei nº 13.303/2016¹⁰⁵³ deu um importante passo ao afastar a influência política e o aparelhamento partidário nas estatais, com a exigência de pré-requisitos técnicos, de formação acadêmica e de experiência profissional para os ocupantes de cargos de direção e membros dos Conselhos Administrativos.

O modelo de recrutamento de cargos de livre provimento de natureza gerencial, selecionados exclusivamente da instituição pública, em perfis de competências essenciais tais como: qualificação técnica, experiência, memória institucional, comprometimento, habilidade para motivar, integridade, disposição para compartilhar e iniciativa, afirma a boa governança, desenvolve e retém profissionais com as competências desejadas, cria um esforço laborativo para a melhor alocação de lideranças, produz a motivação de agentes subordinados e induz melhorias à produção de resultados para a sociedade.

A Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 32/2020, também denominada de “PEC da Reforma Administrativa”, que visa alterar disposições sobre servidores, empregados públicos e organização administrativa, apresenta, como ponto central das mudanças, a forma de ingresso de novos servidores nas atividades estatais. São propostos cinco tipos de vínculo com o Estado: vínculo

¹⁰⁵³ De acordo com o art. 17, § 5º, da Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais), no caso de indicação de empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista para cargo de administrador ou como membro de comitê, deverão ser atendidos os seguintes quesitos mínimos: a) o empregado tenha ingressado na empresa pública ou na sociedade de economia mista por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos; b) o empregado tenha mais de 10 (dez) anos de trabalho efetivo na empresa pública ou na sociedade de economia mista; c) o empregado tenha ocupado cargo na gestão superior da empresa pública ou da sociedade de economia mista, comprovando sua capacidade para assumir as responsabilidades dos cargos junto ao Conselho de Administração e a Diretoria.

de experiência, por prazo determinado, cargo com vínculo por prazo indeterminado, cargo típico de Estado e cargos de liderança e assessoramento. Assim:

Art. 39-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico de pessoal, que compreenderá:

I - vínculo de experiência, como etapa de concurso público;

II - vínculo por prazo determinado;

III - cargo com vínculo por prazo indeterminado;

IV - cargo típico de Estado; e

V - cargo de liderança e assessoramento.

De acordo com a PEC, ato do chefe de cada Poder disporá sobre os critérios mínimos de acesso aos cargos de liderança e assessoramento e sobre a sua exoneração. Referidos cargos de liderança e assessoramento equivalem aos atuais cargos em comissão previstos no inciso V do art. 37 da Constituição Federal de 1988, ou seja, aqueles acessíveis a pessoas sem vínculo definitivo com a administração pública.

Ouve-se que os servidores públicos são pouco operosos e que dificilmente perdem seus cargos, razão pela qual os cargos de liderança e assessoramento, de livre nomeação e exoneração, previstos na PEC nº 32/2020, trarão energia nova e compromisso. Em verdade, a perspectiva de “carregar o piano” para o júbilo e gáudio do líder ou assessor recém-chegado e que, via de regra, pouco conhece da rotina do trabalho que lhe cabe liderar ou assessorar, constitui um dos principais fatores de desmotivação dos servidores públicos concursados, conhecedores das regras e rotinas operacionais, dotados de memória institucional e desejosos em progredir na carreira. Os nomeados sem vínculo estão permanentemente preocupados em se evadir da livre exoneração a que estão sujeitos. Essa preocupação (ou medo) constante pode ser a razão pela qual se tornam manipuláveis à vontade de seus superiores, de cuja boa vontade depende sua permanência, pelo que geralmente

são proclives a satisfazer-lhes os propósitos, ainda quando incorretos, além disso, são indivíduos alheios aos freios que resultam do compromisso com sua carreira.

A perda do cargo por mau desempenho de servidores públicos encontra previsão na Constituição Federal de 1988, introduzida pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, ou seja, há mais de duas décadas, cujo teor é o que segue:

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

Louvável a inserção de mecanismos para avaliar e, ao fim, afastar servidores públicos que não comprovem o regular desempenho de suas funções, assim como é justo premiar aqueles que participam e contribuem para os bons resultados alcançados por instituições públicas, afinal um dos princípios insculpidos na Constituição Federal de 1988, aplicável à administração pública, é o da eficiência. No entanto, verifica-se um reduzido ou quase inexistente sistema de premiação aplicável a servidores públicos em razão de sério, dinâmico e satisfatório desempenho funcional. A concessão de cargos de chefia e direção a servidores públicos em razão de satisfatório desempenho profissional constitui-se em mecanismo de premiação, é verdade, mas não raro a definição desses cargos não se baseia em sistema de mérito ou premiação, mas sim, em escolhas pessoais amparadas na reciprocidade, acomodações e, até mesmo, relações de amizade.

Ante o sistema jurídico vigente, qual seja o de que após avaliação prévia, assegurada a ampla defesa, o servidor poderá perder o cargo em razão de mau desempenho, exsurtem as seguintes indagações: as instituições públicas, em regra, estabelecem metas a serem alcançadas pelos seus

agentes, as quais, se não atendidas podem ensinar a perda do cargo? As instituições estimulam a capacitação e o aperfeiçoamento de seus agentes para que estes desempenhem satisfatoriamente suas atribuições, alcançando-se, assim, o princípio da eficiência? Os cargos de chefia e direção são qualificados para o desempenho de suas atribuições, para estabelecerem metas e para estimularem o cumprimento exemplar de atividades a serem desenvolvidas pelos subordinados? Em resumo, as instituições, ao mesmo tempo em que estabelecem sistemas de avaliação de seus servidores, proporcionam mecanismos eficazes para que estes alcancem os resultados esperados?

Fazer incorporar padrões elevados de conduta pela administração pública para orientar o comportamento dos agentes públicos constitui diretriz da governança pública¹⁰⁵⁴, mas isso só acontecerá se as instituições permitirem que seus agentes possam propor metas individuais e de interação com as de outros agentes ou grupos; que essas metas sejam avaliadas e seus autores recompensados quando do efetivo alcance dos resultados esperados; que tais agentes sejam liderados por chefias e direções altamente qualificadas e com expertises consolidadas e, ainda, que planos contínuos de capacitação lhes sejam oportunizados.

Referências

CARVALHO, Raquel. Concurso público: importância, execução indireta e artigo 24, XIII, da Lei 8.666 Ou ... Como escolher parasitas. Disponível em: <http://raquelcarvalho.com.br/2020/02/12/concurso-publico-importancia-execucao-indireta-e-artigo-24-xiii-da-lei-8-666/>. Acesso em: 28.01.2021.

OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina. 3 ed., 2011, p. 294.

¹⁰⁵⁴ O Decreto federal nº 9.203, de 22 de novembro de 2017, que dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, estabelece que: Art. 4º São diretrizes da governança pública: [...] **V - fazer incorporar padrões elevados de conduta pela alta administração para orientar o comportamento dos agentes públicos, em consonância com as funções e as atribuições de seus órgãos e de suas entidades;** (grifo não consta no original) [...]

DA FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO¹⁰⁵⁵

Maurício Caldas

969

Desembargador do TJRJ.

*Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade
Clássica de Lisboa*

1. **Introdução:**

É no mínimo curioso que o direito à alimentação, de exuberante fundamentalidade, só vá ser reconhecido por força do denominado mínimo existencial de que a pessoa humana revestida da dignidade que tal condição lhe transmite, é destinatária, quando desde logo poderia ter sido reconhecido como uma espécie de garantia do próprio direito à vida, e vida digna –, quando não se o reconhecesse como direito fundamental expressamente inscrito nos artigos 63º, 3, da Constituição da República portuguesa, e 6º, 208 e 227 da CR brasileira...

Jorge Reis Novais¹⁰⁵⁶, com a agudeza de sempre explica o fenômeno a partir da intencional omissão da Constituição de Bonn a propósito dos direitos sociais e da doutrina e da jurisprudência a respeito do mínimo existencial e do direito à liberdade que então se formou, que acabaram por deslocar o foco da jusfundamentalidade do direito a alimentos, decorrentes de sua singela e expressa inscrição nas constituições do Brasil e de Portugal, para o da dignidade da pessoa humana, zona nebulosa e indeterminada do mínimo necessário à vida digna humana, sempre contingenciado pela denominada reserva do possível que, em nossa opinião, mais tem a ver com o grau ou intensidade da prestação devida, do que com sua jusfundamentalidade.

Assim, indevidamente subordinado a uma reserva do possível, o direito à alimentação não pode, contudo, sujeitar-se ao juízo de conveniência e oportunidade do

¹⁰⁵⁵ O artigo, em verdade, um dos quatro relatórios apresentados nos idos de 2.013, (setembro) para admissão ao Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa, foi antes publicado em *Direito à Alimentação e Segurança Alimentar*, Juruá Editora, Brasil/Europa (Vila Nova de Gaia, Porto), 2.017, pág. 273/312, disciplina orientada pela Professora-Doutora Maria João Estorninho.

¹⁰⁵⁶ Novais, Jorge Reis, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra editora, 1ª. Ed., março 2010, págs. 65 a 86.

legislador ordinário, mas desfruta de prioridade absoluta dos gastos e despesas públicos que não pode contemplar a construção de estradas e rodovias pelas quais ninguém passa, se a pessoa, protagonista absoluto da vida e destinatário das maiores e melhores preocupações do ordenamento jurídico, não tem como prover a própria subsistência.

Quem tem fome, não pode esperar!

Se, entretanto, priorizam-se investimentos em outras áreas, em detrimento de direito de tão evidente fundamentalidade, há algo de manifestamente errado em todo o sistema e que necessita de ser urgentemente revisto.¹⁰⁵⁷

1.1 **Breve notícia histórica**

Os direitos sociais em cuja categoria se insere o da alimentação, - sequer mencionados na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, vão encontrar sua origem na fraternidade, que irá mais tarde dar origem à terceira geração dos direitos econômicos, sociais e culturais, apenas mencionada na Constituição Francesa de 1791, mas como um dos motivos de celebrações, como anota Fábio Konder Comparato.¹⁰⁵⁸

Os movimentos das classes trabalhadoras – submetidas, no Estado liberal deflagrado com a Revolução Francesa, à dominação da burguesia – irrompidos em França e que se irradiaram por toda a Europa em fevereiro de 1848 através do *manifesto comunista* de Marx e Engels influenciam vivamente a Constituição Francesa de 1848, que, embora compromissória no particular, já deitava as raízes do denominado Estado do bem-estar social, que viria a se instalar no século XX.¹⁰⁵⁹

¹⁰⁵⁷ Tivemos a oportunidade de discorrer, em *Judicialização da Saúde*, Lumen, Juris, Rio de Janeiro, 2010 sobre o direito social à saúde e respectiva exigência em juízo e, por isso, muitas das considerações aqui postas já haviam antes sido objeto daquele estudo, aqui eventualmente atualizado.

¹⁰⁵⁸ Afirmação histórica... Ob. cit., p. 16, nota de rodapé nº 15. “... *Il sera établi des fêtes nationales pour conserver le souvenir de la Revolution française, entretenir la fraternité, et les attacher à la Constitution, à la patrie et aux lois.*”

¹⁰⁵⁹ Eis, no que interessa aos direitos sociais, o texto de parte do preâmbulo daquela Carta: (...) “*VII – Os cidadãos devem amar a Pátria, servir a República, defendê-la com suas próprias vidas, participar dos encargos do Estado na proporção de sua fortuna; devem assegurar, pelo trabalho, os meios de vida, bem como, pela*

A Constituição do México, de 1917, e a Alemã, de 1919 – a conhecida Constituição de Weimar, cidade da Saxônia onde foi elaborada –, consagraram em seu texto, elevando-os à categoria de direitos fundamentais, direitos trabalhistas juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos de participação. Mais do que isso, a Weimar implanta pela vez primeira o denominado Estado Democrático Social – depois institucionalizado pelos Pactos Internacionais de Direitos Humanos votados na Assembleia Geral da ONU, em 1966 – já então com o acréscimo aos direitos civis e políticos, dos de índole econômica e social, até então ignorados.¹⁰⁶⁰

Se antes, e desde a Magna Carta até a Revolução Francesa, o que movia o reconhecimento progressivo dos direitos humanos com a consequente limitação do poder, fora a voracidade fiscal e tributária do Estado,¹⁰⁶¹ explorando a mais não poder os recursos do povo, o que passa a movê-lo agora são as reivindicações dos trabalhadores, dos menos favorecidos, então submetidos à dominação, já não mais do monarca, mas da burguesia – leia-se, poder econômico – e, mais adiante, os horrores revelados pelas duas grandes guerras mundiais por que passou a humanidade, com maior ênfase na segunda delas, em que cerca de 60 milhões de pessoas foram mortas, a maior parte delas civil.

previdência, os recursos para o futuro; devem concorrer para o bem-estar comum, ajudando-se fraternalmente uns aos outros, assim como para a ordem geral, observando as leis morais e as leis escritas que regem a sociedade, a família e o indivíduo. VIII – A República deve proteger os cidadãos em sua pessoa, sua família, sua religião, sua propriedade, seu trabalho, bem como pôr ao alcance de qualquer um a instrução indispensável a todos os homens; deve, por meio de uma assistência fraterna, assegurar os meios de subsistência aos cidadãos necessitados, quer proporcionando-lhes trabalho nos limites de seus recursos, quer prestando, na falta da família, socorro aos que não estejam em condições de trabalhar.”(...) Também o de seu artigo 13: “A constituição garante aos cidadãos a liberdade de trabalho e de indústria. A sociedade favorece e encoraja o desenvolvimento do trabalho, pelo ensino primário gratuito profissional, a igualdade das relações entre o patrão e o operário, as instituições de previdência e de crédito, as instituições agrícolas, as associações voluntárias e o estabelecimento, pelo Estado, os Departamentos e os Municípios, de obras públicas capazes de empregar braços desocupados; ela fornece assistência às crianças abandonadas, aos doentes e aos idosos sem recursos que não podem ser socorridos por suas famílias” (COMPARATO Fábio Konder. A afirmação histórica... Ob. cit., p. 151).

¹⁰⁶⁰ Veja-se, por exemplo, a segunda parte do artigo 119, da Constituição de Weimar: “A higidez, saúde e progresso social da família são tarefas do Estado e dos Municípios. **As famílias de prole numerosa têm direito a exigir amparo e auxílio do Estado.**” Ainda o texto de seu artigo 151: “A ordenação da vida econômica deve obedecer aos princípios da justiça, com o fim de assegurar a todos uma existência conforme a dignidade humana. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica dos indivíduos.” A liberdade de contratar se submete à lei (art. 152) e a propriedade ao bem comum (art. 153).

¹⁰⁶¹ No Brasil, a derrama – imposto “*derramado*” sobre todos para suprir gastos extraordinários, feitos incidir pela Coroa Portuguesa sobre o ouro extraído, acabou por dar origem à Inconfidência Mineira que culminou com a prisão dos inconfidentes e a morte de Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes – enforcado em praça pública e exposto, aos pedaços, nos postes de iluminação pública. Passados apenas 30 anos, sobreveio a Independência do Brasil, com a edição de sua primeira Constituição, a de 1824, a única do Império a que logo se seguiu a primeira da República.

Mas não é só! As duas bombas atômicas lançadas sobre *Hiroshima* e *Nagasaki* denunciam com marcado acento, que o homem adquirira o poder de destruir toda a vida na face da terra, e o contraponto inafastável era o de que todos os povos e nações haveriam de conjugar esforços em ordem a que isso fosse evitado, pelo fundamento único comum a toda a gente, independentemente de sexo, cor, credo, nacionalidade ou qualquer outra pretendida distinção, qual a da respectiva dignidade tão aviltada pelas guerras que assolaram a civilização.

À Carta das Nações Unidas segue-se a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 1948¹⁰⁶², complementada em 1966, com a aprovação de dois Pactos, um sobre direitos civis e políticos, e, outro, a respeito dos direitos econômicos, sociais e culturais. Sua natureza, embora declaratória, vinculava desde logo os Estados, por isso que a respectiva vigência independia de previsão em constituições, leis ou tratados, mas decorria do respeito à dignidade humana, diante da qual, todos haveriam de se curvar, notadamente no plano internacional – o do direito das gentes – de índole cogente, como de sabença geral, e também constituído pelos costumes e princípios gerais de direito.¹⁰⁶³

¹⁰⁶² “Art. 25º: Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação e cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito a segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência for de seu controle.”

Como se verá adiante, a dignidade da pessoa não é apreendida a partir de um critério puramente biológico, mas envolve, também, todo um processo histórico-cultural que ao longo da história vem lhe afirmando o conteúdo, embora a constante antropológica que Häberle em sua *Die Menschenwürde als Grundlage*, citado por SARLET, Ingo Wolfgang (Dignidade da Pessoa Humana, ob. cit, p. 48, nota 83) não deixa de ressaltar.

¹⁰⁶³ A Constituição da República portuguesa, em seu artigo 16º, 1, depois de estabelecer que o catálogo dos direitos fundamentais que enumera não exclui outros constantes das leis e das regras aplicáveis de Direito Internacional, claramente submete, em seu nº 2, os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais, “...à interpretação e integração em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”, conferindo-lhe plena eficácia vinculativa.

Idem a do Brasil, artigo 5º, § 1º.

Convém enfatizar que nessa dimensão internacional não se pode pretender vincular a *dignidade humana*, que aqui se distingue da *dignidade da pessoa individualmente considerada* (Cfr. MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, tomo IV, Editora Coimbra, 3ª edição, p. 184), a certas e determinadas especificidades culturais ou religiosas, tamanha a diversidade de padrões e convenções que cada sociedade tem a respeito do que constitua a dignidade humana, tal como enfatizado por Dworkin em sua *Life's Dominion*, embora não se possa negar, mesmo nesse plano internacional, a existência de um padrão mínimo que sempre se pretendeu intangível. Entretanto, em face do advento do *terrorismo internacional* e consequente acionamento da *cláusula de segurança nacional* por parte dos denominados países-alvo, mesmo esse padrão mínimo já se vê em vias de – se já não está – comprometimento, notadamente no que se refere à intangibilidade físico-mental da pessoa que as torturas já agora reconhecidamente praticadas em Guantánamo testemunham. No que respeita ao direito de ir e vir entre países então, a restrição é já manifesta, por razões de credo religioso e/ou etnia, sempre sob o fundamento da mesma cláusula de segurança nacional.

Essa Carta proclama, em seu artigo I, a tríade axiológica de seus valores: a liberdade, a igualdade e a fraternidade ou solidariedade, a dar fundamento, essa última, aos direitos econômicos, sociais e culturais, ausentes tanto na *Declaração dos Direitos do Homem*, da Revolução Francesa, como na Declaração da Virgínia, de 1776.¹⁰⁶⁴

Insista-se: se, no início, o que impulsionara o “extraído a ferros” reconhecimento dos direitos do homem fora o escopo de limitação pura e simples do poder, vincado emblematicamente pela escorchante taxaço de impostos – a que servia também a estratégia das

Em outras palavras, todo o conteúdo que a concepção da dignidade da pessoa logrou adquirir e sedimentar no decorrer de um longo processo histórico-cultural vê-se agora contingenciado por uma realidade que escapara mesmo a seus formuladores mais previdentes...

Aliás, a discriminação, mesmo fundada em razões de ordem político-econômicas, que impedem a migração das pessoas de países menos ricos em busca da realização do próprio projeto de vida, já não é novidade e põe em risco todo o conteúdo adquirido de dignidade da pessoa humana abstratamente considerada, mesmo nos países ocidentais, de cultura cristã, na esteira, aliás, do que observa SARLET, no sentido de que, para alguns autores (Dignidade da Pessoa Humana, já citada, p. 48/49), esse conteúdo de dignidade possuiria um componente de índole cultural – a *que acrescentamos o de natureza contextual* –, na medida em que seria o resultado dos esforços de várias gerações e de toda a humanidade em conjunto, de modo a resgatá-la de uma dimensão puramente biológica para situá-la num contexto de interação entre aquela dimensão natural e a de índole cultural, como já teria sido proclamado pela Corte Constitucional portuguesa no Acórdão 90-105-2, relator o Conselheiro Serra Bravo. A partir daí, e da lição de Ernst Benda – que recolhe de *Die Menschenwürde ist Unantastbar* – o notável professor gaúcho afirma o caráter dúplice da dignidade da pessoa, a um só tempo limite e, sobretudo, *tarefa* dos poderes públicos, na medida em que nem pode ser ignorada, nem deixar de ser construída a partir do contexto histórico de que se a contemple, o que desde logo “*aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade*” (p. 49), a demandar, em face da realidade atual, uma enfática atuação das Cortes Internacionais.

¹⁰⁶⁴ Aliás, desde há quase dois mil anos, o Cristianismo já estimulava a solidariedade, a fraternidade que haveria de presidir a vida de relação: “*Vinde, benditos de meu pai, tomai posse do reino que vos está preparado desde a criação do mundo. Porque tive fome e me destes de comer; tive sede e me destes de beber; era peregrino e me acolhestes; nu e me vestistes; enfermo e me visitastes; estava na prisão e viestes a mim. Perguntar-lhe-ão os justos: Senhor, quando foi que te vimos com fome e te demos de comer, com sede e te demos de beber? Quando foi que te vimos peregrino e te acolhemos, nu e te vestimos? Quando foi que te vimos enfermo e na prisão e te fomos visitar? Responderá o Rei: Em verdade eu vos declaro: todas as vezes que fizestes isto a um destes meus irmãos mais pequeninos, foi a mim que o fizestes*” (Mateus, 25, versículos 34 a 40).

Observe-se que as necessidades exaltadas pelo Evangelista são as básicas, isto é, as que constituem o *mínimo existencial*: alimentação, acolhida, vestuário, cuidados e solidariedade. Mais que isso, enfatiza situações nas quais a pessoa está despojada da dignidade de que jamais poderia estar despossuída, quais as de pedinte (fome e sede), segregação (prisão) e de incapacidade – enfermidade. Os direitos sociais, tanto tempo depois constitucionalizados, apenas buscam, em verdade, afirmar como direitos inalienáveis e intangíveis, esse mínimo indispensável à vida digna como encargo de toda a gente, em nome dessa solidariedade dos iguais, que sempre haveria de ter presidido a vida de relação de pessoas substancialmente iguais e que se elevam em conjunto, a cada vez que cada uma delas, isoladamente, é atendida em suas necessidades mais básicas, mas que se rebaixam igualmente em conjunto, a cada vez que uma delas sucumbe sob o peso da privação desse mínimo sem o qual nem é possível viver, menos ainda com dignidade.

Assim, se há sob a perspectiva de qualquer processo histórico-cultural de configuração da dignidade da pessoa, um respectivo núcleo absolutamente irreduzível, comum a todos os povos e credos, outro não seria senão esse apontado pelo Evangelista, malgrado a advertência da doutrina no sentido da impossibilidade de se vincular o conceito e extensão dessa dignidade a qualquer credo religioso, até porque, desvinculada da dimensão salvífica da promessa que se contém no texto bíblico, o que resta é a pessoa reduzida à mais indigna condição.

respectivas divisão e separação – e, num segundo momento, o de conter a dominação das classes trabalhadoras pela burguesia capitalista; a força propulsora agora é a de promoção da dignidade da pessoa humana, seriamente ofendida e aviltada pelas guerras mundiais, notadamente pela segunda delas, e que acaba por ser adotada como princípio fundamentante do próprio Estado de Direito, na medida em que comum a todas as pessoas, por sua singela condição de ser e devir em todo tempo e lugar.

Assim pelo menos, as Constituições das repúblicas portuguesa¹⁰⁶⁵ e brasileira,¹⁰⁶⁶ que expressamente adotam a dignidade da pessoa humana como princípio estruturante do Estado Democrático de Direito que perfilham.

Já no cenário da União Europeia, firma-se em Roma, em 1950, no âmbito do Conselho da Europa, o Convênio para proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, correspondente ao *Pacto dos Direitos Civis e Políticos*, da ONU, e, em Turim, no ano de 1961, a *Carta Social da Europa*, equivalente ao *Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, das Nações Unidas.

Verdade que no âmbito da União Europeia, os Estados fundadores das respectivas comunidades dão valor proeminente em seus tratados constitutivos, ao aspecto econômico do que se avença – afinal fôra esse o motivo das disputas que os levaram às guerras, notadamente no que diz respeito ao carvão e ao aço –, atribuindo aos valores sociais posição meramente subsidiária. Todavia, o Tratado de Amsterdã, de 02 de outubro de 1997, inclui, no direito originário das Comunidades Europeias, as questões sociais, pelo menos no que se refere ao emprego e ao que seu Capítulo I, do Título XI, denomina “Disposições Sociais”.¹⁰⁶⁷

¹⁰⁶⁵ Artigos 1º e 2º: “*Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana... A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais...*”.

¹⁰⁶⁶ Cfr. Artigo 1º: “*A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana*”.

No caso do Brasil, a Emenda Constitucional 64/2010, incluiu, expressamente, entre os direitos sociais, o direito à alimentação (Art. 6º), já desde antes assegurado pela Emenda Constitucional 59/2009 (art. 208, inciso VII) e pela EC 65/2010 (art. 227), no que respeita aos educandos, às crianças, adolescentes e jovens.

¹⁰⁶⁷ Artigo 136º (ex-artigo 117º): “*A Comunidade e os Estados-Membros, tendo presentes os direitos sociais fundamentais, tal como os enunciam a Carta Social Europeia, assinada em Turim, em 18 de outubro de 1961, e a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, de 1989, terão por objectivos a promoção do*

Em Colônia, junho de 1999, o Conselho Europeu começou a gestar a ideia de incorporar ao direito originário da União Europeia um regime único de direitos fundamentais, por meio de uma Carta que se vira aprovada em Biarritz, com oposição de seis Estados – Reino Unido, Irlanda, Dinamarca, Finlândia, Suécia e Holanda –, proclamada, entretanto, no Conselho de Nice, em dezembro de 2000, com força de declaração política, criando a Agência Social Europeia, cujo principal objetivo é o de fomento, em tema de direitos sociais, da cooperação entre os Estados membros da União.

Por fim, o projeto de Tratado Constitucional firmado em Roma, em 29 de outubro de 2004, aberto a ratificações até novembro de 2006, inclui, em sua parte II, um catálogo de direitos fundamentais contendo, em seu Capítulo IV, os direitos sociais que reconhece, sob o título “*Solidariedade*”.¹⁰⁶⁸ –

2 Considerações iniciais

2.1 Para efeito de desenvolvimento do tema, faz-se distinção entre direitos, liberdades e garantias, e direitos econômicos, sociais e culturais, apesar da tendência mais atual no sentido de que os direitos fundamentais são absolutamente incindíveis, afigurando-se os de índole econômica, social e cultural não apenas como concreções no plano real – e não somente retórico –, dos próprios direitos, liberdades e garantias, mas no seu próprio desenvolvimento,¹⁰⁶⁹ tanto mais

emprego, a melhoria das condições de vida e de trabalho, de modo a permitir a sua harmonização, assegurando simultaneamente essa melhoria, uma protecção social adequada, o diálogo entre parceiros sociais, o desenvolvimento dos recursos humanos, tendo em vista um nível de emprego elevado e duradouro, e a luta contra as exclusões”.

¹⁰⁶⁸ Eis, no que interessa a esta investigação, o texto: “*Artigo II-94. Segurança social e assistência social 1. A União reconhece e respeita o direito de acesso às prestações de segurança social e aos serviços sociais que concedem protecção em casos como a maternidade, doença, acidentes de trabalho, dependência ou velhice, bem como em caso de perda de emprego, de acordo com o direito da União e com as legislações e práticas nacionais. 2. Todas as pessoas que residam e se desloquem legalmente no interior da União têm direito às prestações de segurança social e às regalias sociais, nos termos do direito da União e das legislações e práticas nacionais. 3. A fim de lutar contra a exclusão social e a pobreza, a União reconhece e respeita o direito a uma assistência social e a uma ajuda à habitação, destinadas a assegurar uma existência condigna a todos aqueles que não disponham de recursos suficientes, de acordo com o direito da União e com as legislações e práticas nacionais.*” “*Artigo II-95. Protecção da saúde. Todas as pessoas têm o direito de aceder à prevenção em matéria de saúde e de se beneficiar de cuidados médicos, de acordo com as legislações e práticas nacionais. Na definição e execução de todas as políticas e acções da União, será assegurado um elevado nível de protecção da saúde humana*” (cfr. Jornal Oficial da União Europeia, PT, 16.12.2004).

¹⁰⁶⁹ GIMENEZ, Teresa Vicente. *La exigibilidad de los derechos sociales*. Valencia: PUV Publicaciones, 2006, p. 67.

quanto têm por escopo o alcance da tão sonhada igualdade material que os desníveis sociais obviam.

É verdade que os direitos, liberdades e garantias não são obra da criação do ordenamento jurídico-constitucional, que tão-somente os reconhece e consagra, mas também os direitos econômicos, sociais e culturais não são dádivas filantrópicas da sociedade, mas apenas e naturalmente o desdobramento do princípio da igualdade, e sem outro escopo senão o de assegurar as liberdades que os mais despossuídos não podem ter, pelo menos não no mesmo nível e extensão de seus demais co-cidadãos.

Afirma-se a força normativa da Constituição e, mesmo, de suas ditas programáticas normas, as quais, no dizer de García de Enterría,¹⁰⁷⁰ se constituem em “*determinações do fim do Estado*” (*Staatzietbestimmungen*), das quais não se pode desviar o legislador ordinário e muito menos o poder judicial na área que lhe é adjudicada em decorrência do tipo de Constituição adotada no Brasil e em Portugal, de índole substantiva e principiológica,¹⁰⁷¹ a demandar a densificação de suas cláusulas necessariamente abertas.

2.2 Classificação.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, inspirada numa concepção jusnaturalista de direitos, estabeleceu distinção entre os naturalmente inerentes à pessoa – os do homem – e aqueles outros, de índole política, do cidadão, como o de participação na tomada das respectivas decisões. Canotilho anota a distinção feita entre direitos do homem, que lhe pertenceriam como tal, e direitos do cidadão, pertença do homem enquanto ser social, “*como indivíduo vivendo em sociedade*”, e que não seria nada mais do que uma “*seqüela da teoria da separação entre sociedade e Estado, pois o binômio homem-cidadão assenta no pressu-*

¹⁰⁷⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Thompson, Civitas, quarta edición, mayo/2006, p. 75.

¹⁰⁷¹ DWORKIN, Ronald. *Life's Dominion. An Argument About Abortion Euthanasia, and Individual Freedom*. First Vintage Books Edition, july. 1994, p. 119, em contraposição à meramente procedimental defendida por John Ely (*Democracy and Distrust. A theory of judicial review*. Cambridge, Mass. Harvard University Press. 1980) e à de detalhes, duramente criticada por Paine em réplica a Burke.

posto de que a sociedade civil separada da sociedade política e hostil a qualquer intervenção estadual, é, por essência, apolítica”,¹⁰⁷² como se o direito de participação política – o “direito dos direitos”, no dizer de Waldron (Jeremy) – já não se contivesse no próprio direito à liberdade, e liberdade real, que só vai se concretizar a partir de uma igualdade material ou factual, como adiante trataremos de expor.

Entretanto, a doutrina de há muito se harmonizou no sentido de que os direitos do homem, positivados na lei fundamental, passam a se denominar *direitos fundamentais* não só porque impregnados da fundamentalidade que lhes confere a dignidade de tal assento, mas também por se constituírem, a um só tempo, em fundamento do estado constitucional democrático – qualidades que não se repelem, embora as opiniões dos que propugnam por uma Constituição puramente procedimental, como John Hart Ely¹⁰⁷³ e, mais acidamente, Jeremy Waldron,¹⁰⁷⁴ em contraposição aos que defendem uma Constituição substantiva, como as de Portugal e do Brasil, com extenso catálogo – não exauriente, entretanto –, dos direitos fundamentais.

Jorge Miranda aponta pelo menos três boas objeções à adoção da classificação *direitos do homem*, fundada, a primeira delas, na circunstância de que “... *para lá de qualquer profissão de fé nos direitos do homem, do que se cura aqui é de direitos assentes na ordem jurídica, e não de direitos derivados da natureza do homem e que subsistam sem embargo de negação ou esquecimento da lei*”, coincidentemente, aliás, com o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet que, com apoio na lição de Otfried Höffe, recolhida em sua obra *Medizin ohne Ethik*, alerta para a impropriedade – já anotada linhas atrás – de se vincular a dignidade da pessoa que subjaz à configuração de quase todos os direitos fundamentais, à tradição judaico-cristã que bem poderia se erigir em obstáculo a seu reconhecimento num contexto multicultural e secularizado,¹⁰⁷⁵ tanto mais quanto os “... *os direitos fundamentais, ou pelo menos os imediatamente conexos com a dignidade da pessoa humana radicam no Direito natural*”, mas “*Não se esgotam, porém, no Direito natural.*”¹⁰⁷⁶

¹⁰⁷² CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional, já citado, p. 393/394.

¹⁰⁷³ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A theory of judicial review*. Cambridge, Mass. Harvard University Press, 1980.

¹⁰⁷⁴ WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2005, p. 23.

¹⁰⁷⁵ Dignidade da Pessoa Humana, já citado, p. 40 e 41

¹⁰⁷⁶ MIRANDA, Jorge. Manual, já citado, tomo IV, p. 53.

A segunda objeção - destaca o mestre da Faculdade de Direito de Lisboa -, reside na “*necessidade de, no plano sistemático da ordem jurídica – e, antes de mais, na Constituição – considerar os direitos fundamentais correlacionados com outras figuras subjectivas e objectivas*”, como a ordem econômica, social e cultural e da organização política, a cuja influência se submetem – e, a um só tempo, acrescentamos, submetem, enquanto limite e tarefa do estado constitucional comprometido sobretudo com a proteção e o desenvolvimento dos direitos fundamentais.

A terceira e última razão, ressalta o eminente constitucionalista, decorre da observação de que os direitos fundamentais não se reduzem àqueles que decorrem do Direito natural, como os “*conferidos a instituições, grupos ou pessoas colectivas: direito das famílias, das associações, dos sindicatos, dos partidos*”, constituindo-se muitos deles, ademais, em criação do “*legislador positivo, de harmonia com suas legítimas opções e com os condicionamentos do respectivo país*”.¹⁰⁷⁷

Também no âmbito da União Europeia, Maria Luísa Duarte¹⁰⁷⁸, - depois de enfatizar que a “*expressão Direitos do Homem conta a seu favor com a referência a textos históricos*”, e de associar-se a um “*enquadramento normativo de origem internacional*” no próprio texto da Constituição portuguesa (artigo 7º, nº 1), opta, definitivamente, por adotar a classificação Direitos Fundamentais, em ordem a conferir “*adequada visibilidade ao nível de integração jurídica atingido pela União Europeia e pelos Estados-membros*” (p. 34), claro que sem prejuízo da precisão de que desfruta a classificação: são formalmente fundamentais os direitos que têm assento na lei da constituição, sem prejuízo de outros, materialmente fundamentais, embora não constantes de seu texto, mas que radicam em valores supraconstitucionais, sem préstimos, entretanto, para fins de controle de constitucionalidade.¹⁰⁷⁹

¹⁰⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 54.

¹⁰⁷⁸ DUARTE, Maria Luísa. União Europeia e Direitos Fundamentais, AAFDL, Lisboa 2006, p. 31.

¹⁰⁷⁹ Todas as normas constitucionais formalmente inscritas em seu texto têm igual dignidade, sem qualquer relação de subordinação, de onde se extrai outra conclusão, qual a de que nem existem antinomias normativas, muito menos, normas constitucionais inconstitucionais, tal como o afirma Canotilho (*Direito Constitucional*. Ob. cit., p. 1.183). Claro que se refere o mestre de Coimbra às normas constitucionais originárias, por isso que entre essas e as derivadas, isto é, aquelas que decorrem do poder constituinte derivado, bem se podem caracterizar tanto antinomias quanto incompatibilidades dessas com o texto originário. Mas poder-se-ia cogitar de inconstitucionalidade quando normas formalmente constitucionais entrassem em rota de colisão com aquelas outras, de índole supraconstitucionais, não inscritas da lei da constituição? Quem pautou o tema, na verdade, foi Bachof (BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*

Nesta investigação, outra não poderia ser a classificação adotada, senão que a de direitos fundamentais, não só porque impregnados de uma fundamentalidade que decorre do respectivo assento constitucional, mas também por se constituírem, como antes sinalado, em fundamento do próprio estado constitucional democrático.

Defini-los, entretanto, é tarefa que passa ao largo dos objetivos desta investigação, mas que, inobstante isso, não pode deixar de mencionar a adotada por Jorge Miranda, que entende por direitos fundamentais “*os direitos ou as posições jurídicas activas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material*”,¹⁰⁸⁰ de modo a ensejar a distinção sempre feita pela doutrina majoritária no sentido da existência de direitos formalmente constitucionais e de direitos materialmente constitucionais, embora, para o mestre português, “*deve ter-se por direito fundamental toda a posição jurídica subjectiva das pessoas enquanto consagrada na Lei Fundamental*”, tanto mais quanto “*todos os direitos fundamentais em sentido formal são também direitos fundamentais em sentido material*”, embora não negue a existência de direitos fundamentais para além dos inscritos na lei da constituição.

Canotilho não diverge dessa definição, ao considerar como direitos fundamentais “*os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente*”, assim entendidos também aqueles outros que a Constituição como tais admite (CRP. Artigo 16º), embora constante de leis e das regras aplicáveis do direito internacional, já então sob a denominação de direitos materialmente fundamentais, exatamente por não constarem formalmente da lei da constituição, o que reconduz à reflexão a propósito daqueles que ostentariam “*dig-*

Trad. de Manuel José Cardoso da Costa, Coimbra, 1977) naquela época do pós-guerra já mencionada, em que a perplexidade decorrente de seus horrores indicava um retorno ao jusnaturalismo, e a partir daí à inconstitucionalidade de normas constitucionais toda vez que se pusessem em contradição com aquelas outras, de índole *supraconstitucional*. É o que Canotilho (Ob. cit., p. 1.232) denomina *contradições transcendentais*, decorrentes de antinomias entre o texto da Constituição formal e esses valores – como o direito natural ou o direito justo.

É verdade que as Constituições também se sujeitam a valores éticos transcendentais e pré-determinados que lhes demarcam certos limites. Todavia, e como acentua Jorge Miranda, a violação dos lindes indicados por esses valores supraconstitucionais, menos do que gerar inconstitucionalidade da disposição violadora do *Standard* supraconstitucional, à míngua até mesmo de paradigma de confrontação, entenderia com a respectiva legitimidade que certamente acabaria por não resultar por força do repúdio que lhe devotariam os valores enraizados na consciência da nação (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, 2ª ed., Coimbra, tomo II, p. 290).

¹⁰⁸⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual*, IV, já citado, p. 7.

nidade suficiente para serem considerados fundamentais”, optando o mestre de Coimbra por apontar como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais “os direitos equiparáveis pelo seu objeto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente constitucionais.”^{1081 1082}

3. Direitos de Defesa, de Participação e Direito a Prestações

No dizer de Vieira de Andrade,¹⁰⁸³ é sempre arbitrária qualquer classificação dos direitos fundamentais, embora a respectiva evolução histórica autorize, em linha de princípio, a distinção conforme a respectiva matriz liberal (direitos de liberdade), democrática (direitos políticos) ou social (direitos sociais) ou, em outras palavras, direitos de defesa, direitos de participação e direitos a prestações.¹⁰⁸⁴

Os direitos de defesa implicariam deveres de abstenção e de respeito por parte do Estado às liberdades propriamente ditas, embora por vezes exijam deste também um dever de se ativar de modo a protegê-las ou assegurá-las efetivamente, em face da ação de terceiros. Já os direitos a prestações cobrariam do Poder Público um atuar positivo para promover e garantir as condições materiais ou jurídicas do gozo efetivo desses direitos, enquanto os de participação, que decorrem do formato democrático do Estado,¹⁰⁸⁵ cobram-lhe, a um só tempo, abstenção -- em atenção ao respeito que lhes é devido, como também atuação, notadamente normativa, no sentido de lhes assegurar o efetivo exercício, o que os configura desde logo, também, como direito a prestações, embora diversas daquelas outras referidas aos direitos econômicos sociais e culturais.

Os direitos a prestações materiais do Estado ora são de índole econômica, renda mínima de subsistência, por exemplo; ora de natureza social, como o direito à habitação ou à saúde; ora culturais como os de, no mínimo, ensino básico ou fundamental gratuito que as

¹⁰⁸¹ CANOTILHO, Direito Constitucional já citado, p. 404.

¹⁰⁸² Cfr. Lopes. Mauricio Caldas, Judicialização, já cit. pp. 24/26.

¹⁰⁸³ Ob. cit., pp. 178-179.

¹⁰⁸⁴ No mesmo sentido, vinculando os direitos fundamentais à ideologia, à modalidade de Estado e às espécies de valores e princípios que a Constituição adota, BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Malheiros Editores, 21ª ed., p. 561.

¹⁰⁸⁵ *Idem, ibidem*, situando o direito à democracia entre os direitos fundamentais de quarta geração, p. 571.

Constituições em geral costumam separar dos direitos, liberdades e garantias, como o fazem, nomeadamente, as Cartas Políticas de Portugal, Brasil e Espanha, submetendo-os a regime próprio.¹⁰⁸⁶

Confira-se Canotilho, em suas próprias palavras:

*“No entanto, costuma-se fazer uma outra distinção com base na posição jurídica do cidadão, titular dos direitos em relação ao Estado. As liberdades estariam ligadas ao status negativus e através dela visa-se defender-se o cidadão perante a intervenção do Estado. Daí o nome de direitos de liberdade, liberdades autonomias e direitos negativos. Por sua vez, os direitos estariam ligados ou ao status activus ou ao status positivus. Os direitos ligados ao status activus salientam a participação do cidadão como elemento activo da vida política (direito de voto, direito aos cargos públicos). Aqui radicam expressões como direitos políticos, direitos do cidadão, liberdades de participação (cfr., arts. 48º ss.). Direitos são ainda as posições jurídicas do cidadão conexas com o status positivus: trata-se dos direitos do cidadão às prestações necessárias ao desenvolvimento pleno da existência individual. Daí a sua designação como direitos positivos ou direitos de prestação, modernamente conhecido por direitos económicos, sociais e culturais.”*¹⁰⁸⁷

Gilmar Ferreira Mendes propõe, em trabalho publicado na Revista Diálogo Jurídico, classificação que não se distancia dessa: *“Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático. É verdade consabida, desde que Jellinek desenvolveu a sua Teoria dos quatro “status”, que os direitos fundamentais cumprem diferentes funções na ordem jurídica. Na sua concepção tradicional, são direitos de defesa*

¹⁰⁸⁶ Malgrado os protestos de García de Enterría, apoiado na circunstância de que os princípios reitores da política social e económica do Estado Espanhol informarão a prática judicial, o artigo 53, 3, da Constituição Espanhola é contundente no sentido de que *“... los principios rectores de la política social y económica, solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con que lo dispongan las leyes que los desarrollen”*. In *La Constitución como norma...* Ob. cit., p. 75.

¹⁰⁸⁷ CANOTILHO, Direito Constitucional, já citado, pp. 395/396.

(Abwehrrechte), destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, seja pelo (a) não impedimento da prática de determinado ato, seja pela (b) não-intervenção em situações subjetivas ou pela não-eliminação de posições jurídicas. Nessa dimensão, os direitos fundamentais contêm disposições definidoras de uma competência negativa do Poder Público (*negative Kompetenzbestimmung*), que fica obrigado, assim, a respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado. Outras normas consagram direitos a prestações de índole positiva (*Leistungsrechte*), que tanto podem referir-se a prestações fáticas de índole positiva (*faktische positive Handlungen*), quanto a prestações normativas de índole positiva (*normative Handlungen*). Tal como observado por Hesse, a garantia de liberdade do indivíduo que os direitos fundamentais pretendem assegurar somente é exitosa no contexto de uma sociedade livre. Por outro lado, uma sociedade livre pressupõe a liberdade dos indivíduos e cidadãos, aptos a decidir sobre as questões de seu interesse e responsáveis pelas questões centrais de interesse da comunidade. Essas características condicionam e tipificam, segundo Hesse, a estrutura e a função dos direitos fundamentais. Eles asseguram não apenas direitos subjetivos, mas também os princípios objetivos da ordem constitucional e democrática. Enquanto direitos de defesa, os direitos fundamentais asseguram a esfera de liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público, provenham elas do Executivo, do Legislativo ou, mesmo, do Judiciário. Se o Estado viola esse princípio, dispõe o indivíduo da correspondente pretensão que pode consistir, fundamentalmente, em uma: (1) pretensão de abstenção (*Unterlassungsanspruch*); (2) pretensão de revogação (*Aufhebungsanspruch*), ou, ainda, em uma (3) pretensão de anulação (*Beseitigungsanspruch*). Os direitos de defesa ou de liberdade legitimam, ainda, duas outras pretensões adicionais: (4) pretensão de consideração (*Berücksichtigungsanspruch*), que impõe ao Estado o dever de levar em conta a situação do eventual afetado, fazendo as devidas ponderações, e (5) pretensão de defesa ou de proteção (*Schutzanspruch*), que impõe ao Estado, nos casos extremos, o dever de agir contra terceiros. A clássica concepção de matriz liberal-burguesa dos direitos fundamentais informa que tais direitos constituem, em primeiro plano, direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade. Esta concepção – apesar de ser pacífico na doutrina o reconhecimento de diversas outras – ainda continua ocupando um lugar de destaque na aplicação dos direitos fundamentais. Esta concepção, sobretudo, objetiva a limitação do poder estatal a fim de assegurar ao indivíduo uma esfera de liberdade. Para tanto, outorga a ele um

direito subjetivo que permite evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal”¹⁰⁸⁸

3.1 Na Constituição portuguesa, os direitos, liberdades e garantias têm aplicação direta e dispensam qualquer intermediação legislativa que lhes pudesse conferir eficácia plena e imediata, aparentemente exigida, no entanto, pelos direitos econômicos, sociais e culturais. Na do Brasil não é diferente, na medida em que o § 1º do art. 5º, ao se referir à aplicação direta dos direitos que assegura, parece não alcançar, em linha de princípio, aqueles direitos econômicos, - sociais e culturais de que tratam os arts. 6º, 170 e seguintes, e 205, 208, 277 e seguintes, dessa mesma Carta – embora nada impedisse que se viesse a encontrar, em sítio topográfico diverso, autênticos direitos, liberdades e garantias.¹⁰⁸⁹ No caso da Constituição portuguesa, todavia, a matéria parece não oferecer maiores dificuldades: os direitos econômicos, sociais e culturais não teriam aplicação direta, mas se sujeitariam à reserva de conformação legislativa, salvo quando esses direitos ou tenham implicação direta com os direitos, garantias e liberdades – caso em que se sujeitariam, em linha de princípio, ao mesmo regime jurídico material desses, de aplicação direta –, ou se constituíssem em “direitos análogos” àqueles, embora inseridos no Capítulo II, do Título III, especificamente no número 3, do artigo 63º da Constituição portuguesa, lavrado nos seguintes termos:

3. O sistema de segurança social protege os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras

¹⁰⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. Revista Diálogo Jurídico, volume 10, janeiro/2002

¹⁰⁸⁹ É bem verdade que, considerada a Constituição em sua unidade, e os direitos econômicos, sociais e culturais como concreção dos direitos e liberdades, também eles seriam de aplicação direta e imediata, pelo menos para o renomado professor Paulo Bonavides, independentemente, por isso, de qualquer intermediação legislativa (Ob. cit., pp. 374 e ss.), em atenção ao perfil do Estado Social* e à igualdade material, e não apenas retórica ou burguesa, que os direitos sociais intentam realizar. Aliás, esses direitos, considerada a desigualdade econômica que tanto inviabiliza a fruição, pelos mais despossuídos, de uma liberdade autêntica ou material, são nada mais do que o desenvolvimento, no plano real, da tão sonhada *igualdade* que não poderia ter por fundamento senão a dignidade da pessoa humana de que todos, tanto os bem-nascidos como os despossuídos, são providos, no mesmo grau e extensão.

*STRECK, Lenio Luiz (Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2002, p. 554), acentua o *perfil social* do estado brasileiro, embora a aparente antinomia acentuada por BONAVIDES, ao qualificar de ímpar a fórmula encontrada pelo constituinte brasileiro de 1988, de um estado sócio-liberal, como se tais classificações não se repelissem.

situações de falta ou diminuição de **meios de subsistência** ou de capacidade para o trabalho.

É que, no dizer da doutrina mais autorizada, nada impede que mesmo nesse referido Título III, que cuida dos direitos econômicos, sociais e culturais, se vá encontrar autêntico “direito-direito” – na feliz expressão do professor José Carlos Vieira de Andrade¹⁰⁹⁰ –, a tornar desde logo indispensável estabelecer distinções entre direitos, garantias e liberdades e entre esses e os denominados direitos econômicos, sociais e culturais.¹⁰⁹¹

4. Direitos e Garantias. Garantias de Índole Constitutiva.

No dizer do professor Jorge Miranda, os direitos “... *representam, só por si, certos bens...*”, que se integram ao patrimônio jurídico da pessoa, enquanto as garantias, em linha de princípio, “... *destinam-se a assegurar a fruição desses bens*”. Os direitos, portanto, seriam “... *principais e, as garantias, acessórias, muitas delas adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo) ...*”, ou de aplicação direta. Os direitos, ensina o eminente professor de Lisboa, “... *permitem a realização das pessoas, inserem-se direta e imediatamente por isso nas respectivas esferas jurídicas, as garantias, só nela se projectam pelo nexó que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se*”.¹⁰⁹²

“As liberdades – prossegue o renomado constitucionista português, com apoio na lição de Pierfrancesco Grossi – *são formas de manifestação da pessoa; as garantias pressupõem modos de estruturação do Estado. As liberdades envolvem sempre a escolha entre o facere e o non facere, ou entre o agir e o não agir, em relação aos correspondentes bens, têm sempre uma dupla face – positiva e negativa; as garantias têm sempre um conteúdo positivo, de actuação do Estado ou das próprias pessoas. As liberdades valem por si; as garantias têm valor instrumental e derivado.*”¹⁰⁹³

¹⁰⁹⁰ Os Direitos Fundamentais... Ob. cit., p. 121.

¹⁰⁹¹ Cfr. Lopes, Mauricio Caldas já cit., pp. 29.

¹⁰⁹² Manual, já citado, p. 95.

¹⁰⁹³ *Idem, ibidem*, pp. 95-96.

As garantias, em linha de princípio, teriam uma função muito mais instrumental e se poderia reconhecê-las como assecuratórias do exercício de certos e determinados direitos exatamente por essa instrumentalidade. Entretanto, vejamos-se, por exemplo, os princípios da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa, cânones constitucionais que se destinam a garantir o direito-direito à liberdade física e o próprio *status dignitatis* da pessoa, pública e duramente atingido pela privação de sua liberdade; a irretroatividade da lei, a intangibilidade do ato jurídico perfeito e acabado e a garantia da coisa julgada, que se exibem, à primeira vista, meramente instrumentais do direito-direito à segurança jurídica que necessariamente há de presidir a vida de relação...

Na verdade, esses direitos-direito à liberdade e à segurança jurídica, enquanto despidos das garantias do respectivo exercício, se constituiriam em simples enunciados normativos desprovidos de qualquer efeito prático ou material, daí porque não se pode dizê-las – as garantias – apenas “estabelecidas” diante da **eficácia constitutiva** do próprio direito-direito de que são eventualmente providas.

O que seria, por exemplo, do direito à liberdade física, não fossem as garantias da presunção de inocência, do devido processo legal, da instrução contraditória, do *habeas corpus* e da ampla defesa? E da segurança jurídica, sem os institutos-garantia da irretroatividade das leis, da intangibilidade do ato jurídico perfeito e acabado, e da coisa julgada?

Nesse viés, bem se legitima a asserção de que certas garantias são, na verdade, **parte constitutiva** e indissociável do próprio direito-direito, e que, por isso, se constituiriam numa espécie de direito-garantia, ainda quando “estabelecidas” pelo ordenamento jurídico, mas com a intangibilidade decorrente da dignidade do respectivo assento constitucional. Mesmo o ilustre Professor Jorge Miranda não passa ao largo dessa perspectiva: há certas garantias constantes da Constituição que não são direitos; mas muitas outras há que se constituem, em bom rigor, em elementos da definição constitucional do próprio direito, e que não podem ser suspensas nem pelo estado de sítio ou pelo de emergência, como a do direito de defesa dos arguidos.¹⁰⁹⁴

Tudo se passa – nas palavras do mestre lusitano – “*como se houvesse*

¹⁰⁹⁴ Manual..., ob. cit. Tomo IV, pp. 97-98, citando, em nota de rodapé, Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

o desdobramento de certo direito num elemento ou momento primário – o direito propriamente dito – e num elemento ou momento secundário – a garantia”.¹⁰⁹⁵

No Brasil, a distinção não passou despercebida. Rui Barbosa, desde logo, acentuava que “uma coisa são garantias constitucionais, outra coisa os direitos de que essas garantias traduzem em parte a condição de segurança política ou individual”, concluindo por definir as garantias constitucionais como “solenidades tutelares de que a lei circunda alguns desses direitos contra os abusos do poder”.

Veja-se, do texto da Constituição comentada por Rui Barbosa, o seguinte excerto:

*“Verdade é que também não se encontrará na Constituição parte ou cláusula especial que nos esclareça quanto ao alcance da locução ‘garantias constitucionais’, mas a acepção é óbvia desde que separemos no texto da lei fundamental as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que em defesa dos direitos limitam o poder. Aquelas instituem os direitos, estas as garantias, ocorrendo não raro juntar-se na mesma disposição constitucional ou legal a fixação da garantia com a declaração do direito. Essa discriminação produz-se naturalmente de um modo material pela simples enunciação de cada cláusula do título II da Constituição da República.”*¹⁰⁹⁶

4.1 Considere-se novamente o direito à segurança jurídica, *princípio puro*, sequer constituído por um enunciado normativo-constitucional específico, mas construído a partir das garantias que se destinam a assegurá-lo, circunstância que bem demonstra a eficácia constitutiva de certas garantias, como também, e a partir da respectiva dimensão objetiva, sua natureza principiológica e institucional, com inegável *força normativa* que se espraia por toda a ordem jurídica.

Fique assentada, portanto, a conclusão no sentido de que muitas das

¹⁰⁹⁵ *Idem, ibidem*, p. 97.

¹⁰⁹⁶ *Apud* BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, pp. 529/530.

garantias constitucionais não se afiguram meramente instrumentais, mas portam verdadeira eficácia constitutiva do próprio direito cujo exercício intentam assegurar, autorizando a designação que nesta investigação lhe damos de *direitos-garantia* que, a partir da respectiva dimensão objetiva, se caracterizam como *princípios* cuja eficácia jurídica se projeta para além da simplesmente interpretativa, negativa e impeditiva de retrocesso em face de um ato do poder público, ainda quando o respectivo e identificado efeito pretendido envolva não só abstenções, mas também ações e prestações estatais.

São garantias sem as quais os direitos-direito não passariam de enunciados normativos incompletos e ineficazes, ao se exibirem separados de seu segundo momento constitutivo,¹⁰⁹⁷ como sucede na relação que se estabelece entre os direitos à vida e a alimentos, o primeiro deles direito-direito e, o segundo, autêntica garantia desse, análogo, portanto, e sujeito ao regime de aplicação direta, como autêntico direito originário, malgrado o detalhamento de seu grau ou intensidade confiado ao legislador ordinário que não pode, entretanto restringi-lo ao ponto de simplesmente ignorá-lo.

5. Direitos sociais e sua Constitucionalização

Feita assim, conquanto superficialmente,¹⁰⁹⁸ a distinção entre direitos, liberdades e garantias, cumpre, no que interessa à presente investigação, discernir a propósito dos denominados direitos econômicos, sociais e culturais – de ora em diante denominados simplesmente direitos sociais –, que, no tratamento que lhes foi dado tanto pela Constituição da República portuguesa como pela brasileira, se submeteriam, em princípio, ao regime geral de aplicação indireta, isto

¹⁰⁹⁷ Jorge Miranda, *Manual...*, tomo IV, p. 97.

¹⁰⁹⁸ Não é escopo do trabalho o aprofundamento do tema referido às inúmeras e possíveis classificações dos direitos fundamentais e suas respectivas dimensões, tanto mais que se limita, nomeadamente, ao *direito à alimentação segura*, embora a eventual abordagem, na medida em que se faça necessária, da eficácia irradiante dos direitos fundamentais a partir da respectiva dimensão objetiva, já então considerados como autênticas garantias de todos, embora a possibilidade de seu recorte em atenção a certo trecho da vida de relação e de determinadas pessoas ou grupo de pessoas que o protagonizem.

é, à prévia conformação legislativa, notadamente quanto à respectiva dimensão positiva ou prestacional,¹⁰⁹⁹ sujeita às reservas política e do possível.

Não faltam autores, sublinha o professor Jorge Miranda, que sequer consideram os direitos sociais como direitos fundamentais, assim como outros há que não consideram efetiva ou materialmente realizadas as liberdades, se não realizados, antes, os direitos - sociais.¹¹⁰⁰

Parece-nos que os que excluem do âmbito dos direitos fundamentais os direitos sociais certamente não os consideram a partir de uma perspectiva de seu real significado ou escopo, qual o de garantir a todos, em especial e efetivamente àqueles indivíduos desprovidos de meios, um mínimo existencial sem o qual não é possível imaginar-se sequer – quanto mais exercer – o tão decantado direito de índole liberal da liberdade, e liberdade em igualdade de extensão e intensidade.

Não os consideram a partir dessa perspectiva, e nem muito menos desde outra, essa substantiva, de elevada relevância constitucional, com que as Cortes Constitucionais têm contemplado o catálogo de direitos constitucionais, como um sistema de valores, ponto central, aliás, “*in the freely developing human personality and its dignity in the social community*”, que deve ser entendido sob o foco da teoria dos princípios e assim orientado em ordem a ensejar à pessoa o livre desenvolvimento de sua dignidade na comunidade social, o que pressupõe certo grau de liberdade factual, ou material.

Assim, se o escopo dos direitos constitucionais é o de assegurar o livre desenvolvimento da personalidade humana, então eles também se direcionam à liberdade de fato, de modo a assegurar os pré-requisitos de realização das liberdades legais. Não podem então ser considerados apenas princípios de *permissão legal para agir*, mas de *capacidade factual de agir ou atuar* nesse sentido – de desenvolvimento da própria personalidade e dignidade, como acentua

¹⁰⁹⁹ É possível também imaginar-se uma dimensão negativa dos direitos sociais, a exigir do Estado um *non facere*, como sucederia, por exemplo, no direito ao meio-ambiente saudável, e o dever de abstenção do Estado, de não poluir nas atividades que direta ou indiretamente desenvolve, claramente judicializável, no Brasil, pela via da Ação Civil Pública, regulamentada pela Lei nº 7.347/1985, e, em Portugal, por meio da ação popular prevista no artigo 52º, 3, a), nos termos da lei processual.

¹¹⁰⁰ *Idem, ibidem*, p. 101.

Robert Alexy.¹¹⁰¹

Apesar disso, o ilustre Professor alemão destaca dois dos mais poderosos argumentos contra a constitucionalização dos direitos sociais, um de ordem formal, e outro, substantiva. Do ponto de vista formal, se os direitos sociais são obrigatórios, em decorrência mesmo dessa dignidade constitucional que se lhes reconhece, estar-se-ia, na prática, transferindo as políticas sociais da competência do Legislativo para a das Cortes Constitucionais; por outro lado, se não portam índole obrigatória, estar-se-ia violando as cláusulas constitucionais que, claramente, estipulam que os direitos constitucionais o são.

O ponto de partida deste argumento formal repousa na tese de que os direitos sociais não são judicializáveis¹¹⁰², na medida em que as normas que os estabelecem são de

¹¹⁰¹ ALEXY, Robert. A Theory of Constitutional Rights, já citado. “*This is to be understood in the light of the theory of principles which require that the individual be able freely to develop his dignity in social community, which presupposes a certain degree or factual freedom. The conclusion is irresistible that if the aim of constitutional rights is the freely developing human personality, then they are also directed towards factual freedom, that is, they secure the prerequisites for the realization of legal liberties, and thus are not only principles of legal permission, but also factual capacity to act*” (pp. 339/340).

¹¹⁰² Como já tive a oportunidade de asserir em “Judicialização da Saúde”, ed. Lumen Juris, 2010, Rio de Janeiro, (...) “Não controverte a doutrina, é bom que se relembre, a propósito da exigibilidade em juízo do *direito derivado* a prestações materiais – serviços médicos/hospitalares/farmacêuticos – em face do Estado, mas apenas quanto ao pretendido *direito originário* a tais prestações, isto é, aquele que se fundamentasse diretamente no texto constitucional, sem intermediação legislativa qualquer. Nesse ponto sustenta-se, em resumo, que o direito aos serviços médicos e farmacológicos indispensáveis à manutenção da própria vida, e vida digna – acentue-se –, gratuito *no Brasil*, e tendencialmente gratuito *em Portugal*, subjetiva-se diante de cada “caso em concreto” – *se é permitido o reforço do pleonismo* –, em ordem a legitimar o acesso pronto e diretamente exercitável em juízo, de todos e cada um, em face dos poderes públicos.

Até mesmo se pretendeu que as anunciadas dificuldades de densificação do que fosse esse conteúdo mínimo se viam esmaecidas quando se considerasse como tal tudo aquilo que não se pudesse ver suprimido do âmbito desse direito à saúde que, ao fim e ao cabo, se caracterizaria como autêntico direito-garantia do direito-direito à vida, seja porque se constituiria, então por sedimentado na consciência do povo, em direito análogo aos direitos, liberdades e garantias (Novais), seja porque defeso pelo princípio do não-retrocesso (Vieira de Andrade e Jorge Miranda), seja por já se constituir em direito adquirido, decorrente das concretizações legislativas já efetuadas (Canotilho), seja, enfim, porque compreendido na cláusula de limitação material do poder derivado de revisão (Bonavides). Mas há, ainda assim, objeções sérias quanto ao direito originário, isto é, aquele que se funda diretamente no texto constitucional, a prestações materiais do Estado, por conta das denominadas reservas de conformação política e do possível a que se sujeitam as normas constitucionais ditas meramente programáticas, ou diretivas que orientam o tema. São de Ricardo Lobo Torres as asserções no sentido de que “os direitos sociais e econômicos estremam-se da problemática dos direitos fundamentais porque dependem da concessão do legislador, estão despojados do status negativus, não geram por si sós a pretensão às prestações positivas do Estado, carecem de eficácia erga omnes e se subordinam à ideia de justiça social. Revestem eles, na Constituição, a forma de princípios de justiça, de normas programáticas ou de policy, sujeitos sempre à interpositio legislatoris, especificamente na via do orçamento público”, nitidamente orientado pelas opções políticas do legislador que, também ele, se defronta com opções tão dramáticas quanto as com que se depara o aplicador da norma, consideradas a escassez e a limitação dos recursos públicos. Esses direitos – prossegue o autor –, às vezes aparecem na doutrina alemã como *direitos fundamentais sociais*, em virtude de sua constitucionalização através da cláusula do Estado Social¹¹⁰² – Aliás, na Alemanha, só mesmo em decorrência da irradiação dessa cláusula, na medida em que a

pequeno ou indeterminado alcance próprio, de modo que a densificação de seus respectivos conteúdos seria uma questão política, de competência legislativa, portanto, e que adquire peso mais considerável ainda, quando se considere a relevância da questão financeira, ou a significância do

Constituição de Bonn sequer cataloga os denominados direitos sociais, referidos apenas na doutrina alemã, mas subordinados à cláusula geral de Justiça Social. Essa circunstância, aliás, mais enfatiza a *constitucionalidade material* do direito fundamental à alimentação que prescinde até mesmo de sua inscrição formal na lei da constituição dos povos civilizados para que assim se qualifique, tal a sua fundamentalidade a partir de sua imbricação com o próprio direito à vida. Embora isso, não discrepa o ilustre Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) da ideia do denominado mínimo social – *que, sobretudo nos países em desenvolvimento, têm uma extensão maior do que nas nações ricas* – ou de que há um direito às condições mínimas de existência humana digna ainda quando exija prestações estatais positivas, pena de se inviabilizar a própria sobrevivência humana e, mais que isso, as condições mais primárias de liberdade, sinalizando para uma distinção que faz entre direitos sociais e esse mínimo vital essencial, constituído de prestações básicas, como a prestação jurisdicional, a educação primária, a saúde pública preventiva, e os programas de assistência à população mais carente.

Canotilho, transcrito em maior porção linhas atrás, já anotava que o direito ao mínimo essencial, na verdade, já se encontra protegido como “*dever indeclinável dos poderes públicos de garantir a dignidade da pessoa humana*”.¹¹⁰² (...) “Ora, o direito à alimentação, minimamente que seja, mas necessária à preservação da própria vida do ente humano, se já não se encontra contido, como pretende o eminente Professor Ricardo Lobo Torres, no respectivo direito social, certamente o estará naquele, o *direito-direito* à vida de que é garantia o direito à subsistência, a assegurar-lhe desde logo subjetivação necessária à respectiva exigibilidade judicial. Mais do que isso, expressamente previsto na Constituição como renda de subsistência, não se pode pretendê-lo redutível em seu núcleo mínimo ou essencial, em decorrência de eventual omissão do legislador ordinário em definir-lhe o meio e/ou a extensão – como se a esse fosse conferido o poder de, por essa via – a da omissão –, sobrepor-se à Constituição e ao declarado efeito desejado pela norma, o de subsistência digna. Toda a questão, em verdade, acaba por se resumir à *extensão, quantidade ou intensidade* do provimento judicial positivo, à conta de que a reserva do possível não pode assumir proporções tamanhas que transforme o direito à subsistência numa “*garantia jurídico-constitucional equivale (nte) praticamente a um “grau zero de garantia” (Haverkate), ou num direito social sob “reserva dos cofres cheios”*”, como enfatiza Canotilho, antes transcrito, e então pura e simplesmente suprimível por omissão legislativa! Na verdade, a qualidade de direito vinculante *prima facie* de que se reveste o direito à alimentação significa apenas, nas já citadas palavras de Alexy, que **a reserva do possível deve ser tomada no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, mas não tem como consequência a ineficácia do direito; antes, expressa simplesmente a reserva geral de ponderação a que se submetem, de resto, todos os demais direitos fundamentais**.”¹¹⁰² Desse modo, ainda quando ao direito a prestações materiais se contraponham objeções como a da separação dos poderes e respectiva delimitação funcional e a da reserva do possível, a ponderação a se fazer se instala entre, de um lado, tais e respeitáveis objeções e, de outro, os valores maiores da vida e da dignidade da pessoa humana – porque é isso e nada menos do que isso que efetivamente está em jogo quando se trata daquele mínimo necessário à garantia do direito à vida, o direito à alimentação. E essa equação ponderativa, com a vênua devida aos que pensam em contrário, sinaliza no sentido de que o conflito não pode ser resolvido senão em favor da vida e da dignidade de que se reveste a pessoa na qual então se subjetiva o direito à alimentação, legitimando-a a exigilos em juízo em atenção a certo e determinado trecho da realidade da vida. (...) “O que não soa razoável é, desde logo, subtrair-se da esfera do poder jurídico das pessoas o direito de acesso à subsistência com fundamento direto no texto constitucional, por força de uma pré-compreensão avessa à efetividade dos direitos fundamentais, negando-lhe, *precedentemente*, mesmo o direito de submeter à apreciação do juiz a situação de fato da qual se pretende extrair o direito originário a prestações. É seria e contundente a advertência de Alexy, citado por Lenio Streck: “*Com uma só disposição constitucional que esteja fora do controle judicial já se abre caminho para a perda da obrigatoriedade*”, de modo que, como pontua o eminente doutor gaúcho, quem quer que “*pretenda escrever na Constituição ideais políticos não justiciáveis deve estar consciente do que está em jogo*”.”¹¹⁰²

dispêndio financeiro para a satisfação desses direitos.¹¹⁰³

Já o argumento de índole substancial sugere que os direitos sociais são incompatíveis com as normas constitucionais substantivas, sobretudo com a própria ideia de liberdade com que se põem em constante rota de colisão, como sucederia, por exemplo, com o direito ao trabalho, numa economia de mercado livre. Se as necessidades de emprego do trabalhador desempregado forem diretamente satisfeitas pelo Poder Público, a consequência disso seria a de uma legião de desempregados “*merely masked as a public service*”.¹¹⁰⁴ Se, entretanto, tivessem que ser atendidas pela economia privada, isto representaria, sem dúvida, uma indevida intromissão nos direitos constitucionais daqueles que controlam o setor produtivo privado.

E não é só: os direitos sociais são extremamente custosos e, mais que isso, financiados com os impostos arrecadados de todos, que devem ter o direito de decidir, por seus representantes eleitos, o quanto querem ou podem direcionar ao financiamento desses direitos, e o quanto querem ou podem direcionar a outros projetos ou prioridades.¹¹⁰⁵

Por fim, o direito ao trabalho, também e por vezes, entra em rota de colisão com certos direitos coletivos, como com o direito ao ambiente saudável, a que se contrapõe hoje, no Brasil, por exemplo, o direito ao labor dos madeireiros que, a pretexto de retirarem da natureza o próprio sustento, compromete o sistema ambiental atual e o do futuro, com a destruição

¹¹⁰³ Ora, nem todos os tradicionais direitos de liberdades de índole liberal têm conteúdo altamente determinado pelo próprio texto constitucional, e nem por isso deixam de ser judicializáveis, na medida em que a omissão legislativa em editar as normas necessárias ao respectivo exercício não podem ter o poder de suprimi-los, sobrepondo-se à supremacia da Constituição. Por outro lado, muitos deles demandam também pesados encargos financeiros, como, por exemplo, os necessários ao exercício do sufrágio periódico – que só no ano de 2008, no Brasil, de eleições municipais, consumiu cerca de R\$ 490.000.000,00. E isto sem se falar nos dispêndios – os mais elevados – com a garantia da segurança pública, assecuratória do exercício das liberdades e do patrimônio, individual e coletivo.

¹¹⁰⁴ Preferencialmente adotadas nos países cujos governos adotam práticas populistas como estratégia de permanência no poder, sem considerar que o Estado-providência, o *Welfare State*, de tão inchado, lerdo, ineficiente e corrompido, quebrou há dezenas de anos.

¹¹⁰⁵ No Brasil, como anota Ana Paula de Barcellos, o constituinte originário não deixou ao livre alvedrio do legislador ordinário, isto é, da maioria episodicamente no poder, o estabelecimento das prioridades e nem muito menos o quanto devem investir nas áreas de educação e saúde, principalmente. Ao contrário, vinculou-o desde logo às prioridades que previamente estabeleceu, indispensáveis ao alcance das metas propostas e, mais que isso, ao quanto se deve investir nos respectivos setores, de modo a tornar até mesmo sindicáveis pelo poder judicial as respectivas políticas públicas à luz do princípio da *eficiência* a que se submete a administração pública (Cfr. BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, Editora Renovar, 2008; *idem* em Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas, in Revista Diálogo Jurídico, nº 15, janeiro/fevereiro/março de 2007, Salvador, Bahia, p. 12).

da floresta amazônica.

Pois bem, quando se consideram os argumentos contra e a favor da constitucionalização dos direitos sociais, prossegue Alexy, constata-se que há muitos deles de peso considerável, não negligenciáveis, o que, desde logo, gera uma conclusão aparentemente paradoxal, qual a de que os direitos constitucionais, nomeadamente os de índole social, são daqueles que, exatamente pela controvérsia que geram, não podem ficar de fora do texto constitucional, ao sabor dos desacordos episódicos das maiorias parlamentares simples, sempre eventuais e transitórias.

Daí a proposta do mestre alemão, de um modelo de direitos constitucionais sociais que se fundamente na ponderação ou *balancing* entre, de um lado e, sobretudo, o princípio da liberdade real, de fato, e, de outro, os princípios formais da competência e separação de poderes, além dos substantivos relativos aos direitos do outro – mesmo os coletivos, como o direito ao meio-ambiente antes mencionado,¹¹⁰⁶ sem prejuízo da resposta genérica que desde logo oferece:

“One has to consider an entitling position guaranteed, if(1) the principle of the factual freedom requires it very strongly, and (2) the principles of the separation of power and democracy (including the budgetary competence of parliament), as well(3) competing substantive principles(in particular those relating to the legal liberty of others) are relatively slightly affected by the constitutional guarantee of the entitling position and the decisions of the constitutional courts which take account of it. These conditions are satisfied at any rate, by minimal constitutional rights, such as the right to an existential minimum, to basic accommodation, to school education, to training for a job, and to a basic level of healthcare.” (destaquei)

5.1 Bem, aqueles que não consideram os direitos sociais como direitos fundamentais, mesmo depois de assentados no texto da lei constitucional, talvez não considerem a Constituição como norma jurídica, e norma jurídica axiomática de todo o ordenamento jurídico,

¹¹⁰⁶ Em outras palavras: as objeções ao direito à inclusão ou à *equal concern and respect* a ser materialmente assegurado aos despossuídos, se armam, a bem da verdade, nas mesmas estratégias de contenção do poder, já não agora do monarca, mas dos verdadeiros detentores do poder, o povo, que tanto serviram à burguesia na manutenção do *establishment* a duras penas – reconheça-se-o – conquistado, e do qual, mesmo agora, não se pretende abrir mão.

com força normativa vinculativa e conformadora dos poderes públicos – *no mínimo, e no particular dos direitos fundamentais* – e, bem assim, dos particulares, a partir de uma eficácia vinculativa bilateral da norma constitucional.¹¹⁰⁷

Talvez se apeguem ainda à leitura liberal de um estado de direito puramente formal, já sucedido de há muito por um Estado material de Direito que se funda na concreção do princípio democrático a partir de uma ordem jurídica legítima, isto é, uma ordem jurídica legitimada pela efetiva satisfação das necessidades dos “reais detentores do poder político”, em ordem a evitar que “*a legalidade seja utilizada como mecanismo de escamoteamento do conteúdo da noção de Estado de Direito Material*”.¹¹⁰⁸

Talvez não considerem que os direitos sociais, já pelo assento constitucional que têm – e que não poderiam deixar de ter, sob pena de permitir que as maiorias eventuais pura e simplesmente os desconsiderassem, malgrado o princípio estruturante da dignidade da pessoa que lhes dá fundamento – não são inferiores a qualquer outra norma de mesmo assento, tanto mais quanto, ao vincular a conformação da estrutura do Estado no sentido da respectiva efetivação, desnudam, nitidamente, **a fundamentalidade conformadora de que são providos**.¹¹⁰⁹

É que a Constituição, além de criar e ordenar os poderes do estado, também lhes assina as respectivas competências, nitidamente limitadas pelos efeitos dos direitos fundamentais que se irradiam não só ao todo unitário constitucional, mas também ao ordenamento jurídico infraconstitucional, cujo fundamento de validade repousa justamente na Carta Política que lhes nomeia as diversas espécies legislativas, a par de lhes traçar a gênese de formação válida e regular e de, por vezes, lhes orientar os próprios conteúdos.¹¹¹⁰

¹¹⁰⁷ A vinculação dos particulares aos direitos sociais, também ela, não é negada pela doutrina (v.g., CANOTILHO. *Direito Constitucional...* Ob. cit., p. 483), submetendo, assim, o comércio jurídico em torno da saúde e alimentação, e, mais que isso, a própria interpretação dos contratos – e, por consequência, a própria autonomia privada – aos direitos fundamentais sociais.

¹¹⁰⁸ MASTRODI, Josué, *Direitos Sociais Fundamentais*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 84.

¹¹⁰⁹ *Idem, ibidem*, p. 89.

¹¹¹⁰ Visite-se García de Enterría: “*La Constitución, por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella contruidos; por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad. En todos esos contenidos la Constitución se presenta como un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente, preceptos dirigidos tanto a los diversos órganos del poder por la propia Constitución establecidos como a los ciudadanos. Como ha dicho Kaegi, ‘lo fundamentalmente nuevo del Estado constitucional frente a todo el mundo del autoritarismo es la fuerza vinculante bilateral de la norma (Ihering), esto*

5.2 Daí que quando se contemple a questão a partir de um Estado social democrático que prossiga a realização da igualdade material, aí mesmo é que não se pode entender os direitos sociais senão como desenvolvimento ou concretização dos direitos, liberdades e garantias. É verdade que estes não são obra da criação do ordenamento jurídico-constitucional, que apenas os reconhece e consagra como “*limite e tarefa dos poderes estatais*”, no já citado dizer de Sarlet,¹¹¹¹ mas também não é menos verdade que os direitos sociais não são dádivas filantrópicas da sociedade, mas apenas e naturalmente o desdobramento do princípio da igualdade, e outro escopo não têm senão o de assegurarem as liberdades que os despossuídos não podem ter no mesmo nível e extensão de seus co-cidadãos, a partir de uma igualdade material, indispensável para Rawls,¹¹¹² às ideias de

es, la vinculación a la vez de las autoridades y de los ciudadanos, en contraposición a toda forma de estado de privilegios de viejo y nuevo cuño’. La Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico. El grande lema de la lucha por el Estado constitucional ha sido la exigencia de que el (arbitrario) government by men debe disolverse en un (jurídico) government by law. Pero la Constitución no sólo es norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, lex superior. Por varias razones. Primero, porque la Constitución define el sistema de fuentes formales del Derecho, de modo que solo por dictarse conforme a lo dispuesto a la Constitución (órgano legislativo por ella diseñado, su composición, competencia y procedimiento) una Ley será válida o un reglamento vinculante; en este sentido, es la primera de las “normas de producción”, la norma normarum, la fuente de las fuentes. Segundo, porque en la medida en que la Constitución es la expresión de una intención fundacional configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia (una “Ley Perpetua” era la aspiración de nuestros comuneros) o duración (dauernde Grundordnung: ordenamiento fundamental estable, ‘el momento reposado y perseverante da la vida del Estado’: Fleiner), lo que parece asegurarla una superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total tan relevante y limitada a objetivos mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución ha establecido. Esta idea determinó, primero, la distinción entre un poder constituyente, que es de quien surge la Constitución, y los poderes constituidos por este, de los que emanan todas las normas ordinarias. De aquí se dedujo inicialmente la llamada ‘-rigidez’ de la norma constitucional, que la asegura una llamada ‘superlegalidad formal’ que impone formas reforzadas de cambio o modificación constitucional frente a los procedimientos legislativos ordinarios. Pero la idea llevará también al reconocimiento de una ‘superlegalidad material’ que asegura a la Constitución una preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas del ordenamiento, producto de los poderes constituidos por la Constitución misma, obra del superior poder constituyente. Esas demás normas sólo serán válidas si no contradicen, no ya sólo el sistema formal de producción de las mismas que la Constitución establece, sino, y sobre todo, el cuadro de valores y de limitaciones del poder que en la Constitución se expresa...’. (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Constitución como norma... Ob. cit., pp. 55/56).

¹¹¹¹ A dignidade da pessoa humana, que dá fundamento aos direitos, liberdades e garantias, “*como qualidade intrínseca da pessoa humana, não poderá ser ela própria concedida pelo ordenamento jurídico*” (Dignidade da Pessoa Humana, já citado, p. 73) embora não se possa ignorar, como acentuado em nota anterior, o respectivo “*componente cultural*”.

¹¹¹² A partir da edição de seu Liberalismo Político, Rawls pretende que a equidade – *fairness* – do procedimento de que resulte um consenso quanto a um conjunto básico de princípios ordinatórios da sociedade, dependeria da garantia de que cada um de seus membros dispusesse de um mínimo de condições materiais – mínimo social, em suas palavras – que lhes permitissem participar racional e imparcialmente desse consenso (RAWLS, John. *Liberalismo Político*. Trad. De Sergio René Madero Báez. Fondo de Cultura Económica, México, 1992, p. 32/33). Em outras palavras, os direitos e liberdades são, necessariamente, antecedidos pela satisfação das necessidades básicas da pessoa, pelo menos na medida e extensão em que isso se faça necessário à respectiva compreensão e exercício, de modo que, sem esse mínimo, não se pode sequer falar em liberdade. Nesse mesmo sentido, Ana Paula de Barcellos: “*Pelas mesmas razões, a democracia,*

liberdade e de justiça justa¹¹¹³ que passa, necessariamente, pelo direito social à alimentação, setor em que mais se fazem sentir as desigualdades que comprometem toda a ideia de liberdade real ou factual.

E é exatamente da tarefa de realização do projeto constitucional dessa igualdade material ou factual, indispensável, insista-se, ao exercício das próprias liberdades, que se está a tratar quando se identifica o direito à alimentação como autêntico direito-garantia do próprio direito à vida que o constituinte, embora a escassez de recursos com que sempre acena o poder público ou a reserva de conformação política da maioria temporariamente no poder, não deixou por inteiro nas mãos do legislador ordinário, tamanhos o desperdício, ineficiência e descompasso entre as prioridades por aquele eventualmente escolhidas, e as apontadas pela Constituição.

Desde logo, todavia, adianta-se que a identificação das metas constitucionais prioritárias, vinculativas das autoridades públicas, importa “(...) *afirmar que determinada política pública, embora aprovada pelos órgãos majoritários, não deve ser implementada até que as metas prioritariamente estabelecidas pelo constituinte originário tenham sido atingidas*”,¹¹¹⁴ malgrado a dificuldade -- mas não a impossibilidade -- de apontar quais sejam estas.

6. **Direito à alimentação como Direito-Garantia do Direito-Direito à Vida: Eficácia Vinculativa. Regime Jurídico de seu Conteúdo Mínimo**

Relembre-se o ilustre Professor Jorge Miranda, citado linhas atrás: há certas garantias constantes da Constituição que não são direitos; mas muitas outras há que se constituem, em bom rigor, em elementos da definição constitucional do próprio direito, e que não podem ser suspensas nem pelo estado de sítio ou pelo de emergência, como a do direito de defesa dos arguidos. Tudo se passa “*como se houvesse o desdobramento de certo direito num elemento ou*

sem que todos os participantes da deliberação tenham condições básicas de dignidade material, descreve apenas uma ficção” (A Eficácia, já citada, p. 132).

¹¹¹³ Apud, MASTRODI, Direitos Sociais Fundamentais, já citado, p. 80.

¹¹¹⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. Revista Diálogo Jurídico, nº 15, janeiro/fevereiro/março de 2007, Salvador, Bahia.

*momento primário – o direito propriamente dito – e num elemento ou momento secundário – a garantia”.*¹¹¹⁵

Assim, da mesma forma que ao direito de liberdade física faz-se indispensável, num segundo momento de sua consagração constitucional, o estabelecimento do direito-garantia à presunção de inocência, ao contraditório e à defesa ampla, ao direito à vida seguiu-se, pelo menos em Portugal e no Brasil, um “segundo momento“, o direito-garantia à alimentação.

A única distinção residiria no fato de que, enquanto os direitos-garantia do direito-direito à liberdade física cobram do Estado uma prestação de cunho legislativo – a edição de leis processuais afinadas àquelas garantias –, o direito à alimentação demandaria uma prestação de ordem material como, de resto, cobram-na, também, o direito de participação política, mesmo no que respeita ao exercício do sufrágio,¹¹¹⁶ que exige do Estado aparelhamento materialmente adequado, com dispêndios vultosos, mais vultosos ainda no que respeita à segurança pública – e patrimonial, é claro, como próprio da leitura liberal do estado de direito – quanto aos quais todos, de alguma forma, se põem de acordo, numa espécie de consenso unânime que Rawls, desde a edição de seu Liberalismo Político, deixa de considerar como uma verdade para qualificá-lo apenas como um entre muitos argumentos em favor de uma sociedade bem ordenada e justa.¹¹¹⁷

O mesmo se diga a respeito do direito à segurança alimentar, que cobra do poder público participação ativa numa autêntica rede mundial de proteção desde a produção do alimento, seu preparo, até seu consumo. E mundial, na exata medida em que a globalização do comércio internacional de alimentos exige.

Portanto, a distinção entre direitos, liberdades e garantias e direitos

¹¹¹⁵ *Manual...*, ob. cit. Tomo IV, pp. 97-98, citando, em nota de rodapé, Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

¹¹¹⁶ Como se viu em nota anterior, também a realização de certos direitos, liberdades e garantias consome recursos públicos em elevado nível, e não só a realização de eleições e a manutenção da Justiça Eleitoral, mas também, v.g., a manutenção da segurança pública, custeada com impostos de todos. Neste sentido, confira-se BARROSO, Luis Roberto. “Da falta de efetividade à judicialização excessiva; direito à saúde, fornecimento de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”. In *Interesse Público*, ano 9, nº 46, nov./dez./2007, Belo Horizonte: Editora Fórum, nota nº 2, p. 34. Aliás, sob certas circunstâncias, também o próprio direito individual à segurança pública pode se constituir num direito sob reserva das possibilidades de recursos públicos, como sucede, por exemplo, nas grandes cidades de acentuada violência urbana como a do Rio de Janeiro dos dias de hoje, em que a segurança efetiva, real, dependeria, entre outras providências, de investimentos tão pesados, que, na prática, consumiria a totalidade dos recursos públicos.

¹¹¹⁷ *Apud* MASTRODI, Direitos Sociais Fundamentais, já citado, p. 81.

sociais – e não se tergiverse sobre isso –, é apenas de grau ou quantidade, como já acentuava MASTRODI, com apoio na lição de Häberle,¹¹¹⁸ de que não discrepa Ana Paula Barcellos, para quem é possível até que “os direitos sociais demandem mais recursos que os individuais, mas isto não significa que eles apresentem custo zero”.¹¹¹⁹

6.1 E nesse ponto, do custo dos direitos sociais, é que parece se pôr todo o fundamento dos que pretendem lhe recusar aplicação direta ou a natureza de direito originário, certamente sem considerar as prioridades constitucionais a respeito da realização das despesas do Estado, juridicamente vinculadas a tal primazia constitucional e com ênfase tal que, quando a objeção firmada na inexistência material de recursos for verdadeira – porque no mais das vezes é apenas formal –, estar-se-ia diante de uma autêntica confissão de “uma conduta inconstitucional anterior por parte da autoridade pública” porque “Se de fato não há recursos físicos ou alocados no orçamento – e, ao mesmo tempo, condições elementares para a dignidade humana deixaram de ser atendidas a um indivíduo, é porque os recursos públicos existentes foram alocados em desacordo com a prioridade estabelecida pela Constituição”, que, indubitavelmente, tem como “meta o desenvolvimento do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições próprias de sua dignidade”,¹¹²⁰ que se constitui em princípio fundamental inscrito no artigo 1º, inciso III, da CRB – e artigo 1º da CRP – não como uma “simples declaração de conteúdo ético e moral, mas se constitui norma jurídico-positivada dotada, em sua plenitude, de status constitucional formal e material e, como tal, carregado de eficácia, alcançando – tal como sinalou Benda – a condição de valor jurídico da comunidade.”(...) “autêntico valor-fonte que anima e justifica a própria existência do ordenamento jurídico”.¹¹²¹

Ora, mesmo à reflexão a respeito desse bem-estar compatível com a dignidade da pessoa, precede a que diz respeito ao que seria do próprio direito à vida para os despossuídos, se o Estado não lhes assegurasse alimentação e alimentação qualificada, isto é, segura, no mínimo necessário que fosse à respectiva manutenção.

¹¹¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 92.

¹¹¹⁹ A Eficácia Jurídica..., já citada, p. 265.

¹¹²⁰ *Idem, ibidem*, pp. 274 e 272.

¹¹²¹ SARLET, Ingo Wolfgang, Dignidade da Pessoa, já citado, p. 74.

6.2 Ana Paula de Barcellos,¹¹²² em seu já referido trabalho intitulado “Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas”, demonstra como é possível a partir da ideia de um neoconstitucionalismo, assim entendido aquele que do ponto de vista material incorpora explicitamente ao texto das constituições, valores e, sobretudo, opções políticas, notadamente no que “*diz respeito à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais (...)*” “*construir uma dogmática específica capaz de conferir eficácia jurídica a tais elementos normativos*”, o que se constitui em um dos desafios do neoconstitucionalismo, na medida em que enseja conflitos específicos e gerais.

Os específicos, salienta a autora, desde a necessidade de harmonizar, numa sociedade como a de nossos dias, colisões – por vezes apenas aparentes –, de diferentes comandos constitucionais de difícil convivência em determinadas circunstâncias, como – exemplifica – sucede com a livre iniciativa,¹¹²³ os princípios de proteção ao consumidor e ao meio-ambiente.

Já os de ordem geral, se travam entre os substancialistas, de um lado, e os procedimentalistas, de outro, com nítida repercussão sobre a intensidade de controle ou filtragem judicial dos atos e omissões do poder público e, em consequência, sobre a legitimidade da própria intervenção judicial, sempre questionada diante do princípio da interdependência dos poderes que, entretanto, se curva, necessariamente, frente aos direitos fundamentais da pessoa, protagonista e única destinatária dos bens da vida, e sem a qual a própria ordem jurídico-constitucional não teria sentido qualquer.

É de Barcellos a conclusão: “(*...*) a Constituição é norma jurídica central no sistema e vincula a todos dentro do Estado, sobretudo os Poderes Públicos. E, de todas as normas constitucionais, os direitos fundamentais integram um núcleo normativo que, por variadas razões, deve ser especificamente prestigiado...”.

A questão se aprofunda, assinala a ilustre autora, quando se trate dos direitos a prestações materiais do estado, como à renda mínima, educação, habitação e saúde, na

¹¹²² Revista Diálogo Jurídico, nº 15, janeiro/fevereiro/março de 2007, Salvador, Bahia.

¹¹²³ Convém enfatizar, no ponto, a proeminência da regra inscrita no artigo 170 da Constituição da República brasileira, incisiva no sentido de que mesmo “*A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social ...*”, a fundamentar o modelo “*sócio-liberal*” do Estado brasileiro, que Bonavides lhe atribui.

medida em que envolvem decisões a respeito “do dispêndio de recursos públicos” (p. 10), de todos sabido limitados, e que a Administração Pública busca efetivar através de políticas públicas que envolvem gastos, e, em consequência, escolhas e priorizações sob a influência direta, todavia, “das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário. Ou seja: as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política: ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais” (p. 12), cuja centralidade e supremacia num estado constitucional democrático são absolutamente indiscutíveis, e com tamanha intensidade que não se pode divergir da ilustre Doutora e Pós-Doutora pela Universidade de Harvard, quando afirma que “a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas e dispêndio de recursos públicos”, e de tal modo o faz, que “o conjunto de gastos do Estado é exatamente o momento no qual a realização dos fins constitucionais poderá e deverá ocorrer” (p. 12).

É verdade que num estado “constitucional regido por uma Constituição rígida, ainda assim, o poder político poderá alterar as regras jurídicas a que está submetido”, mas não é menos verdade que diante das denominadas cláusulas pétreas, como as que respeitam aos direitos fundamentais, nada há a fazer senão submeter-se, qualquer que seja o grupo político no poder – de alternância periódica, como típica do regime democrático. Isso não significa que não haja espaço para deliberações majoritárias a propósito das políticas públicas e dos respectivos recursos, mas apenas que tais deliberações estão submetidas a certas condicionantes jurídico-constitucionais, e, a partir de, e como consequência dessas, ao controle ou sindicância do poder judicial, encarregado da guarda da Constituição e da tarefa de dissipar a tensão sempre existente entre o princípio da maioria e o Estado Constitucional.

É por essa razão; pela viabilidade em face das diretrizes traçadas pela própria Constituição, do controle judicial das políticas públicas destinadas a suprir a pessoa do mínimo indispensável à vida – e vida digna –, em atenção a certo e determinado trecho de realidade que lhe cobre providências para a respectiva preservação, entretanto não adotadas ou adotadas de modo insuficiente ou apenas virtual, que as atenções da investigação poderiam se voltar, ainda que resumidamente, à justificação, sem subterfúgios, da legitimidade da intervenção judicial fundada na supremacia da Constituição, a ser resguardada das maiorias eventual e episodicamente no poder, especialmente no que respeita aos direitos fundamentais.

De todo modo, fiquemos, por enquanto, com o lúcido raciocínio de Canotilho a propósito do tema, do qual ousamos nos apropriar como se nosso fora, tamanha a comunhão das modestas ideias que temos a respeito dos direitos sociais e da sua pretendida sujeição absoluta ao legislador ordinário, com as que aquele renomado Constitucionalista de Coimbra expressa.

Ouçamo-lo:

“... Uma das maiores dificuldades surgidas na determinação dos direitos fundamentais é esta: os direitos sociais só existem quando as leis e as políticas sociais os garantirem. Por outras palavras: é o legislador ordinário que cria e determina o conteúdo de um direito social. Este é o discurso saturado da doutrina e da jurisprudência. ‘Os direitos sociais ficam dependentes, na sua exacta configuração e dimensão, de uma intervenção legislativa concretizadora e conformadora e só então adquirindo plena eficácia e exequibilidade’. Uma tal construção e conceção de garantia jurídico-constitucional equivale praticamente a um ‘grau zero de garantia’ (Haverkate). Quais são, no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platônica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos por todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sobre ‘reserva dos cofres cheios’ equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. Para atenuar esta desoladora conclusão adianta-se, por vezes, que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais se reconduz à garantia do mínimo social. Segundo alguns autores, porém, esta garantia do mínimo social resulta já do dever indeclinável dos poderes públicos de garantir a dignidade da pessoa humana e não de qualquer densificação jurídico-constitucional de direitos sociais...”¹¹²⁴

¹¹²⁴ Direito Constitucional... Ob. cit., p. 481.

“... Diante da agudeza desta crítica” – prossegue o ilustre mestre de Coimbra – “desloca-se o cerne da questão para a indeterminabilidade jurídico-constitucional dos direitos fundamentais sociais...”, de modo a, em nome do princípio da separação e interdependência dos poderes, deixá-la a cargo exclusivo da atividade legislativa cuja omissão não renderia mais do que, na via do controle da inconstitucionalidade por omissão, sua constituição em mora, como se o ser humano – sujeito máximo da história, no dizer de Konder Comparato¹¹²⁵, pudesse aguardar as providências desse para, então, sobreviver à fome.

A força ou eficácia vinculativa das normas referidas aos direitos - sociais, ainda quando se as considerasse meramente programáticas e sujeitas, em linha de princípio, a concretizações submetidas às modulações de intensidade periodicamente alterada pelo eleitorado, reconhecem-na Jorge Miranda¹¹²⁶ e Canotilho,¹¹²⁷ para os quais se constituem, no mínimo, em parâmetro de controle judicial de eventual inconstitucionalidade das providências adotadas pelo legislador ordinário.

Contudo, essa atividade legislativa concretizadora, contida embora na liberdade de conformação política, é obrigatória, prioritária e vinculada às diretrizes constitucionais, na esteira, aliás, do pensamento de Vieira de Andrade,¹¹²⁸ que, como a maioria da doutrina portuguesa, pretende judicializável o direito a um mínimo essencial garantido pela própria Constituição, pondo a salvo, contudo, de qualquer controle judicial, a ampliação desse conteúdo mínimo.¹¹²⁹

¹¹²⁵ Derechos Innatos de la persona, dignidad de los desposeídos, citado por GIMENEZ, Teresa Vicente, in La exigibilidad..., p. 32.

¹¹²⁶ Manual, tomo IV. Ob. cit., p. 119.

¹¹²⁷ Direito Constitucional... Ob. cit., p. 482.

¹¹²⁸ Os Direitos Fundamentais... Ob. cit., p. 392.

¹¹²⁹ Confira-se a imagem do mínimo existencial proposta por Ana Paula de Barcellos, qual de “(...) Ao lado campo meramente político, uma fração do princípio da dignidade da pessoa humana, seu conteúdo mais essencial, está contida naquela esfera de consenso mínimo assegurada pela Constituição e transformada em matéria jurídica. É precisamente aqui que reside a eficácia jurídica positiva ou simétrica e o caráter de regra do princípio constitucional. Ou seja: a não realização dos efeitos compreendidos nesse mínimo constitui uma violação ao princípio constitucional, do tradicional esquema do “tudo ou nada”, podendo-se exigir judicialmente a prestação equivalente. Não é possível ponderar um princípio, especialmente o da dignidade da pessoa humana, de forma irrestrita, ao ponto de não sobrar coisa alguma que lhe confira substância; também a ponderação tem limites. Recorra-se aqui a uma imagem capaz de ilustrar o que se afirma: a de dois círculos concêntricos. O círculo interior cuida afinal do mínimo de dignidade, decisão fundamental do constituinte originário que qualquer maioria terá de respeitar e que, afinal, representa o efeito concreto mínimo pretendido pela norma e exigível. O espaço entre o círculo interno e o externo será ocupado pela deliberação política, a quem caberá, para além do mínimo existencial, desenvolver a concepção de dignidade prevalente em cada momento histórico, de acordo com as escolhas específicas do povo” (Eficácia Jurídica dos Princípios, p. 282.)

Não é bem assim que pensamos, na medida em que só caso a caso é que se poderia concluir num ou noutro sentido. A ampliação poderia ser necessária num caso e desnecessária noutro, notadamente diante da indeterminação jurídica do que seja o mínimo existencial.

É óbvio que a limitação de recursos existe e não se pode ignorá-la, até mesmo para que se possa afirmar judicialmente exigível ou não, certa e determinada prestação do Estado que desborde dos limites do razoável, mas também não se pode esquecer a finalidade da arrecadação de recursos públicos, que outra não é senão a de realizar os objetivos fundamentais traçados na Constituição: *“promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível”*.¹¹³⁰

Foi isso, aliás, que o eminente Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal – a Corte Constitucional brasileira – teve a oportunidade de afirmar na apreciação da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, do Distrito Federal – ADPF 45 MC/DF –, aforada em face de veto do Senhor Presidente da República, contraposto ao § 2º do art. 55, de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (Lei de Diretrizes Orçamentárias), destinada a fixar as diretivas pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004, e que cuidava de definir o que fossem ações e serviços públicos de saúde, prejudicada, entretanto, por força da transformação do dispositivo então vetado, em lei – Lei nº 10.777/2003 – que lhe restaurara o inteiro teor.¹¹³¹

¹¹³⁰ Barcellos, Ana Paula. *“A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”*, Editora Renovar, 2008, pp. 271-272.

¹¹³¹ A ementa que encimou a decisão é a seguinte: *“Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da*

Embora isso, Sua Excelência, o eminente Ministro relator não se furtou de tecer considerações a propósito do princípio da reserva do possível que, por sua atualidade, não podem deixar de ser transcritas:

“Desrespeito à Constituição – Modalidades de comportamentos inconstitucionais do Poder Público. O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. – Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. (...) – A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental” (RTJ 185/794-796, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno). É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (Vieira de Andrade, José Carlos. “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais

“reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração)”.

competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (Stephen Holmes/Cass R. Sunstein, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, ani-

quilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...) Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.(...) “Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais”. (destaquei)

6.3 Não há muito o que acrescentar, senão que comentar: a reserva do possível não pode servir de pretexto ou de biombo para, assim protegido dos olhares da sociedade, o Poder Público, no uso de sua liberdade conformadora, optar por priorizar outros setores da cena política e acabar por restringir o núcleo intangível de “*um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias à própria sobrevivência do indivíduo*”.

Concluimos por aqui, para afirmar que o direito à alimentação encontra sua fundamentalidade como autêntico direito-garantia do direito-direito à vida ou, se quiser, mesmo no desvio de seu fundamento para o mínimo existencial, tal como denunciado por Canotilho, de modo a sujeitá-lo a uma indesejada indeterminabilidade jurídico-constitucional ou num direito que exige do poder público não apenas o dispêndio material correspondente, mas a

adoção de providências que, ao fim e ao cabo, lhe assegurem o próprio direito à liberdade tal como imaginada por Rawls, em grau que lhe permita participar do processo de tomada de decisões da nação, necessário a uma sociedade justa e bem ordenada, sem vinculações ou compromissos prévios.

Afinal, não é livre quem tem fome e sede, não tenha onde morar, nem educação e nem quem lhe pense e cuide das enfermidades, e que não possa, por isso, desenvolver livremente sua personalidade.

Referências bibliográficas:

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos fundamentais da Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed., Almedina. 2004.

ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford University Press, translation by Julian Rivers, 2002.

BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Trad. de Manuel José Cardoso da Costa, Coimbra, 1977

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*”, Editora Renovar, 2008

_____. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*, in Revista Diálogo Jurídico, nº 15, Salvador, Bahia, janeiro/fevereiro/março de 2007.

BARROSO, Luis Roberto. In Interesse Público, ano 9, nº 46, , Belo Horizonte: Editora Fórum, nov./dez./2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo. Malheiros Editores, 21ª ed, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina, 7ª ed., 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo, Saraiva, 1999.

DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia e Direitos Fundamentais*, AAFDL, Lisboa 2006.

DWORKIN, Ronald. *Life's Dominion. An Argument About Abortion Euthanasia, and Individual Freedom*. First Vintage Books Edition. July. 1994

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A theory of judicial review*. Cambridge, Mass. Harvard University Press, 1980.

LOPES, Mauricio Caldas. *Judicialização da Saúde*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Thompson, Civitas, cuarta edición, mayo/2006.

GIMENEZ, Teresa Vicente. *La exigibilidad de los derechos sociales*. Valencia: PUV Publicaciones, 2006.

MASTRODI, Josué, *Direitos Sociais Fundamentais*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Revista Diálogo Jurídico, volume 10, janeiro/2002.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, 3ª ed. Coimbra Editora, Tomo IV. 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra Editora, 1ª. Ed., março 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, 6ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2002.

WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2005.

FALTA DE COMPROVAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DE CÔNJUGE OU DE FAMILIAR, IMPEDE A PRESUNÇÃO DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO AGENTE

Mauro Roberto Gomes de Mattos

Advogado

O ato de acumular riqueza faz parte do sistema capitalista contemporâneo e, por si só, não caracteriza a prática de ato ilícito por parte do contribuinte agente público, há sempre que se demonstrar que houve a utilização indevida de uma prerrogativa pública para que ocorra o nexo de causalidade, a que aduz o art. 9º, inc. VII, da Lei nº 8.429/92.

A caracterização de enriquecimento ilícito do agente público contribuinte do imposto de renda deve vir precedido de um ato doloso, capaz de comprometer os deveres de lealdade e de probidade para com as instituições públicas.

Em sendo assim, as investigações levadas à efeito na área patrimonial do agente público devem se atrelar a verdade real e não se distanciar dos princípios mais lúdicos de direito e de justiça, visto estar percorrendo o seu *status dignitatis* do investigado e de sua família.

Quando se trata de investigação de um suposto enriquecimento ilícito, o poder investigatório é obrigado a verificar a intenção do agente público, pois terá que demonstrar o dolo específico de se utilizar de determinada prerrogativa pública, visando auferir vantagem patrimonial ilícita, visto que não será qualquer equívoco na declaração de rendas do agente que caracterizará a prática do ato desonesto, visando o enriquecimento ilícito.

Assim sendo, a investigação não poderá ser focada em meras presunções, pois a prática do ato de improbidade exige a demonstração de dolo, consistente na vontade livre e consciente do agente público se enriquecer ilicitamente.

Por essa razão, meros pecados veniais ou equívocos na declaração de rendas do agente público, desatrelado do dolo ou da materialidade necessária para a configuração do ato de improbidade administrativa, não se subsumem ao tipo descrito no art. 9º, inc. VII, da Lei nº 8.429/92.

Deve a investigação partir da declaração de rendas anualmente fornecida pelo agente público, que tomará como base o disposto no § 1º, do art. 13, da Lei nº 8.429/92.

Nessa vertente, a declaração de rendas compreenderá:

- imóveis;
- móveis;
- semoventes;
- dinheiro;
- títulos;
- ações.
- qualquer outra espécie de bens e valores patrimoniais no Brasil ou no exterior;
- **bens e valores patrimoniais do cônjuge ou companheiro e de outras pessoas que vivam sob dependência econômica do declarante.**

Essa regra é bem clara e se mantém fiel ao que vem disposto no artigo 43, do CTN, que tem como fato gerador do imposto de renda (obrigação tributária) a disponibilidade econômica ou jurídica do contribuinte. Somente haverá disponibilidade econômica ou jurídica do contribuinte agente público de sua renda e de seus dependentes economicamente, não bastando os mesmos serem consanguíneos, salvo se houver conluio ou ato de má-fé entre ambos devidamente comprovado.

Assim está grafado o CTN:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

Pois bem, a “**aquisição**” é o ato de adquirir, ou seja, de conseguir passar a ter. E a “**disponibilidade**” é a qualidade ou estado do que é disponível, do que se pode usar livremente.

Sendo fato gerador do imposto a “aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza”, não alcança a mera expectativa de ganho futuro ou em potencial.

Da mesma forma, não configura aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos a simples posse de numerário alheio.

A disponibilidade que trata o artigo 43 do CTN há de ser atual, e não futura. A disponibilidade econômica é, portanto, a possibilidade efetiva e atual, de dispor a renda, representada por moeda ou por seu equivalente.

E por disponibilidade jurídica há de se entender a possibilidade, decorrente de adequada instrumentação jurídica, de colocar a renda à efetiva e atual disposição econômica.

Importante se ter como foco de mira tais situações jurídicas para se evitar excessos do poder persecutório disciplinar, que não poderá se distanciar das normas tributárias para fins de

subsunção de conduta em um possível enriquecimento ilícito de que trata o art. 9º, inc. VII, da Lei nº 9.429/92.

Assim, o agente público contribuinte possui a responsabilidade tributária sobre a sua declaração de rendas e a de seus dependentes econômicos, visto que se o seu núcleo familiar possuir renda e patrimônio jurídico próprio, mesmo que haja regime jurídico de comunhão parcial entre os cônjuges, **não há como se imputar ao agente público, responsabilidades por rendas ou acréscimos patrimoniais de seus entes familiares, porque a sua responsabilidade perante a Lei nº 8.429/92 é subjetiva, vinculada aos atos concretos ou praticados visando o suposto enriquecimento ilícito.**

Destaca o artigo 43 do CTN, o acréscimo patrimonial como elemento comum e nuclear dos conceitos de renda e proventos.

Em assim sendo, o fato gerador do imposto de renda é a aquisição da disponibilidade de acréscimo patrimonial produto capital, do trabalho, da combinação de ambos (renda), ou de qualquer outra causa (proventos).

Não faz o menor sentido o agente público responder pela disponibilidade econômica ou jurídica de seu companheiro(a) ou ente familiar, se os mesmos possuem renda própria e são contribuintes individuais do Imposto de Renda, responsáveis individualmente por suas declarações de rendas.

Em abono ao que foi dito, o artigo 1º, da Lei nº 8.730/93, estabelece obrigatoriedade da declaração de bens e rendas para o exercício de cargos, empregos e funções nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, nos seguintes termos:

“Art. 1º É obrigatória a apresentação de declaração de bens, com indicação das fontes de renda, no momento da posse ou, inexistindo esta, na entrada em exercício de cargo, emprego ou função, bem como no final de cada



exercício financeiro, no término da gestão ou mandato e nas hipóteses de exoneração, renúncia ou afastamento definitivo, por parte das autoridades e servidores públicos adiante indicados:

1012

I - Presidente da República;

II - Vice-Presidente da República;

III - Ministros de Estado;

IV - membros do Congresso Nacional;

V - membros da Magistratura Federal;

VI - membros do Ministério Público da União;

VII - todos quantos exerçam cargos eletivos e cargos, empregos ou funções de confiança, na administração direta, indireta e fundacional, de qualquer dos Poderes da União.

§ 1º A declaração de bens e rendas será transcrita em livro próprio de cada órgão e assinada pelo declarante:

§ 2º O declarante remeterá, incontinenti, uma cópia da declaração ao Tribunal de Contas da União, para o fim de este:

I - manter registro próprio dos bens e rendas do patrimônio privado de autoridades públicas;

II - exercer o controle da legalidade e legitimidade desses bens e rendas, com apoio nos sistemas de controle interno de cada Poder;

III - adotar as providências inerentes às suas atribuições e, se for o caso, representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados;

IV - publicar, periodicamente, no Diário Oficial da União, por extrato, dados e elementos constantes da declaração;

V - prestar a qualquer das Câmaras do Congresso Nacional ou às respectivas Comissões, informações solicitadas por escrito;

VI - fornecer certidões e informações requeridas por qualquer cidadão, para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou à moralidade administrativa, na forma da lei.”

Sendo certo que a respectiva declaração de rendas deve ser feita pelo agente público, **abrangendo o seu patrimônio e de seus dependentes economicamente, consoante expressa determinação do artigo 2º, da Lei nº 8.730/93:**

“Art. 2º A declaração a que se refere o artigo anterior, excluídos os objetos e utensílios de uso doméstico de módico valor, constará de relação pormenorizada dos bens imóveis, móveis, semoventes, títulos ou valores mobiliários, direitos sobre veículos automóveis, embarcações ou aeronaves e dinheiros ou aplicações financeiras que, no País ou no exterior, constituam, separadamente, **o patrimônio do declarante e de seus dependentes, na data respectiva.**

§ 1º Os bens serão declarados, discriminadamente, pelos valores de aquisição constantes dos respectivos instrumentos de transferência de propriedade, com indicação concomitante de seus valores venais.

§ 2º No caso de inexistência do instrumento de transferência de propriedade, será dispensada a indicação do valor de aquisição do bem, facultada a indicação de seu valor venal à época do ato translativo, ao lado do valor venal atualizado.

§ 3º O valor de aquisição dos bens existentes no exterior será mencionado na declaração e expresso na moeda do país em que estiverem localizados.

§ 4º Na declaração de bens e rendas também serão consignados os ônus reais e obrigações do declarante, inclusive de seus dependentes, dedutíveis na apuração do patrimônio líquido, em cada período, discriminando-se entre os credores, se for o caso, a Fazenda Pública, as instituições oficiais de crédito e quaisquer entidades, públicas ou privadas, no País e no exterior.

§ 5º Relacionados os bens, direitos e obrigações, o declarante apurará a variação patrimonial ocorrida no período, indicando a origem dos recursos que hajam propiciado o eventual acréscimo.

§ 6º Na declaração constará, ainda, menção a cargos de direção e de órgãos colegiados que o declarante exerça ou haja exercido nos últimos dois anos, em empresas privadas ou de setor público e outras instituições, no País e no exterior.

§ 7º O Tribunal de Contas da União poderá:

a) expedir instruções sobre formulários da declaração e prazos máximos de remessa de sua cópia;

b) exigir, a qualquer tempo, a comprovação da legitimidade da procedência dos bens e rendas acrescidos ao patrimônio no período relativo à declaração.”

Assim, *ex vi legis*, todo agente público é obrigado a apresentar anualmente sua declaração de bens e valores às unidades de recursos humanos dos órgãos onde atuam, fornecendo a identificação de seus dependentes econômicos, se houver.

Quanto a este fato não há divergência.

A situação equivocada que tem se tornado comum nas investigações patrimoniais levadas à efeito através de Sindicância ou Processo Administrativo disciplinar, **é quando as respectivas Comissões Investigatórias intimam o agente público investigado a prestar esclarecimentos sobre os rendimentos e patrimônios de cônjuges ou familiares que não são dependentes tributariamente e, via de consequência, não se inserem em sua declaração de rendas, ou responsabilidade tributária.**

Se tributariamente o agente público não possui a mínima responsabilidade sobre bens e rendas de familiares ou terceiros que não são seus dependentes economicamente, não haverá, pelo mesmos motivos, repercussão na esfera disciplinar.

As Comissões Investigatórias quando de suas atuações não poderão se dissociar das normas tributárias, do art. 13, da Lei nº 8.429/92 e da Lei nº 8.730/93 (arts. 1º e 2º) dentre outras, para que concretize o ideal de justiça que toda a sociedade espera, além de não macular o próprio poder apuratório.

Cabendo esclarecer que a Lei Tributária que define infrações, ou comina penalidades, deve ser interpretada mais favorável ao acusado, como determinado no art. 112, do CTN.

“Art. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

I - à capitulação legal do fato;

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;

IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.”

Na verdade, de forma surpreendente e equivocada, para não adjetivar de outra forma, as Comissões de Sindicância Patrimonial ou Disciplinar, não vêm interpretando as normas jurídicas de forma mais favorável ao agente público investigado, e nos casos em que mesmo não havendo correlação tributária (dependência econômica) entre ele e familiares ou cônjuge, em face possuírem rendas e patrimônios autônomos, apresentando suas declarações independentemente, só por pertencerem ao mesmo núcleo familiar entre eles, vinculam as aludidas declarações para fins de enriquecimento ilícito presumido.

Ou seja, como é investigada a possibilidade de haver enriquecimento ilícito presumido do agente público, de forma ilegal, as Comissões pugnam por exigir a apresentação de declarações e informes de familiares e cônjuge não dependente tributariamente (economicamente) do mesmo, em total arrepio dos ditames legais que regem a relação funcional /tributária.

Mesmo se sabendo que o enriquecimento ilícito pode ser próprio ou alheio (terceira pessoa) a investigação patrimonial que se direciona para terceiros, visando correlacionar a um suposto enriquecimento ilícito vinculado ao agente público investigado, deve partir de provas diretas ou de indícios consistentes, pois a quebra de sigilo de dados ou fornecimento de informações tributárias não é um “cheque em branco” na mão do poder persecutório estatal, deve vir precedido de uma justa causa.

Não há a mínima possibilidade jurídica de devassar a vida de pessoas ou do agente público sem um justo motivo, visto que se o objetivo da investigação patrimonial é verificar a probidade administrativa, combatendo a corrupção.

Não haverá, com toda certeza, aumento patrimonial desproporcional à renda legítima do agente público, quando o patrimônio de terceiros for considerado suspeito, sem que haja nexo de causalidade ilícito entre a função pública exercida e o aumento patrimonial do familiar ou de terceiro, na forma do art. 3º, da Lei nº 8.429/92.

No entanto, como já dito, a interpretação do inc. VII, do art. 9º da Lei nº 8.429/92, que trata desta subespécie de enriquecimento ilícito tem causado grande polêmica entre os juristas, além de contribuir para uma equivocada investigação patrimonial, que leva em consideração renda e/ou patrimônio desproporcional à renda legítima do agente público, quando insere terceiros, sem o mínimo indício de conluio ou ardil, ou até mesmo inexistindo a prática de ato funcional (omissivo ou comissivo).

Não sendo dependente econômico do agente público, o legislador excluiu a possibilidade de compatibilizar compulsoriamente a renda do mesmo e o patrimônio adquirido por terceiros, para fins de subsunção de improbidade administrativa caracterizada pelos sinais exteriores de riqueza.

A presunção de enriquecimento ilícito não é absoluta, ela se caracteriza pela desproporção entre patrimônio e renda ou evolução patrimonial do agente público, prevista para combater atos de corrupção.

Por essa razão, as declarações de bens e rendas serão utilizadas para fins de análise da evolução patrimonial do agente público, a fim de verificar a compatibilidade dessa evolução com os recursos e disponibilidade com compõem o seu patrimônio na forma prevista na Lei 8.429/92.

Contudo, se houver negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, caberá à autoridade administrativa provar a utilização de artil ou de fraude.¹¹³²

Isso porque há a necessidade de se comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de retroatividade, de um sistema estatal arbitrário, totalmente sepultado pelo Estado Democrático de Direito que vivemos.

O enriquecimento ilícito “presumido” previsto no art. 9º, VII, da Lei nº 8.49/92 **não pode ser uma norma de direito administrativo em branco, pois a sua interpretação não poderá criar ficções ou situações não contempladas em lei ou em regulamento.**

Em sendo assim, as investigações patrimoniais levadas a efeito contra os agentes públicos não poderão dissociar do que vem estabelecido no art. 2º, da Lei nº 8.730/93, a fim de verificação do patrimônio do declarante e de seus dependentes.

Como sujeito passivo da obrigação principal, o agente público é responsável pelo pagamento de tributo ou penalidade pecuniária, tendo relação pessoal direta com a situação que

¹¹³² Parágrafo único, do art. 116 do CTN: “(...)Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.”

constitua o respectivo fato gerador, ensejador ou não de um pseudo enriquecimento ilícito do investigado.

Essa obrigação decorre de disposição expressa de lei, e, por essa razão, não pode ser objeto de criação, de ficção ou de regras objetivas, que acabam desnaturando o objetivo da legislação tributária.

Apesar de ser, em tese, uma infração disciplinar o enriquecimento ilícito, faz-se necessário, que a Comissão se utilize das normas tributárias aplicáveis no caso *sub oculis*, sob pena de abusos do direito de acusar.

Afirmar que a República Federativa do Brasil constitui um Estado Democrático de Direito significa dizer que o legislador constituinte quis imprimir ao Estado Brasileiro uma nova ordem normativa, um novo conceito relacionado a uma verdadeira transformação social baseada nos ideais inseridos nos incisos do artigo 1º da Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.”

Em sendo assim, o art. 121 do CTN define o sujeito passivo da obrigação tributária:

“Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.”

Sendo sujeito passivo da obrigação tributária, o agente público contribuinte não pode se responsabilizar por crédito tributário de terceira pessoa cônjuge ou familiar, que não figure como seu dependente economicamente, salvo se houver a demonstração explícita de que terceiros estão se enriquecendo com a participação ativa ou passiva do agente.

O agente público investigado patrimonialmente não poderá ser responsabilizado compulsoriamente pelo seu núcleo familiar, aqueles que não são dependentes economicamente em sua declaração de rendas, em face do exposto na legislação tributária, e como tal, não pode ser aferido para fins de subsunção de conduta de enriquecimento ilícito, de que trata o art. 9º inc. VII, da Lei nº 8.429/92.

Somente a Lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculado ao fato gerador da respectiva obrigação,¹¹³³ ou a prática de

¹¹³³ Art. 128 do CTN: “Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.”

ato ilícito que configure simulação, fraude ou ardil com o objetivo de possibilitar o enriquecimento ilícito do agente público ou do terceiro,

Dessa forma, não poderá o agente público ser considerado na posição de sujeito passivo da obrigação tributária, por fato ligado a terceiros que não sejam dependentes economicamente do mesmo em sua declaração de rendas e que não sejam beneficiários de seus atos funcionais.

Não há como se equiparar de forma automática o núcleo familiar do agente público na esfera previdenciária ou cível, para a disciplinar, onde é necessário que seja demonstrado o dolo específico de conduta voltada ao enriquecimento ilícito.

Na vertente do direito previdenciário, o artigo 16 da Lei nº 8.213/91 considera como beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

- o cônjuge;
- a companheira ou o companheiro;
- o filho não emancipado menor de 21 anos;
- filho inválido;
- os pais;
- o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

Não se pode deixar de comparar as diferenças entre o termo jurídico unidade familiar para fins de direito tributário e a sua conceituação para efeito do direito previdenciário e para efeito de direito disciplinar.

Isso porque, para os efeitos tributários, com reflexo na área disciplinar, a unidade familiar que constará na declaração anual de rendas do agente público será a de seus dependentes econômicos, onde ele deduzirá despesas e justificará gastos dos que foram elencados como tal.

Já para fins previdenciários, a dependência econômica de cônjuge ou companheiro e filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um anos) ou inválido (cf. inc. I, do art. 16, da Lei nº 8.213/91) é presumida, levando-se em consideração o caráter dinâmico da instituição familiar, principalmente nas famílias de menor faixa de renda – que são potenciais beneficiados do Benefício de Prestação Continuada – BPC -, partindo-se da premissa fática de que as famílias pobres desenvolvem funções para gerar renda através da integração de seus membros no núcleo familiar, sem necessariamente, guardarem relação de consanguinidade entre os seus componentes.

Assim, como forma de garantir a sobrevivência de todos os integrantes desse núcleo familiar, o Regime Geral de Previdência protege até os membros que não guardarem relação de consanguinidade entre os seus componentes.

Nesse sentido, o artigo 20, parágrafo único da Lei nº 8.742/93, que dispõe sobre a organização de Assistência Social, para fins de benefício de prestação continuada à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem tê-la provido por sua família:

“Art. 20 – (...)

§ 1º Para os efeitos do disposto no caput, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.”

Contudo, mesmo pertencendo ao núcleo familiar para a obtenção de determinados benefícios previdenciários, é de se demonstrar a dependência econômica, sob pena de não serem usufruídos determinados benefícios, como se infere:¹¹³⁴

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA GENITORA. DIREITO. INEXISTÊNCIA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA CONDIÇÃO DE DEPENDENTE ECONÔMICO. PORTARIA MPOG/SRH Nº 5/2010. EXTRAPOLAÇÃO DO PODER NORMATIVO.

1. É cediço que o ato administrativo normativo deve se ater aos estreitos limites impostos pela lei, razão pela qual não pode ele restringir direito o qual não foi adstrito pela lei regulamentada, sob pena de ser declarado nulo, em razão de vício de ilegalidade.

2. Considerando que o art. 241 da Lei nº 8.112/90 assegura a condição de família a todos aqueles que sejam economicamente dependentes do servidor e constem do seu assentamento funcional, forçoso reconhecer que o art. 4º da Portaria MPOG/SRH nº 5/2010 extrapolou o poder regulamentar ao excluir genitores que vivem às expensas do agente público do rol de dependentes econômicos beneficiários do auxílio-saúde.

3. Apesar disso, in casu, o autor não logrou demonstrar a condição de dependente econômico da sua genitora, como exige o art. 241 da Lei nº 8.112/90, uma vez que somente juntou aos autos declaração de Imposto de Renda em que consta o nome dela como dependente, sendo tal documento, por si só, insuficiente para desincumbí-lo do ônus probatório.

¹¹³⁴ TRF – 5ª Reg., Rel. Des. Fed. Raimundo Alves de Campos Júnior, APELREEX 0009774-33.2011.4.05.8200, 3ª T., DJ de 11.02.2014, p. 328.

4. Apelação e remessa oficial providas.”

Já na hipótese da improbidade administrativa, que busca a manutenção da honestidade, da honradez e integridade de caráter no exercício da função pública, não há como responsabilizar o agente público por renda ou patrimônio de seu núcleo familiar que não seja dependente no imposto de renda (economicamente).

Ele somente responderá pela prática de atos omissivos ou comissivos que forem praticados pelo mesmo, respondendo de forma ativa pela variação patrimonial incompatível com a respectiva renda, ou seja, não há espaço para ficção ou elasticidade de interpretação, vinculada a terceiros familiares, salvo se demonstrado conluio, simulação ou qualquer outro ardil, na forma do artigo 3º, da Lei nº 8.429/92.

Assim, a presunção adotada por algumas Comissões Disciplinares que investigam a variação patrimonial do agente público, não poderá considerar o núcleo familiar do investigado somente pelo fato de serem familiares ou pessoas próximas do mesmo, deverá haver um mínimo nexo de causalidade ilicitude entre o patrimônio do mesmo e familiares não dependentes.

O enriquecimento ilícito é a conduta ímproba que guarda maior intimidade com a corrupção, tanto que as organizações internacionais têm se preocupado constantemente em orientar os Estados em combatê-la.

Por essa razão, nenhuma das modalidades do artigo 9º, da Lei nº 8.429/92 admite a forma culposa, todas são dolosas. É que todas as espécies de atuação do agente público capazes de gerar enriquecimento ilícito pressupõe a consciência da antijuricidade dos resultados pretendidos. Nessas condições, o agente público somente poderá responder por seus atos, ou de pessoas que atuem em conluio com ele (art. 3º, da Lei nº 8.429/92), como já dito alhures.

Como a renda declarada pelo mesmo abrange seus rendimentos e de seus dependentes economicamente, não há como responsabilizá-lo objetivamente por atos do seu núcleo familiar que não esteja vinculado ao mesmo, visto que a responsabilidade é subjetiva.

Dessa forma, a presunção de vantagem patrimonial obtida pelo agente público que não seja direta (por meio de atuação ou omissão funcional efetiva) deve estar devidamente comprovada por um vínculo probatório eficaz e efetivo, pois não é lícito que se faça conclusões desatreladas da realidade.

A reprovação patrimonial/financeira recai sobre o comportamento ilícito daquele que se enriquece de forma duvidosa, principalmente quando o agente público possui como fonte exclusiva de rendimentos a remuneração de seu cargo, e demonstra uma variação patrimonial incompatível com a renda recebida.

No direito sancionador a presunção é muito perigosa, pois ao tempo que ela independe de prova, na improbidade administrativa não se aceita a responsabilidade objetiva, justamente por ser necessária a prova do dolo nas situações de enriquecimento ilícito.

Por ser relativa tal presunção, ela admite prova que a afaste, ou seja, cabe ao agente público demonstrar, através de sua declaração de rendas ou documentos pertinentes, a compatibilidade de seu patrimônio em face a renda recebida.

Cabendo ressaltar que não é defeso ao agente público ter outras fontes de rendas, que deverão ser compatibilizadas no seu fluxo financeiro e não poderão ser ignoradas pela Comissão Processante.

A responsabilidade por infrações da legislação tributária, capaz de configurar possível enriquecimento ilícito do agente público é pessoal, exigindo a prática de dolo específico, na forma do art. 137, do CTN:

Art. 137. A responsabilidade é pessoal ao agente:

REVIST.....

I - quanto às infrações conceituadas por lei como crimes ou contravenções, salvo quando praticadas no exercício regular de administração, mandato, função, cargo ou emprego, ou no cumprimento de ordem expressa emitida por quem de direito;

II - quanto às infrações em cuja definição o dolo específico do agente seja elementar;

III - quanto às infrações que decorram direta e exclusivamente de dolo específico:

- a) das pessoas referidas no artigo 134, contra aquelas por quem respondem;
- b) dos mandatários, prepostos ou empregados, contra seus mandantes, preponentes ou empregadores;
- c) dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, contra estas.

Em sendo assim, não há como responsabilizar o agente público por atos praticados por terceiros ou por seu núcleo familiar que não é dependente economicamente do mesmo, para fins de subsunção de conduta de enriquecimento ilícito presumido.¹¹³⁵

Mesmo que o cônjuge do agente público investigado, casado pelo regime de comunhão parcial de bens, declare individualmente seus rendimentos, não será compulsória a presunção de um possível enriquecimento ilícito do mesmo, pois eventual proveito ilícito auferido

¹¹³⁵ “(...) 3. A conduta do agente, nos casos dos arts. 9º. e 11 da Lei 8.429/92, há de ser sempre dolosa, por mais complexa que seja a demonstração desse elemento subjetivo; nas hipóteses do art. 10 da Lei 8.429/92, cogita-se que possa ser culposa, mas em nenhuma das hipóteses legais se diz que possa a conduta do agente ser considerada apenas do ponto de vista objetivo, gerando a responsabilidade objetiva.” (STJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, REsp nº 1.530234-SP, 1ª T., julgado em 6.10.2015).

pelo servidor não é presumido, depende de prova direta, ou de nexo de causalidade da prática de ato ímprobo.

Ademais, os integrantes do núcleo familiar, por si só, não fazem prova da prática de qualquer ato ilícito que por ventura seja de responsabilidade do agente, porquanto necessário demonstrar a mínima participação no pseudo ato ímprobo.

Isso porque, terceiros ou familiares podem se beneficiar, de forma direta ou indireta, do ato de improbidade administrativa, sendo alcançados pelas disposições da Lei nº 8.429/92 (art. 3º), desde que haja uma prova robusta e efetiva de tal situação, que não comporta presunção ou achismo.

“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.”

Não justifica a integração compulsória de núcleo familiar em investigação patrimonial de agente público sem que haja justa causa, pois nas esferas administrativas, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos, consoante determinação expressa do art. 20, da LINDB.

Em sendo assim, as normas que descrevem infrações administrativas constituem matéria de legalidade estrita, não podendo sofrer interpretação extensiva por parte das Comissões Disciplinares.¹¹³⁶

¹¹³⁶ “1. Na forma da jurisprudência, ‘as normas que descrevem infrações administrativas e cominam penalidades constituem matéria de legalidade estrita, não podendo sofrer interpretação extensiva’.” (STJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, AgInt no REsp nº 1.423.452/SP, 1ª T., DJE de 13.03.2018).

Assim, diante da inexistência de previsão legal expressa (art. 2º, da Lei nº 8.730/93 e art. 13, § 1º, da Lei nº 8.429/92), não é lícito que se investigue compulsoriamente a declaração de rendas do agente público tomando como base bens e valores patrimoniais do cônjuge ou companheiro, dos filhos ou de outras pessoas que não vivam sob dependência econômica do declarante, salvo se comprovada a utilização dos mesmos para fins de prática de ato ilícito que se resulte em enriquecimento ilícito do mesmo de terceiros.

Somente é aplicável o disposto na Lei nº 8.429/92 para aquele que, mesmo não sendo agente público **induza** ou **concorra para a prática do ato de improbidade administrativa ou dele se beneficie sob qualquer forma, direta ou indireta, na forma do art. 3º, da Lei citada.**

Da mesma forma, não sendo demonstrado um induzimento, uma concorrência ou um benefício ilícito é defeso à Comissão Disciplinar partir de uma responsabilidade solidária do núcleo familiar do agente público investigado patrimonialmente.

A relação dos bens, que abrange os do cônjuge, companheira, filhos e outras pessoas sob dependência econômica (art. 13, § 1º, da Lei nº 8.429/92), será discriminada no Imposto de Renda do agente público com os valores de aquisição constantes dos respectivos instrumentos de transferência de propriedade, com indicação concomitante de seus valores venais (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.730/93) ou do valor venal da época da transmissão acompanhado de sua expressão atualizada (art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.730/93).

Feita a relação, o agente público deverá apurar a variação patrimonial ocorrida, indicando a origem dos recursos que haja o eventual acréscimo (art. 2º, § 5º, da Lei nº 8.730/93).

Por outro lado, é de se considerar o grave equívoco do Decreto 5.483/2005 que a pretexto de regulamentar o artigo 13, § 1º, da Lei nº 8.429/92 alterou a respectiva redação, em afronta ao princípio da legalidade.

Para deixar bem nítida a ilegalidade do art. 2º, do Decreto nº 5.483/2005, quando ele à guisa de regulamentação da declaração de rendas do agente público, **alterou a condição de dependente econômico do mesmo para contemplar indiscriminadamente o cônjuge, os filhos e familiares do investigado, como se verifica no quadro analítico das normas legais pertinentes.**

§ 1º do art. 13, da Lei nº 8.429/92	Art. 2º do Decreto nº 5483/2005
“A declaração compreenderá imóveis, móveis, semoventes, dinheiro, títulos, ações, e qualquer outra espécie de bens e valores patrimoniais, localizado no País ou no exterior, <u>e, quando for o caso, abrangerá os bens e valores patrimoniais do cônjuge ou companheiro, dos filhos</u> e de outras pessoas que vivam sob a dependência econômica do declarante, excluídos apenas os objetos e utensílios de uso doméstico.” (g.n.)	“A posse e o exercício de agente público em cargo, emprego ou função da Administração Pública direta ou indireta, ficam condicionados à apresentação, pelo interessado, de declaração de bens e valores que integram o seu patrimônio, <u>bem como os do cônjuge, companheiro, filhos ou outras pessoas que vivam sob sua dependência econômica,</u> excluídos apenas os objetos e utensílios de uso doméstico.” (g.n.)

Visando driblar a necessidade da dependência econômica do núcleo familiar, segundo estabelecido no § 1º, do artigo 13, da Lei nº 8.429/92, o art. 2º do Decreto nº 5483/2005 vincula, de forma ilegal, os bens e valores que integram o patrimônio do cônjuge, companheiro, filhos ou outras pessoas que não vivam sob a dependência econômica do agente público.

A mudança parece singela, mas não é pois o artigo 2º, do Decreto nº 5483/2005, trocou a palavra “e” pela conjunção “ou”, com a finalidade de alterar o escopo da

interpretação do § 1º, do art. 13, da Lei nº 8.429/92, para elastecer a investigação patrimonial do agente público incluindo o seu núcleo familiar que não é dependente financeiramente do mesmo.

Absurdo! Ato totalmente ilegal e imoral, pois altera dispositivo do § 1º, do art. 13, da Lei nº 8.429/92, de forma inconstitucional, visto que o Decreto nº 5.483/2005 não pode se equiparar a lei, ele somente poderá regulamentar matéria já prevista na lei.

O princípio da reserva legal (art. 5º, inc. II, da CF) estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

Tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado. Somente por meio de espécies normativas (art. 59, da CF) devidamente elaboradas, conforme regras do processo legislativo constitucional é que se pode criar obrigações para os indivíduos. O Decreto Regulamentar não poderá jamais invadir a competência constitucional da lei, como verificado no Decreto nº 5483/2005.

Portanto, é totalmente ilegal a Administração Pública, a pretexto da utilização do Decreto nº 5.483/2005, tornar compulsória a investigação patrimonial para o núcleo familiar não dependente tributariamente do agente público.

A investigação disciplinar, aí abrangida também a Sindicância Patrimonial, deve ser precedida do princípio da legalidade, sob pena de gerar um desserviço a sociedade, além de constranger ilegalmente o agente público.

Deve o poder persecutório estatal disciplinar seguir a regra do artigo 13, § 1º, da Lei nº 8.429/92, combinado com o artigo 2º, da Lei nº 8730/93, sob pena de causar constrangimento ilegal de gentes públicos investigados.

Destarte, mesmo sendo admitido pelo Poder Judiciário, a presunção de enriquecimento ilícito do agente público, cabendo ao mesmo demonstrar a origem lícita de seus

patrimônio quando confrontado com a renda auferida, para fins tributários/fiscais não se admite presunções, e muito menos a utilização de um decreto como se o mesmo fosse a lei, para se alterar a redação do art. 13, § 1º, da Lei nº 8.429/92.

Inúmeras decisões administrativas e judiciais, bem como a melhor doutrina tributária, em uma só voz, afirmam pela impossibilidade de o procedimento fiscal ser baseado em presunções, assim, não se pode permanecer no âmbito da “tese” e sim penetrar e comprovar por fatos, demonstrados pela venda de material.

Não se deve esquecer que mesmo sendo uma investigação disciplinar, quando ela se insere na declaração de rendas do agente público e de seus dependentes, a regra a ser percorrida é a tributária, conjugada com o que vem estabelecido no art. 13, § 1º, da Lei nº 8.429/92. E no art. 2º, da Lei nº 8.730/93.

Cabendo ressaltar que desta conclusão se extrai a importância da verdade material na seara administrativa/tributária, onde a Administração Pública possui o dever de demonstrar e comprovar e não de apenas alegar ou presumir, transformando o Decreto nº 5483/2005 em norma jurídica equiparada a lei.

A finalidade central da investigação deve se focar na verdade tributária, com o objetivo de se verificar se há ou não o enriquecimento ilícito do agente público, vinculando a sua responsabilidade subjetiva, de ser probo e honesto, não se admitindo ilações ou presunções criadas pelo poder fiscalizador.

Em assim sendo, mesmo a investigação estando atrelada ao princípio da verdade material, ela deve, sobretudo, preconizar, pelo princípio da legalidade, tendente a proteção de direitos e a garantias dos investigados, em detrimento dos arbítrios do poder.

A instauração do processo disciplinar tem como finalidade a descoberta da verdade material no que toca ao seu objeto; e vai a lei fiscal conceder aos seus órgãos de aplicação

meios instrutores vastíssimos que lhe permitam formar convicção da existência e conteúdo do fato tributário, bem como se há ou não o enriquecimento ilícito do agente investigado.

Neste mesmo sentido, IVES GANDRA DA SILVA MARTINS assim discorre:

“De início há de se considerar a inexistência de presunções absolutas, *jure et de juri* em direito tributário, segundo os mais recentes estudos na matéria.

O Direito Tributário Brasileiro é regido por dois princípios fundamentais, plasmados na Constituição Federal de forma implícita e explicitados em lei complementar, em nível de norma geral.

São os princípios da estrita legalidade e da tipicidade fechada que desaguam na reserva legal absoluta da lei formal tributária.

(...)

Por decorrência, após o surgimento de um sistema brasileiro de direito tributário, todos os estudos fiscais avançaram na linha de que não são a elasticidade elástica e a tipicidade relativa, próprias do direito privado instrumentos jurídicos de pertinência para o Direito Tributário, mas contrariamente, são a legalidade plena e a tipicidade fechada os únicos de valia para o intérprete especializado.

Sendo a lei tributária lei de imposição, em que o autor é dela beneficiado e executor(sujeito ativo da relação tributária), cabe ao sujeito passivo, exclusivamente, a proteção da lei, razão pela qual deve este conter a totalidade do tributo exigido, dela não se podendo tirar qualquer exegese flexível, a favor da parte mais forte da referida relação jurídica. Os estudos

pioneiros da Alberto Xavier e Yone dolácio de Oliveira, no TV Simpósio Nacional de Direito Tributário do Centro de Extensão Universitária, com a participação de trabalhos dos seguintes juristas: Aires Fernandino Barreto, Anna Emília Cordelli Alves, Antônio José da Costa, Aurélio Pitanga de Seixas Filho, Carlos Celso Orcesi da Costa, Cecília Maria Piedra Marcondes; Célio de Freitas Batalha, Djalma de Campos, Dirceu Antônio Pastorelio, Edda Gonçalves Mafel, Fábio de Souza Coutinho, Gilberto de Ulhoa Canto, Hugo de Brito Machado, Yves Gandra da Silva Martins, José Eduardo Soares de Melo, Ricardo Mariz de Oliveira, Vittório Cassone, Wagner Balera, Ylves José de Miranda Guimarães, Yonne Dolácio de Oliveira e YoschiallI Ichiara, espaçaram de vez as dúvidas tomando claro que, sendo a única defesa real do sujeito passivo, não pode ser interpretada a favor da pessoa jurídica mais poderosa, objetivando elasticidade hermenêutica maior para beneficiar as conveniências exegéticas do Estado.

Tais autores, em verdade, desvendaram que o espírito maior do sistema brasileiro de direito penal, ou seja, que na dúvida a norma deve ser sempre interpretada a favor do sujeito passivo que equivale ao réu na execução criminal.

(...)

Por essa razão, as presunções absolutas inexistem, tanto no direito penal quanto no direito tributário. A presunção absoluta, se prova de elisão existir, transforma sua adoção em ficção jurídica. Isto é, em mentira legal, por se considerar verdadeiro aquilo que a realidade dos fatos demonstra em contrário.

(...)

Em verdade, a presunção absoluta que levasse à imposição fiscal, contra a evidência dos fatos estaria ferindo o princípio da estrita legalidade, que nasce da Carta Magna.

(...)

Por essa razão, seja a ficção legal, que é a prévia aceitação de uma falsidade como verdade jurídica, seja a presunção absoluta, que é eliminar a potencialidade de se demonstrar que os fatos previsivelmente impuníveis, impuníveis não são, apresentam-se com técnicas legislativas de impossível aceitação no direito tributário por ferirem a reserva absoluta de lei formal, que não pode ser diferente nos textos inferiores, dos princípios maiores colocados na Constituição Federal.”¹¹³⁷

O Professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO¹¹³⁸ também intensifica a necessidade de se afastar presunções quando se trata de verificação patrimonial do contribuinte:

“O fisco não deve e não pode assumir as vestes e a psicologia do verdugo, que o administrado não é um servo do Estado – mas cidadão – nem é Réu por presunção, a quem se devam infringir ‘castigos’ fiscais, só absorvíveis ante inconfundível prova de ovina inocência.

(...)

Nesta verificação, não lhe cabe atitude inquisitória, vastas vezes implacável, de produzir a propósito de apurar a verdade, seja ela favorável ao

¹¹³⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Presunções e Fraudes, in *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: nº 32, p. 102-104.

¹¹³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Revista de Direito Tributário* nº 23/24, p. 100.

contribuinte abandonara de sua declaração ou, de revés incriminante para o administrado.”

Logo, a presunção, “achismo”, “comprovado em tese” e figuras semelhantes, como meio de tributação não é admitida pelo nosso sistema tributário, para fins de subsunção de conduta ímproba de agente público no tipo descrito no artigo 9º, inc. VII, da Lei nº 8.429/92.

Por essa visão hodierna, o agente público contribuinte, ao invés de ser coagido, deve *prima facie* ter conhecimento dos seus direitos para poder cumprir todas as suas obrigações (Clélío Barbi, “o processo Fiscal – Teoria e prática” – 1996, Ed. Leone, 210), pois a atividade primordial do Fisco é orientar os cidadãos e não apenas buscar equívocos cometidos para aplicar multa e aumentar a arrecadação. **O binômio orientação e fiscalização há de ser pautado no respeito ao contribuinte, jamais se curvar a gula fiscal.** Da mesma forma, quando foi instaurada investigação disciplinar, a mesma não poderá se desviar desse caminho legal, pois a ficção ou a presunção é algo nefasto ao direito sancionador que exige a liquidez e a certeza do fato investigado.

Sendo o processo administrativo instrumento para a apuração de verdade material, onde a Administração Pública deve atuar de forma cristalina, **sem dúvidas e suposições**, motivo pelo qual não se pode prescindir da apropriada comprovação dos dados apurados pela autoridade competente, é defeso arbitrar a existência de renda e a lei somente admite a presunção de omissão de receita que exige, à obviedade, a comprovação efetiva de sua apuração.

Da mesma forma, o patrimônio incompatível com a renda exige prova robusta, não bastando mera presunção ou a utilização de ficções ou contribuintes que legalmente não estejam sob a responsabilidade econômica do agente público investigado.

Por isso mesmo, na legislação do imposto de renda, somente se visualiza duas possibilidades de apurar omissão de receitas: por indício na escrituração ou através de prova concreta. Em qualquer hipótese, não basta a valoração, compete à autoridade o ônus de provar

claramente a omissão, demonstrando, irrefutavelmente, o elo de ligação entre o valor omitido à tributação e a respectiva omissão.

Ademais, qualquer alteração na declaração de rendas do agente público, feito pela Comissão Disciplinar, deverá descrever de forma clara e objetiva onde houve a violação legal, requisito básico necessário ao nascimento da obrigação fiscal disciplinar correspondente.

Este fato deve ser certo e determinado.

É necessário demonstrar a necessária existência de uma relação entre o fato imputado ao agente público e o respectivo desequilíbrio patrimonial, isso porque partir-se de uma hipotética corrupção passiva, tipificada no art. 317 do CP, para se presumir a respectiva desproporcionalidade disciplinar, não se afigura como lícito e nem razoável.

Ninguém é desonesto, desleal ou parcial por negligência. Ou o agente público labora motivo pelo dolo (e pratica ato de improbidade) ou não se aperfeiçoa à figura jurídica elencada no art. 9º, inc. VII, da Lei nº 8.429/92. Assim sendo, qualquer vício de inconsistência na declaração de rendas do agente público que demonstre ilegalidade, sem a demonstração do elemento subjetivo do tipo, não se subsume em ato ímprobo.

Isso porque, a ilegalidade e a improbidade administrativa não são, em absoluto, situações ou conceitos intercambiáveis, não sendo juridicamente aceitável tomar-se uma pela outra (ou vice-versa), uma vez que cada uma delas possui a peculiar conformação estrita: por improbidade pode-se entender que ela é uma ilegalidade qualificada pelo intuito desonesto do agente público, atuando sob impulsos de má-fé, malícia ou dolo.

Ademais, o enriquecimento ilícito não pode ter como ponto de partida ilegalidades ou equívocos desastrosos sob o prisma tributário contábil, mas sim deve demonstrar que através de uma atuação malsã do agente público houve o enriquecimento ilícito próprio ou o alheio (art. 9º, inc. VII, da Lei nº 8.429/92).

Isso porque, quando se faz a distinção conceitual entre ilegalidade e improbidade administrativa, ocorre a aproximação da indesejada responsabilidade objetiva por infrações, não contemplada pela Lei nº 8.429/92.

Por outro lado, a Variação (ou acréscimo) Patrimonial a Descoberto – VPD, por sua vez, é um conceito eminentemente tributário-fiscal, conforme se extrai, exemplificativamente, do art. 47, do Decreto nº 9.580, de 22 de novembro de 2018 (Regulamento do Imposto de Renda):

“Decreto 9.580/2018

(...)

Art. 47 – **São também tributáveis.**

(...)

XIII - **as quantias correspondentes ao acréscimo patrimonial da pessoa física, apurado mensalmente, quando esse acréscimo não for justificado pelos rendimentos tributáveis, não tributáveis, tributados exclusivamente na fonte ou objeto de tributação definitiva;**

(...).” grifei

Observa-se, assim, que pela lei regulamentadora tributária, o contribuinte que optar pelo desconto simplificado do imposto de renda não poderá utilizar o valor deduzido a título de imposto como justificativa para acréscimo patrimonial; o que, no entanto, **não quer dizer que esse valor seja de origem ilícita, mas que, apenas a lei já o presume consumido e, portanto, não configura origem de recursos em apuração de acréscimo patrimonial.**

O que comprova é que o conceito tributário de **Variação (ou Acréscimo) Patrimonial a Descoberto – VPD não se confunde com o tipo de ato ilícito descrito na Lei de Improbidade Administrativa**, que exige da Administração a prova inequívoca de que, de fato, o servidor, em razão do cargo público ocupado, adquira dolosamente (sem origem lícita) bens

desproporcionais à sua renda para, só assim autorizar hipótese de incidência presuntiva do inciso VII, do art. 9º, da Lei nº 8.429/92.

Estando o agente em pleno exercício de suas funções, para a tipificação do que vem estabelecido **na conduta descrita no inciso VII, do art. 9º, da Lei nº 8.429/92** deverão estar presentes os seguintes requisitos.

- Dolo do agente público ou terceiro;
- Vantagem patrimonial oriunda de um comportamento ilegal do agente público ou do terceiro; e
- Nexó de causalidade entre a ilicitude da vantagem obtida e o exercício funcional do agente público ou do terceiro.

Verificados esses requisitos, contida estará a violação ao citado dispositivo (improbidade administrativa na modalidade enriquecimento ilícito), sendo que no primeiro comportamento descrito deverá estar devidamente caracterizada a vontade livre e consciente do agente público (dolo) de enriquecer lícitamente, mediante uma atuação funcional abusiva e desproporcional em prol de seus interesses pessoais e contrários aos interesses públicos. Não há previsão a título de culpa nesse tipo de ilícito.

O dolo deve ser o direto ou genérico, consistente na vontade deliberada e consciente do agente de receber vantagem patrimonial indevida para a prática de um ato ilícito contra os interesses públicos (morais e financeiros).

É certo, assim, pela tipicidade do ato ímprobo em comento, que compete à Administração comprovar que o incremento patrimonial do servidor ocorreu em razão do cargo público, a atrair a presunção legal de que ele foi ilícito; e só assim pode-se falar em enriquecimento ilícito para o efeito do inciso VII, do art. 9º, da Lei nº 8.429/92, consoante retrata o seguinte precedente do e. Superior Tribunal de Justiça.¹¹³⁹

¹¹³⁹ STJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, MS nº 20765/DF, 1ª S, DJ de 14.02.2017).

“(...) A jurisprudência deste Superior Tribunal é no sentido de que **em matéria de enriquecimento ilícito, cabe à Administração comprovar o incremento patrimonial significativo e incompatível com as fontes de renda do servidor. Por outro lado, é do servidor acusado o ônus de demonstrar a licitude da evolução patrimonial constatada pela administração, sob pena de configuração de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito** (...)” (grifei)

Nessas circunstâncias, **havendo a acusação contra o agente público que ele teria exigido ou recebido vantagens financeiras em razão ou em decorrência do desempenho de sua função pública**, embora se trate de dúvida – de fato de comprovação difícilima -, precisa ser devidamente evidenciada na sua materialidade e cercada de indícios veementes quanto à sua autoria, para que possa iniciar-se a persecução estatal.

CONTRATUALIZAÇÃO NA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

Odete Medauar

Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (aposentada)

Professora Visitante da Universidade Paris 1- Panthéon-Sorbonne – 2000, 2003 e 2007

Resumo: O texto focaliza o crescente uso de contratos nas atividades administrativas. Discorre sobre esta transformação ocorrida na Administração Pública, a partir da década de 90 do século XX. Vários exemplos da variedade de contratos administrativos são apresentados no direito estrangeiro e brasileiro.

Palavras-chave: Contratualização – Variedade de contratos administrativos

Abstract: The text focuses about the increasing employment of the contracts in the public administration activities. It discusses about this kind of transformation in the Public Administration since the ninety years of the twenty century. There are many examples of their use in foreign countries and brazilian law.

Keywords: Contractualism – Administrative contracts variety

1. Introdução

Foi-se o tempo em que havia rejeição à ideia de que a Administração Pública pudesse integrar um contrato. Foi-se o tempo em que a Administração atuava essencialmente mediante a edição de atos administrativo. O livro, *Gouverner par contrat*, de autoria de Jean-Pierre Gaudin,

publicado em 1999, chama a atenção nos estudos sobre os ajustes com o poder público e induz à concepção de linha oposta aos parâmetros vigentes naqueles tempos.

Antes de ler referida obra, já emergem as perguntas: Por que se governa por contrato? Onde fica o ato administrativo? A Administração Pública utiliza mais intensamente apenas os clássicos contratos de obras, serviços, compras e concessões? Ou se criaram novas figuras?

A resposta às perguntas envolve, sem dúvida, a percepção das linhas de transformação que vêm ocorrendo na atuação estatal e, por conseguinte, no modo de agir da Administração Pública.

Sem o intuito de exaurir o exame dessas linhas, algumas notas serão apresentadas, para, em seguida, cogitar de mudanças advindas no campo dos contratos administrativos.

2. O pleito por uma democracia completa.

Em artigo publicado no ano de 1965, o renomado autor francês, Jean Rivero, afirmou haver total incompatibilidade entre as concepções de democracia vigentes na França e a ação administrativa, sobretudo porque o indivíduo permanecia súdito, como no período do Estado absoluto.

A partir daí, outras manifestações emergiram, em igual sentido, pleiteando-se uma democracia completa: além da chamada *democracia de investidura*, relativa à escolha do governante pelo voto, deveria se efetivar a *democracia de funcionamento*, quanto ao modo de exercício do poder.

Para concretizar a democracia após o voto, passou-se a propor a troca de uma concepção do Estado/ Administração distantes dos particulares/cidadãos, como antes predominava, para uma atuação que *visse, considerasse e ouvisse a sociedade civil*, por meio de indivíduos isolados ou associados. De outro lado, nestes cresceu a consciência de seus direitos e a necessidade de vê-los atendidos pela Administração Pública, também por meio de pressões junto aos órgãos públicos e participação na tomada de decisões.

O clima de aproximação entre Estado e sociedade foi se acentuando no curso das últimas décadas, a ponto de surgir a denominação *Estado reflexivo*; transpondo para a Administração Pública, se pode mencionar *Administração reflexiva*. Da ouvida dos indivíduos, isolados ou em grupo, emergiram as práticas de negociação, acordo, busca de consenso, mediação de conflitos, ponderação de vários interesses existentes numa situação. Alguns nomes dados ao Estado expressam tais práticas: *Estado negociador, Estado incentivador, Estado cooperativo*; aplicados à Administração Pública resulta: *Administração negociadora, Administração incentivadora, Administração cooperativa*.

Os vínculos mais estreitos entre público e privado, a atuação menos imperial da Administração, as práticas de negociação e busca de consenso, propiciaram intenso uso de técnicas contratuais na ação administrativa, daí também se qualificar o Estado como *Estado contratante*, podendo-se dizer também *Administração contratante*. A respeito, Jean-Pierre Gaudin, na obra supra citada, observa o seguinte: “preconiza-se uma nova ação pública, debatida e negociada, menos longe dos cidadãos. Negociação, parceria e mediação são, assim, palavras estreitamente associadas pelos atores de um número crescente de políticas públicas” (p. 10)

Os instrumentos contratuais hoje ocupam amplo espaço na doutrina e na prática, explicando o título apostado, ao seu livro, por Jean-Pierre Gaudin : *Governar por contrato*.

A respeito, observam Jacqueline Morand-Deville, Pierre Bourdon e Florian Poulet: “Em nossos dias, o uso da fórmula contratual está “na moda”. O “ tudo contrato” é visto como forma consensual e parceira de administrar e de melhorar as relações com os cidadãos e entre as pessoas públicas. As relações são consentidas mais que prescritas. Elas se tecem em rede, de modo horizontal, mais do que vertical e piramidal. É um enfoque pluralista e consensual da ação pública que se manifesta pela externalização, regulação e negociação”.¹¹⁴⁰

Evidente que o ato administrativo continua a exercer papel de relevo na atividade da Administração, mas não se pode mais afirmar ser o instituto central do Direito Administrativo, pois os instrumentos contratuais hoje ocupam amplo espaço na doutrina e na prática, explicando o título apostado, ao seu livro, por Jean-Pierre Gaudin : *Governar por contrato*.

Aos contratos administrativos clássicos - contratos de obras, prestação de serviços, compras, concessão tradicional, se somaram, na Administração contemporânea, novas figuras contratuais. Portanto, além da expansão do uso dos contratos nas atividades da Administração, floresceram vários tipos, antes inexistentes; e tipos pouco usados se expandiram.

3. Os contratos administrativos clássicos

Os principais elementos da teoria do contrato administrativo vieram do Direito francês nos primórdios do século XX. No entanto, a ideia de um vínculo contratual em que o Estado/Administração fosse parte suscitou dúvidas e resistências, na época. Renomados autores de então se opunham a cogitar de um contrato administrativo. Dentre outros argumentos, se afirmava que somente do ato administrativo poderiam nascer as relações entre Administração e particulares e que a Administração não poderia ficar “presa” num vínculo contratual.

¹¹⁴⁰ *Cours de Droit Administratif*. 16^a ed. Paris: LGDJ, 2019, p. 420

Tal resistência se diluiu com o tempo. A teoria dos contratos administrativos, de origem francesa, passou a fundamentar, em essência, os contratos administrativos clássicos nos ordenamentos ocidentais não integrantes do sistema do *common law*: contratos de obras, prestação de serviços, compras e concessões de serviço público. Nesta concepção sobrelevam as chamadas *cláusulas exorbitantes* (que na Lei 8.666/99 – licitações e contratos - e no projeto de nova lei de licitações e contratos – Senado PL 4.253/2020, recebem o nome de *prerrogativas*), assim denominadas por se afastarem dos preceitos então vigentes para os contratos entre particulares.

4. Novas figuras contratuais

No quadro de atenuação do caráter unilateral e impositivo do agir administrativo, no pano de fundo da efetivação da democracia no exercício do poder, na esteira da busca do diálogo, do consenso, da negociação, do acordo, da mediação, emergiram *técnicas contratuais*, também denominadas *consensuais* ou *convencionais* ou *cooperativas* ou *colaborativas*, cujas características fogem a vários elementos dos contratos administrativos clássicos. Disseminaram-se acordos entre a Administração e grupos ou entidades representativas de interesses; entre Administração e particulares em geral; entre setores da Administração; entre entidades componentes de um Estado Federal. De seu lado, alguns contratos clássicos sofreram mudanças para expressar a nova realidade de parcerias entre o setor público e o setor privado.

Algumas dessas figuras contratuais já existiam na França antes dos anos noventa do século XX, usadas com muita frequência nos acordos entre Administração Pública e empresas privadas com o objetivo de execução de projetos econômicos; é o caso dos chamados *contratos de programa*, pelos quais empresas ficavam liberadas de limitação de preços, desde que seus programas de produção e investimentos e sua política de emprego tivessem conformidade às metas do projeto. Jacqueline Morand-Deville, Pierre Bourdon e Florian Poulet indicam outros tipos de contrato, existentes atualmente na França, que expressam a cooperação entre a Administração e particulares:

nas ações de saúde – convenções com profissões médicas, com os hospitais, com as caixas de segurança social; na ação social – convenções relativas aos “males sociais”, desemprego, pobreza, exclusão; em matéria econômica – convenções de emprego, convenção de fixação e controle de preços; em matéria educativa – contratos com os estabelecimentos particulares de ensino; em matéria esportiva – contratos com as coletividades para disponibilização dos estádios; em matéria de acolhimento de estrangeiros – contrato de integração republicana”.¹¹⁴¹

A expansão de tais figuras foi de tal monta a partir de 1990, que, além da expressão, *governar por contrato*, surgiram outras, por exemplo: *Administração pactualista*, *direito administrativo cooperativo*, *contratualização das políticas públicas*.

Muitas dúvidas surgiram, e ainda existem, ao se cogitar do tratamento jurídico desse modo de atuar, em especial no tocante ao enquadramento das novas figuras na categoria dos contratos administrativos. Há corrente que nega a natureza de contrato a tais módulos, sobretudo por lhes faltar uma aventada contraposição de interesses que seria, nesta visão, a essencial característica dos contratos.

No entanto, situando-se nas *obrigações recíprocas* o elemento fundamental dos contratos, as novas figuras, sem dúvida, podem ser vistas como tipos contratuais, com regime jurídico público (de regra), embora diferente, em muitos pontos do regime aplicado aos contratos administrativos clássicos. A título de exemplo, pode-se mencionar o tratamento dado aos consórcios públicos no ordenamento brasileiro, atribuindo-lhes natureza contratual, embora ausente a contraposição de interesses; os consórcios públicos, no Brasil, envolvem a realização de atividades de interesse comum de dois ou mais entes federativos, todas pessoas jurídicas públicas, inexistindo, assim, interesses contrapostos. Na França, a maior parte das novas figuras contratuais são consideradas contratos pelo Conselho de Estado, como expõe a citada autora, na mesma obra.

¹¹⁴¹ Op. cit., p. 420.

A propósito, Jean-Louis Autin e Catherine Ribot se referem às profundas transformações sofridas, na atualidade, pelo direito dos contratos administrativos, sendo admitido que esse direito não mais se limita aos princípios extraídos da sua clássica teoria.¹¹⁴²

4.1. Novas figuras contratuais no direito estrangeiro

Exemplos dos novos tipos contratuais podem ser encontrados em ordenamentos estrangeiros.

No *direito francês*, Jean-Bernard Auby menciona grandes mudanças incidentes sobre a teoria dos contratos, perturbada também na sua tipologia pela descentralização e pelo direito comunitário.¹¹⁴³ No item 4 supra, mencionam-se os novos tipos indicados por Jacqueline Morand-Deville.

Na *Itália*, lei editada em 1990 instituiu os *acordos de programa*, celebrados por entes da Administração Pública, envolvendo, sobretudo Administração central, entes locais, regiões e qualquer outro ente público relacionado à questão; têm por objetivo coordenar a atuação de vários entes públicos para a realização de obras ou serviços. Outros exemplos de ajustes com feição nova: *acordo substitutivo de ato*, entre Administração e particular; *acordo procedimental*, entre Administração e um interessado. Elio Casetta, em obra aos cuidados de Fabrizio Fracchia¹¹⁴⁴, indica os seguintes ajustes: *atuações de subsidiariedade horizontal*, para a gestão de áreas reservadas ao verde público ou imóveis de origem rural, atribuídas aos cidadãos residentes constituídos em consórcio ou para realizar obras de interesse local por parte de grupos de cidadãos organizados, mediante proposta aprovada pelo poder público, sem ônus para o mesmo; *baratto* (nome italiano),

¹¹⁴² *Droit Administratif Général*. Paris: Litec, 2004, p. 202.

¹¹⁴³ La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif, in *L'actualité juridique – Droit Administratif*, nov. 2001, p. 918.

¹¹⁴⁴ *Compendio di Diritto Amministrativo*. 19ª ed. Milão: Giuffrè, 2019, p. 413.

por exemplo, para a limpeza de áreas verdes pelos cidadãos; *cessão de imóveis públicos em troca de obras*.

Também na Itália, se menciona o chamado contrato de *global service*, em que o contratado assume, como responsabilidade pelos resultados, uma variedade de serviços; o que antes era realizado por vários contratantes, se efetua por um só contratado; a doutrina invoca a vantagem econômica de agregação de diversos serviços e a facilidade propiciada pela existência de um só interlocutor.

No *Direito espanhol* são mencionados, por exemplo: *convênios de colaboração inter-administrativa; convênios com particulares; convênios ou contratos com entidades que tenham a condição de meio próprio e serviço técnico da entidade do setor público contratante* (os chamados *contratos “in house providing”*)¹¹⁴⁵

4.2. Multiplicidade contratual no Brasil

No Brasil, igualmente vem se ampliando a utilização de instrumentos contratuais na atividade administrativa, com variada gama de tipos que fogem à modelagem clássica dos contratos administrativos. Alguns exemplos serão apontados a seguir.

A Lei nº 11.107, de 06 de abril de 2005, fixou a disciplina jurídica dos *consórcios públicos*, de maneira analítica, e trouxe alguns preceitos sobre os *convênios*. Como se disse acima, os consórcios públicos, no Brasil, envolvem a realização de atividades de interesse comum de dois ou mais entes federativos, todas pessoas jurídicas públicas, inexistindo, assim, interesses contrapostos; expressam uma *parceria público-público* na gestão associada de serviços de interesse

¹¹⁴⁵ Germán Fernandez Farreres. *Sistema de Derecho Administrativo*. 2ª ed. Civitas-Thomson Reuters. 204, p. 105.

comum. Reitere-se a observação de que a referida Lei atribui natureza contratual aos consórcios. Um dos elementos constantes da Lei é o chamado *contrato de rateio*, por meio do qual os entes federativos consorciados alocam recursos ao consórcio que integram.

De seu lado, a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, instituiu a *parceria público-privada* e criou, para tanto, dois novos tipos de concessão: a *concessão patrocinada* e a *concessão administrativa*, contratos estes que fogem à caracterização clássica da concessão de serviço público.

Vêm se expandindo os *contratos de gestão*, dentre os quais se exemplifica o seguinte: a) na esfera federal, entre poder público e entidade qualificada como organização social, nos termos da Lei nº 9.637/1998.

Na formação de vínculo de cooperação entre o poder público e entidades qualificadas como organização da sociedade civil de interesse público (OSCIPs), pode ser celebrado *termo de parceria*, ajuste aventado na Lei nº 9.790/1999.

O Decreto federal nº 6.170/2007, art. 1º, §1º, se refere ao *contrato de repasse*, por meio do qual se processa a transferência de recursos financeiros federais a órgãos ou entidades da Administração estadual, distrital ou municipal ou a entidades privadas sem fins lucrativos, por intermédio de instituições financeiras controladas pela União, atuando como mandatárias desta.

A Lei nº 13.934, de 11.12.2029, prevê o *contrato de desempenho*, celebrado entre o órgão ou entidade supervisora e o órgão ou entidade supervisionada, por meio dos seus administradores, para o estabelecimento de metas de desempenho do supervisionado, com os respectivos prazos de execução e indicadores de qualidade, tendo como contrapartida a concessão de flexibilidades ou autonomias especiais.

Encontram-se, ainda, no ordenamento brasileiro, ajustes, cujo objetivo precípua está no incentivo para a atividade realizada pelo particular. Fernando Dias Menezes de Almeida¹¹⁴⁶ inclui nos *contratos de cooperação* o grupo de contratos indicados a seguir, de modo breve:

a) Contratos pelos quais o poder público ingressa como *sócio minoritário em uma sociedade*, com o objetivo de estimular a atividade empresarial privada com recursos públicos; se firma, então, um *contrato de sociedade ou um acordo de acionistas*; como exemplo, Fernando Dias Menezes de Almeida indica a atuação, nesse aspecto, do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico – BNDES, sobretudo mediante o BNDES Participações – BNDESPAR; no âmbito do Estado de São Paulo, a Lei Paulista de Inovação Tecnológica – Lei nº 049/2008, permite que os órgãos e entidades da Administração paulista participem, de forma minoritária, de sociedades com a finalidade de aportar recursos a empresas que explorem criação desenvolvida no âmbito dos Institutos de Ciência e Tecnologia do Estado de São Paulo (os dois exemplos estão mencionados na p. 256 da referida obra). A Constituição Federal de 1988 admite essa participação no art. 37, XX, dependendo de autorização legislativa.

b) Contratos firmados pelos entes públicos dotados da finalidade de incentivar a pesquisa científica e tecnológica e, também, a formação e aperfeiçoamento de alunos ou professores do ensino superior, como, por exemplo, a Financiadora de Estudos e Projetos (FINEP), o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, os três de âmbito federal; no Estado de São Paulo, existe a Fundação de Amparo à Pesquisa – FAPESP. Nomes variados intituam os respectivos ajustes: *termo de outorga, termo de cooperação, acordo de cooperação, contrato de financiamento*.

5. Conclusão

¹¹⁴⁶ *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, p.240 e 257-258.

O panorama apresentado acima permite vislumbrar um novo tratamento para os ajustes celebrados pela Administração Pública, seja envolvendo diferentes órgãos ou entes públicos, seja envolvendo órgãos ou entes públicos, de um lado, e sujeitos privados, de outro.

Revelam, sem dúvida, mudanças nas formas de atuação da Administração Pública, a qual se utiliza hoje, em grande escala, de mecanismos contratuais ou convencionais, trazendo desafios aos estudiosos, legisladores e Poder Judiciário na solução de várias questões suscitadas pelas novas figuras, pois estas poucas vezes se enquadram exatamente nas concepções e disciplina formuladas para os contratos administrativos clássicos.

Mostra-se oportuno ressaltar a consideração de Jean-Pierre Gaudin, na obra supra citada, p. 13: “ No pano de fundo da dimensão operacional desta nova governabilidade, se delineia um objetivo reativado de participação. Pela clássica consulta pública (aqui o autor se refere ao direito francês, onde há muito já se obrigava a Administração a realizar consulta pública antes de atuar em determinados setores), ou melhor, pela realização do debate e pelo envolvimento direto dos cidadãos na definição de certos projetos, é a intensificação de democracia que parece se pretender. Eis, com efeito, o horizonte comum a vários mecanismos de parceria atuais, desde os contratos de desenvolvimento social até as comissões de debate público.”

6. Bibliografia

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.



AUBY, Jean-Bernard, La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif, in *L'actualité juridique – Droit Administratif*, nov. 2001, p. 918.



AUTIN, Jean-Louis; RIBOT, Catherine. *Droit Administratif general*, Paris, Litec, 2004.

CASSETTA. Elio, aos cuidados de FRACCIA, Fabrizio. *Compendio di Diritto Amministrativo*. 19ª ed. Milão: Giuffrè, 2019.

GAUDIN, Jean-Pierre. *Gouverner par contrat*. Paris: Presses Sciences Po., 1999.

MORAND-DEVILLER; BOURDON, Pierre; POULET, Florian. *Cours de Droit Administratif*. 16ª ed. Paris: LGDJ, 2019.

O MITO DO “QUANTO MAIS CONTROLE, MELHOR” NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Rafael Carvalho Rezende Oliveira

Pós-doutor pela Fordham University School of Law (New York). Doutor em Direito pela UVA/RJ. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC/RJ. Especialista em Direito do Estado pela UERJ. Professor Titular de Direito Administrativo do IBMEC. Professor do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito - Mestrado e Doutorado do PPGD/UVA. Professor de Direito Administrativo da EMERJ. Professor dos cursos de Pós-Graduação da FGV e Cândido Mendes. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Presidente do Conselho editorial interno da Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution (RBADR). Membro da lista de árbitros do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Procurador do Município do Rio de Janeiro. Advogado, árbitro e consultor jurídico. Sócio fundador do escritório Rafael Oliveira Advogados Associados. E-mail: contato@roaa.adv.br.

Erick Halpern

Mestrado em Direito pela Universidade Veiga de Almeida. Pós-graduado em Direito do Estado e Regulação pela Fundação Getúlio Vargas. Procurador do Município de Angra dos Reis. Advogado.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo investigar o papel dos órgãos de controle na análise da juridicidade dos atos praticados pela Administração Pública. Com o intuito de desmistificar a ideia de que a hipertrofia do controle seria benéfica para o interesse público, o estudo apresenta os efeitos negativos de uma atuação controladora excessiva e formalista para garantia da eficiência administrativa. A partir de uma análise institucional e pragmática, especialmente com as modificações introduzidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o artigo sugere

standards para uma atuação equilibrada dos órgãos de controle que a eficiência administrativa e a separação de funções entre órgãos controladores e a Administração Pública.

PALAVRAS-CHAVE: Controle. Administração pública. Parâmetros.

ABSTRACT: *This article aims to investigate the role of control bodies in the analysis of the legality of Public Administration acts. In order to demystify the idea that hypertrophy of control would be beneficial to the public interest, the study presents the negative effects of excessive and formalistic controlling action to guarantee administrative efficiency. From an institutional and pragmatic analysis, especially with the changes introduced in the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law, the article suggests standards for a balanced performance of the control bodies that the administrative efficiency and the separation of functions between control bodies and Public Administration.*

KEYWORDS: Control. Public administration. Parameters.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Panorama geral do controle da Administração Pública; 3. As externalidades negativas do atual sistema de controle; 3.1. A ineficiência pelo medo dos administradores públicos; 3.2. O custo financeiro e de oportunidade da atividade de controle; 3.3. A mutação no arranjo institucional dos poderes estatais promovida pelo controle; 4. Controle a partir do pragmatismo jurídico: standards a partir da LINDB; 5. Considerações finais.

1. Introdução

A sociedade moderna caracteriza-se pela incerteza, risco e imprevisibilidade decorrentes das revoluções industrial e científica, além da própria globalização. Essa instabilidade, naturalmente, é incrementada no atual cenário global, no qual a Organização Mundial da Saúde

(OMS), no dia 11 de março de 2020, declarou a pandemia do Covid-19, doença causada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2).¹¹⁴⁷

Ao Poder Público incumbe aparelhar, em tempo recorde, o deficitário sistema de saúde pública brasileiro, de modo a fornecer cuidados médicos às pessoas. Em momentos de crise, a Administração tem o desafio de adotar condutas inovadoras, criativas e urgentes para solução de problemas extraordinários, o que, em determinados casos, encontra a barreira de controles formalistas.

Nesse cenário, além do enfrentamento do vírus e da doença, é necessário confrontar o fenômeno da crise de ineficiência pelo controle,¹¹⁴⁸ que tem imputado aos gestores públicos penalidades por adoção de interpretações não literais dos dispositivos legais ou que contrariem a interpretação do próprio controlador, causando, assim, aquilo que foi denominado como “apagação das canetas”.¹¹⁴⁹

O objetivo do presente artigo é revistar os atuais paradigmas do controle da Administração Pública, com destaque para o controle exercido no contexto da pandemia do novo coronavírus.

2. Panorama geral do controle da Administração Pública

No âmbito do Estado Democrático de Direito, a Administração Pública encontra-se limitada pelo ordenamento jurídico,¹¹⁵⁰ devendo exercer suas funções (deveres-poderes) com o intuito de promover e defender os direitos fundamentais.

¹¹⁴⁷ WHO. Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020. Disponível em: <<https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19--11-march-2020>>. Acesso em: 02/04/2020.

¹¹⁴⁸ GUIMARÃES, Fernando. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/odireito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ine_ciencia-pelo-controle> Acesso em: 02/04/2020.

¹¹⁴⁹ DANTAS, Bruno. Incompetência não pode ser tratada como improbidade. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/incompetencia-nao-improbidadeministro-tcu>>. Acesso em: 02/04/2020.

¹¹⁵⁰ Jacques Chevallier afirma: “O Estado de direito significa, na prática, que a liberdade de decisão dos órgãos do Estado é disciplinada, em todos os níveis, pela existência de normas jurídicas, cujo respeito é garantido pela intervenção de um juiz: isso pressupõe que os eleitos não disponham mais de uma autoridade indivisa, mas que seu poder seja constitutivamente limitado; e implica que eles se submetam às regras que eles próprios estabeleceram.” CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*, Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 206-207.

De outro lado o princípio republicano exige que os agentes públicos sejam responsáveis por suas ações nas esferas política, administrativa, civil e criminal, cabendo a sua ampla responsabilidade e responsividade¹¹⁵¹ pela eventual prática de ilícitos no exercício da função pública.

Nesse contexto, a Constituição da República de 1988 transformou o controle incidente sobre a Administração Pública, ampliando os limites formais e materiais de atuação dos agentes públicos, assim como alargou significativamente as atribuições e prerrogativas dos órgãos de controle externo, de modo a consolidar a atividade do Ministério Público e dos Tribunais de Contas.

Ressalte-se que o controle de legalidade foi ampliado para abranger a necessidade de compatibilidade dos atos administrativos com todo o ordenamento jurídico, e não apenas com a lei formal. A exigência de respeito à lei e ao Direito insere-se no denominado princípio da juridicidade.¹¹⁵²

Atualmente, não raras as vezes, o controle encontra-se pautado pela lógica burocrática de Max Weber,¹¹⁵³ com rigidez procedimental, hierárquica e formalista. Trata-se de atuação qualificada como sistema binário composto por comando e controle, ou seja, um modelo através do qual o controlador, basicamente, impõe sanções aos entes controlados pelo descumprimento de uma regra pré-estabelecida.

Esse modelo de controle funda-se em análise estática da regularidade dos atos administrativos, avaliando uma aplicação burocrática dos standards legais ao caso concreto pelo

¹¹⁵¹ Nesse sentido a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “No Direito Público estruturado, a responsabilidade é pedra angular do sistema, porque, se todos devem responder por seus atos, com muito maiores razões, deve fazê-lo o Estado, até mesmo por ser o responsável direto pela manutenção da ordem jurídica, dever este extensivo a seus agentes, que livremente assumem o múnus de executar as várias e distintas funções que essa mesma ordem jurídica se lhes impõe. [...] a responsividade, tal como surgiu, a partir dos estudos sobre a participação política, é um princípio instrumental da democracia, uma vez que se destina a salvaguardar o núcleo significativo da legitimidade, conciliando a expressão da vontade popular, democraticamente recolhida, com a racionalidade na ação pública.” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O direito administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 13-37, jul./set. 2011.

¹¹⁵² Sobre o princípio da juridicidade, vide: OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a reeleitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹¹⁵³ FARIA, J. H.; MENEGETTI, F. K. Burocracia como organização, poder e controle. *Revista de Administração de Empresas*, v. 51, n. 5, p. 424-439, 2011.

método da subsunção. Dessa forma, são eficientes as ações administrativas que cumprem a legalidade formal, independente dos seus resultados efetivos.¹¹⁵⁴

A essência desse controle remete a um controlador que “age por autos e atos, trata direitos e deveres em papel, é estatista, desconfia dos privados, despreza a relação tempo, custos e resultados, não assume prioridades”.¹¹⁵⁵

Mencione-se, por exemplo, o acórdão do TCU que determinou a numeração e rubrica das folhas do processo, com fundamento nos princípios da transparência e da moralidade.¹¹⁵⁶

Por outro lado, a atuação do controle é regida por uma gama de leis, tais como: a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), a Lei Nacional de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/1993), a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/1965), a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) e Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013). Além da legislação própria que institui as atribuições de cada entidade controladora.

Esse arcabouço legislativo tem primado por normas principiológicas ou por normas que elegem conceitos jurídicos indeterminados, de forma, a alargar a demasiadamente a atribuição e a atividade das instâncias de controle,¹¹⁵⁷ uma vez que viabilizam a invalidação da atuação administrativa fundada em princípios.

¹¹⁵⁴ A propósito Floriano Azevedo Marques Neto: “Os controles formais se pautam na verificação da atenção aos procedimentos e requisitos previstos em lei como condição para a prática de um ato. A presunção, que deve ser respeitada, é a de que se a lei exige uma condição formal para a prática de um ato, isso tem uma razão, um fundamento. Tanto é assim que a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65, art. 2º, “b”) prevê que o vício de forma é causa da anulação de um ato administração em sede do controle judicial provocado por qualquer cidadão.” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. *Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 7-30, abr. 2010.

¹¹⁵⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2017, p. 147.

¹¹⁵⁶ TCU, Acórdão 1.394/2012, Processo nº 014.098/2008-3, Rel. Min. Raimundo Carreiro. Plenário. Julg. 06.06.2012. De forma assemelhada, o Tribunal de Contas da União tem aplicado sanções a gestores que intempestivamente prestam contas, apesar da sua higidez material (TCU. Acórdão nº 7322/2020. Processo nº 011.698/2016-0, Rel. Min. Aroldo Cedraz. 2ª Câmara. Julg. 14.07.2020). Ainda, os Tribunais de Contas Estaduais continuam apegados aos aspectos formais que podem ser saneados por mera diligência, a exemplo das autenticações de balanço patrimonial (TCE/PR, Acórdão nº 2510/2020, Pleno, Rel. Cons. Fabio de Souza Camargo, julg. 16.09.2020).

¹¹⁵⁷ Em sentido aproximado ao do texto, a lição de Mauro Gomes de Mattos: “Todavia, como a lei em comento possui comandos muito abertos, é necessário que haja uma certa prudência no manejo indiscriminado de ações de improbidade para que não seja enfraquecida e se torne impotente, pelo excesso de sua utilização, para os casos que não comportem o devido enquadramento. Isso porque, o comando legal em questão se preocupou apenas em definir tipos de improbidade, sem, contudo, definir o que venha ser ato ímprobo. Ao deixar de definir o conteúdo jurídico do que venha ser o ato de improbidade administrativa, a Lei nº 8429/92 permitiu ao interprete uma utilização ampla da ação de improbidade, gerando grande equívocos, pois possibilitou que atos administrativos ilegais, instituídos sem má-fé ou sem prejuízo ao ente público fossem confundidos com os tipos previstos na presente lei.” MATTOS, Mauro Roberto

Ademais, as entidades de controle não têm prezado por uma uniformização de orientações jurídicas a pautarem, previamente, as condutas dos administradores públicos e garantirem a devida segurança jurídica a tomada de decisões, visto que pretendem proteger suas prerrogativas institucionais e a independência funcional de seus membros. Tanto é assim que nas palavras de Carlos Ari Sundfeld: “no Brasil, cada promotor público é uma república independente. Cada um tem sua opinião diversa.”¹¹⁵⁸

O controle, ainda, é marcado por uma nítida sobreposição de instâncias, inclusive, que atuam sobre as mesmas atividades controladas. Como exemplo, em matéria de contratações públicas no âmbito da União, podem ser citadas diversas instancias controladoras extrajudiciais, tais como: a) Controladoria-Geral da União; b) Tribunal de Contas da União; c) Ministério Público Federal; d) Polícia Federal; e, por fim, e) agências ou entidades reguladoras.

Sendo assim, não é raro encontrar conflitos de competência entre as entidades de controle, como o célebre caso do acordo de leniência firmado entre a Construtora Odebrecht e o Ministério Público Federal no âmbito da operação “Lava Jato”, no qual a sociedade empresarial foi obrigada a firmar novo acordo de leniência com a Advocacia-Geral da União e a Controladoria-Geral da União, face a sua recalcitrância em aceitar a competência do *Parquet*. Ressalta-se que, posteriormente, o segundo acordo de leniência foi questionado no âmbito do Tribunal de Contas da União, em razão da ausência de participação da Corte de Contas no ajuste.¹¹⁵⁹

O controle da Administração Pública, em suma, tem sido caracterizado por uma atividade formalista e sobreposta, muitas vezes com orientações contraditórias entre instâncias diversas e entre membros do mesmo órgão controlador.

3. As externalidades negativas do atual sistema de controle

A íntima relação entre Direito e Economia demonstra a necessidade de consideração dos aspectos econômicos no processo de elaboração e de aplicação das normas jurídicas.

Gomes de. *O limite da improbidade administrativa*: Comentários a Lei nº 8429/92. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 27-28.

¹¹⁵⁸ A passagem é de autoria de Carlos Ari Sundfeld em entrevista ao sítio eletrônico do Jota. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/carlos-ari-sundfeld-pl-7488-26042018>>. Acesso em: 02/04/2020.

¹¹⁵⁹ Disponível em: <<https://www.jota.info/coberturas-especiais/empresas-e-estado/falta-de-entendimento-entre-instituicoes-gera-inseguranca-quanto-a-leniencia-28112018>>. Acesso em: 02/04/2020.

Nesse contexto, a eficiência da atuação dos órgãos de controle pode ser verificada à luz da Análise Econômica do Direito – AED (*Law and Economics*). De acordo com a AED, a economia, especialmente a microeconomia, deve ser utilizada para resolver problemas legais e, por outro lado, o Direito acaba por influenciar a Economia. Por essa razão, as normas jurídicas serão eficientes na medida em que forem formuladas e aplicadas levando em consideração as respectivas consequências econômicas.¹¹⁶⁰

Existem interpretações distintas da AED (Escola de Chicago, Escola da *Public Choice*, institucionalistas, neo-institucionalistas, Movimento dos Estudos Críticos etc.), mas é possível apontar algumas premissas comuns a todas elas, a saber: a) o ser humano, inserido no ambiente de recursos escassos, escolhe racionalmente aquilo que considera ser o melhor para si, preferindo mais a menos satisfação, comparando os custos e os benefícios (econômicos, sociais etc.) das diferentes alternativas decisórias (análise consequencialista); b) no processo de maximização da sua utilidade, as pessoas reagem a incentivos que recebem do ambiente em que vivem e trabalham, incluindo o sistema de preços (importância do contexto); c) as regras moldam os incentivos a que as pessoas estão submetidas e, portanto, influenciam nas suas decisões de troca, produção, consumo, investimento etc.¹¹⁶¹

Um dos benefícios oriundos da interseção entre o direito e a economia se caracteriza pela teoria das externalidades. Externalidades podem ser conceituados como “benefícios ou custos que se transferem de umas unidades do sistema econômico para outras para a comunidade como um

¹¹⁶⁰ Apesar de ser antigo o diálogo entre o Direito e a economia, o movimento de *Law & Economics* desenvolve-se, principalmente nos Estados Unidos, a partir da década de 1960, por meio dos estudos de Ronald Coase (*The Problem of Social Cost*), professor da Universidade de Chicago e prêmio Nobel de Economia em 1991, e de Guido Calabresi (*Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*), da Universidade de Yale. Atualmente, um dos grandes expoentes do movimento é o professor Richard Posner (*Economic Analysis of Law*), da Escola de Chicago. Apesar de sua origem norte-americana, a AED tem sido estudada em países europeus (Alemanha, Itália etc.) e no Brasil. Existem diversas Escolas de AED, tais como: a) Escola de Chicago; b) Escola da Virgínia (*Public Choice*); c) Escola de New Haven; d) Escola Neoinstitucional; e) Economia Comportamental. Sobre as características das referidas vertentes, vide, por exemplo: ARAÚJO, Thiago Cardoso. *Análise Econômica do Direito no Brasil: uma leitura à luz da teoria dos sistemas*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 60-129;

¹¹⁶¹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 36-37; PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 89. Nesse sentido: “A análise econômica deve, então, considerar o ambiente normativo no qual os agentes atuam, para não correr o risco de chegar a conclusões equivocadas ou imprecisas, por desconsiderar os constrangimentos impostos pelo Direito ao comportamento dos agentes econômicos.” SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 03

todo, extra-mercado, isto é, este não tem condições para captá-los, para equacionar o seu processo de troca e de circulação”.¹¹⁶²

Assim, no campo econômico, as externalidades significam que os custos e os benefícios gerados pelo desempenho de atividades econômicas não são absorvidos integralmente pelos agentes econômicos (produtores e consumidores) que se relacionam no mercado, mas também por terceiros que não fazem parte diretamente das transações econômicas. As externalidades podem ser divididas em duas categorias: a) negativas: o desempenho regular da atividade acarreta ônus que serão suportados por terceiros (custo externo ou social); e b) positivas: é a produção de benefícios para pessoas estranhas às transações econômicas (benefícios externos ou sociais).

A ideia de externalidade pode ser utilizada no tratamento do controle da Administração Pública. Nesse caso, as externalidades refletiriam os efeitos da tomada da decisão sobre os gestores públicos que, mesmo não integrantes da relação jurídica submetida ao controle, pautarão as suas condutas a partir dos comandos dos controladores, com o intuito de prevenir eventuais sanções no futuro.

A atuação dos controladores, com base nos parâmetros atuais, gera, pelo menos, três ordens de externalidades negativas, quais sejam: a) a ineficiência pelo medo; b) o custo financeiro desproporcional aos benefícios auferidos; e c) a mutação no arranjo constitucional e legal das atribuições dos poderes estatais.

3.1. A ineficiência pelo medo dos administradores públicos

O medo se espalhou pela Administração Pública. Na verdade, os agentes públicos que possuem alguma parcela de poder decisório ou aqueles que atuam em qualquer fase de alguns procedimentos estatais mais sensíveis aos olhos dos órgãos de controle (exs: processos de contratações públicas e de licenciamentos) possuem medo da atividade de controle.

É possível indicar, pelo menos, quatro espécies de medo dos agentes públicos.¹¹⁶³ Em primeiro lugar, o agente público possui o medo das consequências de suas ações para a própria

¹¹⁶² NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao direito Econômico*. 9. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015, p. 124.

¹¹⁶³ MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. O medo e o ato administrativo. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo>>. Acesso em: 02/04/2020.

Administração Pública. Ou seja, possui receio de que a sua conduta seja prejudicial ao interesse público ao invés de tutelá-lo. Dessa forma, a sua inclinação é agir com maior parcimônia e responsabilidade a fim de evitar falhas.¹¹⁶⁴

De outro lado, o agente público teme as consequências dos atos para terceiros, isto é, os efeitos colaterais de sua conduta que não são passíveis de mensuração pelo atual estado da arte. Destarte, esse medo vincula-se ao princípio da precaução, as sociedades de risco, a aversão a perda, a indiferença a probabilidade e aos efeitos sistêmicos.¹¹⁶⁵

A terceira espécie de medo relaciona-se com os efeitos eleitorais das condutas do agente público. O agente político, como qualquer homem racional e econômico, tende a maximizar os seus próprios interesses. Assim, as suas condutas são voltadas a conseguir os votos necessários a perpetuação no poder.¹¹⁶⁶

Já o quarto tipo de medo se conecta com as consequências pessoais dos atos praticados pelo agente público. Esses efeitos possuem duas acepções: a) a primeira remete ao risco quanto a integridade física do agente público, ameaçada por decisões administrativas que contrariam interesses legítimos ou não de grupos específicos; e b) ao risco de responsabilização pelos Órgãos de Controle por decisões ou atos administrativos fundada em divergência relevante na doutrina e jurisprudência dos Tribunais e Cortes de Contas, mas que no entendimento do agente público é legítimo e adequado ao ordenamento jurídico.

Aliás, Marcos Juruena Villela Souto cunhou uma expressão que resume a prática dos agentes públicos quando se defrontam com problemas que a solução não se encontra descrita textualmente em norma legal: “na dúvida, dorme tranquilo quem indefere”.¹¹⁶⁷

¹¹⁶⁴ GARCIA, Flávio Amaral; MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. Contratos públicos, improbidade e o Estado amedrontado (ou “Crime de hermenêutica dos outros é refresco”). *Revista Síntese de Direito Administrativo*, v. 12, nº 141, set. 2017, p. 241-252.

¹¹⁶⁵ SUNSTEIN, Cass R. Para além do princípio da Precaução. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 259, p. 11-71, jan./abr. 2012

¹¹⁶⁶ O representante e seu partido são recompensados pela descoberta e pela realização dos desejos políticos dos seus constituintes; a recompensa é o sucesso na eleição e as eventuais rendas de gabinete. Se votar contra uma política econômica que prejudica a sociedade, mas garante a reeleição, provavelmente o representante votaria nesse último sentido. STIGLER, George, J. A teoria da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo. (coord.); PRADO, Mariana Mota; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; COUTINHO, Diogo R.; OLIVA, Rafael (organizadores). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 35.

¹¹⁶⁷ A lembrança é apresentada também por: RIBEIRO, Leonardo Coelho. Na dúvida, dorme tranquilo quem indefere e o Direito Administrativo como caixa de ferramentas. Disponível em:

Essa externalidade negativa consiste na paralisia da atividade administrativa em função exclusivamente do medo do agente público. Os gestores públicos têm se esquivado de prolatar decisões administrativas em situações que não se amoldam à literalidade do dispositivo normativo ou que apresentam dúvidas interpretativas, notadamente em hipóteses que envolvam a definição do alcance dos princípios jurídicos e dos conceitos jurídicos indeterminados, mesmo nos casos que são precedidos de posicionamentos da Advocacia Pública favoráveis à tomada da decisão.

Assim, é cerceado qualquer solução heterodoxa do agente público que apresente cunho inovador, incentivando-se comportamentos conservadores e formalistas na Administração Pública, ainda que não coincidam com o melhor atendimento do interesse público na perspectiva do gestor público.¹¹⁶⁸ É preciso lutar contra isso, criando incentivos para gestão pública se tornar mais eficiente e menos formalista.¹¹⁶⁹

Em suma, o medo não pode pautar o cotidiano da Administração e constituir um impedimento para atuação dos agentes públicos na realização de suas atribuições.¹¹⁷⁰ O arranjo

<<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/leonardo-coelho-ribeiro/na-duvida-dorme-tranquilo-quem-indefere-e-o-direito-administrativo-como-caixa-de-ferramentas>>. Acesso em: 02/04/2020.

¹¹⁶⁸ Na avaliação dos fiscalizados, a perpetuação de tal cultura provoca a percepção de que os auditores agem como algozes em busca de situações que possam promover punições aos funcionários públicos. Tal percepção dificulta a construção de diálogo e impede o aprendizado mútuo, que poderia ser muito rico na medida em que ambos teriam muitas experiências a compartilhar. Os entrevistados nos ministérios relatam, ainda, que muitos gestores e tomadores de despesas vêm evitando assinar projetos ou autorizar gastos temendo a ação dos órgãos de controle, o que acarreta prejuízos ao andamento das políticas públicas. Alegam que existem situações em que auditores priorizam uma visão meramente legalista e apontam erros de formalidades que não têm nenhum efeito sobre o uso eficiente dos recursos públicos. Segundo eles, tal situação gera problemas significativos para os gestores na medida em que eles precisam prestar esclarecimentos e muitas vezes são chamados a depor em inquéritos conduzidos, também, por órgãos de polícia, e que se desdobram em desgaste emocional desnecessário e que poderia ser evitado caso houvesse propensão ao diálogo. LOUREIRO, Maria Rita. (Coord.). *Coordenação do sistema de Controle da Administração Pública Federal*. Série Pensando o Direito, nº 33/2009, Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, Brasília, 2009, p. 76-77.

¹¹⁶⁹ Nesse sentido, Carlos Ari Sundfeld afirma: “O gestor tem de ser protegido contra os excessos de fiscalização. Do contrário, morrendo de medo de algum processo, ele cruza os braços e fica esperando a aposentadoria chegar. Nossa máquina pública funciona cada vez menos. O que o direito tem de fazer agora é multiplicar os incentivos para a ação pública, e não ficar criando novos riscos para quem age, incentivando a acomodação e a paralisia. Em suma: mais sim, menos não.” SUNDFELD, Carlos Ari. *Chega de axé no direito administrativo*. Disponível em: <http://www.huffpostbrasil.com/carlos-ari-sundfeld/chega-de-axe-no-direito-administrativo_a_21667314/>. Acesso em: 02/04/2020.

¹¹⁷⁰ Nessa toada, Fernando Vernalha Guimarães: “O administrador público vem, aos poucos, desistindo de decidir. Ele não quer mais correr riscos. (...) Decidir sobre o dia a dia da Administração passou a atrair riscos jurídicos de toda a ordem, que podem chegar ao ponto da criminalização da conduta. Sob as garras de todo esse controle, o administrador desistiu de decidir. Viu seus riscos ampliados e, por um instinto de autoproteção, demarcou suas ações à sua “zona de conforto”. Com isso, instalou-se o que se poderia denominar de *crise da ineficiência pelo controle*: acudados, os gestores não mais atuam apenas na busca da melhor solução ao interesse administrativo, mas também para se proteger. Tomar decisões heterodoxas ou praticar ações controvertidas nas instâncias de controle é se expor a riscos indigestos. E é compreensível a inibição do administrador frente a esse cenário de ampliação dos riscos jurídicos sobre suas ações.

institucional da Administração Pública deve incentivar a busca da eficiência, inclusive com o fomento de soluções heterodoxas (“fora da caixa”)¹¹⁷¹ devidamente justificadas.

A situação é agravada na atualidade, em razão do cenário de complexidades, riscos e incertezas. Afigura-se difícil formular a decisão sobre o conteúdo, a forma e o momento da intervenção regulatória diante da ausência do conhecimento sobre todos os aspectos fáticos e científicos envolvidos. A tendência dos reguladores é a paralisia ao invés da inovação.¹¹⁷²

A evolução do Direito pressupõe doses de experimentalismos jurídicos que, utilizados de forma planejada e justificada, apontem as soluções inovadoras que podem regular melhor determinado desafio concreto. Trata-se do *sandbox* (caixa de areia, na tradução literal) regulatório que representa a instituição de nova regulação em ambiente delimitado, no tempo e/ou no espaço, permitindo a análise controlada dos custos e dos benefícios do experimento público. Se os benefícios superarem os custos, abre-se o caminho para o alargamento da regulação para outros setores. Mencione-se, por exemplo, o *sandbox* regulatório instituído pela Lei 13.979/2020 e pela MP 961/2020 durante a pandemia do novo coronavírus, com a flexibilização das regras ordinariamente exigidas nas contratações públicas.¹¹⁷³

Afinal, tomar decisões sensíveis pode significar ao administrador o risco de ser processado criminalmente. Como consequência inevitável da retração do administrador instala-se a ineficiência administrativa, com prejuízos evidentes ao funcionamento da atividade pública.” GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em: 02/04/2020.

¹¹⁷¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo para céticos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

¹¹⁷² Nesse sentido, Mark D. Fenwick, Wulf A. Kaal e Erik P.M. Vermeulen afirmam: “*In an age of constant, complex and disruptive technological innovation, knowing what, when, and how to structure regulatory interventions has become much more difficult. Regulators can find themselves in a situation where they believe they must opt for either reckless action (regulation without sufficient facts) or paralysis (doing nothing). Inevitably in such a case, caution tends to trump risk. The precautionary principle becomes the default position. But such caution merely functions to reinforce the status quo and the result is that new technologies struggle to reach the market in a timely or efficient manner*”. FENWICK, Mark D., KAAL, Wulf A.; VERMEULEN, Erik P.M. Regulation Tomorrow: What Happens When Technology Is Faster than the Law? *American University Business Law Review*, v. 6, n. 3, 2017, p. 581-582.

¹¹⁷³ O *sandbox* (caixa de areia, na tradução literal) regulatório representa a instituição de nova regulação em ambiente delimitado, no tempo e/ou no espaço, permitindo a análise controlada dos custos e dos benefícios do experimento público. O *sandbox* regulatório é a maneira de o Poder Público autorizar, de modo limitado e em ambiente controlado, o experimento. Alguns fazem a analogia entre o *sandbox* e os parquinhos de diversão, onde se pode experimentar sob o olhar de terceiros (nos parquinhos, os adultos; na regulação; o Estado Regulador). Em matéria de contratação pública, a Lei 13.979/2020 apresentou regras temporárias e excepcionais para enfrentamento do estado de calamidade pública causado pelo novo coronavírus, tais como: a) regras mais flexíveis para dispensa de licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública; b) a contratação, excepcionalmente, de empresa fornecedora de bens, serviços e insumos punida com declaração de inidoneidade ou com suspensão para participar de licitação ou contratar com o Poder Público, quando se tratar, comprovadamente, de única fornecedora do bem ou serviço a ser adquirido; c) a aquisição direta de bens e a contratação

3.2. O custo financeiro e de oportunidade da atividade de controle

A ciência jurídica atualmente reconhece que todos os direitos impõem custos a Administração Pública, sendo irrelevante a sua natureza jurídica de direitos de abstenção (liberdades civis) ou prestacionais (direitos sociais).¹¹⁷⁴

Assim, a atividade de controle possui uma dispendiosa estrutura composta por recursos humanos, tecnológicos e materiais. Aliás, os agentes do controle público, geralmente, possuem remunerações elevadas e a ascendem ao teto remuneratório em pouco tempo na carreira.¹¹⁷⁵

Os elevados custos não estão apenas na estrutura do controlador, mas, também, na esfera institucional do controlado. A Administração Pública também arca com uma vultuosa despesa em razão do controle público, uma vez que deve instituir estrutura capaz de receber, avaliar e encaminhar as informações solicitadas pelas diversas instâncias controladoras. Assim, o Poder Público despenderá com a alocação de recursos materiais e humanos necessários ao processamento dos ofícios e determinações expedidos pelos órgãos de controle.¹¹⁷⁶

Ademais, o exacerbado controle do Poder Público, ao engessar o procedimento de tomadas de decisão, induz um elevado custo de oportunidade. Por custo de oportunidade compreende-se como “o custo econômico de uma alternativa que fora deixada de lado”¹¹⁷⁷ ou seja, o custo que o agente incidiu ao preterir uma escolha alternativa num cenário de tomada de decisão.

direta de serviços, não se restringindo a equipamentos novos, desde que o fornecedor se responsabilize pelas plenas condições de uso e funcionamento do bem adquirido; etc. Igualmente, a MP 961/2020 fixou outras regras diferenciadas para licitações e contratações realizadas durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Legislativo 6/2020. É possível perceber a existência de um regime jurídico temporário e excepcional, em constante mutação, para o enfrentamento da pandemia do Covid-19. O momento de crise abriu espaço para uma espécie de experimentalismo jurídico, com a instituição de uma legalidade extraordinária para o enfrentamento da crise na saúde pública.

¹¹⁷⁴ SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Nova York: W.W. Norton & Company, 1999, p. 29.

¹¹⁷⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil. In: *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 406

¹¹⁷⁶ Nesse sentido, Eduardo Jordão: “Na dimensão mais evidente, o controle, *em si*, depende do dispêndio de valores públicos relevantes, para fazer rodar a máquina institucional respectiva, seus funcionários e o seu tempo. Mas os custos do controle da administração vão muito além disso. Incluem ainda os ônus *gerados* ou *induzidos* pelo controle. Em primeiro lugar, há os valores incorridos *pela administração pública* para adequar as suas ações às determinações do controlador. Pense-se nos exemplos de liminares que ordenem o fornecimento de medicamentos específicos ou que determinem melhorias em estabelecimentos públicos. JORDÃO, Eduardo. Por mais realismo no controle da administração pública. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Eduardo-Jordao/por-mais-realismo-no-controle-da-administracao-publica>>. Acesso em: 02/04/2020.

¹¹⁷⁷ COOTER, Robert; ULLEN. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 53.

Dessa forma, não é raro verificar que o controle formalista e descontextualizado contraria os objetivos da Administração Pública na promoção dos direitos fundamentais, existindo um trade-off entre celeridade/eficiência e conservadorismo/cautela.

A doutrina norte-americana, com base no ferramental da AED, demonstra a dificuldade de eliminação completa do abuso de poder pelos órgãos de controle, seja por tornar a sua operação demasiadamente onerosa, seja por paralisar a atividade da Administração e redundar na sua ineficiência.¹¹⁷⁸

É preciso buscar o equilíbrio na relação entre os extremos envolvido na discussão sobre a intensidade (ou quantidade) do controle. De um lado, a falta ou a escassez do controle poderia ensejar uma carta branca ao agente público, tornando-o irresponsável por suas ações administrativas e incentivando o cometimento de atos de corrupção, improbidade administrativa e lesão ao patrimônio público.

De outro lado, o fetiche do excesso de controle (hipertrofia controladora) induz o incremento de custos financeiros ao Estado, com a realização de investimentos elevados na criação da infraestrutura do controlador, bem como incentiva a ineficiência administrativa em razão da adoção de condutas conservadoras e formalistas pelos controlados.

O imbróglio do aspecto quantitativo da atividade de controle pode ser exemplificado por um “U” invertido, em razão da existência de um ponto ótimo entre a quantificação da atividade do controle e a própria eficiência da Administração Pública.¹¹⁷⁹

¹¹⁷⁸ Nesse sentido Adrian Vermeule: “O primeiro e mais óbvio problema é que é excessivamente caro minimizar estritamente o abuso de poder por funcionários do governo. A minimização estrita é excessivamente onerosa, tanto porque é oneroso instalar o mecanismo de imposição para evitar abusos, quanto porque o próprio mecanismo de imposição será composto por funcionários que, por sua vez, podem abusar de seu poder. Dados esses custos, o nível ótimo de abuso de poder será maior que zero. O segundo problema é que o objetivo de impedir abusos oficiais é contrário ao objetivo de produzir uma infinidade de bens de bem-estar que o estado administrativo fornece, como alívio da pobreza, saúde, segurança, ambientalismo e proteção ao consumidor. Na medida em que o constitucionalismo adota uma abordagem preventiva ao desenho das instituições, está exposto aos mesmos problemas - mutatis mutandis - que perturbam os princípios preventivos na regulamentação de primeira ordem dos riscos ambientais, de saúde e segurança. Existem riscos substitutos, bem como compensações entre os riscos, em todos os lados das questões institucionais relevantes.” VERMEULE, Adrian. Optimal Abuse of Power. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, p. 18, set./dez. 2019. Em igual sentido: JORDÃO, Eduardo. Por mais realismo no controle da administração pública. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Eduardo-Jordao/por-mais-realismo-no-controle-da-administracao-publica>>. Acesso em: 02/04/2020.

¹¹⁷⁹ De acordo com Mario G. Schapiro: “A relação entre controle e realização não é a de uma proporção direta, mas a de um “U” invertido. Isso significa que o incremento das ações de governo não depende da existência de mais controle, mas sim de uma calibração acertada dos mecanismos existentes.” SCHAPIRO, Mario G. Discricionariedade desenvolvimentista e controles democráticos: uma tipologia dos desajustes. *Revista Direito GV*, v. 12, n. 2, p. 329, mai./ago. 2016.

O ponto ótimo, portanto, encontra-se no equilíbrio da atividade de controle, de modo a concretizar o princípio republicano e conter o abuso de poder pelos agentes públicos, sem afastar a institucionalização de uma gestão administrativa eficiente e inovadora.

Nesse contexto, é salutar que as entidades controladoras introduzam em sua atividade uma análise de custo-benefício de sua atuação perante a Administração, ou seja, avaliar constantemente os benefícios auferidos por suas medidas de fiscalização.¹¹⁸⁰

3.3. A mutação no arranjo institucional dos poderes estatais promovida pelo controle

A clássica concepção do princípio da separação de poderes nasceu da irremediável necessidade da contenção do abuso de Poder. Esse princípio caracteriza-se pela repartição de poderes em órgãos diversos (Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário) e atrelados por mecanismos de freios e contrapesos.¹¹⁸¹

Verifica-se, na atualidade, uma nova compreensão do princípio da separação dos poderes conectada à necessidade de incrementar a eficiência do arranjo institucional estatal através da especialização técnica de funções, em prol da promoção dos direitos fundamentais, transcendendo-se das vetustas premissas acerca da tripartição das funções e do sistema de freios e contrapesos.¹¹⁸²

¹¹⁸⁰ GLAESER, Edward L.; SUNSTEIN, Cass R. Moneyball for State Regulators (March 29, 2014). Forthcoming National Affairs. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2418306> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2418306>>. Acesso em: 02/04/2020. Segundo Marcus Abraham: “O princípio da relação custo-benefício recomenda que a atividade de fiscalização e controle não se torne mais onerosa que seu próprio objeto de aferição. Nesse sentido, cada caso concreto indicará a forma e os meios mais adequados e compatíveis para a realização da fiscalização e controle, com ponderação, razoabilidade e eficiência.” ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

¹¹⁸¹ Resume bem a questão Francisco C. Weffort: “Os diferentes ramos de poder precisam ser dotados de força suficiente para resistir às ameaças uns dos outros, garantindo que cada um se mantenha dentro dos limites fixados constitucionalmente. No entanto, um equilíbrio perfeito entre estas forças opostas, possível no comportamento dos corpos regidos pelas leis da mecânica, não encontra lugar em um governo. Para cada forma de governo, haverá um poder necessariamente mais forte, de onde partem as maiores ameaças à liberdade. Em uma monarquia, tais ameaças partem do executivo, enquanto para as repúblicas, o legislativo se constitui na maior ameaça à liberdade, já que é a origem de todos os poderes e, em tese, pode alterar as leis que regem o comportamento dos outros ramos de poder. Daí porque sejam necessárias medidas adicionais para frear o seu poder. A instituição do Senado é defendida com este fim, uma segunda câmara legislativa composta a partir de princípios diversos daqueles presentes na formação da Câmara dos Deputados, sendo previsível que a ação de uma leve à moderação da outra.” WEFFORT, Francisco C (Org.). *Os clássicos da política*. V. 1, 13. ed. São Paulo: Ática: 2000, v.1., p. 251.

¹¹⁸² Canotilho reconhece duas vertentes da separação dos poderes: “A constitucionalística mais recente salienta que o princípio da separação de poderes transporta duas dimensões complementares: (1) a separação como 'divisão', 'controle' e 'limite' do poder - dimensão negativa; (2) a separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas (dimensão positiva).” CANOTILHO,

Nessa perspectiva, cada órgão público possui uma capacidade institucional, que outorga um plexo de atribuições e restrições fixadas pela sua moldura institucional (capacidade institucional jurídica), além da capacidade de compreender e atuar de acordo com as informações obtidas, com a finalidade de transformá-las em atos e políticas públicas (capacidade epistêmica).¹¹⁸³

A importância da inserção das considerações institucionais no debate da interpretação das normas jurídicas, demonstrada por Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule, acarreta a análise de duas questões normalmente negligenciadas nesse debate, a saber: a) capacidades institucionais: em vez da discussão sobre a melhor interpretação do texto legal, a interpretação deve levar em consideração as capacidades e as limitações das diversas instituições no papel interpretativo; e b) efeitos dinâmicos: o intérprete não pode desconsiderar as consequências da sua atividade para os atos públicos e privados.¹¹⁸⁴

O dilema institucionalista (*institutionalist dilemma*), segundo Vermeule, é a limitação racional do juiz na obtenção e no processamento das informações necessárias ao julgamento dos casos complexos, marcados por incertezas.¹¹⁸⁵ De acordo com Vermeule, existem três tipos de cegueira institucional (*institutional blindness*), a saber:¹¹⁸⁶ a) abstração filosófica excessiva (*out-and-out philosophizing*): o debate centraliza-se em questões abstratas, sem qualquer preocupação com questões empíricas e institucionais; b) institucionalismo estereotipado ou estilizado (*stylized institutionalism*): os teóricos, aqui, incluem as instituições no debate, mas de maneira estereotipada ou estilizada, a partir de visões abstratas sobre as instituições em descompasso com a realidade; e c) institucionalismo assimétrico (*asymmetrical institutionalism*): é aquele que parte de uma visão cínica ou pessimista de algumas instituições em detrimento de um olhar otimista de outras instituições

José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 250. Sobre a releitura do princípio, vide: ACKERMAN, Bruce. *A nova separação de poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

¹¹⁸³ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, vol. 101, p. 885-951, feb. 2003.

¹¹⁸⁴ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, vol. 101, p. 886, feb. 2003.

¹¹⁸⁵ VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty: an Institutional Theory of Legal Interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 3.

¹¹⁸⁶ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Chicago John M. Olin Law & Economics Working Papers*, n. 156, p. 2, Chicago Law School, jul. 2002. Sobre a virada institucional, vide: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório*, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 114-135.

A partir da virada institucional (*institutional turn*), em vez do debate teórico-abstrato sobre a melhor forma de interpretação, a questão sobre o método mais adequado de interpretação passaria em primeiro lugar pela análise das capacidades das instituições de determinado Estado.¹¹⁸⁷

Assim, a teoria da capacidade institucional relaciona-se a essa moderna acepção da separação dos poderes, uma vez que visa o compartilhamento e o exercício de funções conforme a especialidade técnica de cada instituição.¹¹⁸⁸

Um efeito pouco explorado na doutrina, consiste em uma implícita alteração na distribuição das competências decisórias no arranjo institucional dos Poderes do Estado,¹¹⁸⁹ em razão da exacerbação da atividade de controle.

É inegável a restrição excessiva ou a extinção da autonomia decisória do agente público que, por exemplo, ao ser recomendado a fazer ou se abster de realizar um ato pelos órgãos de controle, também é cientificado que o seu descumprimento caracterizará dolo para fins do ajuizamento de ação de improbidade administrativa.

Dessa forma, a instância de controle se imiscui sobre a atuação da Administração Pública, assumindo para si o exercício de uma função para a qual não detêm *expertise*, tampouco a visão dos possíveis efeitos sistêmicos da solução a ser adotada.

Aliás, o controle carece de legitimidade democrática para redistribuir as atribuições de planejar, formular e realizar as políticas públicas conferidas pelo Constituinte, inclusive por lhe faltar responsabilidade política pelo seu insucesso.

4. Controle a partir do pragmatismo jurídico: standards a partir da LINDB

¹¹⁸⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório*, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 115.

¹¹⁸⁸ Nesse sentido: “A Constituição, nessa perspectiva, pode ser comparada à planta elaborada por um “arquiteto institucional”, que distribui competências e poderes entre instituições criadas especificamente para promover certos objetivos, ao mesmo tempo em que, para que tais resultados possam ser alcançados, municia cada instituição com condições específicas capazes de incrementar a eficiência com que os referidos poderes serão por elas exercidos. Na fixação das capacidades de cada instituição está, então, a força da presunção de que suas decisões são adequadas para os problemas que ela é chamada a solucionar.” ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, p. 16-17, jan./jun. 2011.

¹¹⁸⁹ GARCIA, Flávio Amaral; MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. Contratos públicos, improbidade e o Estado amedrontado (ou “Crime de hermenêutica dos outros é refresco”). *Revista Síntese de Direito Administrativo*, v. 12, nº 141, set. 2017, p. 241-252.

A Administração Pública “Gerencial” ou “de Resultados”,¹¹⁹⁰ relacionada com a inserção do princípio da eficiência no art. 37 da CRFB, por meio da EC 19/1998, é marcada pela busca da concretização dos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional.¹¹⁹¹

Dessa forma, no âmbito da Administração de Resultados, a interpretação e a aplicação do Direito não podem se afastar das consequências (jurídicas e extrajurídicas) geradas pelas escolhas efetivadas pelas autoridades estatais.

Nesse sentido existe um vínculo necessário entre a Administração Pública de resultados e o pragmatismo jurídico.¹¹⁹² O pragmatismo apresenta três características comuns, a saber:¹¹⁹³ a) antifundacionalismo: rejeita a existência de entidades metafísicas ou conceitos abstratos, estáticos e definitivos no direito, imunes às transformações sociais; b) contextualismo: a interpretação jurídica é norteadada por questões práticas e o direito é visto como prática social; e c) consequencialismo: as decisões devem ser tomadas a partir de suas consequências práticas (olhar para o futuro e não para o passado).

¹¹⁹⁰ Sobre a Administração gerencial ou de resultados, vide: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. Reforma do Estado e Administração Pública gerencial*. 7. Ed. Rio de Janeiro: FGV, 2008; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2008; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

¹¹⁹¹ Conforme indicado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “Nesta segunda fase, portanto, distintamente da anterior, em que a ênfase estava na *eficácia*, sobreleva agora a importância de que esse *desempenho* seja realmente *eficiente*, vale dizer: que *haja efetivamente produzido os resultados visados quando da escolha político administrativa* e, desse modo, cabalmente exaurida a *finalidade* do ato, contrato ou processo em que tal escolha foi decidida. Parte-se, portanto, da existência de um *direito cidadão*, de natureza constitucional, não apenas à rigorosa observância da *legalidade* estrita, mas à satisfação da *legitimidade* da pretensão juspolítica garantida que têm as pessoas à *eficiência*; em síntese a uma *boa administração*.” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novo referencial no Direito Administrativo: do controle da vontade ao do resultado: a juridicização dos resultados na Administração Pública*. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 6, n. 67, set. 2006.

¹¹⁹² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 256, p. 129-63, jan./abr. 2011. É importante frisar, desde logo, que não existe um único pragmatismo homogêneo, mas, sim, diversas formas de compreensão do pragmatismo, tendo em vista as influências de formas antigas do pensamento, tais como no darwinismo, do ceticismo e do empirismo da Antiguidade clássica etc.

¹¹⁹³ POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005. p. p. 27-62; ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 176. Margarida Lacombe acrescenta ao rol outras duas características: instrumentalismo (o direito é encarado como instrumento de orientação da conduta social) e a interdisciplinaridade (os efeitos da ação devem ser ponderados por conhecimentos de outras áreas do conhecimento). CAMARGO, Margarida Lacombe. O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal brasileiro. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 368-369.

Malgrado a constatação do novo perfil da Administração Pública, com a alteração do ordenamento jurídico, constata-se a permanência de uma visão formalista por parte de alguns órgãos de controle que se exigem, de forma preponderante, a adequação formal da atuação administrativa com a legislação, ainda que prejudicial aos objetivos legalmente imputados à Administração Pública.

É preciso levar as consequências a sério. O controle dos atos administrativos, no contexto do Estado Democrático de Direito e a partir do pragmatismo jurídico, deve levar em consideração as consequências da decisão administrativa e não apenas a sua adequação formal com a letra fria da lei. É pertinente a observação de Floriano de Azevedo Marques Neto quando afirma que “o controle pelo controle acaba por se afastar do compromisso com seus efeitos, com a responsabilidade política que as instituições de controle devem objetivar”, fazendo com que o controlador tenha enormes poderes, mas nenhuma responsabilidade pela ineficácia da atividade-fim.¹¹⁹⁴

Com o escopo de introduzir o pragmatismo jurídico nas instâncias de controle, a Lei 13.655/2018 introduziu os arts. 20 a 30 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Nesse cenário, o art. 20 da LINDB proíbe a tomada de decisão apoiada exclusivamente em valores abstratos, sem considerar as consequências práticas da decisão.¹¹⁹⁵

O dispositivo transcrito tem por objetivo rechaçar as decisões, em qualquer esfera de controle, fundamentadas apenas em princípios genéricos e conceitos indeterminados, sem qualquer análise do contexto fático e das possíveis consequências práticas da decisão estatal. Na verdade, busca encerrar a utilização equivocada dos princípios jurídicos, sem qualquer rigor metodológico, pelos órgãos de controle. Ao invés da mera invocação do princípio jurídico para solução do caso, exige-se a motivação qualificada, com a demonstração da pertinência da referida aplicação ao caso concreto e dos efeitos práticos potenciais da decisão adotada.¹¹⁹⁶

¹¹⁹⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. *Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 7-30, abr. 2010.

¹¹⁹⁵ LINDB: “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. 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.”

¹¹⁹⁶ Carlos Ari Sundfeld sustenta: “Um sistema jurídico não é mau nem bom pelo fato de, em seus processos, princípios serem usados com muita frequência. O problema não está neles, mas na comodidade que podem oferecer para os espertos e para os preguiçosos. O oportunista, cujo interesse é adiar eternamente o pagamento de suas dívidas, invoca em juízo apenas o princípio do “acesso à jurisdição” e pede para não pagar, até o fim do processo principal: “negar a

Destarte, pretende-se evitar decisões subjetivas e arbitrárias das instâncias decisórias, que a pretexto de aplicar diretamente um princípio constitucional, afastem regras jurídicas válidas, reformulem o planejamento estatal e imiscua-se nas políticas públicas, inclusive sem nenhuma deferência as capacidades institucionais do órgão instituidor.¹¹⁹⁷

Em consequência, o art. 20 da LINDB eleva o ônus de motivação das decisões estatais que devem levar em consideração os argumentos jurídicos, o contexto fático e as consequências da solução adotada.¹¹⁹⁸

Aliás, existe uma interação entre o art. 20 da LINDB e o art. 489, §1º do CPC.¹¹⁹⁹ Os dois dispositivos legais evidenciam a preocupação com a motivação qualificada das decisões adotadas pelos órgãos de controle.

A preocupação com as consequências da decisão nas diversas instâncias de controle também pode ser exemplificada pelo art. 21 da LINDB que pretende implementar uma releitura pragmática na antiquada teoria das nulidades dos atos administrativos, com a superação da imposição obrigatória de efeitos *ex tunc* à decisão que reconhece a nulidade do ato

liminar”, diz ele, “é cassar meu direito à Justiça.” É um esperto, com um argumento cômodo, ocultando a fragilidade de sua pretensão de mérito. O juiz que não queira o trabalho de analisar a plausibilidade do direito de fundo pode simplesmente aceitar o tal princípio e conceder a liminar, ou invocar o “princípio da obrigatoriedade dos contratos” e negá-la. É um preguiçoso, usando argumentos fáceis para esconder a superficialidade de sua decisão. Espertos e preguiçosos sempre existirão: o mal é que sua esperteza fique oculta, por conseguir iludir os espectadores com truques de magia – com a simples declaração de princípios.” SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2017, p. 215.

¹¹⁹⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 21-22.

¹¹⁹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. “Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas”. *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.

¹¹⁹⁹ CPC: “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...) § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. O referido dispositivo, na forma do art. 15 do CPC, é aplicável, supletivamente, aos processos administrativos. De acordo com Egon Bockmann Moreira: “Em suma, o que se dá é o fato de que as normas da legislação superveniente — o CPC/2015 — serão aplicadas, de modo supletivo e/ou subsidiário, nos processos administrativos regidos por leis pretéritas. A lei processual geral incidirá em todos os processos regidos por leis processuais-administrativas especiais.” MOREIRA, Egon Bockmann. O novo Código de Processo Civil e sua aplicação no processo administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 316, set./dez. 2016.

administrativo.¹²⁰⁰ A instância controladora tem o reforçado ônus decisório, uma vez que ao invalidar ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar, expressamente, as suas consequências jurídicas e administrativas.

É preciso destacar que não se trata de exigir uma atuação profética dos órgãos de controle, que deveria antever todos os efeitos de sua decisão, mas, sim, de exigir a avaliação das consequências lógicas e plausíveis no contexto decisório.¹²⁰¹

Outra preocupação pragmática pode ser encontrada no art. 22 da LINDB que demonstra a importância de levar em consideração o contexto (contextualismo) da atuação administrativa submetida ao órgão de controle, impondo-se ao controlador a consideração dos obstáculos e das dificuldades reais do gestor público.¹²⁰²

Com efeito, são conhecidas as mazelas enfrentadas pela Administração Pública no seu cotidiano, a saber: ausência de verbas; escasso quadro de pessoal e de expertise em determinados temas; escassez de tempo para planejamento de ações; ausência de infraestrutura mínima de

¹²⁰⁰ LINDB: “Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.”

¹²⁰¹ Nesse sentido, José Vicente Santos Mendonça: “A norma exige que as consequências sejam expressamente indicadas pelo julgador. Mas ele não deve – porque não teria como – indicar todas as consequências jurídicas e administrativas da invalidação, mas apenas as mais importantes, seja em termos econômicos, político-administrativos e/ou sociais.” MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios. *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. 58, nov. 2018.

¹²⁰² LINDB: “Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. § 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. § 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.” O art. 22 da LINDB concretiza o princípio da realidade na Administração Pública, assim definido por Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “O princípio da realidade prescreve a coerência entre a realidade e o direito: como uma disciplina de comportamentos interpessoais, que se apresentam como fatos reais da convivência social, deve ser consequente com o que efetivamente ocorreu, ocorre ou possa ocorrer.” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O direito administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 13-37, jul./set. 2011.

trabalho. Mencionem-se, ainda, as dificuldades jurídicas decorrentes da ausência de coerência e de integridade na jurisprudência do Poder Judiciário e dos Tribunais de Contas.¹²⁰³

Além disso, almeja censurar a sanha dos controladores em responsabilizar agentes públicos, muitos anos após a prática da conduta controlada e no conforto de seus gabinetes, baseadas apenas em divergências de interpretações jurídicas, sem qualquer consideração do contexto fático e jurídico existente no momento da tomada da decisão.¹²⁰⁴

O art. 22 deve ser interpretado em conjunto com o disposto no art. 28 da LINDB, uma vez que o controlador, além de verificar o contexto decisório, deve avaliar o grau de culpabilidade a fim de, eventualmente, responsabilizar o agente público. O art. 28 da LINDB dispõe que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.

A intenção é proteger o agente público honesto das vicissitudes de um controle estatal meramente formal. Assim, eventual responsabilização do agente apenas ocorrerá se o dano derivar de uma conduta eivada de dolo ou erro grosseiro (culpa grave).¹²⁰⁵

No contexto do combate ao novo coronavírus, foi editada a MP 966/2020, com teor semelhante aquele fixado no art. 28 da LINDB, para estabelecer que o agente público apenas poderá ser responsabilizado civil e administrativamente pela prática de atos relacionados com as medidas de enfrentamento da pandemia ou de combate aos efeitos econômicos e sociais dela decorrentes se

¹²⁰³ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB – Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *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. 70, nov. 2018.

¹²⁰⁴ GARCIA, Flávio Amaral; MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. Contratos públicos, improbidade e o Estado amedrontado (ou “Crime de hermenêutica dos outros é refresco”. *Revista Síntese de Direito Administrativo*, v. 12, nº 141, set. 2017, p. 241-252.

¹²⁰⁵ O art. 12 do Decreto 9.830/2019, que regulamenta os arts. 20 a 30 da LINDB, dispõe: “Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções. §1º 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. §2º Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro. §3º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público. §4º A complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público. §5º O montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo. §6º A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes. §7º No exercício do poder hierárquico, só responderá por culpa in vigilando aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo. §8º O disposto neste artigo não exime o agente público de atuar de forma diligente e eficiente no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais.”

agir ou se omitir com *dolo* ou *erro grosseiro*, considerado, como tal, “o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia” (art. 2º da MP 966/2020).

O STF, ao analisar a constitucionalidade da MP 966/2020, conferiu interpretação conforme à Constituição para definir o “erro grosseiro” nos seguintes moldes:

1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos.¹²⁰⁶

Não obstante a ausência da conversão em lei da MP 966/2020, que perdeu a validade em 10 de setembro de 2020, é possível aplicar os parâmetros apontados pelo STF, com as devidas adaptações, na interpretação do art. 28 da LINDB.

A mudança de paradigma introduzida pelo art. 28 da LINDB pretende mitigar os efeitos negativos da ineficiência da Administração Pública gerados pelo controle estatal formalista e

¹²⁰⁶ ADI 6421 MC/DF, ADI 6422 MC/DF, ADI 6424 MC/DF, ADI 6425 MC/DF, ADI 6427 MC/DF, ADI 6428 MC/DF e ADI 6431 MC/DF. Rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 20 e 21.5.2020, Informativo de Jurisprudência do STF 978.

punitivista, afastando a cultura do medo na gestão pública e incentivando a inovação e o experimentalismo.¹²⁰⁷

O experimentalismo consiste em um exercício coletivo de descobrir e aprender. Por isso, um dos seus requisitos é a instituição de um estado intelectual que encoraje inovações teóricas e técnicas, inclusive que se beneficie do potencial de aprendizagem derivado de eventuais erros e insucessos.¹²⁰⁸

Por outro lado, o experimentalismo tem o objetivo de diminuir o risco oriundo da seleção adversa de maus gestores, uma vez que o estigma da desonestidade do agente público e a sanha punitivista dos órgãos de controle afastam o ingresso de gestores qualificados e probos nos quadros públicos. Ademais, em um círculo vicioso, enseja o aumento da admissão de agentes públicos desonestos e, em consequência, eleva a má percepção da Administração Pública pela sociedade e a manutenção de citado estigma.¹²⁰⁹

Por derradeiro, o art. 30 da LINDB institui o dever de o órgão controlador promover a segurança jurídica, o que ratificaria a preocupação do legislador com os resultados das decisões do controle.¹²¹⁰

Trata-se da imposição do dever de coerência na atuação administrativa.¹²¹¹ O caminho é a atuação estatal coerente com as promessas firmes, interpretações e com os próprios atos passados,

¹²⁰⁷ Nesse sentido, Gustavo Binenbojm e André Cyrino afirmam: “E aqui está, talvez, a maior virtude do dispositivo: criar um ambiente propício à inventividade, cuidando de gestores e técnicos que buscam inovar os meios de gestão pública. Se suas tentativas de inovação não forem bem sucedidas, eles apenas responderão por dolo ou *erro grosseiro*.” BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, ed. esp.: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB, p. 213, nov. 2018.

¹²⁰⁸ Roberto Mangabeira Unger em seus estudos sobre o experimentalismo institucional explicita a sua importância: “(...) entendemos como as coisas funcionam ao descobrir sob que condições, em que direções e dentro de que limites elas podem mudar. A inclusão de fenômenos reais em um campo maior de oportunidades não aproveitadas não é, para a ciência, uma conjectura metafísica: é um pressuposto operativo indispensável. O que vale para a ciência natural vale com grande força para toda a gama de estudos sociais e históricos. Juízos de possibilidade contrafática, em grande medida implícitos, informam nossa percepção acerca de seqüências reais de mudança histórica e de forças reais na vida em sociedade.” UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004. p. 11.

¹²⁰⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 130/131.

¹²¹⁰ LINDB: “Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.”

¹²¹¹ Conforme sustentamos em outra oportunidade: “É possível, portanto, aplicar, com as devidas adaptações, as ideias subjacentes à teoria dos precedentes judiciais aos processos administrativos, cujas decisões seriam qualificadas como precedentes administrativos que devem ser observados em processos administrativos futuros e semelhantes, garantindo-

com o objetivo de gerar previsibilidade para os cidadãos e, desta forma, proteger as legítimas expectativas geradas, sem proibir, contudo, as mudanças, adaptações e evoluções que são necessárias para que o Direito se mantenha conectado com as necessidades da sociedade.

O objetivo, aqui, é estabelecer as premissas para que a Administração Pública seja coerente em suas promessas, interpretações e atos que afetam direitos e expectativas legítimas dos administrados, com a fixação de instrumentos e consequências jurídicas para os casos de atuações contraditórias.¹²¹²

Ademais, o art. 30 da LINDB, interpretado em consonância com o art. 24 da LINDB,¹²¹³ propicia a aplicação do *prospective overruling* pelas instâncias de controle. De acordo com a teoria em questão, os órgãos de controle ao mudarem suas regras jurisprudenciais podem, por motivos de segurança jurídica (boa-fé e confiança legítima), aplicar a nova orientação apenas para os casos futuros. Em outras palavras: a *prospective overruling* opera a superação do precedente anterior com efeitos para o futuro, admitindo, ainda, a modulação de efeitos no controle de legalidade dos atos administrativos.¹²¹⁴

Em suma, um controle pragmático de resultados, preocupado com a mitigação de externalidades negativas sobre a Administração Pública, deve observar, no que couber, as seguintes

se, dessa forma, tratamento isonômico entre particulares e a proteção da boa-fé e da confiança legítima.” OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Precedentes no Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 96. Igualmente, Egon Bockmann e Paula Pereira afirmam: “(...) por um lado, os órgãos e entidades que decidam casos de Direito Público precisam desenvolver os melhores esforços para criar e consolidar os próprios precedentes. Tanto a Administração Pública quanto o Poder Judiciário receberam essa missão de emanar decisões que assumam essa condição. Por outro lado, as decisões que tratem de temas de Direito Público e assumam a condição de precedentes necessitam de ser aplicadas em casos futuros”. MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB. O dever público de incrementar a segurança jurídica. *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. 265, nov. 2018.

¹²¹² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Dever de coerência na Administração Pública: precedentes administrativos, praxe administrativa, costumes, teoria dos atos próprios e analogia. In: WALD, Arnold; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA Cesar. (Org.). *O Direito Administrativo na Atualidade - Estudos em Homenagem a Hely Lopes Meirelles*, São Paulo: Malheiros, 2017, p. 955-973.

¹²¹³ LINDB: “Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.”

¹²¹⁴ Como afirmado em outra oportunidade: “No controle de legalidade do ato administrativo, a Administração Pública pode modular os efeitos da invalidação do ato ilegal, de forma análoga à modulação de feitos no controle de constitucionalidade (art. 27 da Lei 9.868/1999). Em reforço à possibilidade de relativização dos efeitos retroativos da anulação, o art. 24 da LINDB, incluído pela Lei 13.655/2018, proíbe que a mudança de interpretação acarrete a invalidação das situações plenamente constituídas.” OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*, 8. ed., São Paulo: Método, 2020, p. 340.

diretrizes:¹²¹⁵ a) supressão de controles meramente formais ou cujo custo financeiro ou de oportunidade seja evidentemente superior ao próprio risco; b) controle *a posteriori* é a regra e o controle prévio (ou concomitante) é a exceção; c) controle primordialmente ablativo e não substitutivo, com respeito à capacidade institucional da Administração Pública; d) reforço da legitimidade das decisões dos órgãos de controle, com destaque para o diálogo com a Administração Pública e fundamentação qualificada de suas decisões, levando em consideração as respectivas consequências fáticas e jurídicas; e) maior deferência em relação às escolhas administrativas pautadas em princípios jurídicos ou conceitos abertos, salvo na hipótese de evidente violação ao comando normativo; f) eliminação de sobreposição de competências e de instrumentos de controle, com o diálogo interinstitucional entre as instâncias controladoras; g) dever de verificação da existência de alternativas compatíveis com as finalidades de interesse público dos atos ou procedimentos que sejam por eles impugnados; h) responsabilização pessoal do agente público apenas nos casos comprovados de dolo ou erro grosseiro; i) dever de uniformização de suas orientações e entendimentos jurídicos, pela formulação de um sistema de precedentes.

4. Considerações finais

Conforme demonstrado ao longo do artigo, o controle hipertrofiado e formalista da Administração Pública acarreta externalidades negativas, notadamente a institucionalização de uma Administração Pública amedrontada, pouco inovadora e ineficiente.

É preciso desmistificar a ideia de “quanto mais controle, melhor” não para se propor, na outra extremidade, um controle inexistente ou reduzido, mas um controle equilibrado que respeite as capacidades institucionais da Administração Pública na formulação e na concretização das políticas públicas, sem a inversão dos papéis dos controladores e controlados.

Ademais, revela-se fundamental que os órgãos de controle levem à sério as consequências práticas e jurídicas de suas decisões para evitar a generalização do estereótipo de que os gestores públicos são desonestos e o medo na tomada de decisões. O medo administrativo acarreta paralisia decisória (“apagão das canetas”) e ineficiência no enfrentamento dos desafios complexos e diários da Administração Pública.

¹²¹⁵ Algumas diretrizes aqui mencionadas foram indicadas em outro trabalho: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais: as novas tendências do controle judicial dos atos administrativos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 9-36, out./dez. 2012.

Os *standards* propostos no presente trabalho pretendem servir de bússola para a busca do equilíbrio na atuação dos órgãos de controle que exercem papel fundamental no combate à corrupção e na correção dos ilícitos administrativos.

Referências bibliográficas

ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

ACKERMAN, Bruce. *A nova separação de poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ARAÚJO, Thiago Cardoso. *Análise Econômica do Direito no Brasil: uma leitura à luz da teoria dos sistemas*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011.

_____. Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, ed. esp.: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB, p. 203-224, nov. 2018.

CAMARGO, Margarida Lacombe. O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal brasileiro. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*, Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DANTAS, Bruno. Incompetência não pode ser tratada como improbidade. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/incompetencia-nao-improbidadeministro-tcu>>. Acesso em: 02/04/2020.

FARIA, J. H.; MENEGHETTI, F. K. Burocracia como organização, poder e controle. *Revista de Administração de Empresas*, v. 51, n. 5, p. 424-439, 2011.

FENWICK, Mark D., KAAL, Wulf A.; VERMEULEN, Erik P.M. Regulation Tomorrow: What Happens When Technology Is Faster than the Law? *American University Business Law Review*, v. 6, n. 3, p. 561-594, 2017.

GARCIA, Flávio Amaral; MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. Contratos públicos, improbidade e o Estado amedrontado (ou “Crime de hermenêutica dos outros é refresco”). *Revista Síntese de Direito Administrativo*, v. 12, nº 141, p. 241-252, set. 2017.

GLAESER, Edward L.; SUNSTEIN, Cass R. Moneyball for State Regulators (March 29, 2014). Forthcoming National Affairs. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2418306> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2418306>>. Acesso em: 02/04/2020.

GUIMARÃES, Fernando. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/odireito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ine_ciencia-pelo-controle> Acesso em: 02/04/2020.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB – Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *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. 63-92, nov. 2018.

_____. Por mais realismo no controle da administração pública. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Eduardo-Jordao/por-mais-realismo-no-controle-da-administracao-publica>>. Acesso em: 02/04/2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. “Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas”. *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.

LOUREIRO, Maria Rita. (Coord.). *Coordenação do sistema de Controle da Administração Pública Federal*. Série Pensando o Direito, nº 33/2009, Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, Brasília, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. *Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 7-30, abr. 2010.

_____; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil. In: *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. O medo e o ato administrativo. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo>>. Acesso em: 02/04/2020.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa: Comentários a Lei nº 8429/92*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios. *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. 43-61, nov. 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann. O novo Código de Processo Civil e sua aplicação no processo administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 313-334, set./dez. 2016.

_____; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB. O dever público de incrementar a segurança jurídica. *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. 265, nov. 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O direito administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 13-37, jul./set. 2011.

_____. Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. Novo referencial no Direito Administrativo: do controle da vontade ao do resultado: a juridicização dos resultados na Administração Pública. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 6, n. 67, set. 2006.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao direito Econômico*. 9. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório*, Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Curso de Direito Administrativo*, 8. ed., São Paulo: Método, 2020.

_____. *Precedentes no Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. *A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Princípios do direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

_____. A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 256, p. 129-63, jan./abr. 2011.

_____. Dever de coerência na Administração Pública: precedentes administrativos, praxe administrativa, costumes, teoria dos atos próprios e analogia. In: WALD, Arnold; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA Cesar. (Org.). *O Direito Administrativo na Atualidade - Estudos em Homenagem a Hely Lopes Meirelles*, São Paulo: Malheiros, 2017

_____. Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais: as novas tendências do controle judicial dos atos administrativos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 9-36, out./dez. 2012.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. Reforma do Estado e Administração Pública gerencial*. 7. Ed. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. Na dúvida, dorme tranquilo quem indefere e o Direito Administrativo como caixa de ferramentas. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/leonardo-coelho-ribeiro/na-duvida-dorme-tranquilo-quem-indefere-e-o-direito-administrativo-como-caixa-de-ferramentas>>. Acesso em: 02/04/2020.

SCHAPIRO, Mario G. Discrecionalidade desenvolvimentista e controles democráticos: uma tipologia dos desajustes. *Revista Direito GV*, v. 12, n. 2, p. 311-344, mai./ago. 2016

STIGLER, George, J. A teoria da regulação econômica. In. MATTOS, Paulo. (coord.); PRADO, Mariana Mota; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; COUTINHO, Diogo R.; OLIVA, Rafael (organizadores). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. Chega de axé no direito administrativo. Disponível em: <http://www.huffpostbrasil.com/carlos-ari-sundfeld/chega-de-axe-no-direito-administrativo_a_21667314/>. Acesso em: 02/04/2020.

SUNSTEIN, Cass R. Para além do princípio da Precaução. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 259, p. 11-71, jan./abr. 2012.

_____; HOLMES, Stephen. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Nova York: W.W. Norton & Company, 1999.

_____; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, vol. 101, p. 885-951, feb. 2003.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004.



VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty: an Institutional Theory of Legal Interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

_____. Optimal Abuse of Power. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, p. 18, set./dez. 2019.

WEFFORT, Francisco C (Org.). *Os clássicos da política*. V. 1, 13. ed. São Paulo: Ática: 2000.

OS PARQUES E OS IMÓVEIS NÃO DESAPROPRIADOS: UMA PROPOSTA PARA A PRÁTICA DE ATIVIDADES TEMPORÁRIAS E DE BAIXO IMPACTO

Rafael Lima Daudt D'Oliveira

Doutorando em Direito Público e Mestre em Direito Ambiental e Urbanístico pela Universidade de Coimbra, Portugal. Especialista em Direito Ambiental pela Puc-Rio (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro). Professor de Direito Ambiental da Puc-Rio. Professor de Direito Administrativo e Ambiental da ESAP-Escola Superior da Advocacia Pública. Ex-Conselheiro do CONAMA e do CONEMA-RJ. Ex-Procurador-chefe do Instituto Estadual do Ambiente-RJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Sócio do escritório Daudt Advogados. Autor do livro “A Simplificação no Direito Administrativo e Ambiental”. Autor de diversas publicações sobre direito ambiental no Brasil e na Europa.

1) Introdução; 2) Tensões entre meio ambiente e propriedade privada: algumas notas; 3) Parques e consequências dominiais da sua instituição; 4) A declaração de utilidade pública: seus efeitos e a sua caducidade em unidades de conservação; 5) A desapropriação indireta: natureza jurídica e condições para sua ocorrência; 6) Ponderação de interesses: possibilidade do exercício de atividades temporárias e de baixo impacto pelos proprietários de imóveis inseridos em parques e com declarações de utilidade pública caducadas; 7) Conclusão; Bibliografia.

1) INTRODUÇÃO

Com alguma frequência, ocorre a seguinte situação. A Administração edita decreto de utilidade pública para a criação de uma unidade de conservação de proteção integral, geralmente um parque, abrangendo imóveis privados. A edição do referido decreto acarreta uma série de limitações ao direito de propriedade de seus titulares. Ocorre que a efetiva implantação do parque não acontece e tem-se a caducidade do decreto de utilidade pública. Apesar disso, exige-se que os proprietários dos imóveis atingidos respeitem as normas de proteção ambiental relativas ao parque, que são extremamente restritivas.

Para piorar a situação, a jurisprudência não vem reconhecendo a ocorrência de desapropriação indireta dos imóveis atingidos pelo decreto de utilidade pública, sem que haja o efetivo apossamento administrativo do bem. A situação causa perplexidade em razão do esvaziamento do conteúdo econômico da propriedade, sem o pagamento da justa e prévia indenização.

O presente trabalho pretende analisar se, nesses casos, seria possível a autorização pelo Poder Público para o exercício de atividades temporárias e de baixo impacto no parque, até que seja o imóvel efetivamente desapropriado e a indenização paga. Analisamos a jurisprudência do STJ sobre desapropriação indireta, os dispositivos legais aplicáveis e procedemos a uma ponderação de interesses na hipótese, tendo como fio condutor o princípio da proporcionalidade.

2) TENSÕES ENTRE MEIO AMBIENTE E PROPRIEDADE PRIVADA: ALGUMAS NOTAS

Para o desenvolvimento deste trabalho, é preciso, primeiramente, fixar algumas importantes premissas acerca do eventual conflito entre a proteção do meio ambiente e o direito de propriedade. É o que se passa a fazer por meio de três premissas básicas.

A primeira. O direito de propriedade contemporâneo não é estritamente voltado para a proteção dos interesses do proprietário. Em verdade, em obediência ao comando da Constituição da República Federativa do Brasil ('CRFB'), os interesses do proprietário devem conviver com a

funcionalização socioambiental¹²¹⁶¹²¹⁷ da sua propriedade privada¹²¹⁸. Assim, desde que não violado o núcleo essencial do direito de propriedade, não haveria de se falar em um ato ilícito quando a Administração intervém na propriedade privada, com vista ao cumprimento da sua função social.

A segunda. Não existe uma supremacia apriorística do meio ambiente sobre o direito de propriedade¹²¹⁹. Assim, eventuais conflitos devem ser resolvidos de acordo com as peculiaridades do caso concreto, por meio da ponderação de interesses¹²²⁰ e da adoção do princípio da proporcionalidade¹²²¹ como fio condutor da operação de balanceamento. A lógica aqui é que até os mais nobres interesses públicos não podem servir de salvo-conduto para ações estatais descomedidas e que simplesmente desconsiderem os interesses legítimos do administrado.

¹²¹⁶De acordo com Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, “a funcionalização da propriedade é introdução de um critério de valoração da própria titularidade, que passa a exigir atuações positivas de seu titular, a fim de adequar-se a tarefa que dele se espera na sociedade” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Função social da propriedade e legalidade constitucional: anotações à decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (AI 598.360.402 – São Luiz Gonzaga)*. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 17, p. 41-57, ago./dez. 2000, p. 48.).

¹²¹⁷ Em uma visão mais ampla da ideia de funcionalização, Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer sustentam que esta não se reduziria a uma dimensão social, mas também se projetaria para uma matriz de proteção ambiental, consubstanciando um verdadeiro Estado Socioambiental de Direito: SARLET, Ingo Wolfgang; FEMSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental. Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 96/101.

¹²¹⁸ No entendimento de Mauricio Motta, tal função socioambiental consistiria no seguinte: “o proprietário do bem socioambiental, ou seja, daquele bem essencial para a manutenção da vida das espécies, fica obrigado a um comportamento ativo, que envolve defender, reparar e preservar o meio ambiente. O proprietário não pode exercer o seu direito de forma contrária aos interesses da presente e das futuras gerações, causando danos à qualidade de vida e consequentemente ao próprio direito fundamental à vida.” (MOTTA, Mauricio. *Função socioambiental da propriedade: a compensação ambiental decorrente do princípio do usuário pagador na nova interpretação do Supremo Tribunal Federal*. In: MOTTA, Mauricio (Coord.). *Função social do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, p. 22.).

¹²¹⁹ Dadas a ausência de uma hierarquia normativa entre esses direitos e as características de cada caso concreto, Daniel Sarmento e Claudio Pereira de Souza Neto afirmam que “é muito mais consentânea com a reverência que cada direito ou norma constitucional merece, a solução que busca, em cada situação de conflito, otimizar, até onde seja possível, cada um dos bens jurídicos em disputa”. (SARMENTO, Daniel; NETO, Claudio Pereira de Souza. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte, Fórum, 2012, p. 505).

¹²²⁰ Ibid., p. 511-514.

¹²²¹ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed.. São Paulo, Malheiros, 2012.

A terceira. Em se considerando o processo de constitucionalização do direito administrativo¹²²², a ação da Administração Pública não se esgota na pura observância da lei¹²²³, mas tem, antes, por norte a CRFB¹²²⁴, com uma ênfase especial no sistema de direitos fundamentais¹²²⁵. Para tanto, a Administração pode, com fundamento direto na Constituição e mediante robusta fundamentação, legitimar-se em um agir para além da lei (*praeter legem*), quando diante de colisões entre direitos fundamentais.¹²²⁶

3) PARQUES E CONSEQUÊNCIAS DOMINIAIS DE SUA CRIAÇÃO

De acordo com as previsões do §1º e incisos do art. 225 da CRFB¹²²⁷, um dos instrumentos mais importantes para a efetivação do direito constitucional ao meio ambiente hígido e equilibrado é o estabelecimento de espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público. São assim consideradas as áreas geográficas públicas ou privadas dotadas de atributos ambientais singulares que ensejam sujeição, mediante ato normativo, a um regime jurídico de direito público que

¹²²² "Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional." (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. 4. ed.. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 379.).

¹²²³ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte, Fórum, 2016, p. 45.

¹²²⁴ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Lisboa, Almedina, 2003, p. 741.

¹²²⁵ Ibidem, p. 740.

¹²²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. 4. ed.. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 402. Para Gustavo Binjenbojm, a ideia de juridicidade, definida exatamente com esse escopo, acarreta, dentre outras questões, que: "a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (*atividade secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (*atividade praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (*atividade contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição)." (BINENBOJM, Gustavo. *A Constitucionalização Do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos*. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Ano 4, n. 14, jul./set. 2006. Belo Horizonte: Fórum, 2005.).

¹²²⁷ CF/88. "Art. 225. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:(...)

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;(...)"

estabelece restrições e utilização sustentável, tendo em vista a preservação de seu equilíbrio ecológico.¹²²⁸

Entre os espaços territoriais especialmente protegidos têm destacada importância as chamadas Unidades de Conservação¹²²⁹. Tais unidades são atualmente disciplinadas pela Lei nº [9.985/00](#) (Lei do SNUC) e definidas no art. 2º da Lei como um “*espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção*”¹²³⁰.

Pela Lei do SNUC (art. 7º), existem dois grupos de unidades de conservação: (i) unidades de uso sustentável, cujo objetivo básico é a compatibilização da conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais de forma a garantir sua perenidade (§1º) – ideia de conservação; e (ii) unidades de proteção integral, que tem como função preservar a natureza, sendo admitido apenas o uso indireto dos seus recursos naturais (§ 2º) – ideia de preservação.

Uma das espécies de unidades de proteção integral¹²³¹ é o parque nacional (estadual, distrital ou municipal), que tem como objetivo a preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico (art. 8º, inciso III e art. 11 da Lei do SNUC).

Especificamente no que toca ao regime dominial dessa espécie de unidade de conservação, o §1º do art. 11 dispõe expressamente que “o Parque Nacional é de posse e domínio públicos, sendo

¹²²⁸ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 5ª Edição. São Paulo, Malheiros, 2004, p. 230. Para Paulo de Bessa Antunes, tais espaços são “*exceções constitucionais ao princípio da utilização da propriedade privada ou pública, que na condição de recursos ambiental e econômico, ainda que aplicável o regime de uso pleno, este deve ser feito em observância às normas aplicáveis e, em especial, da proteção ao meio ambiente*”. (ANTUNES, Paulo de Bessa. *Áreas Protegidas e Propriedade Constitucional*. São Paulo, Atlas, 2011, p. 49.).

¹²²⁹ DIAS, Edna Cardozo. *Direito ambiental no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte, Fórum, 2013, p. 125.

¹²³⁰ De acordo com Frederico Amado, “*esse conceito abarca as unidades de conservação de todas as entidades políticas, sendo possível a inclusão na área da unidade de conservação do subsolo e do espaço aéreo, sempre que influírem na estabilidade do ecossistema*”. (AMADO, Frederico. *Direito Ambiental*. 10ª ed. ver. atual. e ampl.. Salvador, Juspodvim, 2019, p. 299).

¹²³¹ Lei 9.985/00. “Art. 8º O grupo das Unidades de Proteção Integral é composto pelas seguintes categorias de unidade de conservação: I - Estação Ecológica; II - Reserva Biológica; III - Parque Nacional; IV - Monumento Natural; V - Refúgio de Vida Silvestre.”

que as áreas particulares incluídas em seus limites serão desapropriadas, de acordo com o que dispõe a lei”.^{1232 1233}

Em síntese, para uma melhor tutela do meio ambiente, a Lei do SNUC determina, no caso da criação de parques nacionais/estaduais/municipais, a transferência dos terrenos particulares para o domínio público, de modo que o ente instituidor da unidade de conservação deve indenizar aqueles afetados pela expropriação. Assim, a regra é a desapropriação dos imóveis situados no interior de parques, desde que pré-existent à criação da unidade de conservação e uma vez que se façam presentes os requisitos para tanto.

4) A DECLARAÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA: SEUS EFEITOS E A SUA CADUCIDADE EM UNIDADES DE CONSERVAÇÃO

Todos os Estados ocidentais, ao menos desde os romanos¹²³⁴, contaram com algum modo de intervenção estatal na propriedade privada. Dentre as modalidades de intervenção, o instituto da desapropriação configura indubitavelmente o seu aspecto mais severo, pois dele decorre o seu efetivo suprimento¹²³⁵.

Segundo a conceituação de José Cretella Júnior, a desapropriação é “a operação unilateral de Direito Público pela qual a autoridade competente obriga o proprietário a ceder-lhe sua propriedade por motivos de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, mediante

¹²³² Cabe apontar que essa dominialidade pública nos Parques não é exatamente uma novidade do SNUC, mas uma sistemática seguida pelo menos desde o Decreto 84.017 de 1979, que veiculava o regulamento dos Parques Nacionais Brasileiros, qualificando-os como bens da União destinados ao uso comum do povo. Ver, nesse sentido: DINNO, Flavio. Desapropriação em matéria ambiental. In: MACHADO, Paulo Affonso; MILARÉ, Édis. *Direito Ambiental: conservação e degradação do meio ambiente* (Coleção Doutrinas Essenciais; vol.2). São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 387.

¹²³³ Sobre as razões para essa opção pelo domínio público, Hebert Coelho e Elcio Rezende assinalam que “a permanência do imóvel, onde foi criada a unidade de conservação, como sendo de propriedade privada, tende a inviabilizar a efetividade da mesma para o objetivo para o qual foi criada, prejudica o seu adequado gerenciamento e compromete seus objetivos de manejo”. COELHO, Hebert Alves; REZENDE, Elcio Nacur. A efetiva implantação das unidades de conservação ambiental por meio da desapropriação. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 11, n. 2, p.165-195, ago. 2016, p. 184.

¹²³⁴ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. A desapropriação no direito comparado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 112, p. 1-26, out. 1973. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/37908>>. Acesso em: 14 fev. 2018.

¹²³⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. rev., ampl. e atual.. São Paulo, Atlas, 2015, pp. 851-852.

prévia e justa indenização em dinheiro”.¹²³⁶ Trata-se, portanto, de um instituto que veicula uma competência, o poder de o Estado desapropriar, e uma garantia patrimonial, o direito de o administrado ser indenizado¹²³⁷.

A CRFB regula a matéria em seu art. 5º, XXIV, ressaltando a indenização prévia, justa e em dinheiro pela desapropriação somente aos casos expressamente previstos em seu texto pelo poder constituinte (originário e derivado).¹²³⁸

Em nível infraconstitucional, o Decreto-Lei 3.365/41, a despeito da sua antiguidade, permanece sendo o centro de disciplina do procedimento de desapropriação, aplicável mesmo aos casos não enquadrados como de utilidade pública. Por sinal, Di Pietro¹²³⁹ anota que, com a revogação do Código Civil de 1916, que trazia no seu art. 590, §1º, os casos de necessidade pública, não existe mais na legislação referência quanto ao que seja esse pressuposto para desapropriação, motivo pelo qual a hipótese teria na prática se fundido com as de utilidade pública reguladas pelo Decreto-Lei 3.365/41.

O Decreto-Lei 3.365/41 determina um procedimento bifásico para a desapropriação, com inicialmente (i) uma declaração expropriatória e, após, (ii) a sua efetivação fática pelo expropriante ou outra entidade com poderes delegados para tanto. Em outras palavras, em um primeiro momento, com base no art. 6º do Decreto-Lei 3.365/41, a autoridade pública, mediante decreto, declara a

¹²³⁶ JÚNIOR, José Cretella. *Do Poder de Polícia*. Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 177.

¹²³⁷ ENTERRÍA, Eduardo Garcia; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*, V. 2. Revisor técnico Carlos Ary Sundfeld. Tradutor José Alberto Froes Cal. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 235. Pretendendo diferenciar a desapropriação de outros institutos afins, Marcello Caetano registrou com clareza seus atributos distintivos no direito português (os quais são perfeitamente aplicáveis ao Brasil). Cf: CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo – Vol. II*. 10. ed. rev. e atual. por Diogo Freitas do Amaral. Coimbra, Almedina, 1999, p. 1024.

¹²³⁸ Levando em conta essas exceções constitucionais, Kiyoshi Harada apresenta seu conceito de desapropriação como: “um instituto de direito público consistente na retirada da propriedade privada pelo Poder Público ou seu delegado, por necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, mediante o pagamento prévio da justa indenização em dinheiro (art. 5º, XXIV, da CF), por interesse social para fins de reforma agrária (art. 184 da CF), por contrariedade ao Plano Diretor da cidade (art. 182, § 4º, III, da CF), mediante prévio pagamento do justo preço em títulos da dívida pública, com cláusula de preservação de seu valor real, e por uso nocivo da propriedade, hipótese em que não haverá indenização de qualquer espécie (art. 243 da CF).” HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação: doutrina e prática*. 11. ed.. São Paulo, Atlas, 2015, p. 16.

¹²³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28ª ed.. São Paulo, Atlas, 2015, p. 200.

utilidade pública do bem, para, só então, em um segundo momento, poder efetivar a transferência da propriedade, seja pela via administrativa consensual ou judicial contenciosa.¹²⁴⁰

Nessa tônica, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é bastante tranquila na orientação de que a perda da propriedade ocorre somente com o final do processo expropriatório, seja o consensual ou o litigioso, não havendo que se falar em transferência do domínio mesmo com o exercício da posse pela imissão provisória¹²⁴¹. Em um caso que versava sobre a implementação de unidades de conservação, o Ministro Cezar Peluzo fez questão de assinalar:

É que a implantação do Parque Nacional Mapiguarí – assim como a de toda unidade de proteção integral - não se consuma com o simples decreto de criação, e, muito menos, a desapropriação, com a só declaração de utilidade pública das áreas privadas contidas no perímetro. Não custa, aliás, advertir que a criação dessas unidades pode significar tão-só limitações administrativas que não impliquem transferência de domínio, nos casos em que não haja esvaziamento do conteúdo econômico do direito de propriedade. E, como essa poderá ser a hipótese, não há falar em previsão orçamentária para expropriação ainda não efetivada.¹²⁴²

Ocorre que, longe de ser uma etapa meramente inicial e formalista do procedimento expropriatório, da declaração de utilidade pública decorrem consequências jurídicas relevantes para o particular, como o direito das autoridades administrativas de penetrar no imóvel expropriado, o marco para o pagamento das benfeitorias úteis (se feitas com a autorização do expropriante) e a

¹²⁴⁰ Sobre essa operacionalização, Alexandre Aragão bem aponta que: “Uma coisa é a declaração de determinado bem como de utilidade pública, pré-requisito da propositura da ação de desapropriação. Outra coisa é a capacidade processual para promovê-la e concretizá-la, seja através de ação judicial, seja através de acordo precedente a esta, arcando inclusive com o valor da indenização.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 2012, p. 251.). Em igual sentido, José Carlos de Salles ressalta a necessidade de não confundir a declaração de interesse público com a desapropriação fática do bem. Cf: SALLES, José Carlos de. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 6. ed. red. atual. ampl.. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 123.

¹²⁴¹ STF, **MS 25.534**, Rel. Min. Eros Grau, j. 13/9/2006, *DJ* de 10/11/2006; STF, **MS 24.163**, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 19/9/2003; STF, **MS 24.484**, Rel. Min. Eros Grau, *DJ* de 2/6/2006.

¹²⁴² STF, MC no MS 2763/DF, Rel. Min. Cezar Peluzo, j. 31/10/2008, *DJe* de 05/11/2008 – grifamos.

fixação do estado físico da coisa, sobre o qual será calculado o seu valor e arbitrada a indenização¹²⁴³.

Adicionalmente, entre as consequências do ato de declaração de utilidade pública se encontra o termo inicial do prazo de 5 (cinco) anos fixado no art. 10 do Decreto-lei 3.365/1941¹²⁴⁴ para a caducidade da declaração. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “*caducidade da declaração de utilidade pública é a perda de validade dela pelo decurso de tempo sem que o Poder Público promova os atos concretos destinados a efetivá-la*”.¹²⁴⁵ Importante ressaltar que se trata de prazo que não comporta interrupção ou suspensão¹²⁴⁶.

Com efeito, pode-se dizer que a caducidade importa verdadeira nulidade retroativa do direito, retirando do ato jurídico (da declaração de utilidade) a validade e, por corolário, a capacidade de produzir efeitos, em razão de motivos jurídicos posteriores à sua edição. Na visão de José Ailton Garcia, “*a norma sub examine determina que o termo inicial do prazo para propositura da ação de desapropriação é a data da expedição da respectiva declaração de utilidade pública. (...) A caducidade, nesse caso, decorre da inércia do Poder Público expropriante em não exercer o direito no prazo legal estabelecido.*”¹²⁴⁷

Em regra, a previsão de caducidade tem sido aplicada indistintamente para todos os casos de inércia prolongada do Poder Público na fase executiva da desapropriação. No entanto, sabe-se que existe certa polêmica sobre a ocorrência ou não da caducidade nos casos de desapropriação por utilidade pública em matéria ambiental, notadamente as relacionadas com a instituição de unidades de conservação. Para a Procuradoria Especializada do ICMBio e para 4ª Câmara de Coordenação e Revisão da Ministério Público Federal:

¹²⁴³ Ibidem.

¹²⁴⁴ Decreto-Lei 3.365/41. “Art. 10. A desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de cinco anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará.”

¹²⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo, Malheiros, 2015, p. 906.

¹²⁴⁶ HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação: doutrina e prática*. 11. ed.. São Paulo, Atlas, 2015, p. 84.

¹²⁴⁷ GARCIA, José Ailton. *Desapropriação: comentários ao Decreto-Lei nº 3.365/41 e à Lei nº 4.132/62*. São Paulo, Atlas, 2015, p. 104.

(1º) as restrições à fruição da propriedade emanam não da declaração de utilidade pública, mas da legislação ambiental, perdurando no tempo independentemente da caducidade daquela;

(2º) a caducidade do decreto expropriatório, no caso de imóveis inseridos em unidades de conservação, afigura-se para o particular não como garantia, como ocorre nas desapropriações em geral, mas como penalidade;

(3º) as desapropriações de áreas particulares inseridas em determinadas classes de áreas protegidas fundamentam-se não em um ato administrativo de conveniência e oportunidade, mas em uma imposição legal;

(4º) O artigo 225, parágrafo 1º, inciso III, da Constituição Federal estabeleceu o princípio da reserva de lei para a alteração ou supressão de uma unidade de conservação;

(5º) não existe amparo legal para a extinção tácita de uma unidade de conservação;

(6º) a declaração de utilidade pública é independente e acessória ao escopo do ato de criação da unidade de conservação.¹²⁴⁸

Contudo, a jurisprudência majoritária entende pela plena aplicabilidade das regras do Decreto-lei 3.365/1941 aos casos de desapropriação para fins de instituição de unidade de conservação, inclusive no que diz respeito à regra de caducidade pela inércia executiva do Poder Público.¹²⁴⁹ Ressalva apenas que a eventual caducidade do ato não teria por consequência imediata a extinção da unidade ou das inerentes limitações administrativas ao direito de construir. Nesse sentido, cite-se o seguinte acórdão representativo do TRF da 4ª Região:

¹²⁴⁸ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Nota Técnica 4ª CCR Nº 1/2017.

¹²⁴⁹ Nessa linha, são precedentes representativos: TRF5, Apelação/Reexame Necessário 2008.80.00.004964-9, Rel. Des. Ivan Lira de Carvalho, 2ª Turma, Julgamento em 02/06/2015, DJe 16/06/2015; TRF5, Apelação 0800001-69.2013.4.05.8002, Rel. Des. Ivan Lira de Carvalho, 4ª Turma, Julgamento em 07/10/2014; TRF5, Agravo de Instrumento 0800522-95.2012.4.05.0000, Rel. Des. Paulo Machado Cordeiro, 2ª Turma, Julgamento em 24/09/2013; TRF4, Apelação/Reexame Necessário n. 5000362-07.2011.404.7202/SC, Rel. Juiz Federal João Pedro Gebran Neto, 4ª Turma, julgado em 04/12/2012, publicado em 05/12/2012; TRF5, Agravo de Instrumento nº 0800522-95.2012.4.05.0000, Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro, 2ª Turma, julgado em 07/10/2014.

DIREITO AMBIENTAL. CRIAÇÃO DE UNIDADE DE CONSERVAÇÃO. PARQUE NACIONAL DA ILHA GRANDE. DESAPROPRIAÇÃO DE ÁREAS PARTICULARES. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. EFEITOS DO ARTIGO 10 DO DECRETO-LEI 3.365/41.

1 - O Parque Nacional da Ilha Grande foi criado por decreto executivo, estando de conformidade com o artigo 225 da Constituição, com o artigo 5º da Lei 4.771/65 (vigente à época) e com o artigo 22 da Lei 9.985/00 (legislação superveniente).

2 - Tendo a unidade de conservação sido criada por decreto executivo e sendo válido o ato de criação segundo a legislação vigente na época, temos ato jurídico perfeito consolidado. Somente por lei específica pode ser alterada sua destinação ou extinta a unidade de conservação, conforme o artigo 225-§ 1º-III da Constituição e artigo 22-§ 7º da Lei 9.985/00.

3 - Nem a caducidade da declaração de utilidade pública prevista no artigo 10 do Decreto-lei 3.365/41 nem a demora do Poder Público em desapropriar todas as áreas que integram a unidade de conservação implicam extinção da unidade de conservação. Do contrário, teríamos uma situação paradoxal: o Poder Executivo não poderia agir e editar um decreto para revogar a implantação daquele parque nacional (um fazer), mas poderia alcançar esse objetivo mediante a simples omissão (um não-fazer).

4 - Na criação de unidade de conservação, temos atos ambientais e temos fatos administrativos, regidos por normas distintas e com intenções distintas, que não se confundem, mas se complementam.

5 - Na perspectiva do direito ambiental, devemos considerar a criação da unidade de conservação em si, na perspectiva da proteção à natureza e ao meio ambiente, que acontece a partir do ato do Poder Público que preencha os requisitos específicos (decreto ou lei, agora regulado pelo artigo 22 da Lei 9.985/00 e na época regulado pelo artigo 5º da Lei 4.771/65). Nessa perspectiva, a criação de parque nacional depende apenas da edição do respectivo ato normativo específico, que pode ser decreto ou lei, desde que

satisfaça os requisitos formais pertinentes (estudo técnico e consulta pública, conforme artigo 22-§§ 2º e 5º da Lei 9.985/00). Esse ato de criação da unidade de conservação não se confunde nem depende necessariamente do ato de expropriação que retira áreas particulares dos respectivos proprietários e os afeta definitivamente à finalidade ambiental específica da unidade de proteção da natureza.

6 - Já na perspectiva do direito administrativo, temos necessidade de praticar atos administrativos relacionados à implantação efetiva da unidade de conservação e sua consolidação enquanto órgão de gestão administrativa e organização do serviço público respectivo. São as medidas administrativas necessárias para que a unidade de conservação efetivamente saia do "papel" e se concretize na realidade, o que acontece a partir da atuação da administração no sentido de, por exemplo: (a) vincular à unidade de conservação as áreas públicas nela incluídas e necessárias para cumprimento de sua função ecológica ou ambiental; (b) elaborar e aprovar plano de manejo da área da unidade e do seu entorno; (c) **desapropriar e indenizar os particulares e as populações tradicionais atingidas pela implantação da unidade de conservação. Esses atos não dependem apenas da Lei 9.985/00 e do direito ambiental, mas se submetem às regras do direito administrativo, especialmente quanto à expropriação forçada por utilidade pública prevista no DL 3.365/41, inclusive quanto ao prazo de caducidade previsto no seu artigo 10. (...)**¹²⁵⁰

Em resumo, caso superado o prazo de 5 (cinco) anos sem que o Poder Público tenha dado início à fase executiva da desapropriação, deve-se reconhecer a caducidade da declaração expropriatória, ainda que no caso de unidades de conservação, conquanto o reconhecimento dessa

¹²⁵⁰ TRF 4, EINF50060836120114047000, Rel. Des. Candido Alfredo Silva Leal Junior, 2ª Seção, D.E. 15/04/2014 – grifamos.

No mesmo sentido: TRF 5, AC 0007193-36.2012.4.01.3701 / MA, Rel. Des. Carlos d'Ávila Teixeira (conv.), 4ª Turma, e-DJF1 de 29/08/2016.

caducidade não implique necessariamente extinção da unidade de conservação e nem o afastamento das particularidades protetivas desses espaços.

5) DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA: NATUREZA JURÍDICA E CONDIÇÕES PARA SUA OCORRÊNCIA

Como a prática cotidiana supera em muito a capacidade de antecipação normativa do legislador, doutrina e jurisprudência se permitem por vezes a criação de novos institutos, visando uma melhor resolução dos conflitos entre Administração e administrados. No caso da chamada “desapropriação indireta”, Aragão a define como “*instituto em muitos aspectos híbrido entre outros três institutos do direito Administrativo: as limitações administrativas à propriedade, a desapropriação e a responsabilidade civil do Estado*”¹²⁵¹.

Na visão de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a desapropriação indireta não trata “*de caracterizar-se [como] uma distinta modalidade expropriatória, mas de apontar as consequências de um ato ilícito da Administração, ao apossar-se de um bem sem cumprir os dois requisitos constitucionais essenciais da desapropriação: a declaração e a justa indenização*”.¹²⁵²

Em regra, a modalidade mais comum de desapropriação indireta ocorre com o apossamento administrativo de um imóvel privado: um fato da Administração na irregular e duradoura apropriação de um bem do particular pelo Poder Público¹²⁵³. Uma vez configurado o esbulho pelo apossamento, mas ausente a desapropriação formal, estar-se-á diante de uma desapropriação indireta e, por conseguinte, de um dever de indenizar o particular pelo virtual aniquilamento das possibilidades de exercício do seu domínio sobre a coisa¹²⁵⁴. De fato, tal restrição deve ser temporalmente relevante, com aptidão para passar o bem ao domínio público em razão da afetação

¹²⁵¹ ARAGÃO, op.cit., p. 263.

¹²⁵² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16 ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro, Forense, p. 520.

¹²⁵³ ARAGÃO, op.cit., p. 264.

¹²⁵⁴ Como fundamento legal para o instituto, tem sido apontado o art. 35 do Decreto-Lei 3.365/41: “Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos.”.

prolongada, de forma que não se pode falar em desapropriação indireta no esbulho pontual e temporário.

Outra modalidade possível de desapropriação indireta apontada comumente pela doutrina seria aquela de natureza regulatória, quando a imposição de uma limitação administrativa retiraria o conteúdo econômico do bem, mas não necessariamente a plenitude das faculdades inerentes ao domínio. Como se sabe, as limitações administrativas, pela sua natureza de condicionamento - mas não de extinção - do direito de propriedade, não são indenizáveis, ainda que importem alguma perda econômica para o particular¹²⁵⁵. No entanto, levando em conta o princípio da proporcionalidade como critério de interpretação e integração da ordem jurídica, certas limitações, quando específicas e anormais, são indenizáveis^{1256 1257}.

No âmbito da jurisprudência, o tratamento da matéria tem sofrido oscilações ao longo dos anos. Em um primeiro momento, quando do julgamento de casos relacionados ao Parque Estadual Serra do Mar em São Paulo, o STJ entendeu que a proibição de supressão e exploração de vegetação em imóveis particulares, ante o total esvaziamento econômico da área, equivaleria a um esbulho possessório, ainda que não tivesse ocorrido o apossamento de fato pelo Poder Público¹²⁵⁸. Por essa linha de raciocínio, a configuração de uma desapropriação-regulatória dispensaria o apossamento inerente à desapropriação-esbulho, bastando a percepção de que o potencial econômico foi desproporcionalmente restringido pelo Poder Público em prejuízo do particular, inclusive, pela prática de atos lícitos, como os ligados à proteção do meio ambiente.

No entanto, importa consignar que faz mais de uma década que se iniciou no STJ corrente que considera que mesmo restrições administrativas severas ao direito de propriedade não importam

¹²⁵⁵ OLIVEIRA, Fernando Andrade de. Restrições ou limitações ao direito de propriedade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 141, p. 15, jan. 1980. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43212>>. Acesso em: 20 Fev. 2019.

¹²⁵⁶ ARAGÃO, op.cit., p. 265-266.

¹²⁵⁷ De acordo com Cyrino, essas limitações consistem em: “medidas regulatórias permeadas de aparente legitimidade e editadas dentro dos parâmetros de competência instituídos pela lei, as quais, todavia, se revelam demonstrações de desmesurado poder estatal. Regulações cujo feitiço de legítimas normas limitadoras da atividade econômica encobre um ato de inconstitucional esvaziamento da propriedade privada, entendida em seu sentido amplo, enquanto garantia de proteção de bens e direitos contra o confisco.” (CYRINO, André Rodrigues. Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 203, set. 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46463>>. Acesso em: 21 Fev. 2019.).

¹²⁵⁸ Cf. no STJ:: REsp 94.297/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, DJe: 2.12.2002; REsp 95.395/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, 2ª Turma, DJ 15.12.1997; REsp 209.297/SP, Rel. Min. Paulo Medina, 2ª Turma, DJe 10.3.2003.

necessariamente em esbulho, o qual, para sua configuração, dependeria de atos efetivos de apossamento por parte do Poder Público¹²⁵⁹. Segundo Cyrino, a percepção é de que, independentemente da modalidade a ser discutida, o mais relevante critério a ser utilizado atualmente pelo STJ para caracterizar a desapropriação indireta é a presença ou não de um esbulho possessório por parte do Poder Público¹²⁶⁰. Nesse sentido, é representativa e esclarecedora a ementa do seguinte julgado do STJ, que segue a mesma linha de outros precedentes da Corte¹²⁶¹:

ADMINISTRATIVO. CRIAÇÃO DE ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. (DECRETO ESTADUAL 37.536/93). DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. PRESSUPOSTOS: APOSSAMENTO, AFETAÇÃO À UTILIZAÇÃO PÚBLICA, IRREVERSIBILIDADE. NÃO-CARACTERIZAÇÃO.

1. A chamada "desapropriação indireta" é construção pretoriana criada para dirimir conflitos concretos entre o direito de propriedade e o princípio da função social das propriedades, nas hipóteses em que a Administração ocupa propriedade privada, sem observância de prévio processo de desapropriação, para implantar obra ou serviço público.

2. Para que se tenha por caracterizada situação que imponha ao particular a substituição da prestação específica (restituir a coisa vindicada) por prestação alternativa (indenizá-la em dinheiro), com a conseqüente transferência compulsória do domínio ao Estado, é preciso que se verifiquem, cumulativamente, as seguintes circunstâncias: (a) o apossamento do bem pelo Estado, sem prévia observância do devido processo de desapropriação; (b) a afetação do bem, isto é, sua destinação à utilização pública; e (c) a impossibilidade material da outorga da tutela específica ao proprietário, isto

¹²⁵⁹ Cf. REsp 1.171.557/SC, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJe 24.2.2010; REsp 752.232/PR, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJe 19.6.2012; REsp 1.172.862/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJe 26.3.2010.

¹²⁶⁰ CYRINO, André Rodrigues, ob. cit., p. 222.

¹²⁶¹ Confirmam-se no mesmo sentido no STJ: EREsp 628.588/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, 1ª Seção, Julgado em 10.12.2008, DJe 09.02.2009; REsp 1784226/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, julgado em 12.02.2019, DJe 12.03.2019; AgRg no REsp 1511917/SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, 2ª Turma, julgado em 03/08/2017, DJe 16/08/2017.

é, a irreversibilidade da situação fática resultante do indevido apossamento e da afetação.

3. No caso concreto, não está satisfeito qualquer dos requisitos acima aludidos, porque (a) a mera edição do Decreto 37.536/93 não configura tomada de posse, a qual pressupõe necessariamente a prática de atos materiais; (b) a plena reversibilidade da situação fática permite aos autores a utilização, se for o caso, dos interditos possessórios, com indubitável possibilidade de obtenção da tutela específica.

4. Não se pode, salvo em caso de fato consumado e irreversível, compelir o Estado a efetivar a desapropriação, se ele não a quer, pois se trata de ato informado pelos princípios da conveniência e da oportunidade.

5. Recurso especial a que se nega provimento¹²⁶².

Complementarmente, percebe-se ainda da jurisprudência dominante do STJ o requisito adicional de que eventuais prejuízos indenizáveis ao particular devem ter decorrido de restrições novas, não alcançadas por normas ou atos normativos preexistentes, tais como o Código Florestal. Nesse passo, anotou o Ministro Luiz Fux, no REsp 649.809/SP, que não seria cabível indenização pela criação de Parque Florestal *“salvo comprovação pelo proprietário, mediante o ajuizamento de ação própria em face do Estado de São Paulo, que o mencionado decreto acarretou limitação administrativa mais extensa do que aquelas já existentes à época da sua edição.”*, no caso, aquelas engendradas pelo Código Florestal que estava em vigor ou pela Lei do Parcelamento do Solo Urbano e que já vedavam a utilização indiscriminada da propriedade.

Em suma, mostra-se possível o reconhecimento de desapropriação indireta por restrições ambientais desproporcionais ao direito de propriedade. Porém, para tanto, devem ser levadas em conta as condicionantes consideradas pelo STJ sobre o tema: (i) o efetivo apossamento administrativo do imóvel; (ii) ausência de restrição similar à utilização do bem pela legislação pretérita.

¹²⁶² STJ, REsp 628.588/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/acórdão Min. Teori Zavaski, 1ª Turma, julgado em 13.09.2005, DJe 01.08.2005 – grifamos.

6) PONDERAÇÃO DE INTERESSES: POSSIBILIDADE DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADES TEMPORÁRIAS E DE BAIXO IMPACTO PELOS PROPRIETÁRIOS DE IMÓVEIS INSERIDOS EM PARQUES E COM DECLARAÇÕES DE UTILIDADE PÚBLICA CADUCADAS

É relativamente comum na jurisprudência e na doutrina o uso da expressão “*parques de papel*”¹²⁶³ para designar casos de unidades de conservação criadas pelo Poder Público, mas sem uma concretização estrutural, notadamente naquilo que se refere ao plano de manejo e à desapropriação dos terrenos particulares¹²⁶⁴ (no caso daquelas unidades que demandem o domínio público). Tais “*parques de papel*” ensejam costumeiras discussões no Poder Judiciário sobre os excessos praticados pelo Poder Público na criação de unidades de conservação¹²⁶⁵.

Tomando como paradigma os parques nacionais/estaduais/municipais, sabe-se que a localização do terreno no interior desses espaços inviabiliza fortemente o exercício de muitos dos direitos inerentes ao domínio do proprietário. Isso porque a presunção da lei é de que, com a estruturação da unidade, esses terrenos seriam futura e necessariamente desapropriados pelo Poder Público. Desse modo, o regime jurídico-ambiental de direito público imediatamente incidente com a instituição da unidade de conservação veda alguns dos direitos mais elementares como, por exemplo, o de construir.

¹²⁶³ Cf. PIMENTEL, Douglas de Souza. *Os "parques de papel" e o papel social dos parques*. 2008. Tese (Doutorado em Recursos Florestais) - Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz, Universidade de São Paulo, Piracicaba, 2008. Acesso em: 2019-05-16.

¹²⁶⁴ FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; LEUZINGER, Márcia Dieguez. Desapropriações Ambientais na Lei nº 9.985/2000. In: BENJAMIN, Antônio Herman (Coord). *Direito Ambiental das áreas protegidas: O Regime Jurídico das Unidades de Conservação*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001, p. 465.1

¹²⁶⁵ V. CALIL, Ana Luiza; CAPECCHI, Daniel. Limitação administrativa e desapropriação indireta: a linha tênue dos institutos na criação de espaços de proteção ambiental. *Revista de Direito da Administração Pública*, a. 2, v. 1, n. 2, p. 163-183, jan/jun 2017, p. 172.

Sobre a problemática, Paulo de Bessa Antunes anota que: “Merece ser reafirmado que, infelizmente, tem sido prática muito comum que entes públicos decretam a “criação” de parques – nas três esferas de Poder e não implementem as medidas necessárias para a real constituição da unidade de conservação, muito embora desenvolvam atividades administrativas como se, de fato, as áreas tivessem sido desapropriadas e o domínio privado houvesse sido transferido para o público. Assim, são estabelecidas proibições para as atividades particulares que ultrapassam os limites estabelecidos pelo artigo 22-A da Lei do SNUC (...)” (ANTUNES, Paulo de Bessa. ob. cit., p. 60.).

Nada obstante, como a jurisprudência entende que o Poder Público não pode ser simplesmente forçado a desapropriar¹²⁶⁶, a inércia da Administração nesse campo, ocasionando a caducidade do decreto, cria um verdadeiro impasse para o proprietário. Tendo em vista a imprevisibilidade da eventual edição de uma nova declaração de utilidade pública (e que, de fato, resulte numa desapropriação, com o pagamento de indenização), bem como a ausência dos requisitos exigidos para configuração da desapropriação indireta (com base na jurisprudência do STJ), a conduta do Poder Público acaba por impor obstáculos de difícil transposição na busca do particular por ser justamente indenizado pelo prejuízo sofrido ao seu direito de propriedade privada¹²⁶⁷.

Poder-se-ia eventualmente afirmar que os direitos dos proprietários não foram totalmente frustrados pela Administração, pois foi anteriormente mencionado que a Lei 9.985/2000 prevê que as unidades de conservação de proteção integral, como são os parques, admitem um uso indireto dos seus recursos naturais (art. 7º, §1º). Nos termos da Lei, esse uso indireto compreenderia “*aquele que não envolve consumo, coleta, dano ou destruição dos recursos naturais*” (art. 2º, IX). Exemplos de atividades mencionadas rotineiramente de uso indireto dos recursos naturais seriam a recreação em contato com a natureza, o turismo ecológico, a pesquisa científica, a educação e interpretação ambiental e outras que não impliquem alteração no ambiente tutelado.

Logo, em um primeiro momento, mostrar-se-ia perfeitamente possível que os particulares desenvolvessem atividades dentro da unidade de conservação, desde que enquadradas como de uso indireto. Inclusive, tais atividades, para além de não impactarem significativamente o meio ambiente, poderiam ser realizadas por particulares até depois da transferência da propriedade ao ente instituidor¹²⁶⁸.

¹²⁶⁶ STJ, REsp 628.588/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Rel. p/acórdão Ministro Teori Zavaski, 1ª Turma, julgado em 13.09.2005, DJe 01.08.2005.

¹²⁶⁷ STJ, EREsp 191.656/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, 1ª Seção, julgado em 23/06/2010, DJe 02/08/2010.

¹²⁶⁸ A título de nota, consta de interessante texto elaborado por diversos especialistas em meio ambiente no Boletim Regional, Urbano e Ambiental do IPEA o registro dos diversos proveitos propiciados pelo turismo no interior de UC: “*O efeito multiplicador desencadeado pelas atividades vinculadas à visitação e ao turismo ligados à existência de UCs constitui um importante elemento para fortalecer a economia local e regional. Ao mesmo tempo, essas atividades fortalecem a sensibilização ambiental da população e incrementam os recursos financeiros para a manutenção dessas áreas. O Parque Nacional do Iguaçu, por exemplo, recebe anualmente cerca de 1 milhão de pessoas e vários serviços de apoio à visitação são viabilizados por contratos de concessão com empresas privadas que geram recursos para o parque. Sua arrecadação, constituída por cobrança de ingressos, taxas de filmagens e concessões, ficou em torno de*

Ocorre que, considerando apenas as atividades de uso indireto, não nos parece que estas são aptas, por si sós, a assegurar os direitos dos proprietários nesses casos, tendo em vista a severidade da restrição ao direito de construir do particular, o qual poderá não ter interesse em explorar o turismo ecológico ou outra atividade similar no seu imóvel. Aliás, assinale-se que tal uso indireto nem mesmo diferenciaria a condição do proprietário não desapropriado daquela dos demais administrados, tendo em vista que o uso indireto é, pela Lei do SNUC, abstratamente permitido para todos.¹²⁶⁹

Assim sendo, situações desse tipo, na prática, encerram exemplo de esvaziamento do conteúdo econômico da propriedade sem o pagamento da correspondente indenização. Tem-se, nesses casos, uma situação paradoxal e absurda quanto aos direitos dos proprietários de imóveis situados no interior de parques: cria-se um parque que abrange diversas propriedades privadas; os imóveis privados não são desapropriados; a Administração não promove o apossamento do bem; o decreto de utilidade pública caduca depois de 5 (cinco) anos, inviabilizando o pagamento de indenização por desapropriação; depois de cinco anos o proprietário não foi devidamente indenizado, mas, ainda assim, não pode fazer praticamente nada em sua propriedade privada. Pensamos que o ordenamento jurídico pátrio não tolera esse tipo de situação.

Então, é necessário proceder a uma ponderação de interesses entre os direitos dos proprietários (direito de propriedade etc.) e o direito ao meio ambiente equilibrado, de modo a permitir, ao menos, algum tipo de uso útil ao proprietário até que sobrevenha a efetiva desapropriação, com o consequente pagamento da justa indenização. Isso porque a situação em que a propriedade do particular é inserida na área de um parque, tornando-se área não edificante e sem que haja a justa e prévia indenização, mesmo depois de vários anos, viola o direito de propriedade do particular.

A uma, porque, dentre as alternativas possíveis, a situação narrada limita de maneira desproporcional o direito de propriedade (subprincípio da necessidade), na medida em que, em tese,

R\$ 12 milhões em 2008 (LICHTNOW, 2009) (GURGEL et al. Unidades de conservação e o falso dilema entre conservação e desenvolvimento. *Boletim Regional, Urbano e Ambiental IPEA*, n. 3, p. 109-119, 2009, p.114. Disponível em: <http://agencia.ipea.gov.br/images/stories/PDFs/100406_boletimregio3.pdf>. Acesso em: 17. abril. 2018.).

¹²⁶⁹ Obviamente que, para exercer atividade econômica de ecoturismo no interior de parques, seria necessária, no mínimo, autorização do órgão ambiental e, quando cabível, licitação.

haveria outras medidas adequadas que limitariam menos tal direito. A duas, porque, sopesando os custos e benefícios envolvidos na medida, percebe-se que o sacrificio concretamente exigido do particular se mostra um tanto quanto excessivo diante do ganho ambiental. Para ilustrar o raciocínio, cite-se trecho de acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

(...) Quando o Poder Público possui mais de uma alternativa à sua disposição, deve optar em favor daquela que limita o menos possível os interesses e as liberdades em jogo. A proporcionalidade em sentido estrito exige questionar a relação entre o benefício e a perda, no intuito de apurar se os ônus para alcançar o fim não são desmesurados. Aplicação no caso das diretrizes da proporcionalidade, pois a prova pericial, considerando o contexto no qual se encontra a obra embargada, considerou-a de baixo impacto ambiental, cujo reflexo para o meio ambiente é insignificante, considerando outras edificações industriais, comerciais e residenciais existentes, além de prever a possibilidade de medidas de compensação. Precedentes desta Corte. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA REJEITADA. APELAÇÃO PROVIDA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.¹²⁷⁰

Nessa linha, a ideia que nos parece razoável seria a permissão de construções de baixo impacto no parque (construção de residência unifamiliar, pequena pousada, por exemplo), desde que compatíveis com os objetivos preservacionistas delineados no plano de manejo da unidade de conservação (nas áreas ambientalmente mais sensíveis não seria permitido qualquer tipo de construção), como solução razoável, provisória e até que haja a efetiva desapropriação do imóvel.

Além disso, entendemos que as construções eventualmente admitidas – posteriores ao ato de criação da unidade - não deverão entrar no cálculo do valor da futura desapropriação. Recomenda-se, inclusive, que haja a edição de decreto ou regulamento do órgão ambiental competente, disciplinando esse uso provisório da propriedade privada em parques.

¹²⁷⁰ TJRS, Apelação Cível nº 70071079206, 3ª Câmara Cível, Relator: Desembargador Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 15/12/2016, publicado em 23/01/2017 – grifamos.

Com efeito, parece compatível com os objetivos visados pela política pública ambiental a possibilidade – excepcional e devidamente controlada - de os particulares, com declarações de utilidade pública caducas, poderem realizar atividades de baixo impacto em seus imóveis até que haja uma futura desapropriação, como, por exemplo, a fruição de uma unidade unifamiliar destinada ao lazer.

Aliás, apesar de a permanência de particulares em certas unidades de conservação não ser a linha favorecida pelo legislador, sabe-se que a própria Lei 9.985/00, ao tratar das populações tradicionais¹²⁷¹, prevê a viabilidade de sua permanência em conjunto com a proteção ambiental dos espaços. Nesse sentido, o art. 42, §2º, da referida lei, determina que, na pendência do reassentamento das populações tradicionais, deverá a Administração estabelecer normas e ações específicas destinadas a compatibilizar a presença das populações tradicionais residentes com os objetivos da unidade¹²⁷². Em outras palavras, o próprio legislador, ciente das dificuldades envolvidas na regularização fundiária dos terrenos da unidade de conservação, prevê a possibilidade da criação de regras temporárias de uso das propriedades pelas populações tradicionais.

Embora não ostentem a qualificação de populações tradicionais, a percepção é de que um uso analógico integrativo da regra do art. 42, §2º, para tutelar os interesses dos proprietários com declarações de utilidade pública caducas, reforça a dimensão consensual e colaborativa da Administração¹²⁷³, bem como permite uma melhor promoção do interesse público. Nesse diapasão, notório que a noção em si de um interesse público como sempre oposto ao interesse do particular tem sido questionada pela doutrina.¹²⁷⁴ Para Humberto Ávila, “o interesse privado e o interesse

¹²⁷¹ V. art. 5º, X, e 23, da Lei 9.985/00. O conceito de populações tradicionais é previsto no art. 3º do Decreto nº 6.040/2007: “Para os fins deste Decreto e do seu Anexo compreende-se por: I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.”.

¹²⁷² Art. 42, §2º, da Lei 9.985/00: “Até que seja possível efetuar o reassentamento de que trata este artigo, serão estabelecidas normas e ações específicas destinadas a compatibilizar a presença das populações tradicionais residentes com os objetivos da unidade, sem prejuízo dos modos de vida, das fontes de subsistência e dos locais de moradia destas populações, assegurando-se a sua participação na elaboração das referidas normas e ações.”

¹²⁷³ Para uma análise sob outro ângulo da consensualidade nas relações entre Administração e administrados, confira-se: DAUDT D’OLIVEIRA, Rafael Lima. *A simplificação no direito administrativo e ambiental (de acordo com a lei nº 13.874/2019 - “Lei da Liberdade Econômica”)*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2020, pp. 75-79, 102-108, 152-158 e 172-178.

¹²⁷⁴ Cf. SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

*público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado (p. ex. preâmbulo e direitos fundamentais) ”.*¹²⁷⁵

Assim sendo, a emergência do princípio da juridicidade disponibiliza ao Administrador um espaço criativo para explorar instrumentos e alternativas jurídicas na resolução de tensões constitucionais em casos concretos. Assim, o que ora se sustenta não é ir contra a lei (*contra legem*), mas sim - com fundamento direto na Constituição¹²⁷⁶ - ir além dela (*praeter legem*), permitindo à Administração alguma imaginação institucional para poder solucionar os conflitos práticos com os administrados.

Trata-se de uma proposta para preencher um vazio jurídico singular causado pela omissão administrativa na efetivação da desapropriação. Evidentemente, a intenção não é outorgar um novo raio de direitos permanentes ao administrado, com virtual afastamento da Lei do SUNC; ao contrário, a ideia é simplesmente estabelecer um regramento provisório enquanto pendente a efetivação da desapropriação pelo Poder Público, dada a caducidade da declaração de utilidade pública. A extensão da liberação de construções e atividades deverá ser devidamente avaliada em cada caso concreto, pela avaliação técnica detalhada da compatibilidade com os objetivos da unidade de conservação, definindo-se as medidas hábeis para conciliar temporariamente a proteção da unidade de conservação e os direitos do particular.

Em razão disso, é recomendável que os possíveis empreendimentos a serem instalados sejam obrigatoriamente sujeitos a autorização administrativa de natureza temporária.

¹²⁷⁵ ÁVILA, Humberto. Repensando o "Princípio Da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular". *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/humberto-avila/repensando-o-principio-da-supremacia-do-interesse-publico-sobre-o-particular>>. Acesso em: 18. Jul. 2019.

¹²⁷⁶ A possibilidade de aplicação direta dos princípios da Constituição pela Administração Pública, sem uma prévia intermediação do legislador, tem sido em diferentes oportunidades acolhida pela jurisprudência. Cite-se como exemplo o entendimento de que a vedação do nepotismo pela Resolução 7/2005 do CNJ não exigiria a edição de lei formal, pois a proibição decorreria diretamente dos princípios contidos no art.37, caput, da Constituição Federal (STF, [RE 579.951](#), Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, j. em 20/8/2008, DJe de 24/10/2008), bem como da possibilidade da Administração Pública, em aplicação direta do princípio da moralidade, ainda que sem previsão expressa em lei, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei nº 8.666/93 (STJ, RMS 15166, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, Julgado em 07/08/2003, Dje 08.09.2003).

Registre-se, ainda, que qualquer benfeitoria realizada pelo administrado, ao menos no regime transitório aqui proposto, deve correr sempre por sua conta e risco, não sendo indenizável quando sobrevier finalmente a efetiva desapropriação do bem. De fato, as futuras construções devem ser encaradas unicamente como uma forma passageira de compensação dos prejuízos do administrado em razão da demora na realização da desapropriação, sob pena de se incentivar estratégias de construir e explorar atividades com o fim de serem indenizados no futuro (observada ainda as exclusões do art. 45, III, da Lei do SNUC¹²⁷⁷).

7) CONCLUSÃO

Pelo exposto, conclui-se que a Administração pode, com fundamento direto na CRFB e mediante robusta fundamentação, legitimar-se em um agir para além da lei (*praeter legem*), com o objetivo de proceder a uma ponderação entre direitos fundamentais e realizar da melhor maneira possível o interesse público.

Portanto, procedendo-se a uma ponderação de interesses entre o direito de propriedade e o direito ao meio ambiente equilibrado (tendo o princípio da proporcionalidade como fio condutor), bem como com base na analogia integrativa da regra do art. 42, §2º, da Lei 9.985/2000, **admite-se aos particulares de boa-fé o exercício do direito de construir e a realização de atividades em parques, de caráter provisório e até que seja paga a devida indenização por desapropriação, desde que atendidos os requisitos:**

- (i) A área do imóvel tenha sido inserida nos limites de um parque (sujeito a um regime de dominialidade pública);
- (ii) Eventuais prejuízos indenizáveis ao particular devem ter decorrido de restrições novas, pela criação do parque, e não pelo regime jurídico imposto por atos normativos preexistentes (Código Florestal, por exemplo);
- (iii) O Decreto de utilidade pública para fins de desapropriação tenha caducado (depois de 5 anos);

¹²⁷⁷ Lei nº 9.985/00. “Art. 45. Excluem-se das indenizações referentes à regularização fundiária das unidades de conservação, derivadas ou não de desapropriação: (...) IV - expectativas de ganhos e lucro cessante (...)”.

- (iv) Não tenha havido o apossamento administrativo do bem;
- (v) Não tenha havido desapropriação nem o pagamento da justa indenização ao proprietário.
- (vi) Que a atividade a ser exercida pelo proprietário seja de baixo impacto, a ser definida pela área técnica (sugerimos a edição de regulamento pelo órgão ambiental competente);
- (vii) Que a atividade seja compatível com o zoneamento estabelecido pelo plano de manejo da unidade de conservação;
- (viii) Que a atividade seja autorizada pelo órgão ambiental competente;
- (ix) Não haja o pagamento de indenização por desapropriação para aquelas benfeitorias que sejam construídas depois da criação do parque (nem danos emergentes, tampouco lucros cessantes).

Pensamos que essa solução é a que melhor promove o interesse público, compatibilizando os direitos dos proprietários afetados e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado¹²⁷⁸.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed.. São Paulo, Malheiros, 2012.

AMADO, Frederico. *Direito Ambiental*. 10ª ed. ver. atual. e ampl.. Salvador, Juspodvim, 2019, p. 299. DIAS, Edna Cardozo. *Direito ambiental no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte, Fórum, 2013.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Áreas Protegidas e Propriedade Constitucional*. São Paulo, Atlas, 2011.

¹²⁷⁸ Essa foi a solução adotada no Parecer RD nº 21/2019 INEA/PGE, da nossa lavra, aprovado pelo Procurador-Geral do Estado nos autos do processo administrativo nº E-07/002.104242/2018.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 2012.

ÁVILA, Humberto. Repensando o "Princípio Da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular". *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/humberto-avila/repensando-o-principio-da-supremacia-do-interesse-publico-sobre-o-particular>>. Acesso em: 18. Jul. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. 4. ed.. São Paulo, Saraiva, 2013.

BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização Do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Ano 4, n. 14, jul./set. 2006. Belo Horizonte, Fórum, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte, Fórum, 2016.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo – Vol. II*. 10. ed. rev. e atual. por Diogo Freitas do Amaral. Coimbra, Almedina, 1999.

CALIL, Ana Luiza; CAPECCHI, Daniel. Limitação administrativa e desapropriação indireta: a linha tênue dos institutos na criação de espaços de proteção ambiental. *Revista de Direito da Administração Pública*, a. 2, v. 1, n. 2, jan/jun 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. rev., ampl. e atual.. São Paulo, Atlas, 2015.

COELHO, Hebert Alves; REZENDE, Elcio Nacur. A efetiva implantação das unidades de conversação ambiental por meio da desapropriação. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 11, n. 2, ago. 2016.

CYRINO, André Rodrigues. Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, set. 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46463>>. Acesso em: 21 Fev. 2019.

DAUDT D'OLIVEIRA, Rafael Lima. *A simplificação no direito administrativo e ambiental (de acordo com a lei nº 13.874/2019 - "Lei da Liberdade Econômica")*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed.. São Paulo, Atlas, 2015.

DINNO, Flavio. Desapropriação em matéria ambiental. In: MACHADO, Paulo Affonso; MILARÉ, Édis. *Direito Ambiental: conservação e degradação do meio ambiente* (Coleção Doutrinas Essenciais; vol.2). São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*, V. 2. Revisor técnico Carlos Ary Sundfeld. Tradutor José Alberto Froes Cal. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; LEUZINGER, Márcia Dieguez. Desapropriações Ambientais na Lei nº 9.985/2000. In: BENJAMIN, Antônio Herman (Coord). *Direito Ambiental das áreas protegidas: O Regime Jurídico das Unidades de Conservação*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. A desapropriação no direito comparado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 112, out. 1973. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/37908>>. Acesso em: 14 fev. 2018.

GARCIA, José Ailton. *Desapropriação: comentários ao Decreto-Lei nº 3.365/41 e à Lei nº 4.132/62*. São Paulo, Atlas, 2015.

GURGEL et al. Unidades de conservação e o falso dilema entre conservação e desenvolvimento. *Boletim Regional, Urbano e Ambiental IPEA*, n. 3, 2009. Disponível em: <http://agencia.ipea.gov.br/images/stories/PDFs/100406_boletimregio3.pdf>. Acesso em: 17. abril. 2018.

HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação: doutrina e prática*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

- JÚNIOR, José Cretella. *Do Poder de Polícia*. Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo, Malheiros, 2015.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense.
- MOTTA, Mauricio. Função socioambiental da propriedade: a compensação ambiental decorrente do princípio do usuário pagador na nova interpretação do Supremo Tribunal Federal. In: MOTTA, Mauricio (Coord.). *Função social do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2009.
- OLIVEIRA, Fernando Andrade de. Restrições ou limitações ao direito de propriedade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 141, jan. 1980. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43212>>. Acesso em: 20 Fev. 2019.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Lisboa, Almedina, 2003.
- PIMENTEL, Douglas de Souza. *Os "parques de papel" e o papel social dos parques*. 2008. Tese (Doutorado em Recursos Florestais) - Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz, Universidade de São Paulo, Piracicaba, 2008. Acesso em: 2019-05-16.
- SALLES, José Carlos de. *A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência*. 6. ed. red. atual. ampl.. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FEMSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental. Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.
- SARMENTO, Daniel; NETO, Claudio Pereira de Souza. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte, Fórum, 2012.



SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 5ª Edição. São Paulo, Malheiros, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Função social da propriedade e legalidade constitucional: anotações à decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (AI 598.360.402 – São Luiz Gonzaga). *Revista Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 17, ago./dez. 2000.



ESG E O PROJETO DE NOVA LEI GERAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS



RAFAEL MAFFINI

Professor Adjunto de Direito Administrativo da UFGRS. Doutor e mestre pela UFGRS.

Advogado. E-mail: rafael.maffini@rmmgadvogados.com.br

THAÍS MARÇAL

Coordenadora Acadêmica da Escola Superior de Advocacia da OABRJ. Mestre pela UERJ.

Advogada. E-mail: thais-marcas@hotmail.com

A produção intelectual do querido professor Jessé Torres Pereira Junior é marcada pela profundidade com que suas pesquisas são realizadas. A genialidade do mestre, que contrasta com a sua imensa simplicidade e simpatia no trato com as pessoas, decorre, em grande medida, de sua grande habilidade de ver o óbvio com décadas de antecedência. Entre os diversos objetos da visionária investigação do doutrinador, merece destaque sua especial atenção ao tema de licitações públicas e sustentabilidade.

Em suas palavras, “*a sustentabilidade envolve também questões econômicas e sociais*”¹²⁷⁹ Nesta toada, ganha força no cenário jurídico brasileiro, nos últimos tempos, a assim denominada ESG, que, em tradução livre, remete ao conceito de meio ambiente, social e governança corporativa.

¹²⁷⁹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Reportagem disponível em: <http://cgi.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5173780> Acesso em 08/03/2021.

Em síntese, nas palavras de Augusto Neves Dal Pozzo, “visa imbuir os investimentos de uma postura qualificada, que compreenda, além dos benefícios econômicos típicos, os benefícios sustentáveis, sociais e éticos.”¹²⁸⁰

Vladimir Passos de Freitas destaca que a ESG, “em outras palavras, significa como as empresas, nas suas múltiplas espécies, devem atuar no campo social (e.g., promovendo tratamento igualitário entre homens e mulheres), proteger o meio ambiente (v.g., aproveitando a energia solar) e na sua administração cooperar com a sociedade (v.g., zelando por uma praça).”¹²⁸¹

Suas diretrizes cumprem papel importante na concretização de boas práticas coadunadas com a concepção de função social dos investimentos. Ou seja, estes não podem se prestar única exclusivamente ao alvedrio de rentismos. Assim como todo instrumental jurídico deve servir ao cumprimento de uma função social.

Neste contexto, nada mais natural do que o Estado atuar como indutor de comportamento seja na modelagem de investimentos pensados sob a égide do cumprimento das diretrizes ESG. Com efeito, não se pode olvidar que é juridicamente viável e conveniente o emprego das licitações e das contratações públicas como instrumentos fomentadores de certos comportamentos almejados pela sociedade. Trata-se de um fenômeno de externalidade própria dos processos licitatórios¹²⁸², em razão do qual o conceito de vantajosidade, outrora circunscrito a parâmetros endoprocessuais, passa a ser escrutinado também, e por vezes, especialmente, a partir de aspectos extraprocessuais¹²⁸³. Dito de outro modo: quando se licita a aquisição de um lápis, por exemplo, se está sim almejando uma compra de um produto adequado pelo melhor preço possível (parâmetros endoprocessuais), mas igualmente se está buscando a aquisição de um produto que seja produzido com a observância da

¹²⁸⁰ DAL POZZO, Augusto Neves. Para uma nova ordem global: O poder de transformar o mundo e os investimentos ESG em infraestrutura. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/340787/poder-de-transformar-o-mundo-e-os-investimentos-esg-em-infraestrutura>. Acesso em 08/03/2021.

¹²⁸¹ FREITAS, Vladimir Passos de. Reflexos da ESG nas atividades da advocacia empresarial e ambiental. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-21/reflexos-esg-atividades-advocacia-empresarial-ambiental>. Acesso em 08/03/2021.

¹²⁸² Sobre o tema, vide BRAGA, Márcia Bello de Oliveira. Contratação administrativa como instrumento de fomento econômico a partir da entrada em vigor da Constituição da República de 1988. Dissertação de mestrado. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/135509/000989107.pdf?sequence=1>. Acesso em 08/03/2021.

¹²⁸³ A legislação brasileira possui inúmeros exemplos de externalidades licitatórias, tais como as regras aplicáveis às microempresas e empresas de pequeno porte, cooperativas, bem como o estímulo ao mercado nacional, a inovações tecnológicas e ao meio ambiente.

legislação trabalhista e tributária, com a observância de regras de integridade, com boas práticas de governança e através de processos produtivos ambientalmente sustentáveis (aspectos extraprocessuais). Nunca é demais recordar, quanto ao ponto, o ensinamento do mestre Jessé e de sua parceira de produção doutrinária, Marinês Restelatto Dotti, segundo o qual “a ação administrativa do Estado, além do natural respeito à lei, deve ser desenvolvida em direção à satisfação das exigências de interesse coletivo primário (interesse público genérico) e do interesse coletivo secundário (os objetivos a atingir em cada ato ou contrato específico)”¹²⁸⁴.

Discussão que deverá ser levada em consideração sobre o tema, diz respeito à acreditação das certificadoras de investimento ESG, com vistas a evitar que práticas nefastas de mercado totalmente autorregulado possa ensejar. Acerca do ponto, parece que o mecanismo da autorregulação regulada, tal como pensado para o *compliance*, melhor se adequa aos propósitos almejados.

Neste contexto, fundamental a indução de boas práticas pelo Estado através da regulação, para se for o caso, inclusive, dada a capacidade técnica das agência reguladoras, impor obrigações sustentáveis para os seus atores regulados.

Por óbvio que há que se compatibilizar os custos desta regulação¹²⁸⁵, através da Análise de Impacto Regulatório, balizando suas ações sempre com base no diálogo, na busca do consenso com o setor.

Diante das discussões sobre projeto de nova lei geral de licitações, interessante pensar sobre a possibilidade de se exigir como requisito de habilitação para contratações com o poder público a certificação ESG das licitantes. Ainda que se trate de tema que induzirá, estreme de dúvidas, o surgimento de controvérsias, parece evidente que o PL 4.253/20 traz consigo todo um arcabouço de normas que, na comparação com a legislação vigente, se mostra muito mais apto ao estado de coisas voltados à sustentabilidade ambiental. A própria definição de “desenvolvimento nacional sustentável”, referido como princípio (art. 5º do PL 4.253/20) e também arrolado como objetivo dos processos licitatórios (art. 11, IV, do PL 4.253/20), parece ter, em razão do sistema normativo que

¹²⁸⁴ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTI, Marinês Restelatto. Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 119.

¹²⁸⁵ Sobre o tema, vale refletir sobre os pontos suscitados por BETRÃO, Helio. *A tara do ESG*. Estadão, 10/3/2021, p. A25.

passa a acompanhá-lo, sofrido uma mutação conceitual na medida em que coloca em maior evidência o “sustentável”, sem o qual não mais se poderá cogitar de qualquer “desenvolvimento”.

Alternativamente, cogitar sobre incluí-la como condição para assinatura do contrato, a fim de não imputar mais obrigações e, por ventura, restringir a gama de competidores de certames. Enfim, o importante é conferir eficácia irradiante para os ditames da ESG.

Diante da força estruturante de reformulação de ações estratégicas tão necessárias em meio a uma pandemia, espera-se que seja alvissareira sua efervescência e não se traduza em modismo que tão mal fez aos sistemas de *compliance* por ocasião de sua popularização no Brasil.

Retomando as lições de Jessé Torres Pereira Junior: “*a pergunta inteligente não é a que indaga qual o custo da sustentabilidade, mas, sim, qual o custo de ser a sustentabilidade ignorada pelo planejamento das ações governamentais, nesta geração e nas vindouras*”¹²⁸⁶

¹²⁸⁶ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Sustentabilidade e planejamento: valores constitucionais reitores das contratações administrativas, no estado democrático de direito. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 270, set./dez. 2015, p. 113.

INCOMPLETUDE EM CONTRATOS DE CONCESSÃO: AINDA A TEORIA DA IMPREVISÃO?

INCOMPLETENESS IN CONTRACTS: STILL THE THEORY OF FORCE MAJORE?

Rafael Vêras de Freitas^{1287 1288}

Professor Responsável do LLM em Infraestrutura e Regulação da FGV Direito Rio (pós-graduação lato sensu).

Doutorando e Mestre em Direito da Regulação pela FGV.

Advogado.

RESUMO: O objetivo do presente ensaio é o de investigar a aplicação da Teoria da Imprevisão, com lastro no art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/1993 aos contratos de concessão. Para tanto, pretende-se levar a efeito a diferenciação jurídica entre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão e o equilíbrio econômico-financeiro dos singelos contratos de empreitada de que trata a Lei nº 8.666/1993; a releitura da Teoria da Imprevisão à luz da Teoria dos Contratos Incompletos e à luz dos modelos de regulação contratual.

SUMÁRIO: Introdução 1. A Teoria da Imprevisão nos contratos administrativos: um conceito em superação? 2. Das diferenças jurídicas entre os regimes do equilíbrio econômico-financeiro das concessões e do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/1993; 3. Incompletude dos contratos de concessão e seus efeitos econômicos; 4. Diferenças entre Regulação Discricionária e Regulação Contratual e os seus efeitos sobre a aplicação da Teoria

¹²⁸⁷ Agradeço ao Professor Marcos Nóbrega por ter me disponibilizado uma riquíssima bibliografia sobre o tema da regulação em situações de incerteza, sem a qual a elaboração deste trabalho não teria sido possível. Suas falhas e imperfeições, claro, são de minha inteira responsabilidade.

¹²⁸⁸ Esse artigo foi elaborado como requisito para a aprovação da disciplina “Regulação de Concorrência da Infraestrutura”, ministrada pelos Professores Armando Castelar e Patrícia Sampaio, no âmbito do Programa de Doutorado em Direito da Regulação da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro.

da Imprevisão; 4.1 Efeitos da Covid-19 no mundo em contratos de concessão e aplicação da Teoria da Imprevisão; 5. Da interpretação dos contratos incompletos: algumas propostas. Conclusões

PALAVRAS-CHAVE: Concessões. Teoria da Imprevisão. Contratos Incompletos. Regulação Contratual.

ABSTRACT: The aim of this essay is to investigate the application of the Theory of Imprevisión (Teoria da Imprevisão), as laid down in article 65, II, d, of Law n. 8.666/1993, to concession contracts. Therefore, it is carried out the legal differentiation between the economic-financial balance of the concession contracts and the economic-financial balance of the short-term contracts dealt with in Law n. 8.666/1993; the re-reading of the Theory of Imprevisión in light of the Incomplete Contracts Theory and in light of the models of contractual regulation.

KEY WORDS: CONCESSIONS. THEORY OF UNPREDICTABILITY. INCOMPLETE CONTRACTS. CONTRACTUAL REGULATION.

INTRODUÇÃO

Em dezembro de 2019, autoridades chinesas constataram o crescente contágio de cidadãos por uma nova modalidade de pneumonia decorrente de um novo tipo de vírus, que veio a ser designado SARS-CoV-2 (“Coronavírus da Síndrome Respiratória Aguda Grave 2”)¹²⁸⁹. Em razão do seu elevado nível de contágio¹²⁹⁰, a Organização Mundial da Saúde – OMS, em 30 de

3 ¹²⁸⁹ O AGENTE INFECCIOSO PERTENCE A UMA FAMÍLIA DE VÍRUS CUJOS OUTROS INTEGRANTES FORAM RESPONSÁVEIS POR MOLÉSTIAS PREOCUPANTES E, MUITAS VEZES, FATAIS, COMO A MERS (SÍNDROME RESPIRATÓRIA DO ORIENTE MÉDIO) E A SARS (SÍNDROME RESPIRATÓRIA AGUDA GRAVE), QUE ATINGIRAM A HUMANIDADE. (CF. VEJA. POR QUE IDOSOS, HIPERTENSOS E DIABÉTICOS SÃO GRUPOS DE RISCO? DISPONÍVEL EM: <[HTTPS://VEJA.ABRIL.COM.BR/SAUDE/POR-QUE-IDOSOS-HIPERTENSOS-E-DIABETICOS-SAO-GRUPOS-DE-RISCO/](https://veja.abril.com.br/saude/por-que-idosos-hipertensos-e-diabeticos-sao-grupos-de-risco/)>.)

4 ¹²⁹⁰ ABRIL. OMS DECRETA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS. SAIBA O QUE ISSO SIGNIFICA. DISPONÍVEL EM: <[HTTPS://SAUDE.ABRIL.COM.BR/MEDICINA/OMS-DECRETA-PANDEMIA-DO-NOVO-CORONAVIRUS-SAIBA-O-QUE-ISSO-SIGNIFICA/](https://saude.abril.com.br/medicina/oms-decreta-pandemia-do-novo-coronavirus-saiba-o-que-isso-significa/)>. MAS É DE SE RESSALTAR QUE A CONFIGURAÇÃO DE UMA PANDEMIA, POR SI SÓ, PODERIA NÃO ESTAR INCURSA NA TEORIA DA IMPREVISÃO. PANDEMIAS PROVOCADAS POR VÍRUS QUE NÃO SE PROPAGAM PELO AR, POR EXEMPLO, NÃO PRODUZIRIAM IMPACTOS DIRETOS EM CONTRATOS DE CONCESSÃO (V.G. HIV,

janeiro de 2020, considerando o crescimento do número de casos não só na China, mas, também, nos Estados Unidos, na Alemanha e em outros países, declarou Estado de Emergência de Saúde Pública¹²⁹¹. Daí que, em 11 de março, em razão da disseminação do vírus, a OMS elevou o seu grau de periculosidade ao patamar de uma Pandemia¹²⁹².

Seguindo tal orientação, em 3 de fevereiro de 2020, o Ministério da Saúde editou a Portaria MS nº 188, por meio da qual declarou Estado de Emergência no Brasil, a partir da constatação de casos no país, desde janeiro de 2020. Disso decorreu a edição da Lei Federal nº 13.979/2020, a qual dispõe sobre as medidas para o enfrentamento da emergência de saúde pública, de importância internacional, decorrente do Coronavírus (Covid-19). Nesse quadrante, foi necessária a aprovação, pelo Congresso, do Decreto Legislativo nº 6/2020, que reconheceu, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101/2000, a ocorrência de estado de calamidade pública, o qual deve flexibilizar as metas fiscais para custear as ações de combate à pandemia.

Nesse contexto, o Poder Público expediu diversas medidas sanitárias, com o objetivo de evitar o crescimento da curva de propagação da pandemia. Foram medidas que, a despeito de resguardar a saúde da população, provocaram impactos econômico-financeiros diretos em todos os modais de transporte de passageiros¹²⁹³. Acontece que, nas concessões de infraestrutura, tal impacto será bem saliente, considerando o fato de que, em regra, os custos afundados nos ativos (*sunk costs*), em estruturas qualificadas como monopólios naturais, preditam, justamente, da sua amortização pelos recebíveis do projeto – gerando economias de escala e de escopo. A lógica é simples: com a

CÓLERA E EBOLA). NÃO É O QUE SE PASSA COM VÍRUS TAIS COMO A COVID-19, QUE TEM NO ISOLAMENTO SOCIAL O SEU PRINCIPAL REMÉDIO.

¹²⁹¹ GLOBO. Novo coronavírus é emergência de saúde internacional, declara OMS. Disponível em: <<https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2020/01/30/novo-coronavirus-e-emergencia-de-saude-internacional-declara-oms.ghtml>>.

ESTADÃO. OMS declara emergência de saúde pública global por surto de coronavírus. Disponível em: <<https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,oms-declara-emergencia-de-saude-publica-global-por-surto-de-coronavirus,70003178909>>.

¹²⁹² BBC. *Coronavírus*: OMS declara pandemia. <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-51842518>>.

¹²⁹³ Em caráter ilustrativo, cite-se o Decreto nº 64.881 de 2020 do Estado de São Paulo, o qual recomenda “que a circulação de pessoas no âmbito do Estado de São Paulo se limite às necessidades imediatas de alimentação, cuidados de saúde e exercícios de atividades essenciais.” (Art. 4º); o Decreto nº 525 de 2020 de Santa Catarina, o qual suspende o exercício de todas as atividades tidas como não essenciais, assim como a circulação de veículos (art. 7º, inciso I); o Decreto nº 40.539 de 2020, do Distrito Federal, que suspende o exercício de uma série de atividades, sobretudo as que ensejam aglomerações, nele listadas (Art. 2º); entre outros normativos.

manutenção dos custos marginais para a operação dos ativos aliada à redução da demanda, os projetos de infraestrutura, no curto prazo, tenderão a se tornar deficitários.

Tanto assim é que, segundo dados da Associação Brasileira de Empresas Aéreas – ABEAR–, suas empresas afiliadas já registraram, em média, queda de 75% na demanda por voos domésticos e redução de 95% nas viagens internacionais, em relação ao mesmo período de 2019 – diferença que foi associada ao avanço da pandemia de Covid-19. No mesmo sentido, de acordo com o levantamento realizado pela Confederação Nacional de Transportes – CNT¹²⁹⁴ –, denominado “Pesquisa de Impacto no Transporte-COVID-19”, 90% do setor de transporte foi afetado negativamente pela pandemia provocada pelo novo coronavírus, em decorrência da queda de demanda e de receita. Cite-se, ainda, a informação veiculada, pela Associação Brasileira de Concessionária de Rodovias – ABCR¹²⁹⁵, segundo a qual se estima uma queda de 57% no fluxo de veículos leves e de 29% de veículos pesados, em decorrência dos efeitos provocados pela Covid-19.

Diante dessa situação, restou proferido o Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU da Advocacia Geral da União – AGU, no âmbito da Consultoria Jurídica do Ministério da Infraestrutura, no qual restou assentado que a “pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2) é evento que caracteriza “*álea extraordinária*”, capaz de justificar a aplicação da teoria da imprevisão” (Grifos postos). Cuida-se da consagração do entendimento segundo o qual, na medida em que a Teoria da Imprevisão, prevista no art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/1993, veicula repartição de risco, *ex lege*, pela materialização de evento extracontratual, tal risco deveria ser alocado, sempre e aprioristicamente, ao Poder Concedente.

Eis o objeto do presente ensaio: investigar os fundamentos jurídicos e econômicos para a aplicação de tal teoria em contratos de concessão. Nesse quadrante, a presente pesquisa pretende ver comprovada a hipótese segundo a qual, considerando o regime jurídico-econômico dos contratos de concessão, a alocação apriorística do risco pela materialização de evento albergado, pela Teoria da Imprevisão ao Poder Concedente, não se sustenta. Não se pretende, pois, questionar a Teoria das

¹²⁹⁴ Disponível em: <<https://www.abear.com.br/imprensa/agencia-abear/noticias/abear-impacto-dapandemia-do-novo-coronavirus/>>. Dados de 03/04/2020.

¹²⁹⁵ Disponível em: <<https://cdn.cnt.org.br/diretorioVirtualPrd/d8bc805d-58c7-4cd0-9e1f0653bfd6b263.pdf>>. Os dados da pesquisa foram coletados de 1º a 03/04/2020.

Áleas (o que já foi objeto de diversos escritos, e seria, no atual quadrante, rebarbativo¹²⁹⁶), mas demonstrar que ela é incompatível não só com o regime jurídico dos contratos de concessão, como com a Teoria dos Contratos Incompletos (*incomplete contracts*)¹²⁹⁷. É que, à medida que as partes possuem racionalidade limitada (decorrente da insuficiência e da assimetria de informações), os custos de transação de desenhar um contrato completo seriam proibitivos; daí ser impossível se prever, *ex ante*, todos os eventos que podem ocorrer no devir de um contrato de longo prazo. Razão pela qual o contrato de concessão deve esquadrinhar as responsabilidades econômicas das partes por eventos supervenientes à sua celebração (que possam ser provisionáveis, na qualidade de riscos). Cuida-se de racional que integra o equilíbrio econômico de contratos de longo prazo de que é exemplo o contrato de concessão de serviço público. Em termos mais jurídicos, o tema pode reconduzir à lógica de um contrato aleatório, o qual pressupõe a possibilidade de materialização de um evento futuro e incerto (a exemplo do contrato de seguro, previsto no art. 757 e seguintes do Código Civil). Isto porque, nos contratos aleatórios, uma das partes assume o risco pelo advento de eventos imprevisíveis e de consequências incalculáveis.

Assim é que, com o propósito de investigar tal problemática, o primeiro item deste artigo fará uma breve incursão a propósito da aplicação da Teoria da Imprevisão no direito brasileiro, em geral, e, no direito administrativo, em particular. Num segundo momento, pretende-se levar a efeito a diferenciação jurídica entre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão e o equilíbrio econômico-financeiro dos singelos contratos de empreitada de que trata a Lei nº8.666/1993. Em prosseguimento, pretende-se investigar a Teoria da Imprevisão à luz da Teoria

¹²⁹⁶ Tal entendimento vem, há muito, sendo desenvolvido por Marcos Augusto Perez: “Aqui, o ponto problemático da teoria das áleas ordinária e extraordinária encontra-se numa definição extremamente vaga do risco efetivamente suportado pelo concessionário, em cotejo com uma definição muito larga dos riscos suportados pelo concedente. Sem definições mais precisas, o conflito tende a não ser resolvido ou a sê-lo em desfavor do erário ou do usuário, que acabarão de uma forma ou de outra conservando a missão de manter sob seu custeio o serviço em funcionamento” (PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 115-118).

¹²⁹⁷ SCHWANKA, Cristiane. Direito econômico e direito público: uma abordagem da análise econômica como método de interpretação dos contratos administrativos. *Revista de Direito Empresarial – RDEmp*, Belo Horizonte, ano 9, n. 2, p. 63-79, maio/ago. 2012. POSNER, Eric A. Análise econômica do direito contratual após três décadas: sucesso ou fracasso?: (Primeira parte). [Tradução Luciano Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola]. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 75-108, jul./set. 2008. DIAS, Maria Tereza Fonseca. Os problemas da contratação pública brasileira sob a Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*): em busca de propostas legislativas para sua superação. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 57, p. 85-111, abr./jun. 2017.

dos Contratos Incompletos. Num quarto momento, serão apresentados os modelos regulatórios servientes a estruturar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, bem como as suas consequências jurídicas, para o fim de se confirmar a hipótese do presente ensaio. Por fim, serão apresentadas algumas experiências estrangeiras a propósito da tentativa de se neutralizar os efeitos econômicos produzidos pelo Covid-19 nos contratos de Concessão.

1. A TEORIA DA IMPREVISÃO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: UM CONCEITO EM SUPERAÇÃO?

A revisão das bases objetivas econômicas de um contrato é um instituto afeto à Teoria Geral dos Contratos¹²⁹⁸. Justifica-se como um mecanismo de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato diante da ocorrência de eventos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, e que tornem o ajuste excessivamente oneroso para um dos contratantes. Traduz-se na ideia de que a manutenção do contrato deve se dar em outras bases, com vistas a assegurar a comutatividade entre as prestações inicialmente pactuadas. A sua aplicação é amplamente reconhecida na jurisprudência¹²⁹⁹.

¹²⁹⁸ Nelson Borges conceitua a Teoria da Imprevisão nos seguintes termos: “A teoria da imprevisão é o remédio jurídico a ser empregado em situações de anormalidade contratual, que ocorre no campo extracontratual – ou “aura” das convenções –, de que se podem valer as partes não enquadradas em situação moratória preexistente, para adequar ou extinguir os contratos – neste caso com possibilidades indenizatórias – sobre os quais a incidência de um acontecimento imprevisível (entendido este como aquele evento ausente dos quadros do cotidiano, possível, mas não provável), por elas não provocado mediante ação ou omissão, tenha causado profunda alteração na base contratual, dando origem a uma dificuldade excessiva de adimplemento ou modificação depreciativa considerável da prestação, de sorte a fazer nascer uma lesão virtual que poderá causar prejuízos àquele que, em respeito ao avençado, se disponha a cumprir a obrigação assumida. Se, em decorrência de ato praticado pelas partes ou terceiros, a base contratual desaparecer, alterando as circunstâncias que serviram de fundamento ao contrato, não sendo possível adaptá-lo ao novo estado, ele poderá ser extinto, aferindo-se responsabilidades pela existência ou não de lesão objetiva, como decorrência da supressão do alicerce contratual.” (BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 80).

¹²⁹⁹ Como se pode extrair dos julgados, adiante citados, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça: (i) no Eg. Supremo Tribunal Federal: STF. AI 652858/GO. Agravante: Sementes Selecta LTDA.. Agravado: Aristeu Yassuo Takahashi e outros. Relator: Min. Menezes Direito. Brasília. Julgamento: 04/08/2009; STF. AI 652858/GO. Agravante: Sementes Selecta LTDA.. Agravado: Aristeu Yassuo Takahashi e outros. Relator: Min. Menezes Direito. Brasília. Julgamento: 04/08/2009; STF. AI 719841/PB. Agravante: Banco do Nordeste do Brasil S/A. Relator: Min. Menezes Direito. Brasília. Julgamento: 17/02/2009; STF. nº AI 604904/RS. Agravante: Banco BMG S/A e Outros. Agravado: Clélia Maria Oliveira Ferreira. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília. Julgamento: 12/09/2006; e (ii) no Eg. Superior Tribunal de Justiça: STJ. EDcl no AgRg no Ag 1087123/MG. Embargante: Sudoeste Serviços Gerais LTDA., Embargado: Município de Betim, Relator: Min. Luiz Fux. Brasília. Data do Julgamento 18/08/2009; STJ. AgRg no Ag 1104095/SP. Agravante: Construtora Guimarães Castro LTDA. Agravado: Serviço Social da indústria SESI. Relator: Min. Massami Uyeda. Brasília. Data do Julgamento 12/05/2009; STJ. REsp 46532/MG. Recorrente: São Bento

Essa teoria é uma evolução em relação à cláusula *rebus sic stantibus*¹³⁰⁰, que admitia apenas a extinção do contrato, no caso de ocorrência de uma situação imprevisível, que importasse na onerosidade excessiva para uma das partes contratuais. Nada obstante, com o advento da Teoria da Imprevisão, percebeu-se que poderia ser menos oneroso prosseguir com o contrato – ainda que em novas bases – do que o extinguir. Assim é que o seu objetivo é minimizar os efeitos de um contrato que teve o seu suporte econômico alterado em relação às suas condições.

Em suma, a Teoria da Imprevisão funciona como uma teoria relativizadora do cumprimento obrigatório dos contratos, na forma como inicialmente pactuado (*pacta sunt servanda*). De acordo com essa teoria, o contrato deve ser executado, conforme foi, inicialmente, pactuado, se mantidas as mesmas condições da época da sua celebração. Nada obstante, se as condições se modificam – em especial as de natureza econômica –, importando na onerosidade excessiva para um dos contratantes, impor-se-ia a alteração contratual, sempre com vistas a recolocar o contrato em termos equivalentes aos originalmente celebrados. Cuida-se, pois, de reconhecer a existência de uma drástica alteração no quadro econômico vigente, bem como de um desproporcional desequilíbrio entre as obrigações pactuadas¹³⁰¹. Assim é que, para a caracterização de tal situação, se fixou o entendimento de que teria de se configurar: (i) a ocorrência de fato imprevisível, ou previsível de consequências incalculáveis; e (ii) um ônus excessivo para qualquer das partes. Nesse quadrante, a revisão contratual, em decorrência da sua onerosidade excessiva

Mineração S/A. Recorrido: CAP – Participação LTDA. e outros. Relator: Min. Aldir Passarinho Júnior. Brasília. Data do Julgamento 05/05/2005; STJ. REsp 614048/RS. Recorrente: Moinhos de Trigo Indígena S/A. Recorrido: União e Banco Central do Brasil – BACEN. Relator: Min. Luiz Fux. Data do Julgamento 15/03/2005; STJ. REsp 549873/SC. Recorrente: Textil Renaux S/A, Recorrido: Banco Central do Brasil – BACEN. Relator: Luiz Fux. Brasília. Data do Julgamento 10/08/2004.

¹³⁰⁰ Essa é a lição de Arnaldo Wald que, ao discorrer sobre a teoria da imprevisão, aponta tratar-se de uma nova leitura da anterior cláusula *rebus sic stantibus*: “A cláusula *rebus sic stantibus* renovada no direito moderno sob o nome de teoria da imprevisão tem assim importância como conceito amortecedor, ou seja, com idéia de força que limita a autonomia da vontade no interesse da comutatividade dos contratos, ou seja, com a finalidade de assegurar a equivalência das prestações das partes quando, por motivo imprevisto, uma delas se tornou excessivamente onerosa....A teoria da imprevisão não extingue a autonomia da vontade; consiste numa interpretação construtiva do conteúdo desta vontade. À lei e ao juiz cabe a função de garantir os direitos individuais dentro dos limites a que podem ser exercidos no interesse superior da sociedade. E a teoria da imprevisão realiza a superior conciliação do interesse individual e da necessidade social, da justiça e da segurança, que são as finalidades precípua do direito.” (WALD, Arnaldo. *Curso de Direito Civil*. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 212).

¹³⁰¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações*. Forense, 2015, p. 141.

superveniente para uma das partes, tem previsão, sob a ótica privatística, nos artigos 478 a 480 do Código Civil – CC¹³⁰².

No direito administrativo, tal teoria encontraria amparo no art. 65, II, d, da Lei n.º 8.666/1993¹³⁰³, por intermédio do qual é franqueado aos contratantes a possibilidade de, mediante acordo, restabelecerem a relação que foi inicialmente pactuada entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração. Nesse quadrante, nos contratos administrativos regidos pela Lei n.º 8.666/93, ao particular teriam sido atribuídos os riscos atinentes à álea ordinária, empresarial, que representam os riscos do negócio¹³⁰⁴. E, de outro lado, à Administração teriam sido atribuídos os riscos relacionados aos eventos extraordinários (materializados pela álea administrativa e econômica), a exemplo do caso fortuito, da força maior, do fato do príncipe e do fato da Administração. Daí que, ocorrendo tais eventos, caberá à Administração tomar as seguintes providências: (i) resolver o contrato, caso devidamente comprovada a impossibilidade de sua execução (art. 78, inciso XVII, da Lei n.º 8.666/1993), ou, sendo possível, (ii) dar prosseguimento ao ajuste, recompondo o seu equilíbrio econômico-financeiro (consoante o disposto no artigo 65, inciso II, d, da Lei n.º 8.666/1993).

¹³⁰² “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.” “Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.” “Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.” O referido instituto se aplica tanto como forma de extinção do contrato quanto de sua revisão. Tal interpretação se extrai a partir da leitura de uma série de dispositivos que facultam a revisão contratual em caso de desproporcionalidade de prestações por motivos supervenientes, a exemplo das atualizações monetárias a que se refere o art. 317 do CC, dos contratos de empreitada (Art.620 do CC) e do seguro (art.770 do CC). (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República: Teoria Geral dos Contratos, Atos Unilaterais, Títulos de Crédito, Responsabilidade Civil e Preferências e Privilégios Creditórios* (Arts. 421 - 965). Vol. II. 2ª ed. rev. at. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 131).

¹³⁰³ “Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...) II - por acordo das partes: (...) d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.”

¹³⁰⁴ Para fins deste estudo, álea ordinária deve ser entendida como o risco previsível inerente a qualquer negócio e que, por essa razão, deve ser suportado pelo particular. De outra sorte, a álea administrativa pode assumir três facetas, importando-nos somente a que é decorrente do poder de alteração unilateral do contrato administrativo, para atendimento do interesse público; por ela responde a Administração, incumbindo-lhe a obrigação de restabelecer o equilíbrio voluntariamente rompido. Nesse sentido, cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 277-278.

Tal entendimento encontra amparo nas clássicas lições de Hely Lopes Meirelles¹³⁰⁵, de acordo com as quais “a teoria da imprevisão consiste no reconhecimento de que eventos novos, imprevistos e imprevisíveis pelas partes e a elas não imputáveis, refletindo sobre a economia ou a execução do contrato, autorizam sua revisão, para ajustá-lo às circunstâncias supervenientes”. No mesmo sentido, Caio Tácito¹³⁰⁶ lecionava que “sempre que a economia do contrato for substancialmente conturbada pela incidência de fatores anômalos e imprevisíveis, que tornem excessivamente onerosa a prestação a cargo do concessionário, cumpre ao poder público compartilhar dos efeitos dessa álea econômica extraordinária”. Nada obstante, esse ônus excessivo não poderia ter decorrido de atuação da própria parte, sob pena de a Teoria da Imprevisão ser utilizada, indevidamente, para amparar a parte contratante que tenha sido ineficiente.¹³⁰⁷

O tema sofreu uma involução, quando da preambular e malversada interpretação do art. 2º, II, da Lei nº 8.987/1995, segundo a qual a expressão “por conta e risco” teria o condão de transferir para os concessionários todos os riscos do projeto. Tal entendimento restou superado, por ocasião da edição da Lei nº 11.079/2004, que disciplina as parcerias público privadas - PPPs. Nesses contratos, a lei explicitou que deverá ser feita uma repartição objetiva de riscos no contrato, inclusive para hipóteses de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária. Seguiu daí a construção do entendimento segundo o qual cada risco deverá ser distribuído à parte que tenha maior capacidade de evitá-lo ou, ainda, de absorvê-lo, no caso de sua ocorrência, da forma mais econômica¹³⁰⁸.

¹³⁰⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42º ed., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 267-270.

¹³⁰⁶ TÁCITO, Caio. O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 65, p. 1-25, mai. 1961.

¹³⁰⁷ É o entendimento, por exemplo, de Flávio Amaral Garcia, que assim o sustenta: “A revisão implica a ocorrência de um fato extraordinário e superveniente que desequilibra excessivamente a relação de equivalência entre os encargos do contratado e a remuneração, impondo o restabelecimento da equação econômica posta no início da relação contratual. Independe, pois, de previsão expressa no edital e no contrato, podendo ocorrer a qualquer momento.”. (GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos: Casos e Polêmicas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 270-271).

¹³⁰⁸ RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. Comentários à lei de PPP – Parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 117. ALMEIDA, Aline Paola Correa Braga Câmara de. Compartilhamento de riscos nas parcerias público-privadas. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 17, p. 245. PINTO, Marcos Barbosa. Repartição de riscos nas parcerias público-privadas. *Revista do BNDDES*, v. XIII, n. 25, jun. 2006, p. 158-159.

Nesse quadrante, caberia a cada contrato endereçar uma adequada repartição de riscos entre poder concedente e concessionário. Assim é que, de acordo com Leon-Dufou¹³⁰⁹, seriam possíveis os seguintes modelos de repartição de riscos em contratos de concessão: (i) *risco total*, segundo o qual todos os riscos associados à implementação do empreendimento são atribuídos à concessionária (o qual produz ineficiências, em razão da precificação do risco pelo privado); (ii) *risco parcial ou limitado*, de acordo com o qual o poder concedente assume parcela dos riscos, de forma a tornar os empreendimentos mais atrativos para a iniciativa privada (o qual poderá ser implementado, por subsídios tarifários, por exemplo); e (iii) *risco compartilhado*, assim considerada como a metodologia por meio da qual os riscos são repartidos entre o concedente, a concessionária e os usuários (modelo que pode ser implementado mediante o estabelecimento de bandas contratuais).

Essa variedade de modelos se justifica, na medida em que se cuida de matéria multidisciplinar, que predica uma atuação conjunta de profissionais de diversas áreas do conhecimento (economia, direito, engenharia, entre outras), atuação essa que, de acordo com a *Risk Evaluation and Allocation Analysis*¹³¹⁰, deverá observar a seguinte procedimentalização: (i) levantamento dos riscos potenciais envolvidos no projeto; (ii) desdobramento dos riscos levantados em possíveis consequências (efeitos) para o projeto; (iii) análise das causas que podem levar à concretização de cada um dos riscos detectados; (iv) avaliação da potencialidade dos riscos a partir de cada uma de suas possíveis causas; (v) alocação dos riscos entre os participantes do projeto; (vi) estabelecimento de referência à cláusula contratual que trata da alocação do risco em questão; (vii) indicação de uma possível opção de cobertura por plano de seguro; (viii) determinação de ação preventiva para minimização dos efeitos do risco analisado, quando for o caso; (ix) reavaliação dos riscos para os quais foram sugeridas ações preventivas, considerando a influência positiva dessas medidas sobre seu grau de criticidade. Assim é que, caso tal avaliação continue apresentando um resultado insatisfatório, novas soluções devem ser buscadas para atenuar o impacto desse risco sobre o empreendimento.

¹³⁰⁹ Apud SÁ, A. L. S.; BRASILEIRO, A. *Proposição para uma leitura dos “modelos” de concessões de rodovias à iniciativa privada*. XVIII Congresso de Pesquisa e Ensino de Transportes, ANPET, 2004. Recife, PE. Disponível em: <https://periodicos.tce.pe.gov.br/seer/ojs-2.3.6/index.php/Revista_TCE-PE/article/view/442/402>

¹³¹⁰ FERREIRA, Alessandro Crego Alcebiades; ANDERY, Paulo Roberto Pereira. *Análise de riscos em sistemas de concessão de serviços públicos*. Disponível em: <http://www.abepro.org.br/biblioteca/ENEGEP1998_ART432.pdf>.

Tal racional encontra-se bem avançado em todo mundo. Assim, por exemplo, cite-se as orientações veiculadas pela *Global Infrastructure Hub* (GIH)¹³¹¹, organização constituída, em 2014, a partir do G20, cuja finalidade é compartilhar e sistematizar experiências em projetos de infraestrutura para melhorar o ambiente de contratação e a qualidade dos investimentos nesse setor. A mesma diretriz vem sendo adotada pelas melhores práticas, em contratos de concessão de PPPs, como se extrai do item 2 do Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em matéria de contratos públicos¹³¹². No mesmo sentido, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, por intermédio do seu *Public-Private Partnerships in Pursuit of Risk Sharing and Value for Money*¹³¹³, lança mão de classificações e de desenhos de repartição de riscos, que envolvem a sua controlabilidade pelas partes, bem como a sua natureza jurídica. E, por fim, é de se destacar o item 20 da Directiva 2014/23/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, o qual dispõe que “um risco de exploração deverá decorrer de fatores independentes do controlo das partes. (...) para efeitos da avaliação do risco de exploração, pode ser tido em conta de forma coerente e uniforme o valor líquido atual de todo o investimento, custos e receitas do concessionário”.

Cuida-se de racional que vem sendo adotado, no âmbito da regulação dos contratos de concessão no Brasil. Assim, por exemplo, cite-se o disposto no art. 2º, da Resolução da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC nº 528/2019, segundo o qual a “metodologia e os procedimentos de que trata esta Resolução visam compensar as perdas ou ganhos da Concessionária, devidamente comprovados, em virtude da ocorrência dos eventos elencados como riscos do Poder Concedente no Contrato de Concessão, desde que impliquem alteração relevante dos custos ou das receitas da Concessionária, nas condições estabelecidas no Contrato”. No mesmo sentido, cite-se o disposto no art. 80 da Portaria nº 530/2019 do Ministério da Infraestrutura – MINFRA, segundo a qual “o poder concedente promoverá a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamento portuário sempre que vier a ocorrer evento que implique impacto no fluxo de caixa do empreendimento e cujo risco tenha sido assumido pela Administração Pública”.

¹³¹¹ Disponível em: <<http://globalinfrastructurehub.org/about/>>.

¹³¹² “Contudo, as PPP não implicam necessariamente que o parceiro do sector privado assuma todos os riscos, ou a parte mais importante dos riscos decorrentes da operação. A distribuição precisa dos riscos efectuar-se-á caso a caso, em função das capacidades respectivas das partes em causa para os avaliar, controlar e gerir.”

¹³¹³ OECD (Ed.). 2008. *Public-Private Partnerships in Pursuit of Risk Sharing and Value for Money*.

A despeito de todo esse racional, ainda se vem defendendo o entendimento de acordo com o qual os riscos decorrentes de eventos imprevisíveis, ou previsíveis de consequências incalculáveis, deveriam ser, sempre e aprioristicamente, suportados pelo Poder Concedente, em razão do disposto no art. 65, II, d, da Lei Federal nº 8.666/1993 (“Lei de Licitações”) – aplicável, supletivamente, à Lei Federal nº 8.987/1995 (“Lei de Concessões”). A lógica subjacente a tal racional é a de que tal dispositivo veicularia uma álea extracontratual, a qual deveria ser alocada ao Poder Público.

Com lastro em tal entendimento, o Superior Tribunal de Justiça – STJ já teve a oportunidade de deixar assentado que “em consonância com o estabelecido no art. 37, XXI da Constituição Federal, que garante a manutenção das condições efetivas da proposta de contrato celebrado com a Administração, a Lei de Licitações prevê a possibilidade de revisão contratual com o fito de preservação da equação econômica da avença, podendo essa correção, dentre outras premissas, advir da Teoria da Imprevisão, a teor do disposto no art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/93.”¹³¹⁴ No mesmo sentido, é de se destacar o entendimento do Tribunal de Contas da União¹³¹⁵ – TCU, segundo o qual “Não há óbice à concessão de reequilíbrio econômico-financeiro visando à revisão (ou recomposição) de preços de itens isolados, com fundamento no art. 65, inciso II, alínea d, da Lei 8.666/1993, desde que estejam presentes a imprevisibilidade ou a previsibilidade de efeitos incalculáveis e o impacto acentuado na relação contratual (teoria da imprevisão); e que haja análise demonstrativa acerca do comportamento dos demais insumos relevantes que possam impactar o valor do contrato”. Segue daí a investida atual de se aplicar tal teoria, de acordo com os referidos moldes, para o efeito do endereçamento do desequilíbrio econômico-financeiro produzido pela Covid-19. Cuida-se de entendimento que não se coaduna, nem com o regime jurídico, nem com o regime econômico dos contratos de concessão, temas que serão abordados nos próximos itens.

¹³¹⁴ Também tribunais regionais já tiveram a oportunidade de reconhecer o desequilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão pela redução abrupta da demanda provocada por eventos naturais. Nesse sentido, cite-se os seguintes excertos retirados da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “Aumento no custo de energia elétrica e a redução na demanda decorrente na crise hídrica – Fatos não previstos que autorizam as revisões tarifárias – Possibilidade – Ausência de ilegalidade do ato coator – Alegação de má administração não demonstrada”; “eventos imprevisos, que podem ocorrer entre as revisões tarifárias periódicas, podem exigir a ação da agência reguladora de modo a reassegurar o equilíbrio econômico financeiro da concessão - Os fatos geradores do pedido de revisão extraordinária que resultaram na deliberação da ARSESP nº 561/2015 foram o aumento no custo de energia elétrica e a redução na demanda decorrente na crise hídrica” TJSP, Apelação Cível 1021635-36.2015.8.26.0053, 12ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador: J. M. Ribeiro de Paula; Julgado em 29/03/2017. TJSP, Apelação Cível 1016142-78.2015.8.26.0053, 11ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador: Marcelo L Theodósio; Julgado em 26/09/2017.

¹³¹⁵ TCU. Acórdão nº 1604/2015, Plenário. Relator Conselheiro Augusto Nardes, Data da sessão: 01/07/2015.

2. DAS DIFERENÇAS JURÍDICAS ENTRE OS REGIMES JURÍDICOS DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DAS CONCESSÕES E DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS REGIDOS PELA LEI Nº 8.666/1993

A doutrina especializada predominante no Brasil defende o entendimento segundo o qual o equilíbrio econômico-financeiro das concessões teria sede no art. 37, XXI, *in fine*, da CRFB, que o vincularia às “condições da proposta” apresentada pelo licitante, no leilão¹³¹⁶. Tenho que o argumento não encontra amparo no ordenamento, nem nas modelagens contratuais atualmente veiculadas em projetos de infraestrutura. Em primeiro lugar, me valho da robusta pesquisa de Letícia Lins de Alencar¹³¹⁷, na qual a autora aponta a desvinculação dos regimes jurídicos dos equilíbrios econômico-financeiros das duas espécies de contrato, na medida em que: (i) o art. 175 da CRFB delegou à lei e aos instrumentos contratuais o estabelecimento de um regime jurídico do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, sendo uma norma especial em relação ao art. 37, XXI, da CRFB; (ii) a Constituição Federal de 1967¹³¹⁸ foi sido expressa em relação à existência de uma garantia do equilíbrio econômico-financeiro, especificamente aplicável aos contratos de concessão de serviços públicos, o que leva ao entendimento no sentido de que, na Constituição de 1988, teria havido um silêncio eloquente sobre o ponto; (iii) durante os debates da Assembleia Nacional Constituinte, transcritos na Ata Circunstanciada da 8ª Reunião Ordinária da Comissão de Redação, realizada em 20 de setembro de 1988, as referências às “condições da proposta” tiveram por objetivo interditar alterações unilaterais do contrato administrativo, pelo poder público, e não fazer qualquer vinculação ao equilíbrio econômico-financeiro das concessões.

¹³¹⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. A equação econômico-financeira do contrato de concessão: aspectos pontuais. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, n. 7, ago./out. 2006. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011. TÁCITO, Caio. O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. In: TÁCITO, Caio. *Temas de direito público (estudos e pareceres)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1, p. 199-255. TÁCITO, Caio. O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 63, p. 1-15, 1961.

¹³¹⁷ ALENCAR, Letícia Lins de. *Equilíbrio na Concessão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

¹³¹⁸ “Art. 167 – A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo: I – obrigação de manter serviço adequado; II – tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; III – fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior”.

Ademais disso, não se pode desconsiderar que a teoria do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, originalmente, fora forjada com lastro no direito francês (mais especificamente em precedentes do Conselho de Estado), na qualidade de uma proteção do particular às prerrogativas contratuais do poder público. Nesse sentido, Pedro Gonçalves¹³¹⁹ assevera que “o direito à gestão do serviço goza de uma proteção econômica absoluta contra actos da Administração que, por motivos de interesse público, o modifiquem ou eliminem, o concessionário terá então, o direito à reposição do equilíbrio económico do contrato”. Essa garantia da estabilidade econômica do pacto concessório se justifica, por duas ordens de razão: a uma, porque confere segurança jurídica ao projeto, uma vez que o particular, durante a execução contratual, não será surpreendido por alterações abruptas no retorno econômico esperado do empreendimento; a duas, porquanto ninguém se disporia a contratar com o poder público, sob um regime de inferioridade contratual, sem uma compensação financeira¹³²⁰. Não se trata, porém, de racional extraído exclusivamente do direito continental europeu. Tanto é que, nos Estados Unidos, onde não há um regime único para os serviços de utilidade pública (são veiculadas regulações exógenas das denominadas “*public utilities*”), a jurisprudência de sua Suprema Corte, em mais de uma oportunidade, posicionou-se em defesa do equilíbrio econômico-financeiro das relações travadas pelos exploradores dessas atividades – por exemplo, nos precedentes *Railroad Commission v. Eastern Texas Railroad* (264 U.S 79), ou, mais expressivamente, em *Telephone Company v. Tax Commission* (U.S. 403)¹³²¹.

São sob essas duas vertentes que vem se construindo o regime jurídico do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão no Brasil. É que, por se tratar de contratos de longo prazo (dotados de um plexo de objetos, tais como o financiamento, planejamento, execução

¹³¹⁹ GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 270.

¹³²⁰ O primeiro precedente acerca dessa temática foi o famoso caso *Compagnie Générale Française des Tramways*, apreciado pelo Conselho de Estado Francês em 21 de março de 1910, no qual o comissário de governo Léon Blum proferiu voto consagrando o entendimento de que “é da essência de todo contrato de concessão procurar realizar, na medida do possível, uma igualdade entre as vantagens que são acordadas ao concessionário e as cargas a ele impostas.” Disponível em: <<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/10-janvier-1902-Compagnie-nouvelle-du-gaz-de-Deville-les-Rouen>>. Tradução livre.

¹³²¹ Ocasão em que a Suprema Corte consignou que: “A public utility cannot be compelled to carry on a business indefinitely at a loss. If because of such loss a corporation, seeing no prospect of betterment, wishes to discontinue its business and were prevented from doing so by law might be held to be void as imposing an unconstitutional condition upon the privilege of engaging in it.”

dos serviços e realização de obras), não se pode analisar tal rubrica econômica, por intermédio de uma singela equiparação entre os encargos e a remuneração do contratado (tal como se passa no regime previsto na Lei nº 8.666/1993). Ademais disso, por se tratar de contratos de longa duração, sujeitos a uma série de influências, é impossível se conhecer, *ex ante*, todos os eventos imprevisíveis e extraordinários que alterarão a sua economia (a isso voltaremos doravante).

Mas não é só. Essa equação pressupõe que o concessionário deva ser remunerado pelos investimentos realizados (com capital próprio ou de terceiros) para a implantação de determinada infraestrutura. Assim, enquanto na empreitada tradicional o contratado é remunerado concomitantemente com a execução dos serviços – de acordo com os custos unitários por ele apresentados –, no contrato de concessão, diversamente, o concessionário terá de antecipar recursos para, depois de construída a infraestrutura, ser remunerado pelos utentes do serviço¹³²². No mesmo quadrante, Licínio Lopes¹³²³ conclui que, por todas essas razões, “Não se pode comparar a simplicidade de uma mera prestação de serviços à dimensão econômica e jurídica de um contrato global, incluindo-se neste conceito os contratos através dos quais a Administração “delega” ao cocontratante a responsabilidade pela execução/realização de múltiplas tarefas públicas”.

Desse modo, não há que falar em formas estanques e predefinidas para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro das concessões. Há, na verdade, o dever de observância da seguinte procedimentalização: (i) em primeiro lugar, deve se identificar o fato exógeno ao contrato que alterou a sua economia; (ii) depois, será necessária a perquirição sobre qual das partes o risco do advento desse evento foi atribuído; e (iii) por derradeiro, será realizada a escolha – pautada pelo postulado da proporcionalidade – da compensação econômica que será devida à parte atingida pela produção de evento que está alocado à responsabilidade da outra parte. Segue daí a razão pela qual tal equilíbrio econômico-financeiro vem sendo considerado como dinâmico, e não estático¹³²⁴.

¹³²² Nesse sentido, advertem Floriano de Azevedo Marques Neto e Caio de Souza Loureiro: “A obrigação de despendar recursos sem perceber a remuneração equivalente de imediato transforma os custos e despesas do concessionário em investimentos, que pressupõem a necessidade de antecipar recursos cuja contrapartida não caracteriza propriamente uma remuneração, mas, sim, a amortização.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. A (re)afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 125-151, jul./set. 2014. p. 141.

¹³²³ MARTINS, Licínio Lopes. O equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo: algumas reflexões. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 199-240, mar./ago. 2012.

¹³²⁴ VASCONCELOS, Adalberto Santos. *O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de rodovias federais no Brasil*. Brasília: [s.n.], 2004. p. 157. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Equilíbrio econômico nas concessões

Nada obstante, é de se destacar: ele é dinâmico no que respeita às variáveis que lhe são incidentes, mas ele é construído a *partir das bases objetivas do contrato*. Não é por outra razão que o art. 10 da Lei nº 8.987/1995 prescreve que “Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”. É dizer, o crivo de equilíbrio do contrato de concessão só será mantido se forem observadas as condições do contrato, e não as condições das propostas apresentadas pelos licitantes no leilão – como se poderia inferir de uma interpretação isolada do art. 9º da Lei nº 8.987/1995 c/c art. 37, XXI, *in fine*, da CRFB. Nesse sentido, Jacintho Arruda Câmara¹³²⁵ leciona que “existem também situações em que o valor da tarifa não é extraído com base em oferta feita pelo licitante vencedor. São casos em que a própria lei autoriza a adoção de critérios de julgamento que não levam em conta este elemento (o valor da tarifa). (...) Nesta linha, há espaço para que se adote como critério de julgamento a maior oferta pela outorga de concessão (art. 15, II), a melhor proposta técnica (art. 15, IV), a combinação entre esses dois critérios (art. 15, VI) e ainda a melhor oferta, após uma qualificação de propostas técnicas (art. 15, VII) ”.

Alguns outros exemplos ilustram o ponto. No âmbito da regulação dos contratos de concessão, é recorrente a adoção da metodologia de *price cap*¹³²⁶, por intermédio da qual à remuneração do concessionário incidem deflatores tarifários, que visam a repassar eficiências operacionais dos concessionários para os usuários. É o que dispõe, por exemplo, o art. 108, §2º, da Lei nº 9.472 (Lei Geral de Telecomunicações), o qual prescreve que “Serão compartilhados com os usuários, nos termos regulados pela Agência, os ganhos econômicos decorrentes da modernização, expansão ou racionalização dos serviços, bem como de novas receitas alternativas”. No mesmo sentido, o art. 14, IV, da Lei nº 9.427/1996 (Lei de criação da ANEEL) prevê que o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos que veiculam serviços públicos nos segmentos de exploração

de rodovias - Critérios de aferição. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, n. 15, ano 4, out./dez. 2006.

¹³²⁵ CÂMARA, Jacintho Arruda. O regime tarifário como instrumento de políticas públicas. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, v. 3, n. 12, out./dez. 2005.

¹³²⁶ JAMISON, M. A. Regulation: price cap and revenue cap. In: CAPEHART, B. L. (Ed.). *Encyclopedia of energy engineering and technology*. 2007. p. 1.245-1.251. JOSKOW, P. L. Incentive regulation in theory and practice: electricity distribution and transmission networks. In: *Economic regulation and its reform: what have we learned?* NBER, 2011. cap. 2. LAFFONT, J.-J.; TIROLE, J. *A theory of incentives in procurement and regulation*. Cambridge: MIT Press, 1993. LITTLECHILD, S. C. *Regulation of British telecommunications' profitability: report to the secretary of State*. Department of Industry, 1983.

de energia elétrica, deve veicular a “apropriação de ganhos de eficiência empresarial e da competitividade”.

Outro exemplo que ilustra a desvinculação do crivo de equilíbrio dos contratos concessão à proposta comercial dos licitantes é o da adoção de deflatores tarifários atrelados ao cumprimento de obrigações de desempenho e de investimentos, pelos concessionários. Assim, por exemplo, cite-se a inclusão de cláusulas de “desconto de reequilíbrio” nas concessões de rodovias, por intermédio das quais se institui uma lógica de incentivos que, se, por um lado, desonera o usuário nos casos de inadimplementos do concessionário, por outro, o ressarcir no caso de antecipação de investimentos de ampliação da malha rodoviária¹³²⁷. Em resumo, a sistemática do “desconto/acréscimo de reequilíbrio” se configura como uma taxa contratual, que vincula a remuneração do concessionário ao cumprimento do PER.

Por fim, cite-se o exemplo da desvinculação do Plano de Negócios – PN, apresentado pelos concessionários na licitação, para fins de reequilíbrio de contratos de concessão de rodovias, valendo-se da metodologia do Fluxo de Caixa Marginal. O critério do fluxo de caixa marginal é aquele por meio do qual o equilíbrio econômico-financeiro é aferido tendo-se em conta o momento econômico em que se exige dos concessionários a realização de novos investimentos. Mais especificamente, ele tem lugar, na medida em que, como os novos investimentos podem ser realizados muitos anos depois do início da vigência do contrato, é possível que tenha havido substanciais mudanças no contexto macroeconômico do projeto, o que justifica a observância dos custos atuais, e não dos pretéritos. Assim, para fazer frente às novas obrigações (ainda não provisionadas no fluxo de despesas do concessionário), o regulador se valerá de uma taxa de mercado prefixada pelo instrumento contratual ou a ser por ele arbitrada para dimensionar os custos operacionais e de investimentos atuais para reequilibrar o racional econômico do contrato de

¹³²⁷ Na modelagem delineada para a BR-101/ES-BA, por exemplo, previu-se tal metodologia nos seguintes termos: “20.6.1 A ANTT promoverá a avaliação do desempenho da Concessão de acordo com as regras e procedimentos previstos no Anexo 5, considerando o descumprimento dos indicadores, bem como o atraso e a inexecução de obras de ampliação de capacidade condicionadas ao volume de tráfego e de obras e serviços de caráter não obrigatório. 20.6.2 A cada ano do Prazo da Concessão, o resultado da avaliação de desempenho determinará o Desconto de Reequilíbrio para o respectivo ano, na forma prevista no Anexo 5. 20.6.3 O percentual do Desconto de Reequilíbrio de cada ano será deduzido da Tarifa Básica de Pedágio na forma indicada na subcláusula 20.6.5. [...] 20.6.5 O valor da Tarifa Básica de Pedágio resultante das revisões indicadas nas subcláusulas 16.4 e 16.5 sofrerá a dedução do Desconto de Reequilíbrio referente ao desempenho apurado no ano anterior, calculado na forma do Anexo 5, de acordo com a fórmula:” (grifos postos).

concessão¹³²⁸. Cuida-se de metodologia que, atualmente, tem previsão na Resolução ANTT nº 3.651/2011, na Resolução ANTAQ nº 3.220/2014 e na Resolução ANAC nº 355/2015.

Daí se pode afirmar que o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão se lastreia na *manutenção da base objetiva dos contratos*¹³²⁹ (as quais podem vir a serem renegociadas), e não, necessariamente, na proposta formulada pelos licitantes (a exemplo do que se passa com os contratos regidos pela Lei nº 8.666/1993). Ademais disso, é de se destacar que as únicas exceções à construção contratual do equilíbrio econômico-financeiro de tais ajustes, nos quais são atribuídos, aprioristicamente, riscos ao poder concedente dizem respeito às hipóteses de ocorrência de eventos que se configurem como fato do príncipe (art. 9º, §3º, da Lei nº 8.987/1995), ou como uma alteração unilateral do contrato (art. 9º, §4º, da Lei nº 8.987/1995). Segue daí a inadequação normativa de se deslocar, apriorística e de forma indeterminada, os riscos pela materialização de eventos albergados pela Teoria da Imprevisão (a exemplo do provocado pela Covid-19) ao poder concedente, máxime com lastro na Lei nº 8.666/1933. Mais que isso, cuida-se de premissa antípoda ao racional econômico de tais ajustes, como será desenvolvido no próximo item.

¹³²⁸ A ANTT passou a se utilizar da metodologia do fluxo de caixa marginal, especialmente no que diz respeito à realização de novos investimentos em contratos de concessão de rodovia. Tal se deu em decorrência de questionamentos do Tribunal de Contas da União a propósito das elevadas taxas de rentabilidade dos contratos de rodovia da 1ª etapa do Procrofe, o que ficou constatado no Processo de Acompanhamento nº 008.896/2005-2, que versava sobre os estudos que subsidiaram os editais da 2ª etapa do Procrofe. Na ocasião, constatou-se uma taxa interna de retorno de 8,95%, a qual era substancialmente menor do que as praticadas na 1ª etapa do referido programa, que variavam de 17 a 24%. Diante disso, a Secretaria de Fiscalização de Desestatização (Sefid/TCU) daquele tribunal instaurou o Processo nº 026.335/007-4, com o objetivo de verificar as causas da substancial diferença entre as taxas de retorno fixadas nas duas primeiras etapas do programa de rodovias federais. Em razão desse pedido, o Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão nº 2.154/2007, determinou à ANTT que averiguasse se as concessões de rodovias celebradas na 1ª etapa do Procrofe restavam desequilibradas em razão da sua elevada taxa interna de retorno. A referida agência se manifestou por meio da Nota Técnica nº 004/2008/SUREF/SUINF, na qual foi consignado “que estavam em equilíbrio econômico-financeiro os contratos da 1ª Etapa do Procrofe, por serem objetos de revisão e reajuste tarifário, anualmente”. Sucede que, malgrado a ANTT não tenha constatado que os contratos de concessão de 1ª etapa do Procrofe estivessem desequilibrados, ela editou a Resolução nº 3.651/11, de 7 de abril de 2011 (alterada pela Resolução nº 4.339/2014), que aprova a metodologia de fluxo de caixa marginal para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias federais da 1ª etapa, da 2ª etapa (fase I) e do polo Pelotas, em decorrência de novos investimentos e serviços.

¹³²⁹ LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Tradução de Carlos Fernández Rodríguez. Granada: Comares, 2002.

3. INCOMPLETUDE DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO E SEUS EFEITOS ECONÔMICOS

Com visto, o regime jurídico do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão foi forjado com base em concepções doutrinárias atreladas a um regime jurídico-administrativo. Isso importa dizer que, mesmo se prevendo uma abertura jurídica à Teoria da Imprevisão, pretendeu-se construir um sistema completo e previsível, no qual os eventos extracontratuais teriam que ser alocados como um risco do poder concedente. Para além de não ter fundamento jurídico, tal entendimento desconsidera premissas básicas que são inerentes a tais ajustes: (i) a de que os agentes são parcialmente racionais (*bound rationality*) na celebração de contratos de concessão; e (ii) que, em razão da *assimetria de informações* entre regulador e regulado e dos prazos diferidos de vigência, esses ajustes são, por essência, incompletos. Nesse quadrante, é possível se afirmar, como Marcos Nóbrega¹³³⁰, que “a utilização da Teoria da Imprevisão é inadequada para servir de base teórica para a recomposição do equilíbrio financeiro do contrato por conta não somente da sua defasada base volitiva, mas também por não considerar as assimetrias informacionais existentes entre o Poder Público contratante e o particular”. Cuida-se, na verdade, de problemas de informação e de custos de transação.

Como é sabido, Ronald Coase, em dois textos seminais, o primeiro, publicado em 1937, denominado “*The Nature of The Firm*”, e o segundo, em 1960, cujo título é “*The Problem of Social Cost*” desenvolveu a Teoria dos Custos de Transação. Em breves e resumidas palavras, a teoria formulada pelo autor consagra o entendimento de acordo com o qual “quando os direitos de propriedade são bem definidos e o custo de transação é igual a zero, a solução final do processo de negociação entre as partes será eficiente, independentemente da parte a que se atribuem os direitos de propriedade”. O núcleo desse teorema está no conceito de “custos de transação”. Tal conceito está atrelado à adequada (e realista) concepção de acordo com a qual o livre mercado é dotado de imperfeições, que justificam a intervenção do direito. Dito em outros termos, considera-se que conceitos como o de concorrência perfeita e de simetria de informações entre os agentes econômicos

¹³³⁰ NÓBREGA, Marcos. *Direito e Economia da Infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

não têm lugar no mundo dos fatos (como defendido, pela Teoria Neoclássica, pela crença na existência de “uma economia de lousa”).

E isso se dá em razão de dois pressupostos básicos das relações econômicas: o da racionalidade limitada e o do oportunismo entre as partes. O primeiro está relacionado à impossibilidade de os atores humanos racionalizarem todas as suas escolhas (ponderando os custos e benefícios de suas ações), seja pela escassez de informações, seja por fatores exógenos ao seu comportamento (v.g. a edição de normas jurídicas) ou endógenos (v.g. a busca de satisfação). O segundo tem a ver com o fato de cada parte, ao maximizar seus próprios interesses, poder se utilizar da assimetria de informações para com a contraparte, de modo a obter um excedente de renda (o que importará numa situação subótima¹³³¹). Daí que, de acordo com Ronald Coase¹³³², os custos de transação são todos os valores necessários à relação econômica, os quais podem ter lugar no âmbito da negociação (no procedimento de barganha), na sua remuneração (a título de contraprestação) e na prevenção de condutas oportunistas¹³³³.

Tal conceito, sob a perspectiva da assimetria informacional, veio a ser desenvolvido, por George Akerlof, em 1970, no artigo “*The Market for Lemons: quality uncertainty and the Market Mechanism. Quarterly Journal of Economic*”¹³³⁴. Segundo Akerlof, no mercado de venda de carros usados (os *lemons*), o vendedor tem mais informações a propósito dos carros usados, o que importa na presunção, para os compradores, de que todos os carros usados são de baixa qualidade. Segue daí que tal assimetria de informações resulta em duas consequências: (i) na queda dos preços dos

¹³³¹ CATEB, Alexandre Bueno; GALLO, José Alberto Albeny. Breves considerações sobre a teoria dos contratos incompletos. *UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics*. 2007. Disponível em: <<https://escholarship.org/uc/item/1bw6c8s9>> Acesso em 15/03/2020.

¹³³² COASE, Ronald Harry. *The Nature of the Firm*. *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 16. (Nov., 1937), pp. 386-405.

¹³³³ Sobre tema, aprofundar também em: NORTH, Douglas C. Custos de Transação, Investimentos e Desempenho Econômico. *Ensaio & Artigos*. Tradução de Elizabete Hart. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1992. Portanto, os custos de transação ocorrem quando as transações entre agentes econômicos “são difíceis de precificar e que correspondem principalmente às incertezas existentes quanto às possibilidades de comportamento oportunista e não atendimento de padrões pré-acordados impelem a firma decidir se a produção de determinado bem deve ou não ser internalizada ou contratada à outra [firma]”. Caso sejam elevados, a firma escolherá por internalizar a produção. Mas, “se as incertezas quanto ao atendimento das exigências da firma contratante forem pequenas e por isso gerarem custos de transação baixos, então a firma preferirá contratar a produção. (RAUEN, André Tortato. Custos de transação e governança: novas tipologias de relações interfirmas. *Revista Espaço Acadêmico* – Nº 69 – Fevereiro/2007, Ano VI. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/313939167_Custos_de_transacao_e_governanca_novas_tipologias_de_relacoes_interfirmas>. Acesso em 15/03/2020).

¹³³⁴ AKERLOF, George. The Market for Lemons: quality uncertainty and the Market Mechanism. *Quarterly Journal of Economics*, n. 84, p. 488-500, 1970.

carros usados; e (ii) no fato de os carros usados de boa qualidade serem excluídos do mercado (seleção adversa).

São circunstâncias que não podem ser desconsideradas na celebração de negócios jurídicos. Na mesma direção, Oliver Williamson¹³³⁵, autor que posteriormente desenvolveu a teoria de Coase, asseverou que os “custos de transação” nos negócios jurídicos têm lugar porque os agentes econômicos não adquirem bens, tão somente, por conta dos custos de produção, mas porque a todos eles estão agregados os custos de negociação, que são aqueles necessários à formação e à manutenção dos ajustes. Ainda de acordo com o autor, estes custos podem se materializar, *ex ante*, na fase pré-contratual; ou, *ex post*, posteriormente à sua celebração. Na fase pré-contratual, os custos de transação podem ser exemplificados: (i) pela redação do contrato; (ii) pelas negociações para obtenção de melhores condições e obrigações contratuais; e (iii) pelo estabelecimento de garantias para se mitigar os riscos da ocorrência de fatos supervenientes. Já os custos na fase pós-contratual, por sua vez, terão lugar, por exemplo: (i) na fiscalização do contrato; (ii) na manutenção das condições originalmente acordadas; e (iii) na sua renegociação pela ocorrência de fatos supervenientes¹³³⁶.

Em resumo, a *assimetria de informações* tem lugar, primeiramente, na medida em que as partes costumam ter maiores informações a propósito dos próprios negócios (no que toca ao volume demanda, custos fixos e variáveis, informações que podem colaborar para a elaboração de um fluxo da caixa para firma). Razão pela qual o Regulador não consegue prever, com segurança, como a contraparte se portará durante a celebração e a execução dos negócios jurídicos. É dizer, ainda que a contraparte revele determinadas informações (no âmbito do procedimento de barganha, por exemplo), isso não importa que todas essas informações serão absorvidas e compreendidas. Ademais disso, essa assimetria de informações poderá importar na prática de condutas oportunistas pelo detentor das informações, valendo-se delas para extrair renda de tal vantagem (*informational*

¹³³⁵ WILLIAMSON, Oliver. Economics of Organization: The Transaction Cost Approach. *American Journal of Sociology*. Vol. 87, No. 3., 1981. p. 552.

¹³³⁶ De acordo com Robert Cooter: “The basic idea of the (Coase) theorem is that the structure of the law which assigns property rights and the liability does not matter so long as transaction costs are nil; bargaining will result in an efficient outcome no matter who bears the burden of liability. The conclusion may be drawn that the structure of law should be chosen so that transaction costs are minimized, because this will conserve resources used up by the bargaining process and also promote efficient outcomes in the bargaining itself.” (COOTER, Robert. The Cost of Coase. *Journal of Legal Studies* XI, 1982. Disponível em: <http://works.bepress.com/robert_cooter/97>. Acesso em 15/03/2020).

rent). Todo esse racional resulta na constatação econômica de que os contratos – especialmente os de longo prazo – são incompletos. Assim, no âmbito de uma relação contratual, tal incompletude se materializa pela assimetria de informações entre as partes, *ex ante*, e na impossibilidade (e na onerosidade) em se prever todas as suas contingências, *ex post*.

Daí que a celebração de contratos de longo prazo (dotados de maior grau de incompletude) se justificam, justamente, pela necessidade de as partes obterem informações da contraparte. Nesse quadrante, de acordo com a conhecida concepção do professor de economia da Universidade de Harvard, Oliver Hart (vencedor do Prêmio Nobel de Economia de 2016, ao lado do economista finlandês Bengt Holmström¹³³⁷), no âmbito de contratos incompletos¹³³⁸, seria mais eficiente às partes celebrar contratos flexíveis, possibilitando a sua renegociação *a posteriori*. Tal modelo consistiria no estabelecimento de um ponto de referência, um parâmetro fixo, *ex ante*, e de variáveis, a serem preenchidas *ex post*.¹³³⁹

Especificamente a propósito dos contratos de concessão, o autor afirma que tais ajustes são, por excelência, marcados por espaços de incompletude¹³⁴⁰. É que, malgrado suas disposições contratuais, abre-se um espaço de incompletude na sua execução, que engloba todos os possíveis

¹³³⁷ Para ilustrar, cita como exemplo a singela situação em que se contrata uma empregada com horário fixo, mas com a possibilidade de se, eventualmente, exigir o cumprimento de horas-extras remuneradas. Nessa hipótese, a incompletude residiria na variável de se poder, ou não, obrigar o cumprimento de horas-extras. É que, ao se abrir tal possibilidade, aumentam-se os riscos por parte da contratada, que, naturalmente, poderá repassá-los sob a forma de um aumento da sua contraprestação. Esse modelo só seria eficiente se ambas as partes tivessem razoável sinergia quanto ao valor a ser cobrado a título de horas extras. Do contrário, caso os valores entendidos como devidos sejam muito discrepantes, a melhor solução seria manter o salário fixo e negociar o variável a cada situação de necessidade. (MAIJA, Halonen-Akatwijuka; HART, Oliver. *More is Less: Why Parties May Deliberately Write Incomplete Contracts*. National Bureau of Economic Research Working Paper nº 19001, 2013. Disponível em: <<https://www.nber.org/papers/w19001>> Acesso em 15/03/2020).

¹³³⁸ Nos contratos completos, por sua vez, as partes “são capazes de especificar, em tese, todas as características físicas de uma transação, como data, localização, preço e quantidades, para cada estado da natureza futuro.” (CATEB, Alexandre Bueno; GALLO, José Alberto Albeny. *Breves considerações sobre a teoria dos contratos incompletos*. UC Berkeley: *Berkeley Program in Law and Economics*. 2007).

¹³³⁹ HART, Oliver; MOORE, John. *Contracts as Reference Points*. *The Quarterly Journal of Economics*. Vol. CXXIII, February 2008.

¹³⁴⁰ No mesmo sentido, Tatiana Esteves Natal, para quem “Não causa estranhamento o fato de que a ocorrência majoritária no mundo real é a de contratos incompletos. O contrato completo é um conceito ideal. Em economia, os modelos teóricos são úteis para conformar, por hipótese, situações ótimas (situadas no plano das é) e ilustrar seu afastamento de situações empíricas (os casos concretos situados no mundo real). Assim, não há sentido prático em falar acerca da completude e incompletude de um contrato, mas em “grau de completude” dos contratos. (NATAL, Tatiana Esteves. *A teoria dos contratos incompletos e a natural incompletude do contrato de concessão*, 2014).

caminhos a adimpli-lo¹³⁴¹. Assim é que uma das soluções propostas por Hart, para se colmatar o preenchimento dessas lacunas, seria a adoção de uma metodologia de renegociação, lastreada em princípios, ou parâmetros interpretativos¹³⁴², previamente acordados entre as partes. Cuida-se do denominado *Vested Model*, no qual se estabelecem, *ex ante*, parâmetros básicos de diálogo para uma futura renegociação, que poderá vir a ocorrer justamente para preencher cada *espaço de incompletude* contratualmente pré-definido¹³⁴³.

Ademais disso, os contratos de concessão são contratos de natureza relacional. De acordo com Ian Macneil¹³⁴⁴, “duas características comuns dos contratos de longo prazo são: a existência de lacunas no planejamento e a presença de uma série de processos e técnicas usadas pelos contratantes para criar flexibilidade, em vez de tentar planeja-lo rigidamente”. É que, nos contratos de concessão, a variável “prazo” é imprescindível para a execução do cometimento público por ele veiculado. De fato, por meio dela, que será formado o equilíbrio econômico-financeiro destes ajustes, trazendo-se o valor futuro dos recebíveis a um valor presente, o qual terá de ser amortizado (a uma determinada taxa), durante a exploração do ativo. Daí porque o “prazo” se vincula ao próprio objeto do contrato, pois que esse ajuste não comporta, sob o aspecto econômico, a sua execução por prestações imediatas (“spot”). Cuida-se uma estratégia contratual da qual se valem as partes para gerar incentivos para que possam investir em *ativos específicos*, assim considerados como a condição determinada pelas limitações de remoção para torná-lo disponível a outras finalidades e a outros usuários, sobretudo em função dos custos que lhe foram afundados (*sunk costs*)¹³⁴⁵. São, portanto,

¹³⁴¹ HART, Oliver. Incomplete Contracts and Public Ownership: Remarks, and the Application to Public-Private Partnerships. Harvard. *The Economic Journal*, v. 113, n. 486, Conference Papers (Mar., 2003).

¹³⁴² Hart menciona como parâmetros os da lealdade, da equidade, honestidade, integridade, autonomia e reciprocidade. A proposta aqui seria destrinchar esses vetores em contrato. A título de exemplo, o corolário da equidade se concretizaria mediante a repartição de lucros, a cada parte, de maneira proporcional a seus êxitos (HART, Oliver. *Overcoming Contractual Incompleteness: The Role of Guiding Principles*. p. 27. Disponível em: <<https://scholar.harvard.edu/hart/publications/overcoming-contractual-incompleteness-role-guiding-principals>>. Acesso em 15/03/2020). Da mesma forma, o corolário da lealdade contemplaria a ideia de tratar o bem alheio como se seu fosse. Em casos em que o nível de rendimento de uma das partes fosse inferior ao por ela projetado, a outra teria o dever de contribuir para mitigar esse prejuízo. (HART, Oliver. *Overcoming Contractual Incompleteness: The Role of Guiding Principles*. Op. Cit. p. 5.)

¹³⁴³ HART, Oliver. *Overcoming Contractual Incompleteness: The Role of Guiding Principles*. Op. Cit. p. 23.

¹³⁴⁴ MACNEIL, Ian. The many future of contracts. *South California Law Review*, vol. 47, p. 691-816, 1973- 1974, p. 720.

¹³⁴⁵ KLEIN; CRAWFORD; ALCHIAN. *Vertical integration, appropriable rents, and the competitive contracting process*, p. 299.

investimentos que pressupõe: (i) a sua vocação ao atendimento de unidades de capital fixo especializadas; (ii) a sua expansão seja direcionada e dimensionada para atender a uma demanda, que envolva um conjunto de transações; (iii) um processo de aprendizagem, por intermédio do qual os contratantes, em razão da relação duradoura, poderão dele se valer para a celebração de outros negócios jurídicos. De fato, como leciona Rachel Sztajn¹³⁴⁶, “para que os indivíduos façam investimentos e façam surgir o pleno potencial das trocas através da especialização, faz-se necessária a redução nos custos associados a riscos futuros de rupturas de promessa”.

Confirmam a incompletude dos contratos de concessão a presença de cláusulas contratuais, por meio das quais se prevê, como uma forma de colmatar as suas lacunas, a incidência da regulação setorial *ex post*. Assim, por exemplo, cite-se a Cláusula 3.1.27 do Contrato de Concessão do Aeroporto de Viracopos, segundo a qual “*sem prejuízo de eventual regulamentação futura expedida pela ANAC, dispor de banco de dados atualizado, em base eletrônica, apto a gerar relatório contendo as informações da Concessão, assegurando à ANAC o acesso ininterrupto, irrestrito e imediato ao referido banco de dados*” (grifos postos). No mesmo sentido, cite-se a Cláusula 29.4 das Concessões de Rodovias da 3ª Fase do PROCROFE, segundo as quais “De acordo com os prazos e condições estabelecidos em regulamentação da ANTT, terceiros serão autorizados a realizar pesquisas de campo quando se aproximar o término do Prazo da Concessão, para fins de realização de estudos para a promoção de novos procedimentos licitatórios e/ou realização de novas obras”.

Nesse quadrante, nos contratos de concessão, as partes, por manterem um relacionamento duradouro, se submetem a jogos sequenciais¹³⁴⁷, o que gera incentivos para elas cooperarem, na colmatação de suas lacunas, *ex post*¹³⁴⁸. Segue daí porque considero que tal instrumento, na esteira de Fernando Araújo¹³⁴⁹, tem por objetivo promover a: (i) cooperação por intermédio da conversão

¹³⁴⁶ SZTAJN, Raquel. Law and economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Raquel (Org.). *Direito & economia – Análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

¹³⁴⁷ SADDI, Jairo; PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

¹³⁴⁸ Como bem diagnosticado por Gómez-Ibáñez “Os governos geralmente optam por renegociar contratos incompletos, porque a perspectiva de viver com serviços inadequados que derivam de contratos antiquados parece muito dolorida. Mas o governo que renegocia coloca sua credibilidade com os cidadãos bem como com os investidores em risco, comprometendo o apoio popular para a infraestrutura privada.” (GÓMEZ-IBÁÑEZ, José. *Regulating Infrastructure: Monopoly, Contracts and Discretion*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

¹³⁴⁹ ARAÚJO, Fernando. Uma análise econômica dos contratos. Parte I: A abordagem econômica, a responsabilidade e a tutela dos interesses contratuais. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 69-160, abr./jun. 2007.

de jogos não cooperativos em jogos cooperativos; (ii) circulação e partilha da informação entre as partes; (iii) vinculação ótima ao contrato; (iv) um nível ótimo de confiança; e, para o que aqui importa, (iv) a diminuição dos custos de transação, pelo estabelecimento de relações duradouras e flexíveis.

Daí que, considerando os custos de transação de se desenhar contratos incompletos, seria mais eficiente postergar a colmatação de suas lacunas contratuais, por intermédio de um procedimento negocial ou pelo *enforcement*¹³⁵⁰. Nesse sentido, como afirma David Campbell¹³⁵¹, num determinado momento seu custo não mais compensará. (...) os custos de informação de determinada contingência serão menores quanto mais patente for a referida contingência, e, assim, a modificação do contrato *ex post* tenderá a ser menos custosa que sua alteração *ex ante*¹³⁵².

Com base nesse racional, é possível se afirmar que a aplicação irrestrita e apriorística da Teoria da Imprevisão, em contratos de concessão, não se apresenta eficiente. É que, em razão da racionalidade limitada e da assimetria de informações entre regulador e regulado, a previsão de todos os eventos que podem acometer um contrato de longo prazo incrementaria os custos de transação do desenho contratual. Segue daí o racional econômico de se modelar uma estrutura contratual lastreada em incompletudes, deliberadamente deixadas pelas partes. Caso, porém, não seja possível estabelecer as consequências para um evento imprevisível, será mais eficiente delegar a sua colmatação para um procedimento negociado, *ex post*, do que arbitrar suas consequências *ex ante*. Disso decorre a necessidade de tal teoria ser disciplinada pela regulação econômica dos pactos concessionários (e não de forma apriorística), tema que será tratado no próximo item deste ensaio.

¹³⁵⁰ É consensual entre aqueles que estudam contratos em Economia que uma fração muito relevante das informações não é observada e, entre as observadas, apenas uma pequena parcela pode ser utilizada nas instâncias judiciais. Por isso, os contratos costumam conter em si os elementos que conduzem ao comportamento desejado, o que é denominado na literatura de *self enforcement* (AZEVEDO, Paulo Furquim de. Parte II: contratos – Uma perspectiva econômica. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Raquel (Org.). *Direito & economia – Análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005).

¹³⁵¹ *The incompleteness of our understanding of the law and economics of relational contract*, cit., p. 674.

¹³⁵² Sztajn e Verçosa asseveram que: “A distribuição da informação entre contratantes é ponto central na conclusão de pactos; tem relevância na distribuição dos ônus e vantagens entre os contratantes. Daí que se torna possível prever o equilíbrio que resultará do contrato (se efetivo ou não), a distribuição dos ganhos e perdas, e como interpretá-lo quando evento imprevisto venha incidir sobre as prestações.” (SZTAJN, Raquel; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Dulrec. A incompletude do contrato de sociedade. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 131, jul./set. 2003).

4. DIFERENÇAS ENTRE A REGULAÇÃO DISCRICIONÁRIA E A REGULAÇÃO CONTRATUAL E OS SEUS EFEITOS SOBRE A APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO

Como visto, a assimetria de informações e a racionalidade limitada dos agentes importam em uma incompletude intrínseca ao regime jurídico do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão. Segue daí a razão pela qual a relação entre poder concedente e concessionário veicula um problema de Agência. De acordo com a *Teoria do Agente-Principal*¹³⁵³, o Principal (poder concedente) delega uma determinada atividade para o Agente (concessionário), que possui uma vantagem informacional, e não tem, *a priori*, condições de aferir o nível de esforço exercido pelo agente para o atingimento de um determinado resultado (*output*). Daí a necessidade de se veicular um modelo regulatório que sirva para que o Agente tenha incentivos para cumprir os objetivos estipulados pelo Principal, no âmbito da exploração de uma infraestrutura que, em determinados segmentos, ainda ostenta a natureza jurídica de monopólio natural.

De fato, como destacado por Harold Demsetz¹³⁵⁴, como é irreal se estabelecer uma exploração concorrencial no âmbito de um mercado caracterizado como monopólio natural, por intermédio de uma regulação contratual (antecedida por um Leilão), seria incentivada a produção de eficiências que teriam lugar num ambiente competitivo. De acordo com autor, as revelações das informações seriam obtidas, por meio de lances sucessivos do Leilão – até que seja escolhido um prestador de serviço mais eficiente. Nada obstante, como visto, a assimetria de informações entre as partes e o longo prazo de tais ajustes impedem que todas essas informações sejam reveladas, *ex ante*¹³⁵⁵, predica-se do desenho de mecanismos regulatórios *ex post*.

Nesse quadrante, são endereçados dois modelos de regulação de contratos de concessão: a regulação discricionária (*discretionary regulation*) e a regulação por contrato (*regulation by contract*). A primeira tem por desiderato estabelecer uma estrutura de custos para o agente regulado, a ser remunerada por determinada taxa de rentabilidade. Utilizando-se de tal metodologia, estabelece-se uma remuneração pelos investimentos realizados e/ou previstos (*Capex Capital*

¹³⁵³BARON, D. P.; MYERSON, R. B. Regulating a Monopolist with Unknown Costs. *Econometrica*, Evanston, v. 50, n. 4, p. 911-930, jul. 1982.

¹³⁵⁴DEMSETZ, Harold. Why regulate utilities? *Journal of Law and Economics*, v. 11, n. 1, p. 55-65, abril 1968.

¹³⁵⁵CRASWELL, Richard. *The “incomplete contracts” literature and efficient precautions*. 56. CASE W. RES. L. REV. 151 (2005-2006).

Expenditure – CAPEX) e pelos custos operacionais incorridos e/ou previstos (*Operational Expenditure* – OPEX). Trata-se de uma modalidade de regulação que tem por objetivo primeiro interditar que o agente monopolista cobre preços supracompetitivos, por intermédio da simulação de um mercado competitivo (*competition in the market*).

Para tanto, o regulador poderá se valer de duas metodologias. Poderá se valer da regulação por taxa de retorno (*rate of return*), metodologia por meio da qual se garante ao agente regulado a manutenção da Taxa Interna de Retorno – TIR do projeto¹³⁵⁶, em face dos custos por ele despendidos. Embora se trate de modelo, habitualmente, utilizado em projetos de infraestrutura, a sua desvantagem consiste nos incentivos gerados para o superdimensionamento da base de ativos, considerando a garantia de uma rentabilidade fixa (Efeito *Averch-Johnson*¹³⁵⁷) para o concessionário. E, da regulação por preço-teto (*price cap*), metodologia por intermédio da qual, ao se fixar um preço máximo, pretende-se criar incentivos para que o concessionário aumente a sua rentabilidade, pela gestão eficiente de seus custos. Em ambas as modalidades, porém, as premissas econômicas do contrato são atualizadas periodicamente (em sede de revisão tarifária)¹³⁵⁸.

A regulação por contrato (*Regulation by Contract*), por sua vez, tem lugar pelo estabelecimento, *ex ante*, após a realização do leilão, dos custos que serão incorridos pela firma. Em resumo, essa modalidade de regulação contratual estabelece, desde a modelagem inicial, uma variação do preço obtido no âmbito do procedimento licitatório: (i) pelo reajuste anual; (ii) pelo estabelecimento de uma adequada matriz de riscos contratuais; (iii) pelo estabelecimento de níveis qualitativos de serviços; (iv) pela previsão de obrigações de investimentos, dentre outros arranjos contratuais¹³⁵⁹. Por meio dessa modalidade, estabelece-se que a formação do “preço” se dará pela

¹³⁵⁶ JOSKOW, Paul Lewis. The determination of the allowed rate of return in formal regulatory hearings. *Bell Journal of Economics*, n. 3, p. 632-644, 1972.

¹³⁵⁷ BROWN, A.; STERN, John; TENENBAUM, Bernard. *Handbook for evaluating infrastructure regulatory systems*. World Bank, 2006.

¹³⁵⁸ AVERCH, Harvey; JOHNSON, Leland. *Behavior of the firm under regulatory Constraint*. *American Economic Review*, n. 52, v. 5. 1962. p. 1052-1070.

¹³⁵⁹ GOMEZ-IBANEZ, Jose. *Regulating infrastructure: monopoly, contracts and discretion*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2003.

exploração do monopólio natural, diante da competição pelo mercado (*Competition for the Market*)¹³⁶⁰.

Essa última modalidade de regulação vem sendo adotada, por exemplo, nas concessões de rodovias e de aeroportos, nas quais há previsão de uma exaustiva matriz de riscos contratuais, o que restringe muito a aplicação da Teoria da Imprevisão em tais modelagens. Isso porque, a depender da matriz de riscos contratuais, os eventos albergados pela Teoria da Imprevisão podem ser alocados ao Poder Concedente ou ao concessionário. Nesse sentido, cite-se a Cláusula 5.2.8 dos Contratos de Concessão da Infraestrutura aeroportuária, segundo a qual se prescreve que são riscos do poder concedente “a ocorrência de *eventos de força maior ou caso fortuito*, exceto quando a sua cobertura possa ser contratada junto a instituições seguradoras, no mercado brasileiro, na data da ocorrência ou quando houver apólices vigente que cubram o evento”. Nos contratos de Concessão de Rodovias da 3ª fase do PROCROFE, por sua vez, veiculou-se a Cláusula 20.1.2, a qual atribui às concessionárias “os *riscos pelo advento de caso fortuito e força maior* que possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil à época de sua ocorrência”. Note-se que, a depender da modelagem contratual, os riscos pela Teoria da Imprevisão são alocados ao Poder Concedente ou ao concessionário.

Nas concessões de rodovias federais, para além de uma matriz de riscos contratuais que delimita a aplicação de tal teoria, o art. 2º A da Resolução ANTT nº 675/2004, prescreve que “**Nas revisões extraordinárias** serão consideradas as repercussões, decorrentes, única e **exclusivamente, de fato de força maior, ocorrência superveniente, caso fortuito**, fato da Administração, alteração unilateral do contrato, ou **fato de príncipe que resultem**, comprovadamente, em alteração dos encargos da concessionária”. (Grifos Postos). Isso quer significar que, especificamente nesse modelo de regulação contratual, os efeitos econômicos decorrentes da Teoria da Imprevisão foram alocados ao Poder Concedente – o que poderia não ter acontecido. Mais que isso, que, à luz da regulação contratual delineada da modelagem dos contratos de concessão de rodovias, os efeitos decorrentes da Teoria da Imprevisão só poderão ser invocados, pelo Concessionário, para fins de reequilíbrio, em sede de Revisão Extraordinária. Nesse quadrante, há uma delimitação do que

¹³⁶⁰ CAMACHO, Fernando Tavares; RODRIGUES, Bruno da Costa Lucas. Regulação econômica de infraestrutura: como escolher o modelo mais adequado? *Revista do BNDES*, n. 41, junho de 2014.

poderá estar albergado pela Teoria da Imprevisão, bem como do instrumento procedimental adequado para veicular os seus efeitos econômicos.

Com o mesmo racional de relativizar o entendimento de que o risco pelo advento da Teoria da Imprevisão seria sempre alocado ao Poder Concedente, cite-se a questão do risco cambial: cogite-se da hipótese (provável) de a Pandemia provocada pelo Coronavírus importar em variações do câmbio. Alguém duvidaria de que se trata de um evento albergado pela Teoria da Imprevisão, que poderá provocar a onerosidade excessiva de contratos de concessão (especialmente se o projeto tiver sido financiado por organismos internacionais)? Mas isso não significa que o concessionário, necessariamente, tenha direito ao reequilíbrio de seu contrato. É que, contrariando as diretrizes do *Global Infrastructure Hub*, os riscos cambiais, salvo exceções presentes em modelagens mais novidadeiras¹³⁶¹, vêm sendo integralmente transferidos para os concessionários em contratos de concessão. Cite-se, nesse sentido, a Cláusula 5.6.10 do Contrato de Manutenção e Exploração dos aeroportos integrantes dos Blocos Nordeste, Centro-Oeste e Sudeste, que atribuem ao concessionário o risco pela “variação das taxas de câmbio”. E, no mesmo sentido, a Cláusula 21.1.14 do Contrato de Concessão nº 006/2013, da 3ª Fase do PROCROFE, o qual aloca o risco de “variação das taxas de câmbio” ao concessionário. Some-se a isso os distintos tratamentos que vêm sendo dados aos efeitos provocados pelo Covid-19 em contratos de concessão, em outros países, como será demostro no próximo item.

4.1 EFEITOS DA COVID-19 EM CONTRATOS DE CONCESSÃO NO MUNDO E APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO

Na Espanha, o tema veio a ser endereçado pelo Real Decreto-ley 8, de 18 de março de 2020. No referido normativo, o risco pelo advento da pandemia foi considerado como alocado ao Poder Concedente. Nesse sentido, previu-se o direito das concessionárias ao restabelecimento do

¹³⁶¹ O tema foi bem endereçado, no âmbito da Concessão nº01/2019 (Concessão do Lote Pipa), que, em seu anexo 22, define que tal instrumento “terá aplicabilidade apenas para o montante principal de financiamentos em moeda estrangeira, e não inclui os juros ou quaisquer outros valores devidos no âmbito do financiamento, cujo montante máximo será, individual ou agregado, de US\$500.000.000,00 (quinhentos milhões de dólares norte americanos), ou o equivalente em outras moedas conforme taxa de câmbio PTAX venda, divulgada pelo Banco Central do Brasil, no dia da contratação do respectivo instrumento de financiamento”. Ainda de acordo com a referida modelagem, tal mecanismo poderá ser implementado para dar cabo de investimentos em bens reversíveis, por intermédio da utilização da Conta de Reserva de Outorga, formada pelas contribuições variáveis estabelecidas no Leilão.

equilíbrio econômico de seus contratos de concessão, por intermédio da extensão da variável prazo, em 15%, bem como pela alteração das cláusulas de conteúdo econômico do ajuste¹³⁶². Ainda de acordo com normativo, o reequilíbrio econômico-financeiro deverá servir para compensar a perda de receita e o aumento de custos suportados pelas concessionárias – incluindo quaisquer custos salariais adicionais, que se refiram à execução ordinária do contrato de concessão de obras ou serviços, durante a pandemia provocada pela Covid-19. É de se notar, com efeito, que, na Espanha, a legislação de emergência considerou que o risco pelo advento da Pandemia teria sido alocado ao Poder Concedente.

O Reino Unido, em 02 de abril de 2020, tratou do tema na *Guidance Note*, emitida pela *Infrastructure and Projects Authority*, a qual dispõe sobre os contratos de *Private Finance Initiative* (PFI) e *Private Finance 2* (PF2), instrumentos negociais similares aos contratos de concessão brasileiros. De acordo com o documento, a Pandemia provocada pela Covid-19 não se configura como um evento de *force majeure*¹³⁶³. A despeito disso, determina-se que as autoridades

¹³⁶² Nos termos do decreto: “En los contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios vigentes a la entrada en vigor de este real decreto-ley, celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, la situación de hecho creada por el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo darán derecho al concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante, según proceda en cada caso, la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15 por 100 o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

Dicho reequilibrio en todo caso compensará a los concesionarios por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados, entre los que se considerarán los posibles gastos adicionales salariales que efectivamente hubieran abonado, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión de obras o de servicios durante en el período de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19. Solo se procederá a dicha compensación previa solicitud y acreditación fehaciente de la realidad, efectividad e importe por el contratista de dichos gastos.

La aplicación de lo dispuesto en este apartado solo procederá cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista, hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita en su primer párrafo y únicamente respecto de la parte del contrato afectada por dicha imposibilidad.” (*Real Decreto-ley 8*. Disponível em: < <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-3824>>.)

¹³⁶³ Nesse ponto, faz-se referência ao ensinamento de Marcelo Rangel Lennertz, que aponta que o conceito de *force majeure events* não guarda identidade com o conceito brasileiro de força maior: primeiro, porque não tem previsão taxativa dentre os casos trazidos no contrato, como no modelo inglês, vez que a hipótese de caso fortuito e força maior na legislação brasileira comporta a adequação de diferentes cenários ao conceito; segundo, os efeitos de caso fortuito e força maior, previstos no art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/93 englobam todas as consequências do gênero de *Supervening Events* inglês, cujas espécies são *Compensation Events*, *Relief Events* e *Force Majeure Events*.

E conclui: “a afirmação contida na *Guidance Note* do Governo do Reino Unido de que a pandemia da COVID-19 não configura um “Force Majeure Event” nos contratos de PFI e PF2 significa, simplesmente, que pandemias não constam do rol (taxativo) de hipóteses previstas nesses contratos para a caracterização de um “Force Majeure Event”. O principal efeito prático dessa constatação é impedir que as Contratadas possam requerer a extinção da relação contratual, com o consequente pagamento de indenização pelo Poder Concedente” (LENNERTZ, Marcelo Rangel. *Covid-19 não configura ‘evento de força maior’ em PPPs do Reino Unido - qual a relevância dessa decisão para as discussões no*

contratantes devem trabalhar, em conjunto com os concessionários e utilizando-se de todos os meios disponíveis, de modo que os serviços públicos não tenham soluções de continuidade. O documento, prevê, ainda, que, como forma de se garantir a continuidade dos serviços públicos, devem ser mantidos os pagamentos à contratada (de sorte que ela possa continuar remunerando sua força de trabalho e seus fornecedores), bem como que sejam revistos índices de desempenho contratual, de modo que eles possam vir a refletir os impactos provocados pela Covid-19¹³⁶⁴. O documento recomenda, ainda, que a remuneração das concessionárias seja calculada com base na média realizada nos últimos três meses anteriores à pandemia^{1365,1366}. Daí se pode inferir que, no Reino Unido, os efeitos econômicos provocados pela Covid-19 não foram considerados como risco aprioristicamente alocado ao Poder Concedente. É dizer, de acordo com documento, o equilíbrio econômico-financeiro deverá observar a matriz de riscos contratual.

Portugal, por sua vez, editou o Decreto-Lei nº 19-A/2020, em 30 de abril de 2020, que estabelece um regime excecional e temporário de reequilíbrio financeiro de contratos de execução duradoura, no âmbito da pandemia da doença Covid-19. O normativo, em seu art. 3º I, dispõe que

Brasil? Disponível em: < <https://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-covid-19-nota-sobre-a-irrelevancia-da-decisao-do-governo-do-reino-unido-para-concessoes-no-brasil/>>. Acesso em 28 jul. 2020.)

¹³⁶⁴ No original: “Contracting authorities should work closely with PFI contractors to use all available options to maintain public services during the emergency period. This will include maintaining unitary charge payments (enabling PFI contractors to pay their workforce and suppliers), revising contract requirements/ standards (including scope changes where necessary) and moderating payment and performance mechanism regimes where appropriate.” (Guidance Note. Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/878059/2020_04_02_PFI_and_COVID19_final.docx.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2020.)

¹³⁶⁵ Conforme item 4 da *Guidance Note*. (4. It is critical however that contracting authorities recognise that PFI contractors may not be able to achieve full performance under the PFI contract due to the on-going COVID-19 emergency, including where due to illness in the workforce and to the need to introduce revised ways of working to protect health and safety. Where this is the case, it should be agreed locally to moderate contract requirements and standards and payment and performance mechanism arrangements to a point where they support the stable delivery of vital services for the duration of the emergency. In those circumstances normal unitary charge payments to PFI contractors should be maintained (we would recommend having regard to the net level of unitary charge payments over the last three months as a performance baseline) and there should be a temporary moratorium on related payment and performance mechanism deductions/points so that PFI contractors can continue to operate and pay their workforce and suppliers. We would expect that bespoke contractual documents will be used to implement these temporary arrangements in PFI contracts rather than by the template set out in the Guidance notes on Model Interim Payment Terms - Procurement Policy Note 02/20.)

¹³⁶⁶ Conforme Item 6 da *Guidance Note*. (6. In some cases it is possible that contract requirements and performance standards may need to be increased, for example reconfiguration of areas or enhanced/ additional cleaning, and unitary charge payments may need to be adjusted to reflect any required increase in requirements/ standards (and it is recognised that there may be other circumstances in which there may be increased costs of operation). As set out in PPN 02/20, we expect any increased costs to be presented on an open book basis.)

restam suspensas, até o fim do estado de emergência, as cláusulas contratuais e disposições normativas que preveem o direito à recomposição do equilíbrio financeiro ou à compensação. O art. 8º do referido normativo, por sua vez, prescreve que “Não dão lugar a indenização pelo sacrifício os danos resultantes de atos regularmente praticados pelo Estado ou outra entidade pública, no exercício das competências conferidas pela legislação de saúde pública e de proteção civil, ou no quadro do estado de emergência, para efeitos da prevenção e do combate à pandemia Covid-19, que constitui para o efeito causa de força maior”. Duas diretrizes podem ser extraídas de tal normativo. A primeira, de que houve uma suspensão da possibilidade de realização de pleitos de reequilíbrio. A segunda, no sentido de que o Fato do Príncipe, decorrente das medidas sanitárias para conter a propagação da pandemia, não darão ensejo ao reequilíbrio econômico-financeiro em favor dos concessionários.

No Brasil, é digno de nota o Projeto de Lei nº 2.139/2020, de autoria do Senador Antonio Anastasia (PSD/MG)¹³⁶⁷, o qual dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas contratuais da Administração Pública, no período da emergência de saúde pública decorrente do Coronavírus (Covid-19).

Em breve síntese, o projeto prevê a elaboração, pelo contratado, voluntariamente ou a pedido da Administração, de plano de contingência “para assegurar a continuidade da execução contratual e a preservação do seu objeto essencial”¹³⁶⁸, devendo conter propostas para assegurar a manutenção do contrato, tais como a revisão ou a suspensão temporária de obrigações, a postergação de investimentos, a alteração da metodologia de execução contratual, em todos os casos acompanhado de justificativa econômica.

Dispõe, também, que a “Administração poderá rever obrigações contratuais e adotar qualquer outra medida que se mostre necessária e adequada para conter os impactos da pandemia ou assegurar a continuidade da prestação objeto dos contratos”, trazendo, como exemplos, a

¹³⁶⁷ Em sua justificação, fica delineado o objetivo do projeto: “Com efeito, o Projeto tem o claro objetivo de salvaguardar o máximo de contratos administrativos vigentes, tendo em conta que a contratação realizada pela Administração Pública tem o intuito de atender ao interesse público. Assim, abdicar de contratos vigentes implica em desatender ao interesse que justificou a contratação, seja por torná-la demasiadamente onerosa, seja, tanto pior, por impedir a entrega ou prestação de objeto relevante. Assim, diante das premissas ora consignados, as medidas aqui propostas têm dois objetivos bem claros: (i) diminuir o passivo contratual de imediato; e (ii) prover instrumentos eficazes de revisão contratual.”

¹³⁶⁸ Art. 2º do PL nº 2.139/2020.

suspensão da exigibilidade de obrigações, e consequente revisão de cronogramas para entrega de produtos, de serviços ou para a realização de investimentos; a autorização para a desmobilização de pessoas, equipamentos e estruturas alocados na execução do contrato, por parte do contratado; a alteração das especificações e quantidades do objeto contratual; a suspensão da exequibilidade de sanções; a suspensão da aplicação de indicadores cujo cumprimento ou medição sejam comprovadamente inviáveis, assim como a revisão do sistema de desempenho previsto no contrato, com estabelecimento de nível mínimo de qualidade, quando cabíveis (arts. 3º e 4º).

Especificamente para as concessões comum, administrativa ou patrocinada, além das medidas acima referidas, o poder concedente também poderá postergar, total ou parcialmente, o pagamento de encargos eventualmente existentes, como valores de outorga fixa ou variável, de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados. Caberia, também, diferir o pagamento de encargos de fiscalização ou congêneres, previstos nos respectivos contratos, e de encargos setoriais, previstos na legislação reguladora dos serviços objeto do contrato, dado que não tenham natureza tributária (art. 5º).

Uma vez aplicadas essas medidas, o projeto estipula que as variações de ônus contratuais serão objeto de recomposição, assegurando-se a preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, e o referente processo administrativo terá sua instauração findo o período de calamidade pública ou da situação de emergência, salvo nos casos urgentes em que “haja a necessidade de providências imediatas para assegurar a continuidade da execução da prestação” (art. 6º). Por fim, prevê que, havendo acordo entre as partes, seria possível o estabelecimento de nova equação econômico-financeira para o contrato, inclusive com a revisão da matriz de riscos originalmente prevista contratualmente. Ademais, é trazida como opção a extinção amigável do contrato, quando inviável a sua continuidade, comprovada mediante demonstrações econômico-financeiras (art. 8º). Como se vê, a proposição normativa endereça os seguintes pontos. Em primeiro lugar, prevê a possibilidade da adoção de medidas de redução qualitativa do serviço, de modo a compatibilizá-las com os efeitos provocados pela Covid-19. Num segundo momento, consagra o entendimento segundo o qual os efeitos provocados pela Pandemia deveriam ser suportados pelo Poder Concedente. E, num terceiro momento, possibilita que as partes possam endereçar uma renegociação das bases objetivas do contrato, ou mesmo a sua extinção.

De todo o exposto, é possível se concluir que, atualmente, a Teoria da Imprevisão guarda aplicação muito restrita nos contratos de concessão, especialmente quando a modelagem adota a *regulação contratual* (seja em razão das modelagens atualmente em vigor no Brasil, seja em razão de como os diferentes países disciplinaram os efeitos econômicos produzidos pela Covid-19). Ademais disso, é se destacar que a sua aplicação irrestrita, como sói ocorrer no âmbito Civilista, para além de não encontrar amparo normativo, pode subverter o equilíbrio econômico-financeiro de tais ajustes, incrementando, na ponta, os seus custos de transação.

5. DA INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS INCOMPLETOS: ALGUMAS PROPOSTAS

Como se pretendeu demonstrar, o trespasse apriorístico do risco pelo advento de evento albergado pela Teoria da Imprevisão, com lastro no art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/1993 não se sustenta, seja pelo regime jurídico previsto na Lei nº 8.987/1995, seja pela arquitetura econômica dos contratos incompletos. Nesse quadrante, o último e derradeiro item deste ensaio tem por objetivo propor algumas linhas de interpretação de contratos de concessão, na hipótese em que tenha lugar fatos imprevisíveis, de consequências incalculáveis. O Código Civil, que disciplina a Teoria Geral dos Contratos, estabelece diretrizes interpretativas que podem ser endereças à interpretação de contratos complexos (de que são exemplos os contratos de concessão), sobretudo a partir da vigência da Lei nº 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica), pois que este estatuto veiculou um sistema interpretativo de contratos incompletos.

Nesse sentido, o art. 113 do Código Civil, alterado pelo novel diploma, dispõe que os contratos devem ser interpretados no sentido do que: for confirmado pelo comportamento das partes posteriormente à celebração do negócio; corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da *racionalidade econômica das partes*, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração (Incisos I, IV e V). O §2º do dispositivo prescreve que “ As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de *preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos* diversas daquelas previstas em lei”.

O art. 421-A do Código Civil (incluído pela Lei nº 13.874/2019) também estabelece que: as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada (incisos I, II, e III).

Todo esse racional, que reconhece a incompletude dos contratos, deve orientar a interpretação dos contratos de concessão na hipótese de materialização de evento albergado pela Teoria da Imprevisão. A primeira diretriz que se depreende da interpretação conjugada dos dispositivos é a que os contratos devem respeitar o que foi razoavelmente previsto pelas partes, o que inclui o desenho e a precificação de sua matriz de riscos, considerando as condições disponíveis quando de sua celebração¹³⁶⁹. A segunda vai no sentido de que as partes, por intermédio de posturas colaborativas¹³⁷⁰, devem endereçar soluções para a colmatação de lacunas contratuais. A terceira traz a orientação no sentido de que, em razão das assimetrias de informações, caberá, primordialmente, às partes, e não a um terceiro (juiz ou árbitro), propor um regime de renegociação dos contratos.

Transportadas para o regime concessionário, em situações nas quais se materialize evento albergado pela Teoria da Imprevisão, o interprete deverá privilegiar: (i) o disposto na matriz de riscos dos contratos de concessão; (ii) o provisionamento de tais riscos no Plano de Negócios apresentado pelo concessionário, ou no EVTEA apresentado pelo poder público, a depender da vinculação de cada qual, para fins de reequilíbrio; (iii) soluções que priorizem a renegociação das bases objetivas, a serem conduzidas pelas partes, e não por terceiros, o que podem importar no estabelecimento de um Fluxo de Caixa Marginal da Pandemia.

¹³⁶⁹ Marcelo Guerra Martins, antes mesmo da entrada em vigor da Lei da Liberdade Econômica, já lecionava que: “A interpretação dos contratos incompletos tem por objetivo aferir o que as partes originalmente desejavam e, ainda, quais riscos foram ou não partilhados no início da avença. Para tanto, devem-se considerar as informações relevantes detidas inicialmente por cada uma das partes, o que reflete na respectiva capacidade de aferição dos riscos relativos ao contrato.” (MARTINS, Marcelo Guerra. Contratos incompletos e sua interpretação na era da informação. *Revista de Direito Empresarial – RDEmp*, Belo Horizonte, ano 13, n. 03, p. 97-113, set./dez. 2016).

¹³⁷⁰ No mesmo sentido, a propósito dos contratos de concessão, Tatiana Esteves Natal: “A cooperação mútua resultante da conduta de boa-fé de cada agente envolvido na transação pode mitigar o impacto das fontes de incompletude (assimetria da informação, racionalidade limitada, oportunismo e externalidades) sobre a relação contratual e os custos de transação que daí emergem, reduzindo desequilíbrios resultantes em favor de uma das partes, reforçando laços de confiança e colaborando para a superação dos desequilíbrios por meio da negociação.” NATAL, Tatiana Esteves. *A teoria dos contratos incompletos e a natural incompletude do contrato de concessão*, 2014.

Também não se pode ignorar, na interpretação dos contratos incompletos, as diretrizes consequencialistas¹³⁷¹ trazidas pela Lei nº 13.655/2018 (LINDB). É que, por se tratar de contratos de longo prazo, o seu interprete não poderá desconsiderar as consequências da revisão dos seus aspectos econômico-financeiros.

Nesse sentido, terá lugar a aplicação do disposto nos arts. 20, 21 e 22¹³⁷², *caput*, da Lei nº 13.655/2018¹³⁷³. Isso porque não se pode olvidar que os contratos de concessão veiculam serviços essenciais à população. Razão pela qual tais renegociações predicam de uma avaliação sobre os riscos de soluções de continuidade para os serviços públicos. Ademais disso, não se pode olvidar que os contratos de concessão são celebrados em ambientes regulados. Daí que, tendo em vista o sistema de regulação setorial, o interprete deve considerar os impactos holísticos e sistêmicos de eventual renegociação ou interpretar sua matriz de riscos à luz de uma visão prospectiva (*foward-looking*) para todo o setor regulado¹³⁷⁴.

¹³⁷¹ Como anota José Vicente Santos de Mendonça: “O pragmatismo é uma filosofia das consequências, da experiência e da ação, mas é também, e, principalmente, uma filosofia da transformação. Nada mais distante do pragmatismo filosófico do que uma postura de tibieza diante da realidade e do conformismo, “render-se aos fatos”.” MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 42. Para uma análise das principais críticas ao pragmatismo e ao consequencialismo jurídico, ver, por exemplo: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Verticalização, cláusula de barreira e pluralismo político: uma crítica consequencialista à decisão do STF na ADIN 3685. *Interesse Público*, Porto Alegre, v. 37, p. 87, 2006. CARVALHO, Lucas Borges de. Integridade, pragmatismo e decisão judicial: um debate entre Hércules e Jobim. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 64, p. 207-208, jul./set. 2008.

¹³⁷² “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.”

“ Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas

“ Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

¹³⁷³ V. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018*. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2019

¹³⁷⁴ Nesse sentido, Thamy Pogrebinski assevera que “é, portanto, antecipando consequências futuras que se produz conhecimento no âmbito do pragmatismo. E estas consequências futuras devem ser permanentemente antecipadas para que se possa conhecer qual delas é melhor, a mais satisfatória, a mais útil e a mais benéfica”. A não ser quando olhar o passado seja “metodologicamente interessante ao próprio estabelecimento do futuro”. (POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e prática*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 39).

CONCLUSÕES

O Direito Administrativo, por mais paradoxal que possa parecer em razão do princípio da legalidade, extrai seu fundamento valorativo dos ensinamentos doutrinários. Isso significa dizer que ele não foi desenhado para atender à realidade factual, ou para ser eficiente. A aplicação da Teoria da Imprevisão é um exemplo saliente disso. O seu trespasse irrestrito para os contratos administrativos, em geral, e, para os contratos de concessão, em particular, não se sustenta mais, seja em razão do modelo de *regulação contratual*, seja pelo que se depreende da modelagem de contratos de infraestrutura (análise empírica), seja pela ausência de lastro jurídico.

E não adianta lutar contra isso. Nem, tampouco, se valer do Poder Judiciário para criar regras contratuais inexistentes. Na verdade, em razão da inafastabilidade da jurisdição, é até possível se fazer isso, e obter alguns provimentos jurisdicionais favoráveis, aqui e ali. Mas é importante o registro: isso importará na alteração da base objetiva contratual por uma das partes. Mais especificamente, na colmatação de tal lacunas com um terceiro, o que poderá incorrer produzir ineficiências, em razão da assimetria de informações para com a relação concessória; no rompimento de um contrato incompleto, que se presumia relacional e cooperativo. E isso tem um custo. E custa caro.

Nesse quadrante, a proposta veiculada neste artigo é a de que interpretação das hipóteses de materialização de eventos albergados pela Teoria da Imprevisão em contratos de concessão se valha do racional previsto no Código Civil, alterado pela Lei da Liberdade Econômica, por nele se veicular uma metodologia de interpretação de contratos incompletos. Assim é que o interprete deverá privilegiar: (i) o disposto na matriz de riscos dos contratos de concessão; (ii) o provisionamento de tais riscos no Plano de Negócios apresentado pelo concessionário, ou no EVTEA apresentando pelo poder público, a depender da vinculação de cada qual, para fins de reequilíbrio; (iii) soluções que priorizem a renegociação das bases objetivas, a serem conduzidas pelas partes, e não por terceiros, o que pode importar no estabelecimento de um Fluxo de Caixa Marginal da Pandemia.

Também se propõe que o intérprete se valha da Lei nº 13.655/2018 (LINDB). Isso porque não se pode olvidar que os contratos de concessão veiculam serviços essenciais à população. Razão pela qual tais renegociações predicam de uma avaliação sobre os riscos de soluções de continuidade para os serviços públicos. Ademais disso, não se pode olvidar que os contratos de concessão são celebrados em ambientes regulados. Daí que, tendo em vista o sistema de regulação setorial, o interprete deve considerar os impactos holísticos e sistêmicos de eventual renegociação ou deve interpretar a matriz de riscos à luz de uma visão prospectiva (*foward-looking*) para todo o setor regulado.

BIBLIOGRAFIA

AKERLOF, George. The Market for Lemons: quality uncertainty and the Market Mechanism. *Quarterly Journal of Economics*, n. 84, p. 488-500, 1970.

ALENCAR, Leticia Lins de. *Equilíbrio na Concessão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ALMEIDA, Aline Paola Correa Braga Câmara de. Compartilhamento de riscos nas parcerias público-privadas. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 17..

ARAÚJO, Fernando. Uma análise econômica dos contratos. Parte I: A abordagem econômica, a responsabilidade e a tutela dos interesses contratuais. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 69160, abr./jun. 2007.

AVERCH, Harvey; JOHNSON, Leland. Behavior of the firm under regulatory Constraint. *American Economic Review*, n. 52, v. 5, 1962. p. 1052-1070.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. Parte II: contratos – Uma perspectiva econômica. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Raquel (Org.). *Direito & economia – Análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

BARON, D. P.; MYERSON, R. B. Regulating a Monopolist with Unknown Costs. *Econometrica*, Evanston, v. 50, n. 4, p. 911930, jul. 1982.

BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2002.

BROWN, A.; STERN, John; TENENBAUM, Bernard. *Handbook for evaluating infrastructure regulatory systems*. World Bank, 2006.

CAMACHO, Fernando Tavares; RODRIGUES, Bruno da Costa Lucas. Regulação econômica de infraestrutura: como escolher o modelo mais adequado? *Revista do BNDES*, n. 41, jun. 2014.

CÂMARA, Jacintho Arruda. O regime tarifário como instrumento de políticas públicas. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, v. 3, n. 12, out./dez. 2005.

CARVALHO, Lucas Borges de. Integridade, pragmatismo e decisão judicial: um debate entre Hércules e Jobim. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 64, p. 207-208, jul./set. 2008.

CATEB, Alexandre Bueno; GALLO, José Alberto Albeny. Breves considerações sobre a teoria dos contratos incompletos. *UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics*. 2007. Disponível em: <<https://escholarship.org/uc/item/1bw6c8s9>> Acesso em 15/03/2020>.

COASE, Ronald Harry. The Nature of the Firm. *Economica*, New Series, v. 4, n. 16., nov., 1937, p. 386-405.

COOTER, Robert. The Cost of Coase. *Journal of Legal Studies* XI, 1982. Disponível em: <http://works.bepress.com/robert_cooter/97> Acesso em 15/03/2020.

CRASWELL, Richard. *The “incomplete contracts” literature and efficient precautions*. 56. CASE W. RES. L. REV. 151 (2005-2006).

DEMSETZ, Harold. Why regulate utilities? *Journal of Law and Economics*, v. 11, n. 1, p. 55-65, abr. 1968.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. Os problemas da contratação pública brasileira sob a Análise Econômica do Direito (Law and Economics): em busca de propostas legislativas para sua superação. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 57, p. 85-111, abr./jun. 2017.

FERREIRA, Alessandro Crego Alcebiades; ANDERY, Paulo Roberto Pereira. *Análise de riscos em sistemas de concessão de serviços públicos*. Disponível em: <http://www.abepro.org.br/biblioteca/ENESEP1998_ART432.pdf>.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. A equação econômico-financeira do contrato de concessão: aspectos pontuais. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador, n. 7, ago./out. 2006.

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos: Casos e Polêmicas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009,

GÓMEZ-IBÁÑEZ, José. *Regulating Infrastructure: Monopoly, Contracts and Discretion*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999.

HART, Oliver. Incomplete Contracts and Public Ownership: Remarks, and the Application to Public-Private Partnerships. Harvard. *The Economic Journal*, v. 113, n. 486, Conference Papers (Mar., 2003).

HART, Oliver. *Overcoming Contractual Incompleteness: The Role of Guiding Principles*.. Disponível em: <<https://scholar.harvard.edu/hart/publications/overcoming-contractual-incompleteness-role-guiding-principals>> Acesso em 15/03/2020).

HART, Oliver; MOORE, John. Contracts as Reference Points. *The Quarterly Journal of Economics*. Vol. CXXIII, February 2008.

JAMISON, M. A. Regulation: price cap and revenue cap. In: CAPEHART, B. L. (Ed.). *Encyclopedia of energy engineering and technology*. 2007. p. 1.245-1.251.

JOSKOW, P. L. Incentive regulation in theory and practice: electricity distribution and transmission networks. In: *Economic regulation and its reform: what have we learned?* NBER, 2011.

JOSKOW, Paul Lewis. The determination of the allowed rate of return in formal regulatory hearings. *Bell Journal of Economics*, n. 3, p. 632-644, 1972.

KLEIN; CRAWFORD; ALCHIAN. *Vertical integration, appropriable rents, and the competitive contracting process*.

LAFFONT, J.-J.; TIROLE, J. *A theory of incentives in procurement and regulation*. Cambridge: MIT Press, 1993.

LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Tradução de Carlos Fernández Rodríguez. Granada: Comares, 2002.

LENNERTZ, Marcelo Rangel. *Covid-19 não configura 'evento de força maior' em PPPs do Reino Unido - qual a relevância dessa decisão para as discussões no Brasil?* Disponível em: <<https://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-covid-19-nota-sobre-a-irrelevancia-da-decisao-do-governo-do-reino-unido-para-concessoes-no-brasil/>>. Acesso em 28 jul. 2020.

LITTLECHILD, S. C. *Regulation of British telecommunications' profitability: report to the secretary of State*. Department of Industry, 1983.

MACNEIL, Ian. The many future of contracts. *South California Law Review*, v. 47, p. 691-816, 1973- 1974.

MAIJA, Halonen-Akatwijuka; HART, Oliver. *More is Less: Why Parties May Deliberately Wrtie Incomplete Contracts*. National Bureau of Economic Research Working Paper nº 19001, 2013. Disponível em: <<https://www.nber.org/papers/w19001>>. Acesso em 15/03/2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Equilíbrio econômico nas concessões de rodovias - Critérios de aferição. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, n. 15, ano 4, out./dez. 2006

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018*. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. A (re)afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 125-151, jul./set. 2014.

MARTINS, Licínio Lopes. *O equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo: algumas reflexões*. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 199-240, mar./ago. 2012.

MARTINS, Marcelo Guerra. Contratos incompletos e sua interpretação na era da informação. *Revista de Direito Empresarial – RDEmp*, Belo Horizonte, ano 13, n. 03, p. 97-113, set./dez. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42º ed., São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

NATAL, Tatiana Esteves. *A teoria dos contratos incompletos e a natural incompletude do contrato de concessão*, 2014.

NÓBREGA, Marcos. *Direito e Economia da Infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

NORTH, Douglas C. *Custos de Transação, Investimentos e Desempenho Econômico*. Ensaio & Artigos. Tradução de Elizabete Hart. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1992.

OECD (Ed.). 2008. *Public-Private Partnerships in Pursuit of Risk Sharing and Value for Money*.

PINTO, Marcos Barbosa. Repartição de riscos nas parcerias público-privadas. *Revista do BNDES*, v. XIII, n. 25, jun. 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações*. Forense, 2015.

PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e prática*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

POSNER, Eric A. Análise econômica do direito contratual após três décadas: sucesso ou fracasso?: (Primeira parte). [Tradução Luciano Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola]. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 75-108, jul./set. 2008.

RAUEN, André Tortato. Custos de transação e governança: novas tipologias de relações interfirmas. *Revista Espaço Acadêmico*, n. 69, Fevereiro/2007, Ano VI. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/313939167_Custos_de_transacao_e_governanca_novas_tipologias_de_relacoes_interfirmas>. Acesso em 15/03/2020.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à lei de PPP – Parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SÁ, A. L. S.; BRASILEIRO, A. *Proposição para uma leitura dos “modelos” de concessões de rodovias à iniciativa privada*. XVIII Congresso de Pesquisa e Ensino de Transportes, ANPET, 2004. Recife, PE. Disponível em: <https://periodicos.tce.pe.gov.br/seer/ojs-2.3.6/index.php/Revista_TCE-PE/article/view/442/402>.

SADDI, Jairo; PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SCHWANKA, Cristiane. Direito econômico e direito público: uma abordagem da análise econômica como método de interpretação dos contratos administrativos. *Revista de Direito Empresarial – RDEmp*, Belo Horizonte, ano 9, n. 2, p. 63-79, maio/ago. 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Verticalização, cláusula de barreira e pluralismo político: uma crítica consequencialista à decisão do STF na ADIN 3685. *Interesse Público*, Porto Alegre, v. 37, p. 87, 2006.

SZTAJN, Raquel. Law and economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Raquel (Org.). *Direito & economia – Análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SZTAJN, Raquel; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Dulcres. A incompletude do contrato de sociedade. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 131, jul./set. 2003.

TÁCITO, Caio. O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 65, p. 1-25, mai. 1961.

TÁCITO, Caio. O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. In: TÁCITO, Caio. *Temas de direito público (estudos e pareceres)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1, p. 199-255.

TÁCITO, Caio. O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 63, p. 1-15, 1961.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República: Teoria Geral dos Contratos, Atos Unilaterais, Títulos de Crédito, Responsabilidade Civil e Preferências e Privilégios Creditórios (Arts.421 - 965)*. Vol. II. 2ª ed. rev. at. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

VASCONCELOS, Adalberto Santos. *O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de rodovias federais no Brasil*. Brasília: [s.n.], 2004.

WILLIAMSON, Oliver. Economics of Organization: The Transaction Cost Approach. *American Journal of Sociology*. v. 87, n. 3, 1981.

A EQUALIZAÇÃO DE PROPOSTAS NA PARTICIPAÇÃO DE ESTRANGEIROS EM LICITAÇÕES: UM FALSO PROBLEMA E SEU TRATAMENTO PELO PROJETO DE NOVA LEI DE LICITAÇÕES

RAFAEL WALLBACH SCHWIND

Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Visiting scholar na Universidade de Nottingham. Advogado e consultor em direito público.

1. Breve introdução: uma justa homenagem ao Professor Jessé

É uma grande honra ser convidado a integrar a seleção de autores que está participando desta publicação em homenagem ao Professor Jessé Torres Pereira Junior.

O Professor Jessé reúne todas as características de uma pessoa efetivamente admirável.

É um rigoroso doutrinador, cujos textos são sempre interessantes, profundos e inovadores. Sua obra a respeito da Lei Geral de Licitações é consulta obrigatória por todos os que militam na área.

É um dedicado e coerente magistrado, que agora está deixando a magistratura em função de sua aposentadoria. De todo modo, certamente não está deixando as carreiras jurídicas, o que muito engrandece nossa profissão.

É, acima de tudo, uma pessoa amável, sincera e agregadora. Assistir a uma palestra do Professor Jessé é sempre motivador. Sua fala sempre ponderada e equilibrada tem como resultado sempre nos fazer refletir sobre pontos que não havíamos pensado antes.

Por tudo isso, é sempre justo homenagear o Professor Jessé.

2. O tema deste artigo

Mesmo sabendo que não tenho condições de produzir um texto com a grandeza do Professor Jessé, arrisco-me aqui a fazer algumas considerações sobre a chamada “equalização de

propostas” nos casos em que participam licitantes brasileiros e estrangeiros em certames realizados no país.

Parece-me que a questão ainda permanece pouco compreendida por grande parcela daqueles que estudam o assunto. Além disso, o projeto da nova lei de licitações acaba resolvendo a questão que, na realidade, era um falso problema.

É o que pretendo demonstrar nos tópicos abaixo.

3. A correta compreensão do tema

Antes de tudo, é necessário compreender adequadamente o que se deve entender por equalização das propostas. Com frequência, o tema é tratado de modo equivocado.

De acordo com o §4º do artigo 42 da Lei nº 8.666, nas licitações internacionais, para fins de julgamento, as propostas apresentadas por licitantes estrangeiros serão acrescidas dos gravames consequentes dos mesmos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros quanto à operação final de venda.

A previsão merece algumas digressões um tanto mais detalhadas.

3.1. O entendimento de parcela da doutrina

Parte de doutrina interpreta o §4º do artigo 42 da Lei nº 8.666 como sendo uma determinação no sentido de que a carga tributária incidente sobre os licitantes nacionais deve ser incorporada às propostas dos licitantes estrangeiros, de modo a se garantir a isonomia na disputa.

Ronny Charles, por exemplo, entende que o artigo 42, §4º, visa “a impedir beneficiamento de licitantes oriundos de países com carga tributária mais amena e reduzida que a nossa, o que, nos atuais parâmetros tributários brasileiros, não parece difícil de ocorrer”¹³⁷⁵.

Portanto, doutrinadores de renome interpretam o artigo 42, §4º, da Lei nº 8.666 como sendo uma regra destinada à proteção dos licitantes nacionais. Supondo que a carga tributária de outros países é menos impactante do que aquela que incide sobre as empresas brasileiras – o que poderia tornar a disputa injusta em desfavor dos licitantes nacionais –, aponta-se que a solução seria aplicar a carga tributária brasileira sobre os preços dos concorrentes estrangeiros.

Aplicando-se a “carga tributária nacional” sobre os preços ofertados pelos estrangeiros, haveria, segundo esse raciocínio, uma efetiva isonomia entre os interessados. Isso porque os

¹³⁷⁵ *Leis de licitações públicas comentadas*. 3.ed. Salvador: Podivm, 2010, p. 259.

licitantes estrangeiros não seriam beneficiados em função de a carga tributária de seus países de origem ser mais amena do que a incidente sobre os licitantes brasileiros.

Entretanto, reputamos ser equivocado o entendimento de que a norma daria ensejo a uma espécie de aplicação ficta da carga tributária brasileira sobre as propostas dos licitantes estrangeiros. Na realidade, esse entendimento parte de alguns equívocos de premissa que devem ser afastados.

3.2. A equalização das propostas: parâmetros para a sua compreensão

A compreensão da regra estabelecida pelo artigo 42, §4º, da Lei nº 8.666 depende do estabelecimento de algumas premissas.

3.2.1. Objetivo da norma: regra de isonomia

Inicialmente, deve ser observado que, sob certo ângulo, o dispositivo em exame parece ter mesmo o objetivo de proteger os licitantes brasileiros.

Nesse sentido, é relevante notar que o artigo 42, §4º, da Lei nº 8.666 prevê o acréscimo, às propostas de licitantes nacionais, de gravames que oneram exclusivamente licitantes estrangeiros. Ou seja, contempla-se apenas o acréscimo de valores à proposta do licitante *não brasileiro*, a fim de compensar os efeitos de encargos tributários que incidem somente sobre as propostas dos licitantes nacionais. Não se prevê expressamente o acréscimo de encargos que incidem sobre os estrangeiros à proposta dos licitantes brasileiros¹³⁷⁶.

Entretanto, mais do que proteger os licitantes brasileiros, a previsão do §4º do artigo 42 da Lei nº 8.666 é uma regra de isonomia, e não de proteção aos licitantes nacionais.

Na realidade, deve-se ter cautela na interpretação da regra. Sob o pretexto de proteger os licitantes brasileiros, não é admissível que seja violado o princípio da isonomia. O artigo 42, §4º, da Lei nº 8.666 não pode ser interpretado como se contemplasse uma espécie de “armadilha” aos licitantes estrangeiros.

É imprescindível que o artigo 42, §4º, da Lei nº 8.666 seja interpretado à luz do princípio da isonomia, partindo do pressuposto de que as contratações públicas no Brasil são um mercado aberto aos licitantes estrangeiros, o que também pode ser altamente benéfico para a própria Administração.

3.2.2. Impossibilidade de simular a “carga tributária brasileira”

¹³⁷⁶ Segundo Ivan Barbosa Rigolin e Marco Tullio Bottino, “a lei jamais obrigaria o nacional a pagar os mesmos tributos que o estrangeiro paga na sua origem” (*Manual prático das licitações*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 311).

Feitos os esclarecimentos acima, é importante observar que a afirmação da existência de uma “carga tributária brasileira”, que seria constatável em tese, consiste num equívoco de premissa.

Não se pode interpretar o §4º do artigo 42 da Lei nº 8.666 como sendo uma determinação de se acrescentar ficticiamente valores às propostas de estrangeiros como meio de “simular” a carga tributária assumida pelos licitantes brasileiros.

Relacionar absolutamente todos os encargos tributários incidentes sobre o licitante brasileiro seria no mínimo uma tarefa hercúlea. Ainda que o dispositivo se refira apenas aos tributos que onerem os licitantes brasileiros “quanto à operação final de venda”, o fato é que todos os tributos recolhidos direta ou indiretamente pelo licitante ao longo de toda a sua cadeia de produção acabam repercutindo, ainda que de modo colateral, no preço final da sua operação de venda à Administração Pública. Impostos sobre patrimônio imobiliário, sobre veículos, sobre movimentação de bens e prestação de serviços, contribuições previdenciárias, tudo isso se reflete em custos ao particular que, de uma forma ou de outra, repercutem no preço final da sua proposta.

Assim, não se pode definir com exatidão o impacto da “carga tributária brasileira”. Logo, inexistindo certeza absoluta sobre qual seria a “carga tributária brasileira” e o seu impacto sobre o preço final ofertado à Administração Pública, torna-se impossível uma equalização de propostas que consista simplesmente na sua transposição para a proposta dos licitantes estrangeiros.

Qualquer transposição fictícia da “carga tributária brasileira” à proposta comercial de um licitante estrangeiro seria uma operação dotada de evidente subjetividade. Resultaria numa grave violação aos princípios da impessoalidade e do julgamento objetivo, comprometendo todo o resultado do certame.

3.2.3. Possibilidade de emprego de mecanismos de elisão fiscal

Outro fator que impede a quantificação de uma “carga tributária brasileira” incidente sobre os licitantes brasileiros deriva da potencialidade de se empregar mecanismos de elisão fiscal.

Os licitantes, na qualidade de empresas privadas que atuam no mercado, dispõem de liberdade suficiente para promover arranjos destinados a minorar a carga tributária que incida sobre eles.¹³⁷⁷

¹³⁷⁷ A bibliografia acerca do assunto é vasta. Por todos, confirmam-se: PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Elisão tributária e função administrativa*. São Paulo: Dialética, 2001; CAVALI, Marcelo Costenaro. *Cláusulas gerais antielusivas: reflexões acerca de sua conformidade constitucional em Portugal e no Brasil*. Coimbra: Almedina, 2006; HUCK, Hermes Marcelo. *Evasão e elisão: rotas nacionais e internacionais do planejamento tributário*. São Paulo: Saraiva, 1997.

Como os licitantes dispõem de liberdade para utilizar diversos mecanismos contemplados pelo ordenamento jurídico com o objetivo de reduzir os custos representados pelos tributos, torna-se impossível definir uma carga tributária “em tese”, que incida do mesmo modo sobre todo e qualquer licitante brasileiro e que supostamente poderia ser acrescentada ficticiamente sobre os licitantes não nacionais.

3.2.4. Os tributos incidentes sobre licitantes estrangeiros

Por outro lado, os próprios licitantes estrangeiros já são onerados por determinados tributos que não incidem sobre os nacionais. Acrescer ficticiamente a suposta “carga tributária brasileira” às propostas dos licitantes estrangeiros, ainda que com o objetivo de estimular a indústria nacional, significaria a concessão de um tratamento ofensivo ao princípio da isonomia. Praticamente inviabilizaria a participação de licitantes estrangeiros, o que frustra todas as previsões legais que admitem a participação destes.

Nesse sentido, é importante notar que, a rigor, há um equívoco de premissa em se afirmar que o artigo 42, §4º, da Lei nº 8.666 pretenderia compensar os licitantes nacionais pela pesada carga tributária brasileira. Não se pode ter como ponto de partida a suposição de que a carga tributária de outros países seria necessariamente mais amena do que a tributação incidente sobre as empresas brasileiras. Em diversos países, verifica-se uma carga tributária bastante pesada, o que não necessariamente compromete a competitividade de suas empresas no mercado internacional.

3.2.5. A busca pela proposta mais vantajosa

Há ainda que se considerar que a Administração Pública tem o dever de buscar a proposta mais vantajosa, e que a própria Lei nº 8.666 já contempla uma série de outras normas destinadas a fomentar a produção e o desenvolvimento nacionais — de que são exemplos os dispositivos introduzidos pela Lei nº 12.349. Desse modo, acrescer ficticiamente determinados montantes às propostas dos licitantes estrangeiros, valores esses que de todo modo jamais serão recolhidos ao Fisco, seria um despropósito.

Diante disso, o entendimento segundo o qual o artigo 42, §4º, da Lei nº 8.666 estabeleceria a possibilidade de se transpor ficticiamente a “carga tributária brasileira” às propostas dos licitantes estrangeiros, alterando-se o seu valor final como mecanismo de comparação, é equivocado. Essa transposição de carga tributária, além de não proporcionar nenhuma vantagem à Administração Pública (pelo contrário, apenas encareceria as suas contratações), acabaria por gerar ainda mais

discussões, sem qualquer perspectiva de gerar uma comparação objetiva entre as propostas dos licitantes nacionais e estrangeiros.

4. A equalização das propostas na prática

Estabelecido que a equalização de propostas por meio da transposição de carga tributária não corresponde ao melhor entendimento acerca do tema, resta demonstrar como ela deve ocorrer na prática.

4.1. A geração de despesa adicional à Administração Pública pela contratação do estrangeiro

A melhor interpretação do §4º do artigo 42 da Lei nº 8.666 é a de que somente se pode realizar a equalização se a proposta do licitante estrangeiro provocar algum custo adicional à *Administração Pública contratante*, que não exista para o caso de se contratar um licitante brasileiro. O objetivo primordial da regra, portanto, é permitir uma comparação adequada das propostas, verificando-se qual é aquela que efetivamente proporciona maior vantajosidade à Administração Pública contratante.

Assim, todos os licitantes, nacionais e estrangeiros, devem arcar com os tributos que incidem sobre suas atividades, levando tal fator em consideração na elaboração das suas propostas. Dessa forma, a Administração terá condições de comparar as propostas e identificar aquela que realmente proporciona maior economia aos cofres públicos.

Em decorrência disso, qualquer modificação simulada nos custos tributários dos licitantes pela Administração acarretaria distorções desleais e, por isso, inaceitáveis.

Um exemplo pode esclarecer o que se afirma aqui. Suponha-se que a proposta do licitante estrangeiro envolva a importação do produto que será fornecido à Administração. Essa importação envolve determinados encargos tributários (imposto de importação, IPI, PIS/COFINS, ICMS), que necessariamente incidirão no custo final do produto. Nesse caso, a Administração não poderá deixar de considerar a incidência de tais encargos.

O entendimento aqui defendido é o adotado por MARÇAL JUSTEN FILHO.

Para o doutrinador: “Somente se produz a dita equalização quando a proposta do licitante estrangeiro acarretar algum tipo de despesa para a Administração Pública, despesa essa que não

haveria no tocante à proposta do licitante nacional. Quanto a todas as demais despesas e encargos tributários, o licitante é responsável por eles”.¹³⁷⁸

Ou seja, incumbe ao licitante estrangeiro observar as condições do edital e arcar com os tributos incidentes sobre as suas operações e as suas receitas. Sua proposta deverá ser observada, não sendo possível fazer complexos cálculos relativos a regimes fiscais. Se ele omitir determinados custos tributários, ou deverá utilizar sua margem de lucro para fazer frente aos tributos, ou sua proposta será inexecutável. Segundo Marçal Justen Filho: “O que não se admitirá será a modificação do valor da proposta, acrescentando-se (para fins de julgamento) o valor equivalente aos tributos”¹³⁷⁹.

Sidney Bittencourt também critica o entendimento corrente sobre a equalização de propostas.

Segundo ele, “o simplório acréscimo de valores às propostas dos estrangeiros é de um descabimento sem par. Ora, não é incontestado que compete ao licitante estrangeiro, caso vencedor do certame, a assunção do pagamento dos tributos incidentes sobre as operações e receitas auferidas. Contudo, há de ser respeitada a sua proposta, não sendo razoável efetuarem-se cálculos como se sobre eles incidissem os tributos internos brasileiros. Ao licitante estrangeiro cabe, por conseguinte, calcular seu preço, já levando em consideração os tributos inerentes. Não o fazendo, deverá assumir o ônus dessa atitude, custeando esses valores de sua margem de lucro”¹³⁸⁰.

Com fundamento em lição de Marcos Juruena Villela Souto, o doutrinador ainda observa que a Administração deve sempre almejar o preço mais vantajoso, levando em consideração o valor total a ser desembolsado, sendo assim inútil a elevação do preço estrangeiro “se não representará a real quantia que sairá do Erário”¹³⁸¹.

4.2. O posicionamento do TCU

Há alguns anos, o TCU fixou o entendimento que nos parece o mais correto acerca do tema.

Esse importante precedente (Acórdão nº 2.238/2013-Plenário, rel. Min. José Jorge, j. 21.8.2013), examinou a questão com bastante aprofundamento.

¹³⁷⁸ *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15.ed. São Paulo: RT, 2012, p. 672.

¹³⁷⁹ *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15.ed. São Paulo: RT, 2012, p. 672.

¹³⁸⁰ *Licitações internacionais: considerando a lei brasileira*: Lei nº 8.666/93 e as regras estabelecidas pelo Banco Mundial – BIRD. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 129.

¹³⁸¹ *Licitações internacionais: considerando a lei brasileira*: Lei nº 8.666/93 e as regras estabelecidas pelo Banco Mundial – BIRD. p. 133.

O caso julgado pelo TCU dizia respeito a uma licitação internacional realizada pela Centrais Elétricas Brasileiras (Eletrobras), com financiamento do Banco Mundial (BIRD¹³⁸²), destinada à aquisição de religadores automáticos trifásicos.

Um dos licitantes formulou representação ao TCU em que alegava, dentre outras possíveis irregularidades, que não havia sido observada a determinação legal de equalização da proposta de um licitante estrangeiro com sede na Austrália. A representante alegava que, por se tratar de licitação internacional, o certame demandaria necessariamente a aplicação de critério ou procedimento de equalização das propostas apresentadas por empresas nacionais com as de empresas estrangeiras, com vistas a se obter a correta valoração quanto à economicidade das propostas.

Segundo a representante, uma das razões para a necessidade de equalização das propostas derivava da incidência de custos adicionais de importação e nacionalização dos equipamentos por empresas estrangeiras – custos que não estariam presentes na eventual contratação de um licitante nacional.

Assim, segundo a representante, a Eletrobras deveria primeiramente distinguir os participantes entre nacionais e estrangeiros e, em seguida, imputar sobre o valor proposto por estes últimos os custos incidentes na operação de importação e nacionalização dos produtos. De acordo com a representante, como a incidência dos tributos de importação e das taxas de nacionalização poderiam acrescer o valor da proposta do licitante estrangeiro em aproximadamente 60% (sessenta por cento) adicionais, estaria descaracterizada a economicidade da oferta da empresa australiana.

Na instrução do feito, concluiu-se que, mesmo considerada a carga tributária incidente (imposto de importação, PIS/COFINS, ICMS e IPI) sobre os equipamentos ofertados pelo licitante estrangeiro, o valor total da sua proposta ficaria mais baixo do que os dos demais licitantes. Por esse motivo, a ausência da equalização das propostas não teria gerado consequências onerosas à Eletrobras, conforme mencionado pelo TCU.

Mesmo assim, o TCU examinou a fundo o modo como deve se dar a equalização das propostas¹³⁸³.

¹³⁸² Rigorosamente, Banco Mundial e BIRD não se confundem. O BIRD, na realidade, é uma das instituições que integra o Banco Mundial, ao lado da Associação Internacional de Desenvolvimento (AID). Enquanto o BIRD atua nos países de renda média e nos países pobres com renda creditícia, a AID centra suas atenções nos países mais pobres do mundo.

¹³⁸³ Conforme constou do acórdão: “Ainda que a ausência de equalização das propostas não tenha gerado consequências mais onerosas à Eletrobras, entende-se que o tema merece análise pormenorizada por esta unidade

No caso julgado, o edital estabelecia que os licitantes nacionais deveriam apresentar suas propostas de preços de forma equivalente ao EXW (*Ex Works*) do INCOTERMS, ou seja, com todos os custos decorrentes da venda, armazenamento e entrega no destino final (almoxarifado das distribuidoras da Eletrobras), o que incluía, por exemplo, (i) os direitos aduaneiros e de vendas e outros tributos já recolhidos ou a recolher sobre os componentes e matéria-prima utilizada na fabricação ou montagem dos bens; (ii) quaisquer tributos do país do comprador aplicável sobre vendas e outros impostos que serão recolhidos sobre os bens se o contrato for adjudicado ao licitante; e (iii) o preço do transporte terrestre, seguros e outros serviços locais necessários para conduzir os bens ao seu destino final.

Já no caso dos licitantes estrangeiros cujos bens ofertados ainda seriam importados, o edital estabelecia que os preços deveriam ser cotados na modalidade CIP (*Carriage and Insurance Paid To*) do INCOTERMS, com as seguintes características: (i) preço CIP com local de destino definido, no país do comprador; e (ii) preço do transporte terrestre, seguros e outros serviços locais necessários para conduzir os bens ao seu destino final.

Por fim, no caso de licitantes estrangeiros cujos bens já haviam sido importados, o edital previa que os preços deveriam ser cotados discriminando os custos de importação e taxas alfandegárias: (i) preço dos bens, incluindo o valor de importação original, além de qualquer custo local relacionado, direitos aduaneiros e outros impostos de importação já recolhidos ou a recolher sobre os bens já importados; e (ii) preço do transporte interno, seguro e outros serviços locais necessários para conduzir os bens do local de destino inicialmente indicado até o seu destino final.

De acordo com cada situação, o licitante deveria preencher formulário específico de proposta.

Nos formulários, entretanto, observava-se que, no modelo de proposta de bens fabricados no exterior que serão importados, não havia previsão de campo próprio para a cotação dos impostos de importação e dos custos alfandegários. Pelo contrário: o edital determinava que o comprador (ente licitante) deveria excluir e desconsiderar as taxas alfandegárias e impostos de importação

técnica, especialmente considerando que o Projeto Energia + (Programa de Melhoria das Distribuidoras do Sistema Eletrobras), financiado com recursos de empréstimo com o Banco Mundial, envolve investimentos de até US\$709,3 milhões (R\$1,24 bilhões), sendo destes US\$495 milhões provenientes do Banco e US\$214,3 milhões de contrapartida da Eletrobras” (TCU – Acórdão nº 2.238/2013-Plenário, Rel. Min. José Jorge, j. 21.8.2013).

aplicáveis sobre os bens, como impostos sobre vendas e outros devidos caso o contrato seja adjudicado.

Tal previsão decorria das Diretrizes para aquisições no âmbito de empréstimos do BIRD, que, no item 2.21, preveem que “Aos licitantes será solicitado cotar seus preços em base CIP (local de destino numerado) para todos os bens manufaturados no exterior, incluindo aqueles previamente importados, e EXW (*ex works*, ex-fábrica ou prateleira) acrescentados do custo do transporte e seguro internos até o local de destino para bens manufaturados ou montados no país do mutuário”.

Em nota específica, as Diretrizes ainda esclarecem que o preço na base CIP “não inclui pagamento de tarifas aduaneiras e outros tributos de importação”, cuja responsabilidade é do Mutuário, seja para bens previamente importados ou que serão importados”.

Já no caso dos licitantes nacionais, as Diretrizes do BIRD preconizam a cotação de preços em base EXW do INCOTERMS, esclarecendo que deverão estar incluídos todas as tarifas, tributos, impostos sobre a venda e outras taxas já recolhidas ou devidas sobre componentes e matérias-primas utilizadas na produção ou montagem do equipamento ofertado na proposta.

Nesse contexto de diferentes regras para licitantes nacionais e estrangeiros, o TCU concluiu que “a mera comparação de preços CIP (licitantes estrangeiras) e EXW (nacionais), em bases tributárias e de custos totalmente diferentes, colide com o disposto no art. 42, §4º, da Lei 8.666/93, além de ferir os princípios da isonomia e do julgamento objetivo e a própria finalidade do procedimento licitatório, qual seja, a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração”.

Ainda segundo o TCU, “o procedimento da equalização de valores de licitantes estrangeiros e nacionais, previsto no art. 42, §4º, da Lei 8.666/93, tem o objetivo de garantir a observância do princípio constitucional da isonomia entre os licitantes no seu direito de contratar com a Administração. Verifica-se que a desconsideração de carga tributária e taxas incidentes sobre o processo de importação para os produtos estrangeiros (preços na base CIP), ao mesmo tempo em que se exige do licitante nacional a inclusão de quase todos os custos tributários (excetuando-se apenas o ICMS – preços na base EXW), conduz necessariamente a um tratamento desigual dos participantes da licitação, em ofensa ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal”.

Assim, o TCU entendeu que as previsões do edital que estabeleciam tratamentos distintos aos licitantes nacionais e estrangeiros configuram “desobediência aos princípios da isonomia, da

eficiência e do julgamento objetivo da licitação, previstos no art. 37, caput e inciso XXI, da Constituição Federal, c/c art. 42, §§ 4º e 5º, da Lei 8.666/93”.

Ao final, o voto consignou que “merecem ressalva as disposições do edital, tendo por base as Diretrizes do BIRD para aquisições no âmbito de empréstimos concedidos pela instituição, que conferem tratamento diferenciado à apresentação das propostas por licitantes nacionais (preços na base EXW) e estrangeiras (preços na CIP), cujos bens licitados ainda serão importados, exigindo das primeiras a inclusão de todos os tributos e outras taxas de importação, dispensando, porém, as últimas da discriminação desses encargos”.

Note-se que o acórdão do TCU em nenhum momento mencionou a necessidade de se incluir ficticiamente na proposta dos licitantes estrangeiros a carga tributária incidente sobre os licitantes nacionais. Apenas houve a preocupação com que as propostas estivessem nas *mesmas bases tributárias*, de modo que fosse possível a sua correta comparação.

Entendemos que esta é a compreensão mais correta da previsão de equalização das propostas estabelecida pelo artigo 42, §4º, da Lei nº 8.666. Por isso, a discussão a respeito de equalização de propostas com base em uma equalização absoluta de cargas tributárias era uma falsa questão. A aplicação do dispositivo tem um sentido muito mais estrito, conforme bem aplicado pelo TCU no precedente ora examinado.

5. O tratamento do tema no projeto de nova lei geral de licitações

O tema é tratado, felizmente, de forma diversa no projeto da nova lei geral de licitações (que está em vias de ser encaminhado à sanção do Presidente da República) – PL 4253/2020.

O artigo 51 do PL 4253/2020, que trata das licitações de âmbito internacional, estabelece no § 4º que “Os gravames incidentes sobre os preços constarão do edital e serão definidos a partir de estimativas ou médias dos tributos”.

O primeiro ponto a ser destacado é que o PL abandonou a fórmula utilizada pela Lei nº 8.666 de que as propostas de licitantes estrangeiros “serão acrescidas dos gravames” tributários que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros.

A menção ao acréscimo artificial de gravames numa proposta já apresentada gerava interpretações que, em nosso entendimento, eram equivocadas pelos motivos expostos nos tópicos acima.

O segundo ponto a ser destacado é que o PL 4253/2020 menciona apenas que o edital deverá estabelecer quais os gravames incidentes sobre os preços. Optou-se, portanto, por uma regra mais simples e direta, que é a de deixar claro quais serão os gravames incidentes. Caberá a cada licitante observar corretamente as previsões.

O terceiro ponto que comporta observação é o de que a redação do dispositivo não fala que gravames incidentes apenas sobre licitantes brasileiros deverão ser acrescentados às propostas dos licitantes estrangeiros. A regra agora é mais simples e direta. Estabelece apenas que os gravames incidentes sobre o preço deverão ser estabelecidos pelo edital. Não há nenhuma intenção de proteção explícita a licitantes dependendo de sua nacionalidade. A proteção se dá em relação à Administração Pública, que deverá contratar a proposta mais vantajosa, já considerados os gravames incidentes.

Apesar de uma certa evolução no tratamento do tema, já antevemos uma possível discussão, que diz respeito à situação em que o edital não relacionou todos os gravames incidentes.

Em relação a isso, parece-nos que não cabe ao edital relacionar absolutamente todos os gravames que incidem sobre os licitantes. Do contrário, voltaríamos às discussões sobre as dificuldades de se relacionar toda a carga tributária e de outros encargos e sobre a própria impossibilidade de haver uma definição geral, dado que os licitantes podem se utilizar de mecanismos de elisão tributária.

Os gravames que devem ser relacionados pelo edital são apenas aqueles que incidem diretamente sobre os preços finais. Não deve haver nenhuma pretensão por parte do edital de relacionar de forma taxativa absolutamente todos os gravames em geral.

Na realidade, o que importa é verificar em cada caso concreto se a contratação do licitante (estrangeiro ou nacional) poderá acarretar para a Administração Pública algum tipo de despesa que não haveria se outro licitante fosse contratado. No mais, cada licitante é responsável pelos encargos incidentes, não cabendo ao edital relacionar todos os encargos e muito menos tutelar os interesses dos particulares.

A EQUALIZAÇÃO DE PROPOSTAS NA PARTICIPAÇÃO DE ESTRANGEIROS EM LICITAÇÕES: UM FALSO PROBLEMA E SEU TRATAMENTO PELO PROJETO DE NOVA LEI DE LICITAÇÕES

RAFAEL WALLBACH SCHWIND

Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Visiting scholar na Universidade de Nottingham. Advogado e consultor em direito público.

1. Breve introdução: uma justa homenagem ao Professor Jessé

É uma grande honra ser convidado a integrar a seleção de autores que está participando desta publicação em homenagem ao Professor Jessé Torres Pereira Junior.

O Professor Jessé reúne todas as características de uma pessoa efetivamente admirável.

É um rigoroso doutrinador, cujos textos são sempre interessantes, profundos e inovadores. Sua obra a respeito da Lei Geral de Licitações é consulta obrigatória por todos os que militam na área.

É um dedicado e coerente magistrado, que agora está deixando a magistratura em função de sua aposentadoria. De todo modo, certamente não está deixando as carreiras jurídicas, o que muito engrandece nossa profissão.

É, acima de tudo, uma pessoa amável, sincera e agregadora. Assistir a uma palestra do Professor Jessé é sempre motivador. Sua fala sempre ponderada e equilibrada tem como resultado sempre nos fazer refletir sobre pontos que não havíamos pensado antes.

Por tudo isso, é sempre justo homenagear o Professor Jessé.

2. O tema deste artigo

Mesmo sabendo que não tenho condições de produzir um texto com a grandeza do Professor Jessé, arrisco-me aqui a fazer algumas considerações sobre a chamada “equalização de

propostas” nos casos em que participam licitantes brasileiros e estrangeiros em certames realizados no país.

Parece-me que a questão ainda permanece pouco compreendida por grande parcela daqueles que estudam o assunto. Além disso, o projeto da nova lei de licitações acaba resolvendo a questão que, na realidade, era um falso problema.

É o que pretendo demonstrar nos tópicos abaixo.

3. A correta compreensão do tema

Antes de tudo, é necessário compreender adequadamente o que se deve entender por equalização das propostas. Com frequência, o tema é tratado de modo equivocado.

De acordo com o §4º do artigo 42 da Lei nº 8.666, nas licitações internacionais, para fins de julgamento, as propostas apresentadas por licitantes estrangeiros serão acrescidas dos gravames consequentes dos mesmos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros quanto à operação final de venda.

A previsão merece algumas digressões um tanto mais detalhadas.

3.1. O entendimento de parcela da doutrina

Parte de doutrina interpreta o §4º do artigo 42 da Lei nº 8.666 como sendo uma determinação no sentido de que a carga tributária incidente sobre os licitantes nacionais deve ser incorporada às propostas dos licitantes estrangeiros, de modo a se garantir a isonomia na disputa.

Ronny Charles, por exemplo, entende que o artigo 42, §4º, visa “a impedir beneficiamento de licitantes oriundos de países com carga tributária mais amena e reduzida que a nossa, o que, nos atuais parâmetros tributários brasileiros, não parece difícil de ocorrer”¹³⁸⁴.

Portanto, doutrinadores de renome interpretam o artigo 42, §4º, da Lei nº 8.666 como sendo uma regra destinada à proteção dos licitantes nacionais. Supondo que a carga tributária de outros países é menos impactante do que aquela que incide sobre as empresas brasileiras – o que poderia tornar a disputa injusta em desfavor dos licitantes nacionais –, aponta-se que a solução seria aplicar a carga tributária brasileira sobre os preços dos concorrentes estrangeiros.

Aplicando-se a “carga tributária nacional” sobre os preços ofertados pelos estrangeiros, haveria, segundo esse raciocínio, uma efetiva isonomia entre os interessados. Isso

¹³⁸⁴ *Leis de licitações públicas comentadas*. 3.ed. Salvador: Podivm, 2010, p. 259.

porque os licitantes estrangeiros não seriam beneficiados em função de a carga tributária de seus países de origem ser mais amena do que a incidente sobre os licitantes brasileiros.

Entretanto, reputamos ser equivocado o entendimento de que a norma daria ensejo a uma espécie de aplicação ficta da carga tributária brasileira sobre as propostas dos licitantes estrangeiros. Na realidade, esse entendimento parte de alguns equívocos de premissa que devem ser afastados.

3.2. A equalização das propostas: parâmetros para a sua compreensão

A compreensão da regra estabelecida pelo artigo 42, §4º, da Lei nº 8.666 depende do estabelecimento de algumas premissas.

3.2.1. Objetivo da norma: regra de isonomia

Inicialmente, deve ser observado que, sob certo ângulo, o dispositivo em exame parece ter mesmo o objetivo de proteger os licitantes brasileiros.

Nesse sentido, é relevante notar que o artigo 42, §4º, da Lei nº 8.666 prevê o acréscimo, às propostas de licitantes nacionais, de gravames que oneram exclusivamente licitantes estrangeiros. Ou seja, contempla-se apenas o acréscimo de valores à proposta do licitante *não brasileiro*, a fim de compensar os efeitos de encargos tributários que incidem somente sobre as propostas dos licitantes nacionais. Não se prevê expressamente o acréscimo de encargos que incidem sobre os estrangeiros à proposta dos licitantes brasileiros¹³⁸⁵.

Entretanto, mais do que proteger os licitantes brasileiros, a previsão do §4º do artigo 42 da Lei nº 8.666 é uma regra de isonomia, e não de proteção aos licitantes nacionais.

Na realidade, deve-se ter cautela na interpretação da regra. Sob o pretexto de proteger os licitantes brasileiros, não é admissível que seja violado o princípio da isonomia. O artigo 42, §4º, da Lei nº 8.666 não pode ser interpretado como se contemplasse uma espécie de “armadilha” aos licitantes estrangeiros.

É imprescindível que o artigo 42, §4º, da Lei nº 8.666 seja interpretado à luz do princípio da isonomia, partindo do pressuposto de que as contratações públicas no Brasil são um mercado aberto aos licitantes estrangeiros, o que também pode ser altamente benéfico para a própria Administração.

¹³⁸⁵ Segundo Ivan Barbosa Rigolin e Marco Tullio Bottino, “a lei jamais obrigaria o nacional a pagar os mesmos tributos que o estrangeiro paga na sua origem” (*Manual prático das licitações*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 311).

3.2.2. Impossibilidade de simular a “carga tributária brasileira”

Feitos os esclarecimentos acima, é importante observar que a afirmação da existência de uma “carga tributária brasileira”, que seria constatável em tese, consiste num equívoco de premissa.

Não se pode interpretar o §4º do artigo 42 da Lei nº 8.666 como sendo uma determinação de se acrescentar ficticiamente valores às propostas de estrangeiros como meio de “simular” a carga tributária assumida pelos licitantes brasileiros.

Relacionar absolutamente todos os encargos tributários incidentes sobre o licitante brasileiro seria no mínimo uma tarefa hercúlea. Ainda que o dispositivo se refira apenas aos tributos que onerem os licitantes brasileiros “quanto à operação final de venda”, o fato é que todos os tributos recolhidos direta ou indiretamente pelo licitante ao longo de toda a sua cadeia de produção acabam repercutindo, ainda que de modo colateral, no preço final da sua operação de venda à Administração Pública. Impostos sobre patrimônio imobiliário, sobre veículos, sobre movimentação de bens e prestação de serviços, contribuições previdenciárias, tudo isso se reflete em custos ao particular que, de uma forma ou de outra, repercutem no preço final da sua proposta.

Assim, não se pode definir com exatidão o impacto da “carga tributária brasileira”. Logo, inexistindo certeza absoluta sobre qual seria a “carga tributária brasileira” e o seu impacto sobre o preço final ofertado à Administração Pública, torna-se impossível uma equalização de propostas que consista simplesmente na sua transposição para a proposta dos licitantes estrangeiros.

Qualquer transposição fictícia da “carga tributária brasileira” à proposta comercial de um licitante estrangeiro seria uma operação dotada de evidente subjetividade. Resultaria numa grave violação aos princípios da impessoalidade e do julgamento objetivo, comprometendo todo o resultado do certame.

3.2.3. Possibilidade de emprego de mecanismos de elisão fiscal

Outro fator que impede a quantificação de uma “carga tributária brasileira” incidente sobre os licitantes brasileiros deriva da potencialidade de se empregar mecanismos de elisão fiscal.

Os licitantes, na qualidade de empresas privadas que atuam no mercado, dispõem de liberdade suficiente para promover arranjos destinados a minorar a carga tributária que incida sobre eles.¹³⁸⁶

Como os licitantes dispõem de liberdade para utilizar diversos mecanismos contemplados pelo ordenamento jurídico com o objetivo de reduzir os custos representados pelos tributos, torna-se impossível definir uma carga tributária “em tese”, que incida do mesmo modo sobre todo e qualquer licitante brasileiro e que supostamente poderia ser acrescentada ficticiamente sobre os licitantes não nacionais.

3.2.4. *Os tributos incidentes sobre licitantes estrangeiros*

Por outro lado, os próprios licitantes estrangeiros já são onerados por determinados tributos que não incidem sobre os nacionais. Acrescer ficticiamente a suposta “carga tributária brasileira” às propostas dos licitantes estrangeiros, ainda que com o objetivo de estimular a indústria nacional, significaria a concessão de um tratamento ofensivo ao princípio da isonomia. Praticamente inviabilizaria a participação de licitantes estrangeiros, o que frustra todas as previsões legais que admitem a participação destes.

Nesse sentido, é importante notar que, a rigor, há um equívoco de premissa em se afirmar que o artigo 42, §4º, da Lei nº 8.666 pretenderia compensar os licitantes nacionais pela pesada carga tributária brasileira. Não se pode ter como ponto de partida a suposição de que a carga tributária de outros países seria necessariamente mais amena do que a tributação incidente sobre as empresas brasileiras. Em diversos países, verifica-se uma carga tributária bastante pesada, o que não necessariamente compromete a competitividade de suas empresas no mercado internacional.

3.2.5. *A busca pela proposta mais vantajosa*

Há ainda que se considerar que a Administração Pública tem o dever de buscar a proposta mais vantajosa, e que a própria Lei nº 8.666 já contempla uma série de outras normas destinadas a fomentar a produção e o desenvolvimento nacionais — de que são exemplos os dispositivos introduzidos pela Lei nº 12.349. Desse modo, acrescentar ficticiamente determinados

¹³⁸⁶ A bibliografia acerca do assunto é vasta. Por todos, confirmam-se: PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Elisão tributária e função administrativa*. São Paulo: Dialética, 2001; CAVALI, Marcelo Costenaro. *Cláusulas gerais antielusivas: reflexões acerca de sua conformidade constitucional em Portugal e no Brasil*. Coimbra: Almedina, 2006; HUCK, Hermes Marcelo. *Evasão e elisão: rotas nacionais e internacionais do planejamento tributário*. São Paulo: Saraiva, 1997.

montantes às propostas dos licitantes estrangeiros, valores esses que de todo modo jamais serão recolhidos ao Fisco, seria um despropósito.

Diante disso, o entendimento segundo o qual o artigo 42, §4º, da Lei nº 8.666 estabelecerá a possibilidade de se transpor ficticiamente a “carga tributária brasileira” às propostas dos licitantes estrangeiros, alterando-se o seu valor final como mecanismo de comparação, é equivocado. Essa transposição de carga tributária, além de não proporcionar nenhuma vantagem à Administração Pública (pelo contrário, apenas encareceria as suas contratações), acabaria por gerar ainda mais discussões, sem qualquer perspectiva de gerar uma comparação objetiva entre as propostas dos licitantes nacionais e estrangeiros.

4. A equalização das propostas na prática

Estabelecido que a equalização de propostas por meio da transposição de carga tributária não corresponde ao melhor entendimento acerca do tema, resta demonstrar como ela deve ocorrer na prática.

4.1. A geração de despesa adicional à Administração Pública pela contratação do estrangeiro

A melhor interpretação do §4º do artigo 42 da Lei nº 8.666 é a de que somente se pode realizar a equalização se a proposta do licitante estrangeiro provocar algum custo adicional à *Administração Pública contratante*, que não exista para o caso de se contratar um licitante brasileiro. O objetivo primordial da regra, portanto, é permitir uma comparação adequada das propostas, verificando-se qual é aquela que efetivamente proporciona maior vantajosidade à Administração Pública contratante.

Assim, todos os licitantes, nacionais e estrangeiros, devem arcar com os tributos que incidem sobre suas atividades, levando tal fator em consideração na elaboração das suas propostas. Dessa forma, a Administração terá condições de comparar as propostas e identificar aquela que realmente proporciona maior economia aos cofres públicos.

Em decorrência disso, qualquer modificação simulada nos custos tributários dos licitantes pela Administração acarretaria distorções desleais e, por isso, inaceitáveis.

Um exemplo pode esclarecer o que se afirma aqui. Suponha-se que a proposta do licitante estrangeiro envolva a importação do produto que será fornecido à Administração. Essa importação envolve determinados encargos tributários (imposto de importação, IPI, PIS/COFINS,

ICMS), que necessariamente incidirão no custo final do produto. Nesse caso, a Administração não poderá deixar de considerar a incidência de tais encargos.

O entendimento aqui defendido é o adotado por MARÇAL JUSTEN FILHO.

Para o doutrinador: “Somente se produz a dita equalização quando a proposta do licitante estrangeiro acarretar algum tipo de despesa para a Administração Pública, despesa essa que não haveria no tocante à proposta do licitante nacional. Quanto a todas as demais despesas e encargos tributários, o licitante é responsável por eles”.¹³⁸⁷

Ou seja, incumbe ao licitante estrangeiro observar as condições do edital e arcar com os tributos incidentes sobre as suas operações e as suas receitas. Sua proposta deverá ser observada, não sendo possível fazer complexos cálculos relativos a regimes fiscais. Se ele omitir determinados custos tributários, ou deverá utilizar sua margem de lucro para fazer frente aos tributos, ou sua proposta será inexecutável. Segundo Marçal Justen Filho: “O que não se admitirá será a modificação do valor da proposta, acrescentando-se (para fins de julgamento) o valor equivalente aos tributos”¹³⁸⁸.

Sidney Bittencourt também critica o entendimento corrente sobre a equalização de propostas.

Segundo ele, “o simplório acréscimo de valores às propostas dos estrangeiros é de um descabimento sem par. Ora, não é incontestado que compete ao licitante estrangeiro, caso vencedor do certame, a assunção do pagamento dos tributos incidentes sobre as operações e receitas auferidas. Contudo, há de ser respeitada a sua proposta, não sendo razoável efetuarem-se cálculos como se sobre eles incidissem os tributos internos brasileiros. Ao licitante estrangeiro cabe, por conseguinte, calcular seu preço, já levando em consideração os tributos inerentes. Não o fazendo, deverá assumir o ônus dessa atitude, custeando esses valores de sua margem de lucro”¹³⁸⁹.

Com fundamento em lição de Marcos Juruena Villela Souto, o doutrinador ainda observa que a Administração deve sempre almejar o preço mais vantajoso, levando em consideração

¹³⁸⁷ *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15.ed. São Paulo: RT, 2012, p. 672.

¹³⁸⁸ *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15.ed. São Paulo: RT, 2012, p. 672.

¹³⁸⁹ *Licitações internacionais: considerando a lei brasileira: Lei nº 8.666/93 e as regras estabelecidas pelo Banco Mundial – BIRD*. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 129.

o valor total a ser desembolsado, sendo assim inútil a elevação do preço estrangeiro “se não representará a real quantia que sairá do Erário”¹³⁹⁰.

4.2. O posicionamento do TCU

Há alguns anos, o TCU fixou o entendimento que nos parece o mais correto acerca do tema.

Esse importante precedente (Acórdão nº 2.238/2013-Plenário, rel. Min. José Jorge, j. 21.8.2013), examinou a questão com bastante aprofundamento.

O caso julgado pelo TCU dizia respeito a uma licitação internacional realizada pela Centrais Elétricas Brasileiras (Eletrobras), com financiamento do Banco Mundial (BIRD¹³⁹¹), destinada à aquisição de religadores automáticos trifásicos.

Um dos licitantes formulou representação ao TCU em que alegava, dentre outras possíveis irregularidades, que não havia sido observada a determinação legal de equalização da proposta de um licitante estrangeiro com sede na Austrália. A representante alegava que, por se tratar de licitação internacional, o certame demandaria necessariamente a aplicação de critério ou procedimento de equalização das propostas apresentadas por empresas nacionais com as de empresas estrangeiras, com vistas a se obter a correta valoração quanto à economicidade das propostas.

Segundo a representante, uma das razões para a necessidade de equalização das propostas derivava da incidência de custos adicionais de importação e nacionalização dos equipamentos por empresas estrangeiras – custos que não estariam presentes na eventual contratação de um licitante nacional.

Assim, segundo a representante, a Eletrobras deveria primeiramente distinguir os participantes entre nacionais e estrangeiros e, em seguida, imputar sobre o valor proposto por estes últimos os custos incidentes na operação de importação e nacionalização dos produtos. De acordo com a representante, como a incidência dos tributos de importação e das taxas de nacionalização

¹³⁹⁰ *Licitações internacionais*: considerando a lei brasileira: Lei nº 8.666/93 e as regras estabelecidas pelo Banco Mundial – BIRD. p. 133.

¹³⁹¹ Rigorosamente, Banco Mundial e BIRD não se confundem. O BIRD, na realidade, é uma das instituições que integra o Banco Mundial, ao lado da Associação Internacional de Desenvolvimento (AID). Enquanto o BIRD atua nos países de renda média e nos países pobres com renda creditícia, a AID centra suas atenções nos países mais pobres do mundo.

poderiam acrescentar o valor da proposta do licitante estrangeiro em aproximadamente 60% (sessenta por cento) adicionais, estaria descaracterizada a economicidade da oferta da empresa australiana.

Na instrução do feito, concluiu-se que, mesmo considerada a carga tributária incidente (imposto de importação, PIS/COFINS, ICMS e IPI) sobre os equipamentos ofertados pelo licitante estrangeiro, o valor total da sua proposta ficaria mais baixo do que os dos demais licitantes. Por esse motivo, a ausência da equalização das propostas não teria gerado consequências onerosas à Eletrobras, conforme mencionado pelo TCU.

Mesmo assim, o TCU examinou a fundo o modo como deve se dar a equalização das propostas¹³⁹².

No caso julgado, o edital estabelecia que os licitantes nacionais deveriam apresentar suas propostas de preços de forma equivalente ao EXW (*Ex Works*) do INCOTERMS, ou seja, com todos os custos decorrentes da venda, armazenamento e entrega no destino final (almoxarifado das distribuidoras da Eletrobras), o que incluía, por exemplo, (i) os direitos aduaneiros e de vendas e outros tributos já recolhidos ou a recolher sobre os componentes e matéria-prima utilizada na fabricação ou montagem dos bens; (ii) quaisquer tributos do país do comprador aplicável sobre vendas e outros impostos que serão recolhidos sobre os bens se o contrato for adjudicado ao licitante; e (iii) o preço do transporte terrestre, seguros e outros serviços locais necessários para conduzir os bens ao seu destino final.

Já no caso dos licitantes estrangeiros cujos bens ofertados ainda seriam importados, o edital estabelecia que os preços deveriam ser cotados na modalidade CIP (*Carriage and Insurance Paid To*) do INCOTERMS, com as seguintes características: (i) preço CIP com local de destino definido, no país do comprador; e (ii) preço do transporte terrestre, seguros e outros serviços locais necessários para conduzir os bens ao seu destino final.

Por fim, no caso de licitantes estrangeiros cujos bens já haviam sido importados, o edital previa que os preços deveriam ser cotados discriminando os custos de importação e taxas alfandegárias: (i) preço dos bens, incluindo o valor de importação original, além de qualquer custo

¹³⁹² Conforme constou do acórdão: “Ainda que a ausência de equalização das propostas não tenha gerado consequências mais onerosas à Eletrobras, entende-se que o tema merece análise pormenorizada por esta unidade técnica, especialmente considerando que o Projeto Energia + (Programa de Melhoria das Distribuidoras do Sistema Eletrobras), financiado com recursos de empréstimo com o Banco Mundial, envolve investimentos de até US\$709,3 milhões (R\$1,24 bilhões), sendo destes US\$495 milhões provenientes do Banco e US\$214,3 milhões de contrapartida da Eletrobras” (TCU – Acórdão nº 2.238/2013-Plenário, Rel. Min. José Jorge, j. 21.8.2013).

local relacionado, direitos aduaneiros e outros impostos de importação já recolhidos ou a recolher sobre os bens já importados; e (ii) preço do transporte interno, seguro e outros serviços locais necessários para conduzir os bens do local de destino inicialmente indicado até o seu destino final.

De acordo com cada situação, o licitante deveria preencher formulário específico de proposta.

Nos formulários, entretanto, observava-se que, no modelo de proposta de bens fabricados no exterior que serão importados, não havia previsão de campo próprio para a cotação dos impostos de importação e dos custos alfandegários. Pelo contrário: o edital determinava que o comprador (ente licitante) deveria excluir e desconsiderar as taxas alfandegárias e impostos de importação aplicáveis sobre os bens, como impostos sobre vendas e outros devidos caso o contrato seja adjudicado.

Tal previsão decorria das Diretrizes para aquisições no âmbito de empréstimos do BIRD, que, no item 2.21, preveem que “Aos licitantes será solicitado cotar seus preços em base CIP (local de destino numerado) para todos os bens manufaturados no exterior, incluindo aqueles previamente importados, e EXW (*ex works*, ex-fábrica ou prateleira) acrescentados do custo do transporte e seguro internos até o local de destino para bens manufaturados ou montados no país do mutuário”.

Em nota específica, as Diretrizes ainda esclarecem que o preço na base CIP “não inclui pagamento de tarifas aduaneiras e outros tributos de importação”, cuja responsabilidade é do Mutuário, seja para bens previamente importados ou que serão importados”.

Já no caso dos licitantes nacionais, as Diretrizes do BIRD preconizam a cotação de preços em base EXW do INCOTERMS, esclarecendo que deverão estar incluídos todas as tarifas, tributos, impostos sobre a venda e outras taxas já recolhidas ou devidas sobre componentes e matérias-primas utilizadas na produção ou montagem do equipamento ofertado na proposta.

Nesse contexto de diferentes regras para licitantes nacionais e estrangeiros, o TCU concluiu que “a mera comparação de preços CIP (licitantes estrangeiras) e EXW (nacionais), em bases tributárias e de custos totalmente diferentes, colide com o disposto no art. 42, §4º, da Lei 8.666/93, além de ferir os princípios da isonomia e do julgamento objetivo e a própria finalidade do procedimento licitatório, qual seja, a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração”.

Ainda segundo o TCU, “o procedimento da equalização de valores de licitantes estrangeiros e nacionais, previsto no art. 42, §4º, da Lei 8.666/93, tem o objetivo de garantir a observância do princípio constitucional da isonomia entre os licitantes no seu direito de contratar com a Administração. Verifica-se que a desconsideração de carga tributária e taxas incidentes sobre o processo de importação para os produtos estrangeiros (preços na base CIP), ao mesmo tempo em que se exige do licitante nacional a inclusão de quase todos os custos tributários (excetuando-se apenas o ICMS – preços na base EXW), conduz necessariamente a um tratamento desigual dos participantes da licitação, em ofensa ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal”.

Assim, o TCU entendeu que as previsões do edital que estabeleciam tratamentos distintos aos licitantes nacionais e estrangeiros configuram “desobediência aos princípios da isonomia, da eficiência e do julgamento objetivo da licitação, previstos no art. 37, caput e inciso XXI, da Constituição Federal, c/c art. 42, §§ 4º e 5º, da Lei 8.666/93”.

Ao final, o voto consignou que “merecem ressalva as disposições do edital, tendo por base as Diretrizes do BIRD para aquisições no âmbito de empréstimos concedidos pela instituição, que conferem tratamento diferenciado à apresentação das propostas por licitantes nacionais (preços na base EXW) e estrangeiras (preços na CIP), cujos bens licitados ainda serão importados, exigindo das primeiras a inclusão de todos os tributos e outras taxas de importação, dispensando, porém, as últimas da discriminação desses encargos”.

Note-se que o acórdão do TCU em nenhum momento mencionou a necessidade de se incluir ficticiamente na proposta dos licitantes estrangeiros a carga tributária incidente sobre os licitantes nacionais. Apenas houve a preocupação com que as propostas estivessem nas *mesmas bases tributárias*, de modo que fosse possível a sua correta comparação.

Entendemos que esta é a compreensão mais correta da previsão de equalização das propostas estabelecida pelo artigo 42, §4º, da Lei nº 8.666. Por isso, a discussão a respeito de equalização de propostas com base em uma equalização absoluta de cargas tributárias era uma falsa questão. A aplicação do dispositivo tem um sentido muito mais estrito, conforme bem aplicado pelo TCU no precedente ora examinado.

5. O tratamento do tema no projeto de nova lei geral de licitações

O tema é tratado, felizmente, de forma diversa no projeto da nova lei geral de licitações (que está em vias de ser encaminhado à sanção do Presidente da República) – PL 4253/2020.

O artigo 51 do PL 4253/2020, que trata das licitações de âmbito internacional, estabelece no § 4º que “Os gravames incidentes sobre os preços constarão do edital e serão definidos a partir de estimativas ou médias dos tributos”.

O primeiro ponto a ser destacado é que o PL abandonou a fórmula utilizada pela Lei nº 8.666 de que as propostas de licitantes estrangeiros “serão acrescidas dos gravames” tributários que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros.

A menção ao acréscimo artificial de gravames numa proposta já apresentada gerava interpretações que, em nosso entendimento, eram equivocadas pelos motivos expostos nos tópicos acima.

O segundo ponto a ser destacado é que o PL 4253/2020 menciona apenas que o edital deverá estabelecer quais os gravames incidentes sobre os preços. Optou-se, portanto, por uma regra mais simples e direta, que é a de deixar claro quais serão os gravames incidentes. Caberá a cada licitante observar corretamente as previsões.

O terceiro ponto que comporta observação é o de que a redação do dispositivo não fala que gravames incidentes apenas sobre licitantes brasileiros deverão ser acrescidos às propostas dos licitantes estrangeiros. A regra agora é mais simples e direta. Estabelece apenas que os gravames incidentes sobre o preço deverão ser estabelecidos pelo edital. Não há nenhuma intenção de proteção explícita a licitantes dependendo de sua nacionalidade. A proteção se dá em relação à Administração Pública, que deverá contratar a proposta mais vantajosa, já considerados os gravames incidentes.

Apesar de uma certa evolução no tratamento do tema, já antevemos uma possível discussão, que diz respeito à situação em que o edital não relacionou todos os gravames incidentes.

Em relação a isso, parece-nos que não cabe ao edital relacionar absolutamente todos os gravames que incidem sobre os licitantes. Do contrário, voltaríamos às discussões sobre as dificuldades de se relacionar toda a carga tributária e de outros encargos e sobre a própria impossibilidade de haver uma definição geral, dado que os licitantes podem se utilizar de mecanismos de elisão tributária.



Os gravames que devem ser relacionados pelo edital são apenas aqueles que incidem diretamente sobre os preços finais. Não deve haver nenhuma pretensão por parte do edital de relacionar de forma taxativa absolutamente todos os gravames em geral.

1183

Na realidade, o que importa é verificar em cada caso concreto se a contratação do licitante (estrangeiro ou nacional) poderá acarretar para a Administração Pública algum tipo de despesa que não haveria se outro licitante fosse contratado. No mais, cada licitante é responsável pelos encargos incidentes, não cabendo ao edital relacionar todos os encargos e muito menos tutelar os interesses dos particulares.

O DIREITO ADMINISTRATIVO ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 – A FORMAÇÃO DE UMA ESCOLA NACIONAL

Robertônio Pessoa

Doutor em Direito Administrativo pela UFPE; Professor do Programa de Mestrado em Direito da UFPI; Procurador da Fazenda Nacional; Membro da Academia Piauiense de Letras Jurídicas. Autor das obras: Direito Administrativo (Lumen Juris); Administração e Regulação (Forense); Sindicalismo no Setor Público (LTr); Direito Administrativo e Democracia (Lumen Juris).

1. Estado social e direito administrativo no Brasil

O período que vai da Revolução de 30 até o regime militar, que vigou de 1964 até 1985, será uma importante fase de estruturação do “direito administrativo brasileiro”. A partir dos anos 1930, após o esfacelamento da Velha República, um novo ciclo se inicia no Brasil, marcado por intensas transformações na estrutura social, econômica e política do país. Os poderosos grupos ligados à exportação de matérias-primas, como o café e o algodão, se enfraquecem com a crise financeira de 1929 e a recessão que a acompanha, diminuindo o domínio político das oligarquias da Velha República. Aparecem novos grupos urbanos com interesses mais domésticos: uma burguesia nacional, classes médias, trabalhadores urbanos e funcionários públicos. Em virtude das novas dinâmicas sociais decorrentes da universalização do sufrágio, do processo de industrialização e do surgimento de um movimento sindical mais atuante, ocorreu o aparecimento de uma democracia de massas no país. Surge um Estado promotor do desenvolvimento, responsável pela transformação das estruturas sociais e econômicas.

O constitucionalismo social, que teve como principais referências as Constituições do México (1917) e de Weimar (1919), tinha como agenda um ideário de democracia igualitária, de liberdade igual, buscando uma superação do constitucionalismo liberal. No plano institucional, esse novo constitucionalismo importará em significativas adaptações do clássico princípio da separação dos poderes, com base no qual se vinha estruturando o Estado nas democracias ocidentais. Tal

mudança se fará sentir principalmente nas relações entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, embora, com o tempo, também venha a imprimir novas calibragens na atuação do Poder Judiciário, com a ampliação dos mecanismos de tutela de direitos e controle de constitucionalidade.

Com as atribuições ampliadas de um Estado ao mesmo tempo “social” e “administrativo”, o Poder Executivo torna-se o centro da vida estatal e republicana. O esfacelamento do velho Estado liberal do *laisser-faire*, *laisser-passer* rumo ao Estado social intervencionista ocasionou a passagem de uma *administração patrimonial* para uma *administração burocrática* de caráter racional-legal, como anunciado por Max Weber, com fortes reflexos na dogmática do direito administrativo, tal como gestado até então no âmbito da tradição da democracia liberal. Inicia-se um processo de reestruturação do Estado-Administrativo, que será regulado em sua complexidade, em sua organização e dinâmicas concretas pelos princípios, regras e categorias de um direito administrativo de matriz francesa, pelo menos nos países vinculados à tradição germano-românica. Competirá e esse direito administrativo estruturar esse Estado administrativo, gestado a partir das balizas do novo constitucionalismo social.

A crescente atuação estatal na conformação da nova ordem econômica e social ocasionou o aparecimento de um verdadeiro *Estado administrativo*, formado por uma complexa rede de organizações administrativas e uma crescente burocracia de funcionários. A disciplina jurídica deste complexo *Estado administrativo* será objeto do direito administrativo. A expressão “Estado de Administração” (*Verwaltungsstaat*), cunhada pela doutrina alemã, irá destacar o fato de que a “administração pública” será doravante uma importante estrutura burocrática e decisória no centro da institucionalidade estatal, em torno da qual gravitarão diversos interesses.

No contexto do novo Estado social surgido, algumas medidas administrativas foram tomadas. Foram regulamentados setores importantes da administração pública, como o das compras governamentais (1931), o da gestão de pessoas (1936) e o da execução financeira e orçamentária (1940). Também foram instituídos órgãos encarregados de controlar as organizações administrativas e sua burocracia, como o Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), que, nascido em 1933, teve longa e marcante trajetória no Brasil, sendo extinto apenas em 1986. Com o fortalecimento do DASP e a grande centralização política e administrativa, entre 1930 e 1945, a administração pública passou a desempenhar um papel fundamental na sustentação política do

getulismo, que tinha dois pilares importantes: o controle da administração pública e a nomeação dos dirigentes das províncias, no período do Estado Novo. Desse modo, ao lado das tentativas de modernização administrativa, desenvolveram-se, também, práticas de utilização da administração pública como instrumento de barganha política, fazendo com que o processo de implantação de uma administração racional-legal no Brasil fosse marcado por injunções políticas de viés patrimonialista muito intenso (BERCOVICI, 2008, p.150).

Progressivamente ocorreu a implementação de um aparato administrativo mais profissional e moderno, nos moldes do modelo weberiano burocrático, de caráter racional-legal, calcado na separação entre o público e o privado, na impessoalidade, na hierarquia e em normas procedimentais rígidas e universais, com observância de regras claras de competência. A observância de critérios de legalidade e impessoalidade passou a ser vista como requisito necessário para um novo modelo estatal mais democrático e transparente. O direito administrativo se estrutura como um direito de organização e funcionamento concreto do Estado desenvolvimentista.

2. O novo federalismo e o direito administrativo

A Carta de 46 consagrou definitivamente a intervenção do Estado na economia como forma de corrigir os desequilíbrios causados pelo mercado e como mecanismo alternativo de desenvolvimento dos setores considerados estratégicos. O Estado nacional retoma o ideário do desenvolvimento econômico via industrialização e substituição de importações. Rompendo com o centralismo do Estado Novo iniciado em 1937, bem como com o federalismo dual clássico de competências estanques e apartadas, a Constituição de 1946 inaugurou a estruturação de um federalismo cooperativo, com a previsão de competências comuns e concorrentes, dando ênfase à autonomia dos Estados e à redução dos desequilíbrios regionais, embora a dinâmica do processo político nacional ainda importasse em grande concentração de poder no Executivo federal.

O novo federalismo consistirá, doravante, numa intrincada combinação de centralização e descentralização política. A descentralização será uma consequência natural do processo democrático e da reivindicação de maior autonomia por parte de estados e municípios. Na contramão das tendências centrífugas, níveis elevados de centralização política e decisória serão ainda considerados necessários para programas nacionais de modernização institucional, administrativa, econômica e social do país, principalmente em face de suas dimensões territoriais,

das desigualdades sociais e do relativo atraso das elites regionais e suas persistentes práticas patrimonialistas.

Assim, na fase que se seguiu à Constituição de 1946, a continuidade do projeto desenvolvimentista implicou uma maior descentralização administrativa, com a criação de diversas autarquias e empresas públicas, passando as últimas a serem instrumentos estratégicos da ação estatal no campo econômico, financeiro e na prestação de serviços públicos. O governo de Juscelino Kubitschek, por exemplo, muito focado na industrialização e na construção de Brasília, optou pela instituição de novas estruturas alheias à chamada “administração direta” para o enfrentamento dos problemas que lhe apareciam mais candentes, instituindo-se no país uma máquina administrativa cada vez mais autarquizada, complexa e carente de coordenação.

O Estado passa a atuar mais diretamente como agente econômico nos setores considerados estratégicos e “de interesse nacional”, sendo o principal artífice de toda a vasta infraestrutura que se fazia necessária ao desenvolvimento do país, tais como a construção de rodovias, portos e aeroportos, bem como a prestação de toda uma série de serviços públicos, tais como abastecimento de água, energia elétrica e telecomunicações. O Estado também desempenhará um papel crucial na extração e no refino do petróleo, na produção de aço e produtos químicos. Criará, também, redes bancárias para o financiamento da produção, do comércio, da agricultura e de programas habitacionais. Assim, foram criadas empresas públicas para o setor de combustíveis (Petrobras), energia elétrica (Eletrobrás), ferro e aço (Companhia Vale do Rio Doce). Também foram instituídas no setor bancário, para apoio à produção, à indústria, à agricultura e a programas sociais, como a habitação, com destaque para o Banco do Brasil, a Caixa Econômica Federal e o Banco do Nordeste.

Essas atividades econômicas exploradas pelo Estado se sujeitaram a regimes de direito privado, de forma a assegurar uma maior flexibilidade de gestão, onde o Estado atuasse em regime de monopólio ou uma adequada inserção das empresas públicas nos setores em que atuassem em regime de concorrência. Dessa forma, o direito administrativo já admitia neste período a possibilidade de o Estado lançar mão de instituições de direito privado nas suas atividades econômicas. Viu-se nascer a submissão de setores da administração estatal a regimes de direito privado combinados, segundo formas e gradações diversas, com regras de direito público.

Ao final desse ciclo, teremos, no começo dos anos 1960, uma caricatura de Estado social, ainda muito distante dos modelos europeus, com um país razoavelmente industrializado, ou em processo de acelerada industrialização. Ainda que tivéssemos uma proposta constitucional de “Estado social”, não tínhamos no Brasil uma sociedade de bem-estar para a grande maioria da população. O arremedo de “Estado social”, contudo, que alavancou um incipiente projeto de desenvolvimento nacional, a despeito das persistentes desigualdades sociais e regionais.

3. Estruturação do direito administrativo brasileiro

A importância do direito administrativo é anunciada por Hely Lopes Meirelles, um dos mentores do “Direito Administrativo Brasileiro”, título de uma das suas obras mais conhecidas. Para o ilustre administrativista, o direito administrativo é aquele voltado à regulação das atividades públicas “tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado” (1994, p. 29). Esses fins guardam uma estreita relação com a satisfação de necessidades coletivas básicas, tais como a prestação de serviços públicos, a ordenação da vida privada (poder de polícia), construção e manutenção de infraestruturas indispensáveis à vida em sociedade, além de outras tantas ações necessárias ao bem-estar social. Regulando a ação administrativa e submetendo-a a controles, principalmente o judicial, o direito administrativo desempenha um notável e indispensável papel no contexto do Estado Constitucional.

Na França, o direito administrativo surgiu como um direito especial a ser aplicado à administração pública, como um regime jurídico “exorbitante”, derogatório do direito privado. A doutrina francesa buscou justificar esse caráter exorbitante do direito administrativo, formando-se, em torno da questão duas correntes básicas: a do “poder público” (*puissance public*), capitaneada por Maurice Hauriou, e a do “serviço público” (*service public*), que tinha à frente Léon Deguit. De acordo com a primeira, o que legitimava a aplicação de um regime jurídico-administrativo era a titularização, por parte do Estado, do monopólio da força, que dizer, de “poderes e prerrogativas especiais” não compartilhados por atores privados. Já para o segundo, o que justificava a aplicação desse regime especial era a prestação de serviços públicos aos cidadãos, que não poderia estar sujeita ao direito privado.

Enquanto na França o direito administrativo teve sempre um caráter fortemente jurisprudencial, em razão da atuação do Conselho de Estado, no Brasil, ele será marcado,

principalmente, como uma obra doutrinária. Ao contrário do direito francês, no Brasil não existiu uma “jurisdição administrativa” especializada, uma vez que o sistema jurídico-constitucional brasileiro seguia o modelo constitucional norte-americano de jurisdição única. Ajunte-se a isso que, à semelhança do que ocorreu em outros países, o Brasil nunca teve uma codificação do direito administrativo, em parte devido à própria complexidade dessa disciplina, em parte devido à fragmentação das competências legislativas em matéria administrativa no contexto da nova federação. Assim, na falta de um código, que costuma cumprir uma função de sistematização, coube à doutrina a tarefa de organização sistêmica do direito administrativo, a partir da obra de grandes doutrinadores.

No Brasil, o direito administrativo volta-se, inicialmente, para instituição e regulação de uma administração pública “burocrática”. Essa “administração burocrática”, também denominada “legal-racional”, segundo os tipos ideais assinalados por Max Weber, apresenta certas características básicas do ponto de vista organizacional e funcional. Trata-se de uma administração pública hierarquizada, que desempenha atividades ligadas a um “poder de polícia” cada vez mais intenso e à prestação de um crescente número de “serviços públicos”. Ela pode atuar, também, como “agente econômico”, em caráter subsidiário, por meio de variadas formas de empresas públicas, conforme aconteceu no Brasil, tendo em vista o incremento das infraestruturas necessárias ao desenvolvimento.

As novas necessidades decorrentes da expansão do poder de polícia, dos serviços públicos, da construção de infraestruturas, da implantação de políticas públicas e da regulação da economia, conduziram a uma grande ampliação dos poderes administrativos. As ideias de “prerrogativas de direito público” ou de “meios exorbitantes do direito comum” se imporão com vigor neste período, vistos como necessários à garantia da efetividade da governança pública, ou, como se dirá com muita frequência, à garantia da supremacia dos interesses públicos sobre os interesses privados. O direito administrativo, como já havia ocorrido na pátria francesa, se forma e se consolida, assim, como um direito especial, por um movimento de afastamento em relação ao direito privado.

Em 1941, Miguel Seabra Fagundes, um dos grandes nomes da doutrina administrativista brasileira desse período, no seu ontológico livro *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, lecionava que “administrar é aplicar a lei de ofício” (2005, p. 3). Isso quer dizer que a

atividade administrativa deveria se dar com estreita observância aos ditames legais, em conformidade com o “princípio da legalidade administrativa”. O gaúcho Ruy Cirne Lima, outro grande autor dessa fase, e para quem “administração é a atividade de quem não senhor absoluto”, em seu livro *Princípios de Direito Administrativo*, num esforço de sistematização dessa disciplina, ainda carente de fundamentação científica mais consistente em terras brasileiras, deteve-se longamente sobre a “relação de administração”, decodificando-lhe seus critérios informadores, seu conteúdo e sua teleologia, e concebendo este conceito como a chave de abóboda e a pedra de toque do seu sistema (LIMA, 1994). Posteriormente, já nos anos 70-80 do século passado, Celso Antônio Bandeira de Melo iria se referir à magistral lição de Cirne Lima a propósito da “relação de administração” como a “relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente”, onde não há apenas um poder em relação ao um objeto, mas, sobretudo, um dever, cingindo o administrador ao cumprimento da finalidade que lhe serve de parâmetro.

Na dogmática jurídica, a atuação administrativa se dará predominantemente sob um regime jurídico de direito público, sendo os “atos”, os “contratos” e os “regulamentos” administrativos os seus principais instrumentos de ação. A figura do “ato administrativo” ocupará o centro desta dogmática, sendo o capítulo central de todos os compêndios da disciplina, incumbindo-lhe um duplo papel. Por um lado, será considerado como um “privilégio da Administração”, manifestação do poder administrativo no caso concreto, um ato unilateral, podendo ser praticado de forma vinculada ou discricionária, podendo seus efeitos ser impostos aos particulares por via coativa (*autoexecutoriedade*). Por outro lado, esse mesmo ato administrativo também se constituirá em instrumento de garantia dos particulares, na medida em que abre acesso à via do controle jurisdicional, permitindo a defesa dos “administrados” contra as atuações administrativas arbitrárias (SILVA, 1998, p.49). Formou-se, assim, um quadro institucional e teórico marcado por “compromissos práticos” entre princípios liberais ao nível da organização política e princípios com certa dosagem autoritária ao nível da administração pública, apresentando-se o direito administrativo como o “ponto de convergência” desses compromissos.

Em razão de uma permanente e natural desconfiança em relação à máquina administrativa e à sua burocracia, o direito administrativo acentuará as necessidades de limitação, sujeição e controle de uma administração pública cada vez mais poderosa e onipresente. Essa tensão entre prerrogativas especiais e limitações e controles será uma constante em todo o direito administrativo

brasileiro, podendo o ponto de equilíbrio ser alterado de acordo com os movimentos pendulares da política e do direito. E assim desenvolveu-se a dogmática do direito administrativo brasileiro, com seus conceitos e categorias peculiares, quais sejam: legalidade administrativa, prerrogativas da administração pública, ampla discricionariedade, não controle do mérito do ato administrativo pelo poder judiciário etc.

Numa dimensão mais ampla, esse modelo doutrinário foi resultado de uma combinação de princípios do constitucionalismo liberal tradicional e das exigências no novo constitucionalismo social. O constitucionalismo liberal privilegiava uma dimensão defensiva dos direitos individuais, centrando-se na proteção de uma autonomia privada em face dos sempre perigosos excessos da intervenção estatal. Essa cultura jurídica influenciará a estruturação inicial do direito administrativo brasileiro. No emaranhado das complexas realidades institucionais de um Estado social-desenvolvimentista, o direito administrativo, ao mesmo tempo em que se mostrava cada vez mais importante para estruturação da ação pública e a proteção dos cidadãos, também se revelava um direito de difícil sistematização doutrinária. Ignoravam-se, muitas vezes, a sua natureza, as suas exigências, por vezes, contraditórias, os seus contornos e as suas fronteiras. Isso não impediu que o direito administrativo se consolidasse cada vez mais como uma disciplina necessária e de grande prestígio, destacando-se, nesse período inicial de sua formação, a título ilustrativo, a obra doutrinária de Temístocles Brandão Cavalcanti, José Mattos de Vasconcelos, Seabra Fagundes, Ruy Cirne Lima, J. Rodrigues Vale, Fernando Mendes de Almeida, José Cretella Junior, Mário Masagão e Hely Lopes Meirelles

4. O período do regime militar

Sob o regime da Constituição de 1946, havia ocorrido uma certa normalização da vida democrática no país, depois do hiato do Estado Novo, o que permitiu um maior desfrute das liberdades pública, desenvolvendo-se, desde então, uma rica atividade política e sindical no período que se seguiu à sua promulgação. Com isso, aumentaram as pressões para efetivação de uma democracia de massas no Brasil, o que passou a incomodar cada vez mais as oligarquias dominantes, setores da classe média e do empresariado, temerosos de perder o poder e a influência política com a ascensão de novos grupos e lideranças. O clima da guerra fria no plano internacional, a ameaça comunista, mais presente na América do Sul com a proximidade da revolução cubana deflagrada

por um grupo liderado por Fidel Castro em 1959, os anseios por reformas de base, que encontraram expressão no Governo João Goulart (1961-1964), e as reações contrárias de setores das elites nacionais, representadas no plano político pela UDN, terminaram por criar um ambiente de forte instabilidade. O pacto social brasileiro instituído na Carta de 46, com seu compromisso entre as crescentes demandas sociopolíticas de democracia material e os imperativos de uma economia de mercado capitalista chegava ao fim.

Interrompendo o ciclo democrático iniciado em 1946, em 31 de março de 1964, os militares apearam João Goulart da presidência e instituíram um “governo provisório”. Começava o longo período do regime militar. O Congresso Nacional, transformado em Assembleia Constituinte mediante ato institucional, e já como os membros da oposição afastados, promulgou, sob pressão dos militares, a Constituição de 1967, legitimando a ditadura militar consequente ao golpe, autodenominado de “revolução”. Na prática, o novo Texto Constitucional alterava o equilíbrio entre os poderes, instituindo uma tutela do Poder Executivo sobre o Legislativo e o Judiciário. Em 1969, foi editada pela Junta Governativa Provisória a Emenda Constitucional nº 1, que institucionalizou os atos institucionais editados anteriormente pelo regime militar. Tamanha foi a alteração operada na Carta de 1967 que o texto constitucional emendado passou a ser visto como uma nova Constituição.

O regime militar passou a nomear os governadores, a monitorar a imprensa, a cultura e as atividades políticas, adotando um plano de reformas cujos efeitos se fizeram sentir em toda a federação. Para os militares e seus apoiadores civis, a estabilidade política e institucional somente poderia se consolidar, de forma estável, na ambiência de uma economia capitalista de mercado. A defesa da ordem capitalista contra uma suposta ameaça comunista contou, assim, com o apoio do exército, de autoridades políticas e segmentos interessados do núcleo central do capitalismo. O incremento de uma economia de mercado e uma maior participação do Brasil do comércio exterior, com a inserção do país na economia internacional, eram vistos como tarefas prioritárias a serem promovidas.

Algumas reformas foram inicialmente implementadas, destacando-se dentre elas a reforma financeira, com a Lei nº 4.320/1964, a reforma tributária, com a edição do Código Tributário Nacional, a reforma trabalhista, com a extinção do instituto da estabilidade e a criação do FGTS, e

a chamada Reforma Administrativa, com a edição do Decreto-lei nº 200/1967. A reforma processual, com a edição do Código de Processo Civil ocorreu em 1973.

4.1. A reforma administrativa de 1967

A Reforma Administrativa, instituída pelo Decreto-lei nº 200/1967, foi a primeira reforma gerencial, *avant la lettre*, implementada no país, bem antes de se falar em “administração gerencial”, como veio a ocorrer no Brasil a partir dos anos 1990. Para os *policy makers* encarregados da reforma, a governança pública e as modernas exigências da ação pública administrativa demandavam uma máquina administrativa moderna, ágil e eficiente. Assim, a reforma administrativa de 1967 instituiu no plano federal um padrão de organização para a administração pública, que foi, progressivamente, assimilado por estados e municípios. A reforma estabelecia novos princípios estruturantes para o setor público, agora subdividido numa *administração direta* (centralizada) e numa *indireta* (descentralizada). Dentre tais princípios, destacavam-se os do *planejamento*, da *coordenação*, da *descentralização*, da *delegação de competências* e do *controle*. Esse modelo administrativo daria à administração pública brasileira uma nova feição, marcando toda a cultura administrativa pátria, influenciando, inclusive, a sistematização científica do direito administrativo brasileiro que ocorria nesse período. As expressões “administração direta e indireta” passaram a ser amplamente empregadas por políticos, gestores, acadêmicos e operadores jurídicos, sendo, posteriormente, incorporadas ao Texto Constitucional de 1988.

A Reforma Administrativa de 1967 propiciou um movimento de descentralização e especialização da administração pública, ocasionando um forte incremento da “administração indireta”, dotada de maior autonomia administrativa, e, não raro, com funcionários mais bem remunerados. Esse processo de especialização levou ao surgimento de diversas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista nos vários âmbitos da federação, encarregadas das mais diversas tarefas administrativas e econômicas, como a prestação de serviços públicos, o exercício do poder de polícia e regulação, a realização de atividades econômicas e financeiras, e a organização de atividades de previdência e assistência social. A modernização gerencial proposta permitia, do ponto de vista dos regimes jurídicos aplicáveis ao setor público, uma maior utilização de instrumentos de direito privado. Veja-se, nesse sentido, que as “fundações

públicas” foram tratadas pelo Decreto-lei nº 200/1967 como “entidades de direito privado”, para o desempenho de atividades “que não exijam execução por entidades de direito público” (art. 5º, IV).

Assim, pesando uma grande desconfiança sobre a velha burocracia da administração direta, ocorreu o repasse de importantes funções e políticas públicas para a administração indireta, que, em sua autonomia, gozava de relativa liberdade de contratação de servidores (sob o regime celetista), de obras, bens e serviços. O Decreto-lei nº 200/1967 abria uma brecha, que veio a ser muito utilizada, para contratação sem concurso público nas áreas de pesquisa e órgãos especializados da administração pública. A administração direta, responsável por boa parte das políticas públicas mais fundamentais na área social (educação, saúde e segurança pública), foi sendo, progressivamente, sucateada e relegada a um segundo plano, com servidores mal remunerados e desmotivados.

Alguns efeitos perversos surgiram nos anos que se seguiram à reforma. Embora implantada com a pretensão de fortalecer e aperfeiçoar os mecanismos de controle, coordenação e planejamento na administração pública, tal capacidade foi sendo, cada vez, mais enfraquecida por dois processos que se alimentavam mutuamente: de um lado, a hipertrofia e o crescimento desordenado da administração indireta inviabilizaram os mecanismos de coordenação; de outro, a racionalidade e o profissionalismo desejados foram perdendo força na medida em que os militares, para se contraporem à progressiva perda de legitimidade do regime, faziam uso patrimonialista da administração pública, trocando cargos por apoio político (TORRES, 2004, p.157-158).

4.2. O flerte do direito administrativo com o autoritarismo

Há mais de um século, o jurista alemão Otto Mayer (1969, p. 5) afirmava que “o Direito Constitucional passa, o Direito Administrativo permanece”. Essa declaração tem ecoado no direito público ocidental, não sem causar uma certa inquietação. Várias interpretações foram propostas. A mais comum é que o direito constitucional seria mais instável e suscetível a mudanças, ao passo que o direito administrativo teria uma maior vocação para “estabilidade”. Isso porque o direito constitucional seria mais “político”, ao passo que o direito administrativo seguiria uma lógica mais autônoma em relação às turbulências políticas. Para alguns, essa vocação para “permanência” seria até mais recomendada para um direito que tem como tarefa garantir o funcionamento cotidiano das engrenagens administrativas da sociedade, da sua burocracia, dos serviços públicos e da ordem

pública. Assim, o direito administrativo manteve, de certa forma, uma estrutura marcada por um grau elevado de formalismo, o que o tornou maleável e facilmente adaptável a regimes políticos diversos.

Outra possível interpretação que pode ser dada à enigmática declaração de Otto Mayer, e essa mais pessimista, é que o direito administrativo, na sua costumeira formalidade, e em seu tradicional deslocamento em relação aos valores democráticos, pode se revelar uma estrutura bastante funcional para regimes autoritários e de exceção. No período do regime militar no Brasil, marcado por suspensão da normalidade constitucional, grande foi o prestígio do direito administrativo. O formalismo e a abertura dos conceitos e dos institutos do direito administrativo lhe propiciaram a sua amigável adaptação a regimes ditatoriais. Sob esse aspecto, devem ser sempre destacadas, além do caso brasileiro, as experiências de Portugal (sob Salazar) e da Espanha (sob Franco), onde, em períodos ditatoriais de suspensão da normalidade constitucional, grande foi o prestígio do direito administrativo.

Como observou Binenbojm (2006, p. 3), a teoria do direito administrativo muito contribuiu para a preservação de uma *lógica de autoridade* e não para a construção de uma lógica cidadã. Isso era corroborado pelo instituto da *discrecionariade administrativa*, com sua subtração à apreciação dos órgãos de controle, e com o conceito fluido e vago de *interesse público*.

5. Afirmação do direito administrativo brasileiro

Num longo período marcado por um Estado de exceção e pelo autoritarismo, e sem a referência de uma Constituição democrática, o direito administrativo brasileiro vivenciou um grande desenvolvimento do ponto de vista dogmático-científico no Brasil, levando-o a se constituir numa grande referência paradigmática para todo o direito público brasileiro, além de se apresentar como uma plataforma de luta contra o arbítrio de Estado e contra todos os abusos e desvios de poder. Acentuaram-se os seus aspectos garantísticos, reelaborando-se os seus princípios estruturantes, especialmente o princípio da legalidade administrativa, num esforço de subordinar à lei e ao judiciário a administração pública, alvo de tantas suspeitas e desconfianças no contexto de um regime autoritário espalhado pela federação. Surge um direito administrativo mais sintonizado com as demandas dos “administrados”.

Nessa fase, o direito administrativo brasileiro adquire sua “maioridade científica” no Brasil. Celso Antônio Bandeira de Melo, expressando o espírito que animava esse ramo jurídico em ascensão, afirmava que “importa, sobretudo, conhecer o direito administrativo como um sistema coerente e lógico, investigando liminarmente as noções que instrumentam sua compreensão sob uma perspectiva unitária” (2005, p. 23-24). Retomando as ideias de Ruy Cirne Lima, Celso Antônio destaca que, em matéria de administração pública, o dever e a finalidade são predominantes, e não a vontade, como ocorre no direito privado. Ensina que, na administração pública, “os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela” (1967, p. 296). Assim, duas ideias-chave irão receber especial destaque nesse novo esforço de fundamentação e justificação científica do direito administrativo: a) a ideia da supremacia do interesse público sobre o privado; e b) a ideia da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos. Será gestado, aqui, um paradigma jurídico ainda hoje muito influente em nossa cultura jurídica.

6.1. O princípio da legalidade administrativa

Antecipando-se a um debate que o direito constitucional pátrio somente irá incorporar futuramente, a doutrina administrativista pôs em foco a questão dos “princípios” como elementos estruturantes da ordem jurídica. Como resposta a um direito administrativo com pendores autoritários, em que o conceito de “interesse público” podia ser preenchido em sua indeterminação segundo conveniências e razões políticas diversas, foram reforçados os princípios da finalidade, da motivação, da razoabilidade e da proporcionalidade, conferindo-se especial atenção ao controle dos atos administrativos discricionários.

O princípio da legalidade administrativa merecerá especial aprofundamento. Numa atmosfera cultural marcada pelo positivismo jurídico, então corrente dominante nos principais centros acadêmicos do país, a lei, em conformidade com a teoria kelseniana da formação escalonada do ordenamento jurídico, torna-se a principal referência para a administração pública, levando a doutrina a enfatizar uma ideia de *vinculação positiva*, e não apenas *negativa*, da administração pública à legalidade. Assim, a Administração deverá atuar adstrita a padrões legais que, simultaneamente, delineiam os limites dos direitos individuais e balizam a atuação administrativa.

A lei garantiria o respeito aos direitos individuais e, ao mesmo tempo, manifestaria uma “vontade pública” (interesse público), que deveria prevalecer sobre a vontade dos órgãos administrativos.

Segundo essa concepção de uma *vinculação positiva* à lei, a autoridade somente pode atuar quando existir autorização prévia por parte do legislador. Nessa linha, Hely Lopes Meirelles (1994, p. 82) observava que “o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso”. E, arremata o ilustre administrativista, com uma declaração que haveria de fazer história no direito administrativo brasileiro: “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” (MEIRELLES, 1994, p. 83). Não obstante a relevância que pode ter tido essa concepção de “vinculação positiva” da administração para fins de controle da atividade administrativa, em especial no que se refere ao controle jurisdicional, a sua rigidez hoje se revela problemática e pouco realista nas circunstâncias atuais do direito administrativo e das complexas funções do Estado-Administrativo.

No atual contexto do Estado constitucional, embora não existam espaços de atuação pública não afetados pelo direito, tem-se tentado resgatar uma nova síntese entre as concepções de “vinculação positiva” e de “vinculação negativa” da administração pública, afirmando-se sua vinculação à lei e ao direito. Tal é o que fez, por exemplo, a atual Lei de Processo Administrativo, ao dispor que a atuação administrativa deve ser conforme a lei e o Direito (Lei nº 9.784/1999, art. 2º, parágrafo único, I). Assim, em muitas situações, não se exige mais uma conformação prévia da atuação administrativa à lei, importando apenas que tal atuação esteja autorizada no ordenamento jurídico. Essa “autorização” pode, inclusive, estar prevista em normas de natureza principiológica ou em “leis-quadro” instituidoras de políticas públicas setoriais. Daí ser mais preciso, como propõe Gustavo Binenbojm, a referência a um princípio da juridicidade administrativa do que ao tradicional princípio da legalidade (2006, p. 34-38).

Inobstante isso, deve-se admitir a permanência de amplos setores onde a atuação administrativa deve se dar em termos de vinculação positiva, tais como no caso das contratações públicas, das desapropriações, do exercício do poder de polícia, dos regimes disciplinares e

sancionatórios etc. Nessas situações, somente por meio de uma estrita observância da lei é que se pode dar uma proteção aos cidadãos diante da administração pública.

6.2. Outros temas

No mais, consolidou-se nessa fase um aprofundamento das formulações dos anos 50 e 60 do século passado, com a agregação de novos temas. Os principais instrumentos da atuação administrativa continuam a ser o *ato administrativo*, os *contratos administrativos* e os *regulamentos*. Os contratos administrativos deverão conter cláusulas exorbitantes e garantias de seu equilíbrio econômico-financeiro, visando à proteção dos que contratam com o Estado. Para a doutrina dominante, os regulamentos autônomos estariam proscritos do direito administrativo pátrio, sendo admitidos apenas os “regulamentos de execução”, destinados a garantir uma “fiel execução da lei”. A teoria dos regulamentos é amplamente desenvolvida no âmbito do direito administrativo. É também amplamente tratado o tema da administração direta e indireta, em particular no que se refere aos seus regimes jurídicos. A obra *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias* (1968), de Celso Antônio Bandeira de Melo, representará um ponto de inflexão nessa questão.

Em matéria de serviços públicos, a doutrina, capitaneada por Hely Lopes Meirelles, distinguia duas espécies de serviços públicos: os *serviços públicos essenciais* e os *serviços de utilidade pública*. Serviços públicos essenciais “são os que a Administração presta diretamente à comunidade, por reconhecer sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado” (MEIRELLES, 1994, p. 295). Longe de contexto neoliberal que viria marcar parte da doutrina administrativista no futuro, Hely sustentava que “a Administração deve prestá-los, sem delegação a terceiros, mesmo porque geralmente exigem atos de império e medidas compulsórias em relação aos administrados”. Como exemplo de tais serviços elencava aqueles necessários à preservação da saúde pública. No contexto atual, o nosso SUS. Já os serviços de utilidade pública “são os que a Administração, reconhecendo a sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade) para os membros da coletividade, pode prestá-los diretamente ou aquiesce em que sejam prestados por terceiros (concessionários, permissionários ou autorizatários), nas condições regulamentadas e sob seu controle, mas por conta e risco dos prestadores, mediante

remuneração dos usuários”. Aqui temos os serviços de energia elétrica e a telefonia, passíveis de delegação a particulares.

Talvez como resposta às persistentes práticas patrimonialistas na gestão pública nacional, o paradigma jurídico-administrativo que se consolida nessa fase será marcado por um movimento de distanciamento em relação ao direito privado, reforçando em um novo contexto tendências já presentes nos primórdios do direito administrativo. Assim, por exemplo, as fundações públicas, previstas no Decreto-lei nº 200/1976 como entidades de direito privado, foram esvaziadas desse sentido originário à medida que passaram a ser vistas como simples “espécies do gênero autarquia”, visão que foi incorporada durante muito tempo pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A celeuma em torno da verdadeira natureza das fundações públicas perdura ainda hoje em nosso direito administrativo, sem que se tenha ainda encontrado um consenso no plano do direito positivo e doutrinário.

7. Um direito para a democracia

Com a consolidação de tal paradigma, o direito administrativo brasileiro assume, num quadro de quase irrelevância do direito constitucional pátrio, o *status* de “direito público por excelência”, como apregoava García de Enterría. Um forte “paradigma jurídico-administrativo” acabará por influenciar diversos outros subsistemas jurídicos para além da esfera propriamente “administrativa”, como o direito ambiental, o urbanístico, o regulatório e o econômico. Esse regime jurídico-administrativo também será a principal referência para agentes públicos, para a burocracia estatal, para os gestores e operadores jurídicos. Essa influência perdurará para muito além do período autoritário, deixando suas marcas no Texto Constitucional de 1988, que irá incorporar em sua tessitura muito do trabalho doutrinário realizado nesse período. Com a redemocratização do país que se seguiu à Constituição de 1988, esse modelo jurídico-administrativo ainda se manterá firme, embora passasse, principalmente a partir dos anos 90 do século passado, com o advento do denominado movimento “gerencialismo”, a receber fortes críticas.

Assim, deve sempre ser destacada que a obra doutrinária desse período, além de contribuir para a afirmação científica do direito administrativo, preparava e, de certa maneira, antecipava na consciência jurídica nacional, a transição para a democracia e o Estado de Direito. Nessa fase de suspensão da normalidade constitucional e de autoritarismo, formou-se uma verdadeira *escola*

brasileira de direito administrativo, com forte influência na academia, na atuação dos operadores jurídicos, nos tribunais e na burocracia estatal, destacando-se a obra de Oswaldo Aranha Bandeira de Melo, Celso Antônio Bandeira de Melo, Valmir Pontes, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Caio Tácito, Sérgio de Andréa Ferreira, Diógenes Gasparini, Almiro do Couto e Silva, Lúcia do Valle Figueiredo, Jessé Torres, Juarez Freitas, Odete Medauar e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. *Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na era Vargas (1930-1964)*. In: SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 7ª ed. 1994.

MAYER, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. 1 e 2, 1ª ed., 1895 e 1896; 3ª ed., 1924.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros: 1999.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca del acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1998.



ESTRUTURAS DE GOVERNANÇA INTERFEDERATIVA NO NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO

1201

Rodrigo de Pinho Bertocelli

Mestrando em Direito Público pela FGV. Graduado e Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Mackenzie. Pós-Graduado em Contratos Empresariais pela FGV-GVLaw. Extensão executiva em Business and Compliance pela University of Central Florida e International Management & Compliance pela Frankfurt University of Applied Sciences. Ex-Secretário da Coordenação de Saneamento do Conselho Federal da OAB. Membro da Comissão de Saneamento do IASP. Advogado em São Paulo.

1. Introdução

A Lei federal 14.026/2020, que atualizou o marco regulatório do saneamento básico, buscou enfrentar questões centrais do setor, entre elas disciplinar a titularidade compartilhada dos serviços. Nesse sentido, temos agora novos incentivos para a prestação regionalizada dos serviços de saneamento básico com a finalidade de possibilitar a sustentabilidade econômico-financeira de projetos com potenciais ganhos de escala, consequentemente a universalização dos serviços.

Este artigo busca avaliar se as alterações promovidas no Marco Regulatório serão suficientes para eliminar imprecisões em torno do exercício da titularidade e do funcionamento das estruturas de governança interfederativa para o setor, com destaque para os avanços e novos desafios.

2. Instrumentos de cooperação entre os entes federados

O arcabouço legal brasileiro possui diversos instrumentos que permitem a cooperação entre entes federados, possibilitando a prestação de serviços públicos, infraestrutura e estruturas financeiras conjuntas. A Lei federal nº 14.026/2020, inclusive, criou novos instrumentos.

Entre eles, um instrumento muito utilizado no setor do saneamento é o consórcio público. A Lei federal nº 11.107/2005 criou a figura do consórcio público, que pode ser constituído como associação pública ou pessoa jurídica de direito privado. O consórcio público é constituído por contrato e possui personalidade jurídica própria. A Lei federal nº 11.107/2005 também prevê a utilização de contrato de rateio, por meio do qual são discriminados os recursos e contribuições financeiras repassados pelos entes consorciados ao consórcio público. E mais: a cada exercício financeiro os aportes repassados devem ser formalizados, tendo-se em conta as dotações orçamentárias aprovadas pelos membros consorciados.

Para o cumprimento de seus objetivos, o consórcio público pode emitir documentos de cobrança e exercer atividades de arrecadação de tarifas e outros preços públicos pela prestação de serviços ou pelo uso ou outorga de uso de bens públicos administrados por eles ou pelo ente consorciado, neste caso, mediante autorização específica. Além disso, pode promover desapropriações e instituir servidões e ser contratado pela administração direta ou indireta dos entes consorciados, dispensada a licitação¹³⁹³.

Os consórcios públicos, ainda, podem outorgar concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos através de autorização prevista no contrato de consórcio público. Podem, também, firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades e órgãos do governo.

Outro instrumento de cooperação é o convênio, tratado pelo artigo 241 da Constituição Federal e artigo 116 da Lei federal nº 8.666/1993. O convênio é um acordo firmado entre entidades estatais que não constitui uma personalidade jurídica, diferentemente dos consórcios¹³⁹⁴. Os convênios estipulam obrigações recíprocas entre as partes, em prol de um objetivo comum. São definidas metas que devem ser atingidas pelo partícipe, que recebe recursos do órgão ou entidade

¹³⁹³ Nesse sentido, vale observar que a Lei federal 14.026/20 reduziu as hipóteses dos chamados “contratos de programa” no setor de saneamento, mas não extinguiu o modelo contratual, que continua sendo possível entre os consórcios públicos e os entes consorciados.

¹³⁹⁴ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 246.

repassadora, mediante cronograma de desembolsos. O convênio é mencionado na Lei federal nº 11.107/2005, entretanto, sem regulamentação específica. Apenas para os setores de rodovias e portos federais é que os convênios de cooperação são regulados pela Lei federal nº 9.277/1996.

Nesse contexto, a Lei federal nº 14.026/2020 inseriu no ordenamento estruturas que podem ser utilizadas para a prestação regionalizada de serviços de saneamento básico, ou seja, que envolvem mais de um município: a região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião, a unidade regional de saneamento básico e o bloco de referência – conceitos inseridos no artigo 3º da Lei 11.445/2007.

De acordo com o dispositivo, a região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião deve ser instituída pelos estados mediante lei complementar e é composta de agrupamento de municípios limítrofes e instituída nos termos do Estatuto da Metrópole. A unidade regional de saneamento básico é, igualmente, instituída pelos estados mediante lei ordinária e é constituída pelo agrupamento de municípios não necessariamente limítrofes, com o intuito de garantir viabilidade econômica e técnica aos municípios menos favorecidos. Já o bloco de referência é um agrupamento de municípios não necessariamente limítrofes, a ser instituído pela União, formalmente criado por meio de gestão associada voluntária dos titulares.

Vale ressaltar que os blocos de referência serão estabelecidos pela União, de forma subsidiária aos estados, caso as unidades regionais de saneamento básico não sejam estabelecidas pelos estados no prazo de 1 (um) ano da publicação do Novo Marco.

São estes, então, os principais instrumentos que podem ser utilizados para a cooperação entre entes federados que buscam um objetivo de interesse comum.

Por fim, embora com finalidade legal bem definida, quando analisada sob a perspectiva setorial, a cooperação muitas vezes cede espaço para interesses políticos e disputas entre os entes federados pela prerrogativa de organizar e prestar os serviços. A disputa pela titularidade dos serviços de saneamento, em contraposição aos princípios constitucionais de cooperação, é ao mesmo tempo causa e consequência da indefinição normativa e insegurança jurídica que, ainda hoje, permeiam o setor de saneamento básico.

3. Estrutura de governança nos instrumentos de cooperação entre os entes federados

A Lei federal nº 11.107/2005 estabelece que a estrutura de governança dos consórcios públicos deve incluir uma Assembleia Geral, regras para convocação e funcionamento de suas reuniões para a tomada de decisões e que cada consorciado tem assegurado o direito a 1 (um) voto¹³⁹⁵. Contudo, não define uma regra específica para o quórum mínimo necessário para a tomada de decisão, o peso de cada voto, entre outros fatores fundamentais, que possam garantir a equidade entre os consorciados, eficácia e aplicabilidade das decisões.

De outra parte, sobre as estruturas tratadas na Lei federal nº 11.445/2007, a adesão dos titulares é facultativa¹³⁹⁶, conforme apontado anteriormente. Além disso, incentiva a constituição da estrutura de governança e a adesão dos entes em até 180 dias de sua instituição¹³⁹⁷.

Ainda, para as regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões deve ser atendido o disposto no Estatuto da Metrópole, que possui capítulo específico para governança interfederativa de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas. Nele destaca-se a obrigatoriedade de compartilhamento da tomada de decisões com vistas à implantação de processo relativo ao

¹³⁹⁵ Art. 4º São cláusulas necessárias do protocolo de intenções as que estabeleçam:

VI – as normas de convocação e funcionamento da assembléia geral, inclusive para a elaboração, aprovação e modificação dos estatutos do consórcio público;

VII – a previsão de que a assembléia geral é a instância máxima do consórcio público e o número de votos para as suas deliberações;

(...)

§ 2º O protocolo de intenções deve definir o número de votos que cada ente da Federação consorciado possui na assembléia geral, sendo assegurado 1 (um) voto a cada ente consorciado.

¹³⁹⁶ Art. 8º-A. É facultativa a adesão dos titulares dos serviços públicos de saneamento de interesse local às estruturas das formas de prestação regionalizada.

¹³⁹⁷ Art. 50. A alocação de recursos públicos federais e os financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da União serão feitos em conformidade com as diretrizes e objetivos estabelecidos nos arts. 48 e 49 desta Lei e com os planos de saneamento básico e condicionados: (...)

VII - à estruturação de prestação regionalizada;

VIII - à adesão pelos titulares dos serviços públicos de saneamento básico à estrutura de governança correspondente em até 180 (cento e oitenta) dias contados de sua instituição, nos casos de unidade regional de saneamento básico, blocos de referência e gestão associada; e

IX - à constituição da entidade de governança federativa no prazo estabelecido no inciso VIII do caput deste artigo.

planejamento, à elaboração de projetos, à estruturação econômico-financeira, à operação e à gestão do serviço ou da atividade e o compartilhamento de responsabilidades na gestão de ações e projetos relacionados às funções públicas de interesse comum. O diploma legal exige, também, estrutura básica composta por instância executiva, instância colegiada deliberativa, com representação da sociedade civil, organização pública com funções técnico-consultivas e sistema integrado de alocação de recursos e prestação de contas¹³⁹⁸.

¹³⁹⁸ Art. 6º A governança interfederativa das regiões metropolitanas e das aglomerações urbanas respeitará os seguintes princípios:

- I – prevalência do interesse comum sobre o local;
- II - compartilhamento de responsabilidades e de gestão para a promoção do desenvolvimento urbano integrado;
- III – autonomia dos entes da Federação;
- IV – observância das peculiaridades regionais e locais;
- V – gestão democrática da cidade, consoante os arts. 43 a 45 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001;
- VI – efetividade no uso dos recursos públicos;
- VII – busca do desenvolvimento sustentável.

Art. 7º Além das diretrizes gerais estabelecidas no art. 2º da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, a governança interfederativa das regiões metropolitanas e das aglomerações urbanas observará as seguintes diretrizes específicas:

- I – implantação de processo permanente e compartilhado de planejamento e de tomada de decisão quanto ao desenvolvimento urbano e às políticas setoriais afetas às funções públicas de interesse comum;
- II – estabelecimento de meios compartilhados de organização administrativa das funções públicas de interesse comum;
- III – estabelecimento de sistema integrado de alocação de recursos e de prestação de contas;
- IV – execução compartilhada das funções públicas de interesse comum, mediante rateio de custos previamente pactuado no âmbito da estrutura de governança interfederativa;
- V - participação de representantes da sociedade civil nos processos de planejamento e de tomada de decisão;
- VI – compatibilização dos planos plurianuais, leis de diretrizes orçamentárias e orçamentos anuais dos entes envolvidos na governança interfederativa;
- VII – compensação por serviços ambientais ou outros serviços prestados pelo Município à unidade territorial urbana, na forma da lei e dos acordos firmados no âmbito da estrutura de governança interfederativa.

Parágrafo único. Na aplicação das diretrizes estabelecidas neste artigo, devem ser consideradas as especificidades dos Municípios integrantes da unidade territorial urbana quanto à população, à renda, ao território e às características ambientais.

Art. 7º-A. No exercício da governança das funções públicas de interesse comum, o Estado e os Municípios da unidade territorial deverão observar as seguintes diretrizes gerais:

- I - compartilhamento da tomada de decisões com vistas à implantação de processo relativo ao planejamento, à elaboração de projetos, à sua estruturação econômico-financeira, à operação e à gestão do serviço ou da atividade; e
- II - compartilhamento de responsabilidades na gestão de ações e projetos relacionados às funções públicas de interesse comum, os quais deverão ser executados mediante a articulação de órgãos e entidades dos entes federados.

Art. 8º A governança interfederativa das regiões metropolitanas e das aglomerações urbanas compreenderá em sua estrutura básica:

- I – instância executiva composta pelos representantes do Poder Executivo dos entes federativos integrantes das unidades territoriais urbanas;
- II – instância colegiada deliberativa com representação da sociedade civil;
- III – organização pública com funções técnico-consultivas; e
- IV – sistema integrado de alocação de recursos e de prestação de contas.

Em relação às demais estruturas, o ordenamento não definiu especificidades para a governança.

3.1. Governança e titularidade da prestação dos serviços

Apesar dos avanços apontados, trazidos pela Lei federal nº 14.026/2020, em especial em relação ao incentivo da prestação regionalizada dos serviços, as estruturas de prestação regionalizada e a respectiva forma de governança merecem regulação, com o intuito de conferir maior segurança jurídica para os investidores. Isso porque, ao mesmo tempo que a titularidade dos municípios deve ser preservada, devem ser criados mecanismos para garantir a supremacia do interesse comum sobre o interesse local.

O artigo 8º-A da Lei federal nº 11.445/2007, ao estabelecer que é facultativa a adesão dos titulares dos serviços públicos de saneamento de interesse local às estruturas de prestação regionalizada, abre precedente para a insegurança jurídica e ineficácia na criação dessas estruturas. É que o interesse comum deve se sobrepor ao interesse local, uma vez que seu objetivo é a universalização da prestação dos serviços em mais de um município, em especial para municípios com menor capacidade econômica, que não conseguem alcançar a qualidade dos serviços necessários de forma autônoma. Sendo assim, para estruturas criadas por meio de lei complementar, a participação dos municípios deve ser compulsória. No mesmo sentido se posicionou o STF para regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerações urbanas, em diversas ocasiões^{1399 1400}.

¹³⁹⁹ ADI 1841/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 20.9.2002; ADI 796/ES, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 17.12.1999.

¹⁴⁰⁰ Importante destacar, conforme aponta Rodrigo Pagani de Souza, que a titularidade deverá ser exercida por aquele que objetive “tornar viáveis os mecanismos de planejamento, regulação e prestação requeridos para um melhor serviço à população”. (SOUZA, Rodrigo Pagani de. Planejamento dos Serviços de Saneamento Básico na Lei Federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. p. 25-52. *In*: MOTA, Carolina. Saneamento Básico no Brasil: Aspectos Jurídicos da Lei Federal nº 11.445/07. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 35). Portanto, apesar de defendermos a compulsoriedade no caso de interesse comum, a viabilidade econômica e técnica, que garanta uma melhoria nos serviços, deve ser comprovada por meio de estudos.

Vale destacar que em todas as estruturas regionais deve ser garantida a participação dos municípios membros, em respeito à sua titularidade e interesse local, vedada a concentração de poder decisório nas mãos de qualquer ente¹⁴⁰¹.

Por fim, todas as estruturas necessitam de melhor regulação para garantir a adequada aplicação desses institutos, com a participação dos entes membros, o adequado sopesamento dos votos, de forma que vede a concentração de poder, garantia de quórum mínimo nas votações, entre outros mecanismos. Tudo com o intuito de evitar o tão comum individualismo federativo que vivenciamos¹⁴⁰², em busca da universalização dos serviços.

3.2. Governança interfederativa: Estudos de casos

Um caso recente que merece destaque foi o modelo adotado pelo Banco Nacional de Desenvolvimento (BNDES) para a modelagem da concessão dos serviços públicos de saneamento básico em Alagoas, que ilustra a articulação metropolitana almejada pelo Estatuto da Metrópole e reafirmada pelo novo marco regulatório¹⁴⁰³.

O arranjo institucional entre o Estado de Alagoas e os municípios, no âmbito da Região Metropolitana de Maceió (RMM)¹⁴⁰⁴, foi estruturado da seguinte forma: o Estado de Alagoas, nos termos dos poderes outorgados pelo Conselho de Desenvolvimento da RMM, por convênio de

¹⁴⁰¹ STF, ADI 1842/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 06/03.2013.

¹⁴⁰² Sobre esse tema opinam Rafael de Sá, Ana Carvalho, Ycarim Barbosa, Bruna Barche Alberto Araújo Filho, vejamos: (...) entende-se que seja um enorme desafio, tanto para os Estados quanto para os Municípios, a implementação efetiva de regiões metropolitanas ou aglomerações urbanas nos moldes pretendidos pelo legislador. As diversas dificuldades, principalmente a superação de um individualismo federativo endêmico vivenciado na política brasileira, deverão ser superadas com novas formas de se governar, especialmente por meio da governança interfederativa. (MARTINS DE SÁ, Rafael Amorim; CARVALHO, Ana Luíza Sousa; BARBOSA, Ycarim Melgaço; BARSCH, Bruna, e ARAÚJO FILHO, Alberto Rodrigues de. Estatuto da Metrópole: a governança interfederativa. URBE. *Revista Brasileira de Gestão Urbana*. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/urbe/2017nahead/2175-3369-urbe-2175-3369009002AO04.pdf>. Acesso em 15/09/2020).

¹⁴⁰³ Concessão comum para distribuição de água e esgotamento sanitário em 102 (cento e dois) municípios do Estado de Alagoas. O edital de licitação foi publicado no Diário Oficial do Estado de Alagoas em 29 de maio p.p. A íntegra da minuta de contrato pode ser acessada em: <<https://saneamento.bndes.gov.br/pt/home/>>. Acesso em 1º/09/2020.

¹⁴⁰⁴ Organizada pela Lei complementar do Estado de Alagoas n.º 50, de 15 de outubro de 2019, que dispõe sobre o sistema gestor metropolitano da Região Metropolitana de Maceió – RMM e dá outras providências.

cooperação, será a parte contratante do contrato de prestação regionalizada dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário nos Municípios da RMM. O convênio de cooperação foi o instrumento firmado entre o Conselho de Desenvolvimento da RMM e o estado, com a finalidade de constituir gestão associada relativa aos serviços de saneamento básico prestados na RMM. Por meio dele foi delegada para a Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de Alagoas (Arsal) a competência para regular, controlar e fiscalizar a prestação dos serviços e para o estado as competências de Poder Concedente, para delegar a prestação dos serviços. Assim, o Estado de Alagoas delegou à Companhia de Saneamento de Alagoas (CASAL), por meio de contrato de programa, parte da prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário na região e promoverá a delegação da outra parte de prestação dos serviços de abastecimento de água e dos serviços de esgotamento sanitário para uma sociedade de propósito específico, por meio de licitação.

De fato, o modelo adotado implementou a titularidade compartilhada¹⁴⁰⁵ da prestação dos serviços e, por meio de deliberação e assinatura de Convênio de Cooperação, atribuiu ao Estado de Alagoas a função de Poder Concedente dos serviços públicos de interesse comum¹⁴⁰⁶.

O projeto sofreu questionamentos perante órgãos de controle, por exemplo, podemos citar a ADI 6573, ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores (PT), pela qual requer-se a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 4º, inciso IV, alíneas “a” e “b”¹⁴⁰⁷ e 5º a 16 da Lei Complementar

¹⁴⁰⁵ Tendo em vista que a Constituição Federal distribui competências entre os entes federativos. A propósito, é válido destacar que nas primeiras versões do projeto de lei do Novo Marco Regulatório, o texto previa que o titular dos serviços, no caso de interesse comum, era a estrutura de governança interfederativa. A disposição, contudo, foi modificada posteriormente para prever que a titularidade será exercida conjuntamente por estados e municípios. V. PL 3261, de autoria do Senador Tasso Jereissati. (Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7964499&ts=1594034890000&disposition=inline>>. Acesso em 02/09/2020).

¹⁴⁰⁶ A propósito, o artigo 2º, parágrafo único, da Lei Complementar do Estado de Alagoas n.º 50/2019 traz a seguinte previsão: “O exercício das funções públicas de interesse comum será compartilhado pelos municípios e pelo estado, observando-se os critérios de parceria definidos pelo órgão deliberativo do Sistema Gestor Metropolitano.” Dentre as atribuições do conselho, elencadas no artigo 16, está a de deliberar pela delegação de serviços públicos de interesse comum.

¹⁴⁰⁷ Art. 4º As funções públicas de interesse comum a que se refere o inciso V do art. 3º desta Lei Complementar, passíveis de atuação do Sistema Gestor Metropolitano, serão exercidas em campos de atuação, tais como:

IV – no saneamento básico:

a) o serviço de esgotamento sanitário, compreendendo as atividades de coleta, transporte, tratamento e disposição final dos esgotos sanitários e dos lodos originários da operação de unidades de tratamento coletivas ou individuais, inclusive fossas sépticas, bem como a disponibilização das infraestruturas necessárias à execução dessas atividades;

Estadual 50/2019, que dispõe sobre o Sistema Gestor Metropolitano da Região Metropolitana de Maceió (RMM). Em petição inicial, o PT alega, basicamente: que a intenção do projeto de lei era a viabilidade da privatização da CASAL; a ausência de necessidade de congregação do sistema de saneamento, uma vez que os municípios da RMM não possuem sistemas interligados, portanto, não tem sentido usurpar a sua competência quanto ao interesse local; a inexistência de interesses comuns, pois cada município da RMM presta os serviços de forma autônoma; a concentração de poder de voto para os representantes do Estado por meio do Poder Executivo e Legislativo, representando 55% do poder de voto, ferindo a isonomia entre os entes federados para as deliberações da RMM.

Ademais, requereu em caráter liminar, a suspensão dos efeitos dos artigos questionados e da sessão de julgamento das propostas comerciais da Concorrência Pública 09/2020 CASAL/AL – CEL/RMM, cujo objeto é a concessão dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário da RMM.

Os estudos que embasaram criação da RMM e concessão dos serviços em um bloco de municípios apresentam levantamentos técnicos, operacionais e econômico-financeiros que justificam o interesse comum do projeto. Em especial, esse bloco de municípios trará sustentabilidade econômico-financeira para os demais blocos a serem licitados no estado, atingindo a universalização dos serviços nos municípios participantes. Entretanto, a concentração de poder por meio dos votos do estado gera alto risco para a continuidade do projeto.

O pedido liminar foi negado e a Concorrência ocorreu normalmente, restando a empresa BRK Ambiental Participações S.A. vencedora do certame, com a oferta de outorga no valor de R\$ 2 bilhões, o que representou um ágio de 13.000% em relação a outorga. O objeto foi homologado e adjudicado em 20 de outubro de 2020.

Outro caso que merece destaque é o do Estado da Bahia. Em 10/06/2019 foi publicada a Lei complementar nº 48, que dividiu o estado em 19 (dezenove) microrregiões. A estrutura de governança de cada microrregião é constituída por uma autarquia intergovernamental, de regime

b) o serviço de abastecimento de água, compreendendo as atividades de captação, adução de água bruta, tratamento, adução de água tratada, retenção e distribuição de água tratada nos municípios inseridos na RMM, bem como a disponibilização das infraestruturas necessárias à execução dessas atividades;

especial, com caráter deliberativo e normativo e personalidade de direito público, consoante parágrafo único do artigo 2º da Lei complementar nº 48. A instância máxima de cada microrregião é o Colegiado Microrregional, composto por um representante de cada Município que a integra e por um representante do Estado da Bahia.

O Estado possui 50 votos e os municípios, em conjunto, possuem 50 votos. As deliberações exigem o número de votos superior à metade do total de votos (artigo 8º). Entre as atribuições do Colegiado Microrregional destacam-se as seguintes:

Art. 9º - São atribuições do Colegiado Microrregional:

(...)

II - deliberar sobre assuntos de interesse regional, em matérias de maior relevância, nos termos do Regimento Interno;

III - especificar os serviços públicos de interesse comum, bem como, quando for o caso, as correspondentes etapas ou fases e seus respectivos responsáveis;

(...)

VII - autorizar Município integrante da Microrregião a, isoladamente, promover licitação ou contratar a prestação de serviços públicos de saneamento básico, ou atividades deles integrantes, por meio de concessão ou de contrato de programa;

(...)

§ 1º - No caso do Colegiado Microrregional deliberar pela unificação na prestação de serviço público de saneamento básico, em dois ou mais Municípios que integram a Microrregião, ou de atividade dele integrante, o representante legal da Microrregião subscreverá o respectivo

contrato de concessão ou de programa representando os entes da Federação interessados.

Nesse caso, as estruturas interfederativas exercem competências municipais e, por meio das mesmas, estados e municípios possuem garantia de participação nas deliberações, sem concentração de poder em um ente federado.

Os casos apresentados exibem a discussão em torno da autonomia municipal nas diferentes modalidades de prestação regionalizada. No modelo da Bahia, a intenção do legislador, desde o Estatuto da Metrópole, de eleger os colegiados metropolitanos como espaços de articulação para o exercício conjunto da titularidade dos serviços públicos de interesse comum é preservada, sem concentração de poder nos votos. No modelo de Alagoas, o sistema gestor metropolitano permite a participação e exercício de titularidade de todos os entes. Entretanto, possui certa concentração de poder nas mãos do estado, o que fere a isonomia e autonomia dos entes federados membros.

No modelo de Alagoas, a organização do sistema gestor não conta com entidade dotada de personalidade jurídica, o que pode limitar a sua capacidade de gestão da região, diferente do modelo da Bahia que é composto por autarquias especiais. As autarquias possuem autonomia administrativa e podem firmar negócios jurídicos, respeitadas as deliberações dos entes membros.

Ainda que este breve ensaio tenha se concentrado nos modelos de dois estados, a prestação regionalizada do saneamento básico tem muito o que aprender com a experiência de outras regiões e setores da economia para se aperfeiçoar e atingir a sua finalidade.

4. Conclusões

Como vimos, a prestação regionalizada é um dos pilares do Novo Marco Regulatório e instrumento para proporcionar viabilidade e escala à organização dos serviços públicos de saneamento básico. Além de reafirmar a necessidade de exercício conjunto da titularidade nos casos

de interesse comum, a Lei federal nº 14.026/2020 introduziu, ainda, uma nova modalidade de integração dos titulares dos serviços: as unidades regionais de saneamento básico.

Nesse particular, a prestação regionalizada pode ser um instrumento relevante para conferir viabilidade econômica a determinadas localidades e, assim, alcançar a universalização almejada pela lei.

A regionalização deve ser incentivada como instrumento para se viabilizar a universalização dos serviços. O seu objetivo é obter ganhos de escala e garantir viabilidade econômico-financeira dos serviços. A prestação regionalizada, por incluir municípios mais e menos atraentes para o capital privado, e não necessariamente contíguos em um mesmo território de prestação, tem o potencial de que qualquer deles, mesmo que, de forma isolada, seja economicamente inviável para atrair investimento privado, fique excluído do processo de universalização.

Diante dos precedentes analisados neste trabalho, conclui-se que há um risco jurídico importante para grupos privados investirem em projetos de municípios que integram estruturas regionais. Nesse sentido, a Lei federal 14.026/2020 avança e reduz incertezas sobre o compartilhamento da titularidade, ao mesmo tempo em que incentiva arranjos regulatórios que viabilizem a política de subsídios e a prestação regionalizada dos serviços mediante a criação de aglomerados, o que é fundamental no processo de universalização dos serviços.

O Novo Marco Regulatório reforça o posicionamento do STF sobre o compartilhamento da titularidade dos serviços, o que traz mais previsibilidade jurídica na construção de soluções que permitam escala e viabilidade econômico-financeira, com a finalidade de atrair investimentos em municípios mais ou menos interessantes ao capital privado.

Entretanto, a Lei federal nº 14.026/2020 ainda deixou lacunas que precisarão de maior regulação, seja por meio de decreto, seja por meio de resoluções da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), para garantir a eficácia das estruturas regionais, a supremacia do interesse comum, sem aniquilar o interesse local, entre outros aspectos vitais. Entre estas lacunas temos a regulação da governança dos instrumentos de regionalização, que deve garantir a isonomia dos entes federados e preservar o exercício de sua titularidade, por meio da participação de todos,

sem concentração de poder. Aspecto apontado contra o modelo de Alagoas na ADI 6573 proposta pelo PT.

O aperfeiçoamento regulatório, portanto, interessa a investidores, operadores, reguladores, ao meio ambiente e a toda a sociedade. A previsibilidade jurídica e a possibilidade de escala para a prestação regionalizada dos serviços de saneamento básico permitirão estruturar projetos viáveis sob o aspecto econômico-financeiro e atingir as metas de universalização, no setor mais carente da infraestrutura brasileira.

5. Referências Bibliográficas

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *As Parcerias Público-Privadas no Saneamento Ambiental*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Parcerias Público Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARTINS DE SÁ, Rafael Amorim; CARVALHO, Ana Luíza Sousa; BARBOSA, Ycarim Melgaço; BARSCH, Bruna; e ARAÚJO FILHO, Alberto Rodrigues de. Estatuto da Metrópole: a governança interfederativa. URBE. *Revista Brasileira de Gestão Urbana*. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/urbe/2017nahead/2175-3369-urbe-2175-3369009002AO04.pdf>. Acesso em 15/09/2020.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

PRYKE, M., ALLEN, J. *Finacialising urban water infrastructure. Extracting local value, distributing value globally*. Urban Studies, FirstView: 1-21, 2017.



REZENDE, Cristina Sonaly; MARQUES, Denise Helena França. *Evolução e Perspectivas do Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário no Brasil*. Brasília: IPEA, CEPAL, 2012.



SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Planejamento dos Serviços de Saneamento Básico na Lei Federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007*. p. 25-52. In: MOTA, Carolina. *Saneamento Básico no Brasil: Aspectos Jurídicos da Lei Federal nº 11.445/07*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

O ARTIGO 28 DA LEI DAS ESTATAIS E AS HIPÓTESES DE CONTRATAÇÃO VINCULADAS AO OBJETO SOCIAL DA EMPRESA ESTATAL E ÀS OPORTUNIDADES DE NEGÓCIOS¹⁴⁰⁸

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio

Professora da Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas no Rio de Janeiro (FGV Direito Rio). Doutora e mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Advogada.

Carolina Barros Fidalgo

Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora de Direito Administrativo. Advogada.

I – Introdução

A licitação, como se sabe, é a regra para a contratação de bens, obras e serviços pela Administração Pública, direta e indireta, bem como para a alienação de seus bens, nos termos dos arts. 22, XXVII; 37, XXI; e 173, § 1º, III, da Constituição Federal¹⁴⁰⁹.

¹⁴⁰⁸ As autoras agradecem as valiosas contribuições de Thiago Cardoso Araújo a uma versão anterior deste artigo. Eventuais erros e omissões devem, como de praxe, ser atribuídas exclusivamente às autoras.

¹⁴⁰⁹ Vale lembrar que as empresas estatais apenas passaram a ser formalmente sujeitas ao dever de licitar em 1986, com a edição do Decreto-lei nº. 2.300/1986. O enunciado nº. 158/1979 da Súmula do Tribunal de Contas da União, já revogada, sobre esse tema estabelecia: “As Fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público, as empresas públicas, sociedades de economia mista e as demais entidades previstas no art. 7º da Lei nº 6.223, de 14/07/75 (Lei nº 6.525, de 11/04/78), não estão adstritas às regras de licitação para compras, obras e serviços, previstas expressamente nos arts. 125 a 144 do Decreto-lei nº 200, de 25/02/67, para os órgãos da Administração Direta e das Autarquias, mas devem prestar obediência aos ditames básicos da competição licitatória, sobretudo no que diz respeito ao tratamento isonômico dos eventuais concorrentes, como princípio universal e indelével do procedimento ético e jurídico da administração da coisa pública, sem embargo da adoção de normas mais flexíveis e compatíveis com as peculiaridades de funcionamento e objetivos de cada entidade”.

Todavia, a Constituição Federal diferencia as regras licitatórias que devem reger as contratações promovidas pela Administração direta, autarquias e fundações públicas, de um lado, e aquelas que devem conduzir as licitações realizadas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, de outro. Nesse sentido, o art. 22, XXVII prevê que as primeiras deverão ser editadas com fundamento no art. 37, XXI, ao passo que as últimas, no seu art. 173, § 1º.

No entanto, as normas específicas para as contratações promovidas pelas empresas estatais apenas foram editadas em 2016, quando da aprovação da Lei nº. 13.303/2016 (“Lei das Estatais”), ou seja, quase trinta anos após a promulgação da Constituição Federal. Este hiato temporal, logicamente, gerou historicamente grande controvérsia a respeito do tema.

Para parte da doutrina brasileira e de acordo com a jurisprudência consolidada do Tribunal de Contas da União (“TCU”),¹⁴¹⁰ até que fosse expedida a lei em questão, as empresas estatais permaneceriam sujeitas às normas estabelecidas na Lei nº. 8.666/93.¹⁴¹¹ Esse entendimento, aliás, encontrava fundamento legal no artigo 1º, parágrafo único, dessa própria lei, que expressamente determinava a sua incidência sobre as contratações promovidas por empresas estatais.

Exceções seriam as estatais que tivessem aprovado regimes específicos de licitação, como foi o emblemático caso da Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras), cujas regras de contratação encontravam fundamento no Decreto nº. 2.745/1998, a partir de autorização legal dada pelo art. 67 da Lei nº. 9.478/1997. O tema sempre esteve envolto em controvérsia entre aqueles que, de um lado, entendiam pela legalidade do regime simplificado de contratação da Petrobras estatuído em decreto, e o posicionamento do TCU, de que deveria ser seguida a Lei n. nº. 8.666/93.¹⁴¹²

¹⁴¹⁰ “Nos termos já decididos, até que seja editada a norma legal de que trata o art. 173, § 1º, da Constituição Federal, as estatais deverão observar os ditames da Lei nº 8.666/1993 e de seu próprio regulamento” (TCU, Acórdão 624/2003, Plenário).

¹⁴¹¹ Esse é o entendimento de GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Licitações nas Estatais em face da Emenda Constitucional 19, de 1998*, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 30, jan. 2000, p. 106 e ss; FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2007, p. 216; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Empresas Públicas e sociedades de economia mista – Inconstitucionalidade do art. 67 da Lei nº 9.478/97. Ilegalidade do Decreto nº 2.745/98 em face da Lei nº. 8.666/93*. *Revista Forense*, v. 99, n. 369, set./out. 2003, pp. 231/246.

¹⁴¹² A existência dessa controvérsia é ilustrada na seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO MANDADO DE SEGURANÇA. PETROBRAS. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO. NÃO APLICAÇÃO. DETERMINAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. EDIÇÃO DA LEI 13.303/2016 (LEI DAS ESTATAIS). REVOGAÇÃO DO ART. 67 DA LEI 9.478/1997. FUNDAMENTO DE VALIDADE DO DECRETO 2.745/1998, QUE APROVOU O REGULAMENTO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO DA PETROBRAS. PERDA SUPERVENIENTE DO

Reconhecia-se, contudo, que a aplicação integral das normas gerais sobre licitações poderia, em algumas ocasiões, prejudicar a atuação das estatais que se encontram em concorrência no mercado, dada a burocracia inerente aos processos de contratação aplicáveis à Administração direta, autárquica e fundacional. Sustentava-se que essa situação poderia trazer desvantagem competitiva àquelas estatais submetidas à concorrência com as empresas privadas.

Em todo caso, sempre se reconheceu serem aplicáveis às estatais as normas sobre dispensa e inexigibilidade de licitação, tendo sido ampla a discussão em torno das atividades-fim das estatais, que não necessitariam ser licitadas. Esses casos, de acordo com esse entendimento, consubstanciariam hipóteses de inexigibilidade ou dispensa de licitação, conforme o caso, a impor a incidência dos arts. 24 e 25 da Lei nº. 8.666/93.¹⁴¹³

Com o advento da Lei nº. 13.303/2016, passa-se a ter um conjunto normativo próprio para as contratações das empresas estatais e a necessidade (ou não) de se realizar licitação. O art. 28, § 3º, da Lei, nesse sentido, autoriza não serem realizados procedimentos licitatórios quando (i) o objeto da contratação for a *“comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no caput, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais”* (inciso I); ou (ii) *“a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo”* (inciso II). São incluídas, nessa última hipótese, nos termos do § 4º desse dispositivo, *“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”*.

OBJETO DA IMPETRAÇÃO. RECURSO DE AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais) revogou o art. 67 da Lei 9.478/1997, fundamento de validade do Decreto 2.745/1998, que aprovou o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras. 2. Como no presente mandado de segurança o que, ao final, pretende a impetrante é a cassação do acórdão do Tribunal de Contas da União, no ponto em que vedou a utilização do aludido Procedimento Licitatório Simplificado, evidencia-se, portanto, a superveniente perda do objeto desta impetração. 3. Recurso de agravo a que se nega provimento. (MS 27796 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 29/03/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 04-04-2019 PUBLIC 05-04-2019).

¹⁴¹³ “A escora legal para essa decisão será, então, o *caput* do artigo 25 da Lei de Licitações, que determina a inexigibilidade de licitação sempre que houver inviabilidade de competição. Assim sendo, quando a realização da licitação for incompatível com o atendimento da finalidade jurídica e econômica à qual se presta a companhia mista, a competição deverá ser excluída com arrimo no mencionado dispositivo da lei, caso não seja dispensável com supedâneo nos incisos do art. 24” (PROENÇA, Fabrício Quixadá Steindorfer. *A Licitação na Sociedade de Economia Mista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 97/98).

Não obstante esse importante reconhecimento legislativo quanto à impossibilidade de engessamento das atividades das empresas estatais que envolvam a execução do seu objeto social e no que concerne às oportunidades de negócios, o tema ainda não é pacífico, ensejando amplas discussões, principalmente no âmbito do controle realizado pelo TCU. Diante desse cenário, o objetivo do presente artigo é buscar identificar diretrizes concretas para a aplicação do art. 28, § 3º, da Lei das Estatais, a fim de se reduzir os riscos de questionamento de contratações diretas fundamentadas nesses dispositivos pelos órgãos de controle, sejam as cortes de contas, seja o Poder Judiciário.

Para esse fim, o artigo encontra-se dividido da seguinte forma. A Seção II retoma a disciplina das contratações, por parte das estatais, anteriormente à edição da Lei nº. 13.303/2016, com relação às suas atividades-fim. Na sequência (Seção III), abordam-se as inovações trazidas pelo diploma legal, em especial, os novos critérios para dispensa e inexigibilidade de realização de procedimento licitatório, inclusive cotejando-os com discussão mais antiga na doutrina sobre se a *affectio societatis* seria, em si, incompatível com a realização de licitação para escolha de parceiros de negócios. Na Seção IV comentam-se brevemente os três enunciados sobre as oportunidades de negócios que emergiram da I Jornada de Direito Administrativo. Ao fim, apresentamos nossas conclusões.

II – As contratações relacionadas às atividades-fim das empresas estatais anteriormente à edição da Lei nº. 13.303/2016.

Mesmo antes da edição da Lei das Estatais, doutrina e jurisprudência defendiam a necessidade de flexibilização do dever de licitar em determinadas hipóteses.

Celso Antônio Bandeira de Mello parece ter sido um dos precursores desse posicionamento, sustentando que, apesar de as sociedades estatais serem submetidas à regra da licitação para contratação de bens e serviços, seria imperativo o afastamento dessa exigência nas hipóteses em que ela inviabilizasse a consecução dos objetivos para os quais a estatal foi criada.¹⁴¹⁴

¹⁴¹⁴ Nas palavras do autor, “a adoção do mesmo procedimento licitatório do Poder Público seria inconveniente com a normalidade de suas atuações na esfera econômica, isto é, não seria exequível em relação aos seus rotineiros procedimentos para operar o cumprimento das atividades negociais em vista das quais foram criadas. As delongas que lhe são próprias inibiriam seu desempenho expedito e muitas vezes obstarium à obtenção do negócio mais vantajoso. Dela não haveria cogitar em tais casos” (*Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros,

Dinorá Adelaide Musetti Grotti, fazendo referência ao posicionamento do autor, defendia que submeter as empresas estatais, em todas as suas atividades, à exigência de licitação, “representaria a inviabilização do desempenho das atividades específicas para as quais a entidade foi instituída”, isto é, “aquelas pertinentes à atividade de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços que constitui a finalidade da existência da sociedade”.¹⁴¹⁵

Diógenes Gasparini, no mesmo sentido, afirmava que, “como interventoras no domínio econômico, a aquisição de bens necessários à própria atividade e a alienação dos bens resultantes desse desempenho não exigem qualquer espécie de procedimento licitatório”. Isso porque, se assim não fosse, “haveria conflito entre os fins desejados pela Administração Pública, só alcançáveis por meio da atuação mais expedita, mais pronta, dessas empresas, e a obrigatoriedade de licitar”.¹⁴¹⁶ O autor, porém, advertia que a “licitação será indispensável se o desejado não se enquadrar no seu objeto estatutário”.¹⁴¹⁷

Luís Roberto Barroso, na mesma esteira, aduzia que a regra constitucional tem como objeto unicamente atividades instrumentais destas entidades, estando “fora de dúvida que não se poderia cogitar da imperatividade de realização de licitação em uma atividade-fim, de natureza empresarial, fruto da atuação constitucionalmente admitida do Estado no domínio econômico”.¹⁴¹⁸

Esse entendimento veio a ser acolhido Tribunal de Contas da União, em diversas oportunidades, conforme se pode extrair dos excertos a seguir colacionados:

Empresas estatais. Atividade-meio. Atividade-fim. O art. 37 XXI, da CF/1988 submete os entes da administração indireta ao regime da licitação. Contudo, o art. 173 da CF/1988 determina que as empresas estatais que explorem atividade econômica devem sujeitar-se ao regime de direito privado. Conciliando tais normas, em aparente conflito, cabe aplicar o dever de licitar às atividades-meio, enquanto que

2009, p. 208). Essa inexequibilidade não ocorreria, ainda de acordo com o autor, naqueles casos não relacionados com as atividades-fim, como a construção de fábricas onde se instalarão ou aquisição de maquinaria. Vale mencionar que, para o autor, esse entendimento não se aplica às estatais prestadoras de serviços públicos.

¹⁴¹⁵ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Licitações nas Estatais em face da Emenda Constitucional 19, de 1998, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 30, jan. 2000, p. 106 e ss.

¹⁴¹⁶ *Direito administrativo*. 11ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006, pp. 438/439.

¹⁴¹⁷ *Idem*. *Ibidem*, p. 439.

¹⁴¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Modalidades de Intervenção do Estado na Ordem Econômica. Regime Jurídico das Sociedades de Economia Mista. Inocorrência de Abuso do Poder Econômico. *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, vol. 18, 1998, p. 100.

as atividades-fim que correspondem a atos negociais serão regidas pelo direito comercial.¹⁴¹⁹

Nos termos já decididos, até que seja editada a norma legal de que trata o art. 173, § 1º, da Constituição Federal, as estatais deverão observar os ditames da Lei nº 8.666/1993 e de seu próprio regulamento, podendo utilizar-se da situação de inexigibilidade quando da contratação de serviços que constituam sua atividade-fim.¹⁴²⁰

A ideia subjacente a esse entendimento reside na necessidade de se garantir às empresas estatais exploradoras de atividades econômicas, sobretudo aquelas em regime de concorrência, as condições necessárias à realização dos seus objetivos com eficiência, em especial, a possibilidade de concorrerem com as sociedades privadas em igualdade de condições.¹⁴²¹

Como bem advertido por Marçal Justen Filho, “existem hipóteses em que a licitação formal seria impossível ou frustraria a realização adequada das funções estatais. O procedimento licitatório normal conduziria ao sacrifício dos fins buscados pelo Estado e não asseguraria a contratação mais vantajosa”¹⁴²². Na mesma linha, Carolina Fidalgo afirma que a interpretação dos condicionamentos constitucionais impostos às empresas estatais deve levar a sério o modelo de organização administrativa previsto na Carta Magna. Dessa forma, não faz sentido submeter essas entidades às mesmas limitações operacionais impostas à Administração Direta, autárquica e fundacional, além daquelas expressamente exigidas pela Carta Maior, e tão-somente na medida do necessário para a salvaguarda de valores constitucionais como a moralidade.¹⁴²³

¹⁴¹⁹ Processo nº. 625.068/95-5, Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira, j. 21.11.1996.

¹⁴²⁰ Acórdão 624/2003, Plenário, rel. Min. Guilherme Palmeira, j. 11.06.2003.

¹⁴²¹ Ver, também nesse sentido, TCU, Acórdão: 121/1998 – Plenário; Rel. Min. Iram Saraiva, DOU 04.09.1998.

¹⁴²² *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, 17ª ed., p. 466.

¹⁴²³ “Ora, se a natureza privada é inerente às sociedades empresariais, se a sua utilização para fins de intervenção direta do Estado na economia é autorizada pela Constituição de forma genérica e a cada caso pelo Legislador, e se a adoção dessas formas tem por objetivo justamente afastar as amarras atreladas ao regime jurídico de direito público, qual o sentido em se submeter figuras societárias integralmente a este último? Isso não seria um contrassenso? A verdade é que posicionamentos desse tipo não ‘levam a sério’ a natureza empresarial dessas entidades e buscam nas muitas omissões e incongruências incorridas pelo Constituinte fundamentos para a sua posição ideológica. É importante lembrar, nesse sentido, que ‘as estatais não são um ‘pecado tolerado’, mas um modelo de organização da Administração Pública constitucionalmente previsto’” (FIDALGO, Carolina Barros. *O Estado empresário: regime jurídico das tradicionais e novas formas de atuação empresarial do estado na economia brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Almedina, 2017).

Assim, antes do advento da Lei das Estatais, já havia certo consenso em torno da necessidade de se diferenciarem as estatais dos demais órgãos e entidades administrativos para fins de aplicação do regime de licitações e contratos. Tratava-se, contudo, de uma solução de meio termo, adotada de forma provisória enquanto a lei a que se refere o art. 173, § 1º, da Constituição Federal não era editada: sempre que estivessem no exercício das suas atividades-fim, as empresas estatais seriam eximidas de licitar. Isso não afastava, obviamente, a necessidade de que fossem observados os princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade, economicidade, etc. Conforme entendimento do Tribunal de Contas da União, o art. 173, § 1º, da Constituição Federal, deve ser interpretado no sentido de que “as empresas estatais nunca estarão submetidas a um regime puramente de direito privado. O regime delas sempre será misto, com forte influência do direito público”.¹⁴²⁴

Assim, era possível afirmar que, de acordo com a jurisprudência do TCU e parte da doutrina, (i) todas as empresas estatais deviam observar a regra da licitação; (ii) enquanto não editada a lei a que se referem os arts. 22, XXVII c/c 173, § 1º, da Constituição Federal, as licitações deviam ser promovidas, regra geral, de acordo com o procedimento previsto na Lei nº. 8.666/93; sendo, contudo, (iii) afastada a sua incidência quando do exercício das suas atividades-fim; desde que (iv) observados os princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública (impessoalidade, economicidade, etc). Ao se aplicar a Lei 8.666/1993, também incidiriam sobre as estatais as normas sobre inexigibilidade e dispensa de licitação nela estabelecidas.

Contudo, essa solução mostrava-se longe da ideal. Distinguir atividades-meio de atividades-fim, na prática, nem sempre era uma tarefa fácil.¹⁴²⁵ Além disso, em alguns casos, a realização de licitação para a contratação de bens e serviços relacionados às atividades-meio da empresa estatal também pode trazer prejuízos para a sua atuação em ambiente concorrencial.¹⁴²⁶

¹⁴²⁴ TCU, TC 006.542/2003-0, rel. Min. Benjamin Zymler, j. 07.04.2004.

¹⁴²⁵ SOUZA, Rodrigo Pagani; SUNDFELD, Carlos Ari. Licitações nas estatais: levando a natureza empresarial a sério. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 245, 2007, p. 23. MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Op.cit.*, p. 245.

¹⁴²⁶ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Op.Cit.*, p. 245. No mesmo sentido, CARDOZO, José Eduardo Martins. O Dever de Licitar e os Contratos das Empresas que exercem Atividade Econômica. *Op.cit.*, p. 786 e 788. Esse autor defende que, “nos negócios que são a razão de ser da sua própria existência como pessoa jurídica privada que exerce atividade característica do universo privado, submetê-la à prática de licitações seria retirar-lhe qualquer competitividade de mercado. Todavia, naturalmente, em contratos outros, de natureza meramente instrumental ou acessória, onde a atividade negocial de mercado que é a razão da sua criação não se faz presente de forma direta, a situação é completamente diferente”. Mas chama a atenção para o fato de que fundamentar a inexigibilidade da licitação com fundamento na dicotomia atividade-fim / atividade-meio não é suficiente em todos os casos: “certos contratos

Floriano de Azevedo Marques Neto, nesse sentido, afirma que “pode haver caso de contratação de gestão (atividade-meio) que de per si revele uma estratégia da empresa estatal e comprometa a sua capacidade de competir no mercado”.¹⁴²⁷ Ainda de acordo com esse autor, o ponto fulcral para a submissão ou não de determinada entidade ao regime de licitação “deve ser a verificação (e suficiente demonstração) no caso concreto da incompatibilidade entre o procedimento (ou formalidades a ele inerentes) e a finalidade da contratação alvitada no âmbito da atividade competitiva por ela exercida”,¹⁴²⁸ no que é acompanhado por Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani de Souza,¹⁴²⁹ bem como por José Vicente Santos de Mendonça.¹⁴³⁰

Floriano de Azevedo Marques Neto propôs, nesse sentido, ainda antes da edição da Lei das Estatais, interessante enumeração de questões que, independentemente da classificação entre atividades-fim e meio ou da natureza da atividade explorada por essas entidades, deveriam ser consideradas para que se pudesse avaliar se a licitação seria ou não exigível em cada caso concreto: (i) presença de questões sigilosas ou estratégicas que não poderiam ser divulgadas através do certame; (ii) incompatibilidade dos prazos licitatórios com a necessária celeridade e dinamismo que devem permear alguns tipos de contratações; e (iii) impossibilidade de definição adequada do objeto a ser licitado, em virtude da sua complexidade e da realidade comercial subjacente.¹⁴³¹

O próprio TCU vinha adotando um significado alargado de atividade-fim, mais amplo do que a sua equiparação ao objeto social da entidade estatal. No Acórdão nº. 121/1998, por exemplo, o Tribunal assentou que os serviços e produtos atinentes às atividades-fim da empresa estatal são aqueles que sejam “decorrentes de procedimentos usuais do mercado em que atua e indispensáveis ao desenvolvimento de sua atividade normal”.

indiscutivelmente relacionados com atividade-meio da empresa podem exigir, em alguns casos, agilidade indispensável para que a competitividade de mercado seja mantida pela empresa estatal” (Idem, p. 788).

¹⁴²⁷ Esse seria o caso, por exemplo, “de uma contratação de consultoria para suportar a reorganização administrativa e gerencial da empresa estatal e que prenuncie uma nova estratégia de atuação no mercado” (MARQUES NETO, Florian de Azevedo. As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado. In: OSÓRIO, Fabio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 588).

¹⁴²⁸ MARQUES NETO, Florian de Azevedo. As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado. *Op.cit.*, p. 588.

¹⁴²⁹ SOUZA, Rodrigo Pagani; SUNDFELD, Carlos Ari. Licitações nas estatais: levando a natureza empresarial a sério. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 245, 2007, p. 23.

¹⁴³⁰ *Op.Cit.*, p. 245 e ss.

¹⁴³¹ MARQUES NETO, Florian de Azevedo. As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado. In: OSÓRIO, Fabio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, pp. 593/594.

No Acórdão nº. 624/2003, por sua vez, o TCU entendeu que apenas será exigível a licitação para as empresas estatais quando tal procedimento “não trouxer prejuízos à consecução dos objetivos da entidade, por não afetar a agilidade requerida para sua atuação eficiente no mercado concorrencial, remanesce a obrigatoriedade da licitação”. Não se tratava, a toda evidência, de inexigibilidade apenas com relação às atividades específica e taxativamente listadas no objeto social previsto no contrato ou estatuto social da empresa estatal. Além delas, poderiam ser contratados diretamente o fornecimento dos produtos ou a prestação de serviços que tivessem importância direta e estratégica para a consecução de tais objetivos.

Reforça essa tese, como já mencionado acima, o fato de que a opção empresarial deve ser acompanhada dos instrumentos necessários para que atinja os seus objetivos.¹⁴³²

Nos termos do relatório que fundamentou o acórdão nº. 121/1998, “para adquirir bens para seu uso ou para alienar imóveis de sua propriedade ou nele efetuar obras, devem ser obedecidos os procedimentos licitatórios adequados. Porém, estando quaisquer dessas atividades diretamente vinculadas à exploração da atividade econômica pela empresa, não há que se exigir a realização do certame, eis que esta, nesse aspecto, sujeita-se ao regime jurídico das empresas privadas”. Na ocasião, o TCU entendeu que a atividade de transporte de combustíveis seria relacionada às atividades-fim da empresa estatal, tendo em vista que intrinsecamente relacionadas com as suas atividades comerciais e, como consequência:

“sem dúvida, a adoção de procedimento licitatório seria inconveniente com a normalidade de suas atuações na atividade econômica, isto é, não seria exequível em relação aos seus rotineiros procedimentos para operar o cumprimento das atividades negociais em vista da qual foram criadas. As delongas da licitação

¹⁴³² Nesse sentido, Dinorá Grotti afirma que o critério de diferenciação pautado na natureza da atividade explorada pela empresa estatal pode ser substituído por um critério relacionado à “inserção do Estado no mercado. Sempre que o Estado assumir a condição de empresário e dispor-se a competir com os particulares, terá de aplicar-se o regime de Direito Privado. Esse raciocínio poderá ser aplicado ainda quando o Estado explorar serviço público. Ou seja, há a possibilidade de o Estado assumir a prestação do serviço público em situação de competição com os particulares. Suponha-se uma lei estadual que faculte a uma entidade da Administração indireta disputar a obtenção de concessão de serviço público em outro Estado. Quem poderia defender que essa entidade ‘estatal’, ainda que ‘prestadora de serviço público’, estaria sujeita a regime jurídico diverso do reservado a particulares?” (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Licitações nas Estatais em face da Emenda Constitucional 19, de 1998, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 30, jan. 2000, p. 106 e ss).

inibiriam seu desempenho expedito e muitas vezes obstariam a obtenção do negócio mais vantajoso. Dela não haveria cogitar em tais casos”.

Note-se que, em se tratando da Petrobras Distribuidora S.A. – BR, à época controlada pela Petrobras, uma interpretação rígida do conceito de atividade-fim poderia conduzir à conclusão de que a possibilidade de contratação direta se aplicaria apenas à compra e venda em si de combustíveis, não abarcando a logística a ela necessária, como acertadamente reconheceu o TCU.

Desses julgados era possível extrair que a distinção proposta pelo TCU entre atividades-meio e atividades-fim não era formal nem rígida, mas dependia, em cada caso concreto, da importância dos contratos a serem celebrados à boa consecução do objeto social da estatal. Os exemplos mais comumente mencionados de atividades-meio licitáveis incluíam construção de edifícios, compra de bens de almoxarifado, os quais, de fato, não têm relação direta com o sucesso da atuação da empresa no mercado.

Em resumo, é possível afirmar que, antes da edição da Lei das Estatais, prevalecia o entendimento de que seria inexigível ou dispensável a licitação naqueles casos em que a sua realização pudesse “trazer prejuízos para a sua atuação em ambiente concorrencial”.¹⁴³³ Vale lembrar, nesse aspecto, que a licitação não é um fim em si mesma, mas um instrumento de obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, tendo em consideração os objetivos delineados pela legislação. Assim, em se considerando a licitação como um instrumento e não como um fim, pode-se concluir que ela deve ser afastada naquelas hipóteses em que a sua utilização impossibilitará a consecução do objetivo para o qual foi criada a empresa estatal.

III – A disciplina prevista pelo art. 28, § 3º da Lei nº. 13.303/2016. Qualquer “oportunidade de negócio” justifica a dispensa da licitação?

A discussão doutrinária e jurisprudencial em torno dos limites ao dever de licitar das estatais apresentada no item anterior desse artigo foi, em larga extensão, encampada pelo art. 28, § 3º da Lei das Estatais, o qual prevê que “são as empresas públicas e as sociedades de economia

¹⁴³³ FIDALGO, Carolina Barros. *O Estado empresário: regime jurídico das tradicionais e novas formas de atuação empresarial do estado na economia brasileira*. Rio de Janeiro: Ed. Almedina, 2017.

mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo” em casos em que (i) o objeto da contratação for a “comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no *caput*, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais”; ou (ii) “a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo”.

Desse dispositivo legal é possível extrair duas importantes conclusões iniciais.

A primeira é que a Lei das Estatais dividiu as hipóteses, até então tratadas pela doutrina e jurisprudência como de contratação para “atividades-fim”, em duas: (i) as contratações relacionadas ao objeto social da empresa e (ii) as contratações relacionadas a oportunidades de negócios.

Marçal Justen Filho sustenta que “objeto social” é um conceito diferente daquele de “atividade-fim”, sendo o primeiro mais restrito do que o último, já que se limita às atividades taxativamente listadas no contrato ou estatuto social. Para esse autor, “essa redação exclui outras hipóteses contratuais, por meio das quais a empresa estatal obtém recursos ou produz as soluções indispensáveis para assegurar a exploração de sua atividade”¹⁴³⁴ (como, por exemplo, os contratos de transporte da BR Distribuidora, em exemplo comentado na seção anterior deste artigo). Por outro lado, ainda para o autor, a referência a “oportunidades de negócio” e “parcerias”, feita no inciso II do art. 28, § 3º, possui amplo espectro, podendo incluir consórcios (art. 278 da lei das S.A.), fundos de investimento imobiliário¹⁴³⁵, condomínios, dentre outras hipóteses, o que, na prática, compensaria a restrição imposta pelo inciso I do mesmo dispositivo.

A respeito do tema, Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti esclarecem:

impõe-se, pois, a regra geral da licitação nas contratações das empresas estatais, salvo nas contratações em que for especificamente demonstrada a existência

¹⁴³⁴ A contratação sem licitação nas empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (org.). *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais – Lei 13.303/2016*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 301. Acerca desse ponto, o TCU, no Acórdão 2033/2017-TCU-Plenário, se manifestou no sentido de que empresa pública ou sociedade de economia mista ao comercializar ou prestar serviços inerentes aos seus objetivos finalísticos, relacionado ao seu objeto social, estaria dispensada de realizar licitação, consoante o disposto no inc. I do § 3º do art. 28 da Lei 13.303/2016.

¹⁴³⁵ De acordo com o autor, “por meio desse fundo, uma empresa estatal pode contratar a construção ou reforma de edifícios, assumindo a obrigação de pagamento de remuneração durante longo prazo, visando a captação de recursos no mercado aberto. Essa solução envolve a conjugação de esforços entre a empresa estatal e uma instituição financeira, a quem incumbe a gestão do fundo” (Idem, p. 303).

de obstáculos negociais ao desempenho de suas atividades finalísticas. Ilustra-se com a realização de prévia licitação, por instituição financeira pública, para selecionar pessoas físicas ou jurídicas que almejam a concessão de empréstimos. A licitação, nessa hipótese, além de retardar a realização dos negócios pela empresa estatal, conflita com as regras disciplinadoras dessas operações por instituições financeiras privadas, colocando a empresa estatal em posição de desvantagem em relação à agilidade de que dispõem estas últimas.¹⁴³⁶

Em sentido semelhante, Marçal Justen Filho afirma que “não se cogita de licitação porque não há exigência nesse sentido, em vista de que a situação contratual é dotada de peculiaridades que implicam ausência de subsunção do caso à hipótese de incidência normativa. Então, até pode existir viabilidade de competição, mas não existe obrigatoriedade de licitação”.¹⁴³⁷

O segundo ponto a ser considerado é que a Lei das Estatais deu a essas hipóteses tratamento diverso daquele aplicável às tradicionais inexigibilidade e dispensa de licitação, afastando não só o procedimento licitatório, mas também todas as demais disposições do referido Capítulo. O § 3º do art. 28 da Lei das Estatais se refere expressamente à desnecessidade de observância das disposições do Capítulo como um todo, o que inclui não só as regras de licitação em si, mas também as disposições de caráter geral sobre contratos, também objeto daquele capítulo.

O tema que parece trazer maiores discussões diz respeito à configuração de oportunidades de negócios, o qual guarda relação com discussão mais antiga, reativa à *affectio societatis* nas empresas estatais.

III.1 A discussão em torno da *affectio societatis* para a celebração de parcerias estratégicas por empresas estatais

¹⁴³⁶ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Simplificações da lei das estatais seguem tendência mundial. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-jan-07/opiniao-simplificacoes-lei-estatais-seguem-tendencia-mundial>. Acesso em 19.fev.2021.

¹⁴³⁷ A contratação sem licitação nas empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (org.). *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais – Lei 13.303/2016*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 299.

O tema da oportunidade de negócios, especialmente em atenção ao § 4º do art. 28¹⁴³⁸, tangencia questão que já é objeto de discussão doutrinária há mais tempo: a exigibilidade de procedimento licitatório para a celebração de parcerias traduzidas em arranjos societários entre empresas estatais e privadas.

Há autores que já defendiam, antes do advento da Lei das Estatais, que a celebração de parceria com a iniciativa privada para a constituição de uma sociedade constitui uma hipótese de inexigibilidade de licitação (art. 25 da Lei federal nº. 8.666/93), já que a seleção do parceiro tratar-se-ia de uma escolha estratégica¹⁴³⁹, que envolve a análise da *expertise* daquele e dos recursos econômicos por ele disponibilizados para ajudar na estruturação e gestão do empreendimento comum. Não se trataria, assim, de um parceiro selecionado anonimamente pela Administração, “mas alguém que estabelece com a Administração Pública as condições da relação que irá se travar entre ambos”,¹⁴⁴⁰ razão pela qual a constituição de uma sociedade pressuporia a presença da *affectio societatis*.

Em vista disso, parte da doutrina sustenta que não há como submeter esse tipo de vínculo à prévia licitação, tendo em vista a impossibilidade de indicação de elementos objetivos para a escolha a ser procedida.¹⁴⁴¹ Não haveria, enfim, como estabelecer um padrão objetivo para a escolha de um sócio, opção que envolve a afinidade existente entre as partes, questões políticas, estratégia comercial, *know how* do parceiro estratégico, dentre outras peculiaridades.

Seria usual, ainda, que as partes celebrassem muitos instrumentos pré-contratuais, com vista à discussão dos termos do negócio, ajuste dos objetivos. A discussão desses pontos deveria ser pautada pela flexibilidade e pela agilidade,¹⁴⁴² sendo, portanto, incompatível com o procedimento licitatório.¹⁴⁴³ Conforme

¹⁴³⁸ Art. 28 (...) § 4º Consideram-se oportunidades de negócio a que se refere o inciso II do § 3º 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.

¹⁴³⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 273.

¹⁴⁴⁰ *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 27.

¹⁴⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. . *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 273. BARROSO, Luís Roberto, *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 413 e 417

¹⁴⁴² O que não impede a necessária fundamentação da escolha, pelo ente estatal, através da realização de estudos, contratação de especialistas independentes, etc. O empreendimento estatal deve se demonstrar eficiente.

¹⁴⁴³ “A licitação é um procedimento orientado pelo julgamento objetivo de propostas; a Administração deve saber, antecipadamente, o que deseja colocar em competição. Isso é incompatível com a celeridade e a flexibilidade que as negociações comerciais exigem para escolha de um parceiro comercial” (SOUTO, Marcos Jurueña Villela. *Direito Administrativo em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 156).

afirmado por Luís Roberto Barroso, “a união de esforços e objetivos idênticos, a confiança e a lealdade recíprocas não são lícitas”.¹⁴⁴⁴

Não obstante esses argumentos, a realidade é que o tratamento jurídico a ser conferido a esses casos não é tão simples assim. A própria noção de *affectio societatis* vem sendo discutida pela doutrina juscomercialista, tanto no que tange à sua conceituação, quanto no que diz respeito à sua utilidade e, ainda, no que toca à sua aplicabilidade às sociedades anônimas. Questiona-se se a *affectio societatis* realmente é um aspecto inerente à constituição de sociedades empresariais e qual seria sua verdadeira delimitação.

Segundo Álvaro Rodrigues Junior, a *affectio societatis* não se resume ao seu sentido clássico de “desejo de permanecer em sociedade”.¹⁴⁴⁵ A *affectio societatis* estaria presente apenas naquelas relações societárias delineadas por elementos como “a repartição de lucros na proporção de metade, a exigência de acordo comum das partes para a realização de operações a efetuar, os poderes de intervenção das partes na marcha dos negócios, bem como a situação de igualdade entre sócios e não de subordinação do empregado em relação aos patrões”.¹⁴⁴⁶

Fábio Konder Comparato traça outros elementos que podem caracterizar a *affectio*: “o que se procura na pessoa jurídica sócia, ou o que dela se espera, não é apenas uma contribuição de capital, absolutamente anônima e fungível, mas, antes de tudo, uma experiência tecnológica acumulada, a tradição comercial, a capacidade gerencial, o fato de o controlador ter a nacionalidade do país em que se vai atuar, e assim por diante”.¹⁴⁴⁷

Como se vê, não é só a vontade de permanecer em sociedade e de auferir lucros com a respectiva participação societária que caracterizariam a *affectio societatis*. Para tanto, parece ser essencial a participação concreta na gestão dos negócios da sociedade, ainda que sem a detenção do seu controle.

Nem todo acionista possui uma relação de *affectio* com a sociedade; a existência dessa relação restringe-se aos grupos de acionistas empreendedores e investidores.

¹⁴⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 418.

¹⁴⁴⁵ RODRIGUES JUNIOR, Álvaro. Análise dos conceitos de “*affectio societatis*” e de “*ligabilidade*” como elementos de caracterização das sociedades comerciais. *Revista de Direito Privado*, nº 14, 2003, p. 93/94.

¹⁴⁴⁶ Idem. *Ibidem*, p. 96.

¹⁴⁴⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Restrições à circulação de ações em companhia fechada: ‘nova et vetera’. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº. 36, p. 65.

A *affectio* parece ser exigida, por exemplo, nas *joint ventures* societárias, sociedades que se distinguem das demais sociedades anônimas (caso constituídas sob essa forma) por possuírem um “personalismo próprio”.¹⁴⁴⁸ A característica peculiar dessa parceria societária é a cooperação entre as sociedades participantes;¹⁴⁴⁹ além da posição acionária, as partes possuem posição de empreendedoras (e não tão-somente de investidoras ou financiadoras).

Há, contudo, posição doutrinária no sentido de que a *affectio* simplesmente não é aplicável como parâmetro de aplicação para a Administração Pública, sob a alegação que seria vazia de conteúdo. Nessa visão, a referência à *affectio* poderia ser substituída pela necessidade de comprovação da existência de confiança e identidade de propósitos.¹⁴⁵⁰

Em suma, dos comentários compilados acima é possível extrair que, além de ter a sua própria existência controversa, a *affectio societatis* não se encontra presente em todos os laços societários.¹⁴⁵¹ Por isso, o afastamento da regra da licitação não poderia ser fundamentado tão-somente em alegações genéricas relacionadas à existência da *affectio societatis*.

É dizer: não basta que o objetivo seja a participação do Estado em uma sociedade privada. Nem toda participação acionária estatal será necessariamente caracterizada pela afeição para com os demais sócios. Deve haver verdadeira parceria no que tange à gestão do negócio, consubstanciada em verdadeira comunhão de objetivos. Para além da comprovação da comunhão de objetivos, o afastamento da licitação deverá ser fundamentado em elementos concretos que demonstrem a inviabilidade ou os prejuízos decorrentes da eleição de critérios objetivos para escolha no caso concreto.¹⁴⁵²

¹⁴⁴⁸ COMPARATO, Fabio Konder. Restrições à circulação de ações em companhia fechada: ‘nova et vetera’. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº. 36, p. 66.

¹⁴⁴⁹ LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Sociedades Anônimas*. Pareceres. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 183.

¹⁴⁵⁰ Para uma análise mais aprofundada da discussão sobre o tema, veja-se SCHWIND, Rafael Wallbach. *Participação estatal em empresas privadas: as empresas “público-privadas”*. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-11022015-125507/publico/Tese_Rafael_Wallbach_Schwind_Final_Integral.pdf. Acesso em 20 fev. 2021.

¹⁴⁵¹ Segundl Fabriccio Quixadá Steindorfer Proença, a principal característica das sociedades anônimas é a sua natureza institucional: “ao contrário das sociedades contratuais, em que a pessoa do sócio é de fundamental importância para a vida da pessoa jurídica, a sociedade anônima é *intuitus pecuniae*, ou seja, o importante em verdade é o capital” (PROENÇA, Fabriccio Quixadá Steindorfer. *A Licitação na Sociedade de Economia Mista*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003, p. 2).

¹⁴⁵² Aliás, com relação às contratações diretas em geral, o TCU já criou a seguinte resenha (resumos elaborados pela Diretoria Técnica de Normas e Jurisprudência a partir de conjuntos de julgados das Câmaras e do Plenário do TCU): “As justificativas para a inexigibilidade e dispensa de licitação devem estar circunstancialmente motivadas, com a clara

Há quem defenda que não há uma incompatibilidade inerente entre o eventual caráter *intuitu personae* na formação de uma sociedade e um procedimento licitatório. Seria possível, de acordo com João Pacheco de Amorim, realizar um concurso para a escolha do parceiro com fundamento em critérios como as propostas de investimentos das sociedades interessadas e o montante de recursos aportados.¹⁴⁵³

Existem, de fato, alguns casos em que se mostra possível a realização de licitação ou de um concurso prévio à escolha do parceiro privado para a constituição de uma nova sociedade ou para a escolha de uma sociedade privada em que o Estado participará. No Brasil, já houve caso em que Administração Pública optou por contratar um sócio estratégico através de licitação. Em 1997, o Estado de Minas Gerais decidiu alienar parte do capital votante da CEMIG, uma sociedade de economia mista, escolhendo o procedimento de leilão para tanto, com o objetivo de atrair um sócio estratégico para permitir a sua modernização.¹⁴⁵⁴ Esse leilão foi precedido de pré-qualificação, com o estabelecimento de qualificações técnicas e financeiras para a participação no certame.¹⁴⁵⁵

Outro exemplo seria o da participação societária estatal como forma de incentivo a uma determinada atividade econômica. Parece-nos que, nesses casos, nem sempre será inexigível a licitação para a escolha da sociedade privada a ser fomentada. Os princípios da moralidade, da eficiência e da economicidade sugerem o contrário: sempre que possível, a escolha do agente a ser fomentado deve se estear em critérios objetivos, como, por exemplo, tempo de atuação da empresa no mercado, experiência comprovada, projetos já desenvolvidos, público-alvo, qualificação técnica de seus empregados, sobretudo porque, nesses casos, o objetivo da intervenção não é a exploração do empreendimento pelo Estado, mas o incentivo da sua exploração pela iniciativa privada, o que deve observar o princípio da igualdade.¹⁴⁵⁶ Para esse fim, poderão ser realizados procedimentos como concursos ou qualquer outro que seja capaz de assegurar a transparência, a eficiência e a isonomia na escolha da sociedade em que o Estado investirá.

demonstração de ser a opção escolhida, em termos técnicos e econômicos, a mais vantajosa para a administração, consoante determina o art. 26, parágrafo único da Lei 8.666/93”.

¹⁴⁵³ AMORIM, João Pacheco de. *As Empresas Públicas no Direito Português, em especial, as Empresas Municipais*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 78. Vale fazer a ressalva de que o autor, ao defender essa possibilidade, está a se referir à constituição de empresas de capital majoritariamente público.

¹⁴⁵⁴ DALLARI, Adilson Abreu. Acordo de Acionistas. Empresa Estadual Concessionária de Serviço Público Federal. Manutenção da Qualidade de Acionista Controlador. *Interesse Público*, nº. 7, 2000, p. 92.

¹⁴⁵⁵ Idem. *Ibidem*, p. 92.

¹⁴⁵⁶ Como expõe Lucas Rocha Furtado, “a concessão de benefícios, incentivos ou de quaisquer outros instrumentos de fomento, em razão de evidentes limitações orçamentárias, normalmente não alcança todos os possíveis interessados. É necessário, então, definir critérios objetivos que permitam identificar aqueles que irão receber o benefício e os que serão preteridos” (FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 736).

Parece-nos, portanto, que a *affectio societatis*, por si só, não é suficiente para fundamentar a inexigibilidade da licitação em uma oportunidade de negócio. Em primeiro lugar, porque há determinadas relações societárias, como visto, em que ela não existe. Além disso, elementos como a confiança e a lealdade recíprocas não justificam, por si só, a inexigibilidade de licitação.

III.2 – O Acórdão nº. 2.488 do TCU e a exigência de fundamentação para a contratação direta de parcerias estratégicas.

Em acórdão proferido em 2018 (Acórdão nº. 2488/2018, no âmbito do processo nº. 022.981/2018-7), o Tribunal de Contas da União entendeu que a contratação direta com fundamento nesse dispositivo legal apenas é possível se preenchido os seguintes requisitos:

- “a) avença obrigatoriamente relacionada com o desempenho de atribuições inerentes aos respectivos objetos sociais das empresas envolvidas;
- b) configuração de oportunidade de negócio, o qual pode ser estabelecido por meio dos mais variados modelos associativos, societários ou contratuais, nos moldes do art. 28, § 4º, da Lei das Estatais;
- c) demonstração da vantagem comercial para a estatal;
- d) comprovação, pelo administrador público, de que o parceiro escolhido apresenta condições que demonstram sua superioridade em relação às demais empresas que atuam naquele mercado; e
- e) demonstração da inviabilidade de procedimento competitivo, servindo a esse propósito, por exemplo, a pertinência e a compatibilidade de projetos de longo prazo, a comunhão de filosofias empresariais, a complementariedade das necessidades e a ausência de interesses conflitantes”.

É relevante considerar que, ao aludir à “inviabilidade de procedimento competitivo”, o TCU parece classificar as oportunidades de negócios como hipóteses de inexigibilidade de licitação.

O caso concreto analisado pelo TCU tinha por objeto representação formulada pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração

(SeinfraCom), em face de possíveis irregularidades na celebração do acordo de parceria celebrado pela empresa Telecomunicações Brasileiras S.A. (Telebras) e pela empresa estadunidense Viasat Inc., por meio de sua representante no Brasil, a empresa Viasat Brasil Serviços de Comunicações Ltda. (Viasat), com o objetivo de estabelecer o compartilhamento da receita decorrente da utilização da capacidade do Satélite Geoestacionário de Defesa e de Comunicações Estratégicas (SGDC). A Telebras caracterizou o contrato associativo de parceria estabelecido com a Viasat com fundamento na hipótese prevista no art. 28, §3º, inciso II, da Lei 13.303/2016.

Todavia, o TCU, em sua decisão, trouxe um conjunto relevante de condicionantes para incidência da hipótese. De acordo com o Tribunal,

“a escolha da empresa que efetivamente realizará o relacionamento comercial com a estatal deverá estar alicerçada na demonstração de que a parceira tenha características particulares de tal sorte que, ao ser avaliada por meio de critérios pré-estabelecidos e comparáveis entre as diversas possíveis propostas de negócios, demonstre ter uma superioridade competitiva, uma particularidade mercadológica ou uma estrutura administrativa tal que, ao ser cotejada com seus pares concorrenciais, não se permitiria ter qualquer dúvida quanto aos benefícios a serem obtidos com o estabelecimento dessa parceria em detrimento de outra qualquer”.

Adicionalmente, o TCU invocou os princípios constitucionais da Administração Pública, frisando que “ao escolher uma empresa para ser parceira, ao administrador público não lhe é permitido omitir-se quanto ao dever de sempre observar, na condução da coisa pública, os princípios constitucionais e legais que regem a administração pública, tais como, a legalidade, a impessoalidade, a publicidade, a isonomia e o interesse público”.

Nesse sentido, concluiu que, “ao se verificar a existência de mais de uma possível parceira atuando no mercado em que se almeja a concretização de um relacionamento comercial nos moldes sugeridos pelo inciso II do § 3º do art. 28 da Lei das Estatais, e de maneira a que sejam garantidos e respeitados os princípios indicados anteriormente, é forçosa a necessidade de demonstrar-se os motivos pelos quais foi escolhida determinada empresa em detrimento de outras”.

O TCU determinou, então, ser “imprescindível a apresentação dos estudos que corroborem os motivos pelos quais o administrador fez a sua escolha, justificando e dando as razões concretas para, mesmo de forma discricionária, porém com fundamentos robustos e técnicos, determinar a escolha da empresa parceira”. Em suma, embora não exija licitação, o Acórdão alude à necessidade de respeito à igualdade de oportunidades, visando, em especial, evitar que “interesses externos ao da estatal” possam influir na decisão sobre uma oportunidade de negócios.

A área técnica do TCU (SeinfraCOM) entendeu que não houve, nesse caso, uma “análise consistente e bem fundamentada dos *players* do setor, dos modelos e das alternativas viáveis para o negócio e das propostas obtidas para negociação, com seus respectivos riscos, lucros potenciais, forças e fraquezas”, não tendo restado “comprovada a inviabilidade da adoção de um procedimento competitivo”, que seria um “dos requisitos para a contratação direta com base nos §§ 3º e 4º do art. 28 da Lei 13.303/2016”.

Acolhendo parcialmente o entendimento da área técnica, o Ministro relator, Benjamin Zymler, reafirmou que “a Telebras não apresentou estudos detalhados e prévios que embasassem a celebração da parceria em tela e permitissem verificar o atendimento dos requisitos expostos no parágrafo acima. Logo, restou caracterizada uma falha grave”. Destacou, ainda, que, embora a Telebras não fosse obrigada a licitar naquele caso, “os gestores dessa empresa não possuíam uma competência discricionária irrestrita para escolher a parceira da forma que melhor lhes aprouvesse. Ao contrário, esse processo de escolha deveria respeitar os princípios constitucionais que regem a atuação administrativa”.

Por outro lado, ao contrário da área técnica, o Ministro relator entendeu que as irregularidades verificadas no processo de contratação “não são capazes de macular de forma definitiva o acordo celebrado pela estatal”, tampouco justificar a imposição de penalidades aos responsáveis, e que a invalidação desse contrato “acarretaria severos prejuízos para a execução de uma importante política pública”. Lembrou, ainda, que “estamos aplicando a Lei 13.303/2016, que instituiu um novo marco legal para a atuação das empresas estatais. Assim sendo, cumpre destacar que o caráter inovador dessa impõe uma série de dificuldades para os gestores, que precisam atuar sem contar com orientação fornecida pela jurisprudência consolidada do TCU e dos tribunais que compõem o Poder Judiciário. Essa situação se torna ainda mais complexa porque foi necessário

aplicar uma legislação nova a um setor extremamente dinâmico, como é o de telecomunicações, cujas características fáticas são alteradas com enorme velocidade”.

O contrato foi, portanto, mantido, sob a condição de implementação de diversas alterações em seu conteúdo, de forma a garantir a vantajosidade econômica para a estatal¹⁴⁵⁷.

Fica claro, a partir da leitura desse precedente, que o ônus argumentativo para a celebração de uma parceria comercial com base no § 3º do art. 28 da Lei das Estatais foi amplamente aumentado, havendo o risco de que o TCU, nos futuros julgados sobre o tema, imiscua-se nas escolhas comerciais propriamente ditas.

¹⁴⁵⁷ “9.2. determinar à Telebras que:

9.2.1. no prazo de 90 dias, renegocie com a Viasat as condições econômicas do contrato, visando reduzir o valor previsto contratualmente para ser pago mensalmente pela Telebras para a Viasat por Vsat ativa de R\$ 160,00 (cento e sessenta reais) para R\$ 107,60 (cento e sete reais e sessenta centavos);

9.3. determinar à Telebras que, no prazo de 90 dias, negocie com a empresa Viasat:

9.3.1 a ampliação do percentual de compartilhamento de receitas repassado pela Viasat para a Telebras, visando aperfeiçoar o equilíbrio econômico-financeiro da avença em tela, informando ao TCU o resultado dessas negociações e justificando o percentual ao final acertado;

9.3.2. a exclusão dos serviços referentes ao art. 4º, III e IV, do Decreto 7.175/2010 da condição de “projetos especiais”, nos termos da cláusula 4.6 do contrato, os quais passarão a integrar o rol de serviços que podem ser livremente prestados aos clientes Telebras;

9.3.3. a alteração da redação da cláusula 5.3 (a) (ii), no sentido de passar a prever, em consonância com o art. 81, VI, da Lei das Estatais, a possibilidade de alteração, por acordo entre as partes, para restabelecer a relação pactuada inicialmente entre os encargos de um contratado e a retribuição a ser paga pelo outro, visando à justa remuneração do serviço e à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos do príncipe, como, por exemplo, a alteração de alíquotas de impostos;

9.4. determinar à Telebras que, no prazo de 90 dias:

9.4.1. adote as providências necessárias para anular a cláusula 5.3 (a) (iii) do contrato firmado com a empresa Viasat;

9.4.2. negocie os termos da possível renovação do contrato sob exame, prevista na cláusula 11.2, visando estabelecer como condição resolutiva para a prorrogação contratual a demonstração da respectiva vantajosidade para a Telebras, a qual deverá ser objeto de monitoramento por parte da unidade técnica;

9.4.3. negocie com a empresa Viasat a substituição das cláusulas que tratam do pagamento de sanções relacionadas ao atendimento de nível de serviço pelas empresas parceiras, descritas no item 5 do Anexo 6.2 (a) -II do contrato, de forma a tornar equitativas entre as partes as regras referentes à aplicação de penalidades;

9.4.4. negocie com a empresa Viasat a apresentação de garantia financeira no valor de R\$ 50 milhões, pelo prazo mínimo de três anos;

9.5. determinar à Telebras que, no prazo de 90 dias, negocie com a empresa Viasat a inclusão no contrato sob exame de cláusulas que estabeleçam:

9.5.1. um regime diferenciado de pagamento relativo às Vsats desativadas, com o intuito de descontar do valor a ser pago os custos estritamente relacionados à operação dos pontos desativados, os quais deixarão de ocorrer;

9.5.2. padrões de desempenho financeiro que garantam à Telebras um recebimento mínimo anual, cujo valor deverá ser fixado com base no percentual de repasse das receitas compartilháveis, a partir do terceiro ano do contrato, reajustado pela inflação a partir da assinatura do contrato, independentemente da receita auferida pela Viasat, de modo a mitigar os riscos de que a Telebras não seja devidamente compensada pela cessão de uma parte da banda satelital para sua parceira;

9.6. determinar à SeinfraCom que monitore o cumprimento das determinações acima relacionadas, representando ao Relator caso haja a inobservância de prazos ou do teor dessas deliberações.”

Se, por um lado, as exigências de que (i) as parcerias sejam relacionadas aos objetos sociais das estatais; e (ii) haja demonstração de vantagem comercial e de oportunidade de negócio sejam intuitivas – já que a empresa estatal, como qualquer outra empresa, só pode atuar para a consecução do seu objeto social e, logicamente, deve demonstrar vantagem comercial em toda e qualquer parceria, até mesmo naquelas objeto de licitação – os últimos dois requisitos destacados pelo TCU (“d” e “e”) podem ser problemáticos. Vejamos.

A comprovação de superioridade do parceiro escolhido é um tema complexo. Embora também pareça intuitivo que o parceiro escolhido sem licitação tem que ser “superior” aos demais, parece-nos que a comprovação objetiva dessa superioridade pode trazer discussões ou sequer ser possível. Qual seria o critério para a comprovação dessa superioridade? Estaria o TCU sendo mais rígido para a configuração de parcerias de negócios do que com a escolha do contratado para serviços especializados, com base no art. 25 da Lei nº. 8.666/93?¹⁴⁵⁸

A demonstração da inviabilidade do procedimento competitivo, por sua vez, é exigida pelo próprio texto legal (trecho final do inciso II do § 3º do art. 28 da Lei). Contudo, não pode ser interpretada a ponto de criar um nível de objetivação incompatível com a flexibilidade inerente à atuação dessas empresas no mercado.

Também com relação a esse ponto é possível tecer uma comparação com a lógica da inexigibilidade de licitação para objetos singulares. Nesses casos, de acordo com o próprio TCU, é impossível o “estabelecimento de requisitos objetivos de competição entre os prestadores” (TCU, AC-1247-25/08-P).

A nosso ver, andaria melhor o TCU se tivesse apenas exigido a fundamentação da escolha, comparativamente às demais alternativas do mercado e acompanhada de análise de risco de cada alternativa, dando liberdade para o administrador indicar os critérios pelos quais escolheu um parceiro no lugar de outro. Exigir “superioridade”, além de genérico, pode caracterizar retrocesso no reconhecimento da necessária flexibilidade demandada pela atuação das empresas estatais.¹⁴⁵⁹

¹⁴⁵⁸ Súmula 39 – TCU: “a inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, **capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação**, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993. Ainda de acordo com esse Tribunal, “a existência de outras empresas capazes de prestar serviço semelhante não exclui a singularidade do serviço (TCU, AC-1630-36/06-P).

¹⁴⁵⁹ José Vicente Mendonça e Daian Borges, nesse sentido, advertem: “A proposta parece perigosa. Isso porque, ao exigir superioridade em relação às demais empresas que atuam naquele mercado, o TCU corre o risco de retroceder

Embora concordemos com o TCU no sentido de que a contratação direta no art. 28, § 3º deve ser adequadamente fundamentada, até mesmo em virtude do dever de observância dos princípios da Administração Pública pelas empresas estatais - não bastando que seja simplesmente alegado tratar-se de uma parceria ou fazer uma simples referência à configuração da *affectio* - por outro lado, parece-nos que um controle exacerbado do TCU ou demais órgãos de controle pode inviabilizar a atividade empresarial e a própria aplicação do art. 28, § 3º, na prática.

Deve-se, a nosso ver, exigir a comprovação de que o risco e as alternativas foram devidamente analisados. Carolina Fidalgo¹⁴⁶⁰ defende que a assunção de riscos por empresas estatais é uma atividade natural e necessária, desde que devidamente fundamentada e bem administrada, cumprindo ao Tribunal de Contas e a outros órgãos de controle, “focar o seu exame na identificação de boas práticas e contribuição para o desenvolvimento de um guia construtivo para tomada de decisões desse tipo”.¹⁴⁶¹

Essas boas práticas deverão, logicamente, servir para auxiliar o administrador e não para engessá-lo na tomada de suas decisões. A nosso ver, dentre as situações que podem tornar uma licitação inviável, estão incluídas (i) exigências de flexibilidade, sigilo e celeridade presentes em determinados casos concretos; (ii) exigências de exploração da atividade econômica por empresa estatal em regime de concorrência; (iii) impossibilidade de definição adequada do objeto a ser licitado, em virtude da sua complexidade e da realidade comercial subjacente.

A Comissão Europeia também reconheceu essa necessidade, tendo se manifestado no sentido de que nem sempre a licitação é a melhor opção, sobretudo em parcerias que envolvam empreendimentos complexos, já que

mais de vinte anos. Já em 1998 o TCU da União reconhecia a importância das parcerias, que não se encaixam na lógica das seleções para contratação de bens e serviços. Há muito se fala na incompatibilidade entre a licitação e tais ajustes; exigir “comprovação, pelo administrador público, de (...) superioridade” é trazer a Lei nº 8.666/93 para onde nem mesmo as licitações da Lei nº 13.303/16 deveriam chegar” (MENDONÇA, José Vicente; BORGES, Daian. Parcerias estratégicas das estatais: aplicação e controle do art. 28, §3º, II, da Lei das Estatais. *R. de Dir. Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 97-109, jul./set. 2020).

¹⁴⁶⁰ FIDALGO, Carolina Barros. *O Estado empresário: regime jurídico das tradicionais e novas formas de atuação empresarial do estado na economia brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Almedina, 2017.

¹⁴⁶¹ NAO report: Supporting Innovation: Managing Risks in Government Departments. *Apud* INTOSAI. Guidelines on Best Practice for the Audit of Risk in Public/Private Partnership (PPP).

(i) esses procedimentos [licitatórios] são normalmente designados para operar sob condições de certeza; (ii) eles proíbem consultas e comunicações informais entre as partes (o que é essencial para o desenvolvimento das parcerias); (iii) eles estão focados no menor preço, enquanto PPPs podem também visar outros fatores; (iv) eles obrigam as especificações da licitação a serem completas e, portanto, deixam pouco espaço para variações.¹⁴⁶²

Ainda de acordo com essa Comissão, “riscos inerentes à parceria são associados à sua formação com parceiros desconhecidos. Isso é acentuado através de um procedimento público de licitação que não facilita as negociações a fim de permitir um grau de conhecimento e confiança a ser estabelecido. Os principais riscos são que o parceiro privado se prove insuficientemente competente e/ou não seja apto a prestar o serviço nas especificações iniciais”.¹⁴⁶³

Assim, se, por um lado, deseja-se assegurar moralidade, eficiência e isonomia nas contratações das empresas estatais, por outro, não se pode fadá-las, sobretudo nas hipóteses em que o Estado explora atividades em regime de concorrência com a iniciativa privada, a celebrar parcerias tendo como base tão-somente o procedimento licitatório, sem possibilidade de negociação prévia e flexível dos termos da parceria, tampouco de manutenção de sigilo sobre estas.

IV. Os enunciados da I Jornada de Direito Administrativo e as interpretações sobre oportunidades de negócios

Demonstrando a importância da discussão, em agosto de 2020, no bojo da I Jornada de Direito Administrativo realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF), foram aprovados três enunciados sobre o tema. O fato desses enunciados terem logrado aprovação sugere que os seus conteúdos traduzam elevado grau de consenso entre os estudiosos do direito administrativo.

O primeiro deles tem a seguinte redação:

¹⁴⁶² Idem. *Ibidem*, p. 42.

¹⁴⁶³ Idem. *Ibidem*, p. 52.

Enunciado 22: A participação de empresa estatal no capital de empresa privada que não integra a Administração Pública enquadra-se dentre as hipóteses de “oportunidades de negócio”, prevista no art. 28, § 4º, da Lei n. 13.303/2016, devendo a decisão pela referida participação observar os ditames legais e os regulamentos editados pela empresa estatal a respeito dessa possibilidade.

Este enunciado sugere que participações de empresas estatais em sociedades privadas sejam compreendidas, *prima facie*, como oportunidades de negócios e, portanto, reduz o grau de motivação necessário à decisão de não se realizar licitação nesses casos. Trata-se de uma interpretação que parece trazer implícito o argumento de que participações societárias, em razão da *affectio societatis*, não comportariam licitação.

Em todo caso, a parte final do texto, ao exigir observância dos ditames legais e regulamentos editados pela estatal sobre o tema, aponta no sentido de que critérios de escolha devam ser objeto de normativa interna de cada estatal, a qual deve preexistir às decisões sobre participar ou não societariamente em empresas privadas. A regulação normativa *ex ante* costuma ser um mecanismo que favorece o respeito aos princípios da impessoalidade e da moralidade, reduzindo-se a discricionariedade decisória casuística e dificultando, assim, desvios em prejuízo do interesse público na escolha dos parceiros que implementarão oportunidades de negócios.

O segundo enunciado tem a seguinte redação:

Enunciado 27: A contratação para celebração de oportunidade de negócios, conforme prevista pelo art. 28, § 3º, II, e § 4º da Lei n. 13.303/2016 deverá ser avaliada de acordo com as práticas do setor de atuação da empresa estatal. A menção à inviabilidade de competição para concretização da oportunidade de negócios deve ser entendida como impossibilidade de comparação objetiva, no caso das propostas de parceria e de reestruturação societária e como desnecessidade de procedimento competitivo, quando a oportunidade puder ser ofertada a todos os interessados.

De fato, em alguns casos, pode ser difícil comparar oportunidades de negócios a partir dos mesmos critérios objetivos e predefinidos. Além disso, pode ser contrário ao interesse da

estatal submeter uma oportunidade de negócio a escrutínio público, realidade essa que é inerente a procedimentos licitatórios. Essas são questões que dificilmente comportam normatização em abstrato, fazendo-se necessária uma análise à luz da realidade do mercado em que a estatal esteja inserida.

Outra questão tocada pelo Enunciado se refere à desnecessidade de licitação quando há possibilidade de contratação de todos os potenciais interessados, por exemplo, mediante simples procedimento de credenciamento. Essa enunciação encontra-se em linha com hipótese de inexigibilidade não expressa na Lei 8.666/93, porém que já era reconhecida pela doutrina, e que deverá ser positivada na lei já aprovada no Congresso Nacional para sucedê-la.¹⁴⁶⁴

Por fim, tem-se ainda o Enunciado 30:

Enunciado 30: A "inviabilidade de procedimento competitivo" prevista no art. 28, § 3º, inc. II, da Lei n. 13.303/2016 não significa que, para a configuração de uma oportunidade de negócio, somente poderá haver um interessado em estabelecer uma parceria com a empresa estatal. É possível que, mesmo diante de mais de um interessado, esteja configurada a inviabilidade de procedimento competitivo.

Este enunciado facilita a compreensão de que a ausência de licitação em caso de oportunidade de negócios não se confunde com a clássica hipótese de inexigibilidade em que deixa de haver licitação por existir apenas um potencial contratado apto a executar o objeto do contrato (fornecedor único).

A interpretação nela espelhada alude ao fato de que poderá haver situações em que dois agentes privados pretendam realizar duas espécies muito distintas de negócios com a estatal (por exemplo, envolvendo áreas ou linhas de produtos completamente distintas da empresa). Situações como essa não podem ser solucionadas por meio do instituto da licitação, por não haver critérios objetivos de comparação entre os projetos. Tampouco faria sentido exigir que a estatal somente pudesse contratar, ou os dois, ou nenhum.

¹⁴⁶⁴ Senado Federal. Redação final do Projeto de Lei nº 4.253, de 2020. Art. 73. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de: (...) IV – objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento.

O importante, como visto na seção anterior, é a fundamentação dessa escolha face às alternativas existentes.

Conclusão

As empresas estatais diferenciam-se da Administração direta, autárquica e fundacional por visarem à intervenção direta do Estado nos mercados, por meio da prestação de serviços e fabricação de produtos, sendo entidades com finalidade lucrativa e, em regra, em concorrência com a iniciativa privada.

Dessa forma, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 discute-se a necessidade de um regime de licitações e contratações públicas que considere as peculiaridades das estatais. Alude-se à necessidade de se reduzir a burocracia atrelada à obtenção dos insumos necessários à produção, sejam serviços, obras ou produtos. Com relação à alienação de bens, em princípio, esses também devem ser licitados; porém, como visto, aqueles que sejam produzidos como sendo parte do objeto social da sociedade (atividade-fim) estão excluídos dessa exigência.

Antes do advento da Lei das Estatais, em regra lhes era aplicável a Lei nº. 8.666/93 (além de poderem se valer do pregão e do RDC), de modo que, por conseguinte, podiam deixar de licitar nas hipóteses de inexigibilidade e dispensa de licitação ali previstas. Todavia, advogava-se que, para essas entidades, era também necessário afastar a licitação para alienação de bens ou serviços produzidos (atividade-fim), pois a competição, nesse caso, já era assegurada pelo mercado.

Com o advento da Lei das Estatais, o tema veio a ser disciplinado em seu art. 28, § 3º, o qual destacou a desnecessidade de licitação para a comercialização de bens e serviços relacionados ao objeto social da estatal, assim como para a efetivação de oportunidades de negócios. Ambas as situações seguem suscitando debate, pois, se de um lado dão esteio legal às contratações diretas, de outro é certo que não afastam a incidência dos princípios da Administração Pública e suas exigências de impessoalidade, moralidade e eficiência.

Assim, é esperado que discussões em torno da *affectio societatis* como inviabilizadora (ou não) do dever de licitar a escolha de parceiros de negócios das estatais sigam sem uma solução única, talvez por ser essa mesmo impossível, devendo ser sempre analisada à luz do caso concreto. De todo modo, é certo que os enunciados da 1ª Jornada de Direito Administrativo do CJF indicam

no sentido de que a licitação não parecer ser o melhor caminho para lidar com o dever de lisura nos negócios empresariais complexos das estatais.

Ao se debater o tema, não se deve descuidar do fato de que a licitação não é um fim em si mesma, e não tem se mostrado, ao longo dos anos, um instituto à prova de desvios de finalidade ou atos de corrupção. Portanto, se forem essas as preocupações subjacentes ao receio de se adotar uma interpretação mais ampla do conceito de “oportunidade de negócio”, talvez o contrapeso à sua adoção deva ser buscado, menos nas normas que obrigam a licitar, mas antes no conjunto de normas de prevenção e combate à corrupção e à improbidade administrativa, que são, logicamente, integralmente aplicáveis também a essas contratações.

Terminamos, portanto, essa singela homenagem, com o entendimento de Jesé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti, segundo o qual, a exceção ao dever de licitar, nas estatais, deve visar *“atender à disciplina jurídica constitucionalmente estabelecida para as empresas estatais exploradoras de atividade econômica, as quais devem atuar com eficácia e eficiência na busca dos melhores resultados, por isso que atuam em regime de equiparação com empresas privadas, em relação às quais não podem assumir privilégios, nem suportar desvantagens”*.¹⁴⁶⁵

¹⁴⁶⁵ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTI, Marinês Restelatto. A lei das estatais contribui para simplificar e elevar a segurança jurídica de licitações e contratos? *Revista TCU*, n. 141, jan/abr 2018, p. 100.



A LIBERDADE CONTRATUAL DAS EMPRESAS ESTATAIS

1242

Saulo Benigno Puttini

*Advogado. Mestre em Engenharia Elétrica. Especialista em Economia e Finanças. Diretor
Executivo do BNDES.*

Pedro Ivo Peixoto

*Mestre em Administração Pública. Especialista em Direito Administrativo Empresarial.
Advogado do BNDES.*

Preâmbulo

A edição da Lei das Estatais, em 2016, (Lei 13.1303/2016) preencheu um vácuo no ordenamento jurídico nacional que perdurava por longos 18 anos. O Estatuto veio para concretizar as inserções efetivadas no §1º no art. 173 por meio da Emenda Constitucional 19/1998, que representou um histórico avanço no modelo jurídico pátrio ao pacificar o entendimento de que o Estado deve poder possuir instrumentos de atuação econômica equiparados à iniciativa privada.

Após longo hiato, a Lei das Estatais foi promulgada num contexto político extremamente conturbado, em que a credibilidade das empresas estatais estava na berlinda do debate nacional, haja vista toda a gama de investigações criminais que se deflagraram. A publicação da Lei naquele momento do Brasil era também uma resposta do parlamento a esses questionamentos sociais, com destaque para a previsão de diversos instrumentos de incremento da governança, transparência e da eficiência das companhias controladas pelo Estado¹⁴⁶⁶.

No âmbito das licitações e contratações, a Lei foi importante por instaurar um novo marco legal e retirar de vez as celeumas acerca da incidência ou não da então Lei Geral de Licitações (Lei 8.666/1993) para os contratos celebrados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista.

¹⁴⁶⁶ PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Corrupção, Governança, Ética e Compliance*. Cadernos FGV PROJETOS, Nº 28. Rio de Janeiro: FGV PROJETOS, 2016.

Dentre os notáveis aspectos inaugurados com a Lei 13.303/2016, vale ressaltar o espaço normativo concedido para que as Estatais estipulem em regulamento próprio procedimentos mais eficientes de contratação dos que os tradicionais requisitos da Lei 8.666/1993, seja pela expressa redação do art. 40¹⁴⁶⁷, seja pela proposital falta de exaustividade de muitos dos seus institutos¹⁴⁶⁸.

Outro valoroso tema do Estatuto, também no que se refere a contratações, é a expressa previsão das hipóteses de inaplicabilidade do regime de licitação às atividades relacionadas ao objeto social e às oportunidades de negócios (§3º do art. 28) das empresas públicas. Aquilo que antes se circunscrevia à célebre divisão teórica “atividade fim x atividade meio”, que tomou contornos fáticos somente com a evolução natural do Direito Administrativo, acabou tomando dimensão mais objetiva e facilitada pela novel posituação.

É fato que desde 2016, como todo novo marco legal, ainda se vivencia uma jurisprudência em formação sobre esse instituto¹⁴⁶⁹, mas a doutrina jurídica tem se posicionado consistentemente de forma favorável à uma interpretação que maximize a eficiência das estatais¹⁴⁷⁰. A desnecessidade de realizar procedimentos licitatórios para concretizar as contratações previstas nos incisos I e II do §3º do art. 28 do Estatuto está clara na Lei (aquelas tradicionalmente enquadradas como “atividade fim”), relegando à discricionariedade administrativa o enquadramento dos casos concretos.

Porém, como toda formação de conceito jurídico, é preciso aprofundar a análise hermenêutica sobre a extensão das exceções previstas na Lei, pois uma interpretação literal do texto legal pode induzir nas companhias públicas uma postura de apego procedimental que induza ineficiências, o que claramente não seria a melhor interpretação do desiderato constitucional e poderia acarretar verdadeiros prejuízos à administração pública.

Contextualização do problema

¹⁴⁶⁷ Determina que as Estatais deverão editar regulamento próprio dispondo sobre vários institutos de licitação e contratação.

¹⁴⁶⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedade de economia mista*. 2ª ed – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 236.

¹⁴⁶⁹ Há poucas decisões do Tribunal de Contas da União, dentre as quais, destacam-se os acórdãos 2033/2017 e 2488/2018, do Plenário daquela Corte de Contas.

¹⁴⁷⁰ Ibid, p. 227.

No diploma legal, a disposição topográfica do §3º do art. 28 da Lei das Estatais (inaplicabilidade de licitação) tem causado dúvidas sobre a sujeição dos contratos pactuados com base nesse fundamento às exigências do Capítulo II do Título II (Dos Contratos) da referida Lei.

O §3º do art. 28 reza que as estatais estão “*dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo*” no caso de contratações relacionadas à sua atividade social e a oportunidades de negócios. Esta disposição está inserida no “Capítulo I – Das Licitações” (dentro do Título II). Porém, o regramento legal dos contratos celebrados pelas empresas estatais inicia-se no “Capítulo II – Dos contratos”, sem que nele haja qualquer menção aos contratos celebrados com base no §3º do art. 28. E não há artigos aplicáveis a contratos em outros capítulos da Lei 13.303/2016.

Diante dessa topografia, a interpretação literal dos dispositivos do Estatuto das Estatais poderia levar-se a intuir que todos os contratos celebrados pelas estatais, independentemente do seu fundamento e finalidade, devem respeitar as disposições do Capítulo II do Título II (Dos contratos), pois o §3º do art. 28 foi claro ao dizer “*deste Capítulo*”. Essa conclusão, todavia, não aparenta estar em consonância com o tratamento que a Constituição concedeu ao tema.

A previsão constitucional de paridade das estatais com as empresas privadas

A abordagem constitucional da questão tem lugar a partir da Emenda Constitucional 19/98, que, dentre as diversas reformas em prol da eficiência pública¹⁴⁷¹, inseriu a atual redação do §1º do art. 173 da Carta Magna. O inciso II do referido parágrafo é explícito ao estipular que as empresas estatais estão sujeitas “ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias”.

O disposto na Constituição não deixa dúvidas de que o legislador constitucional reformista instituiu a paridade das empresas estatais com as empresas privadas, nos ônus e nos bônus, para permitir que o Estado possua instrumentos de eficiência na sua atuação, afastando estorvos não aplicáveis às suas concorrentes¹⁴⁷².

A Lei 13.303/2016 cumpriu o mandamento constitucional quando afastou, no §3º do art. 28, o regime licitatório das contratações relacionadas às atividades sociais e negócios das

¹⁴⁷¹ Esse objetivo foi expressamente reconhecido na exposição de motivos.

¹⁴⁷² ARAGÃO, op. cit., p. 117.

estatais. Do contrário, restaria ferido o inciso II do art. 173 da Constituição Federal, pois as estatais exploradoras de atividade econômica não teriam paridade com as empresas privadas no desempenho do seu negócio finalístico.

Relembre-se que o vetor que regeu o constituinte reformador foi o da eficiência pública. Nesse desiderato, merece transcrição a sempre lapidar dicção do professor Jessé Torres¹⁴⁷³, ao comentar o §3º do art. 28 do Estatuto das Estatais:

Tal exceção à regra geral da licitação visa atender à disciplina jurídica constitucionalmente estabelecida para as empresas estatais exploradoras de atividade econômica, as quais devem atuar com eficácia e eficiência na busca dos melhores resultados, por isso que atuam em regime de equiparação com empresas privadas, em relação às quais não podem assumir privilégios, nem suportar desvantagens.

A lição do cátedra reforça que a paridade das estatais com as empresas privadas visa não apenas assegurar uma competição justa entre elas, mas também usá-las como fonte de práticas eficientes em prol da administração pública.

Esse é o prisma sobre o qual deve ser analisada a disciplina da Lei das Estatais sobre os contratos das companhias públicas.

O art. 68 da Lei 13.303/2016 inaugura o capítulo “Dos Contratos” estipulando que eles são regidos pelas disposições da lei e pelos preceitos de direito privado. Ocorre que os artigos seguintes seguiram numa verdadeira contramão do vetor constitucional e acabaram postulando uma série de disposições estranhas aos contratos privados.

Retornando ao texto constitucional para se extrair sua previsão específica sobre as licitações e contratações promovidas pelas estatais, vale lembrar o conteúdo do Art. 173, § 1º, III, da CF/88, que entabula que a lei disporá sobre “licitação e contratação de obras, serviços, compras

¹⁴⁷³ Lição extraída de artigo fundamental para a consolidação do instituto da inaplicabilidade do regime licitatório publicado na Revista do Tribunal de Contas da União n. 141 (2018) escrito em parceria com a professora Marinês Restelatto Dotti.

e alienações, observados os princípios da administração pública”. Inequívoco, portanto, que o comando da Carta Maior sujeita as estatais à realização de licitações como ferramenta necessária à celebração de seus contratos, entronizando os princípios regentes da gestão pública. Todavia, no que concerne aos contratos per se, há nuances que valem uma reflexão mais profunda.

Em recente artigo denominado “Contratação versus contrato”¹⁴⁷⁴, a professora Vera Monteiro ressalta o significado do vocábulo constitucional *contratação* para delimitar a competência privativa que a Constituição quis conceder para a União no inciso XXVII do art. 22 da CF/88. Invocando as palavras de Fernando Dias Menezes de Almeida (“Contratação é a ação de contratar. Contrato é o objeto dessa ação”), a professora defende que o texto constitucional não confere à União a exclusividade para legislar sobre *contratos*, mas somente sobre *contratação* (entendida como o ato de contratar). Por analogia, o mesmo raciocínio pode ser empregado na questão ora em discussão, pois o inciso III do art. 173 da CF/88 repete o mesmo vocábulo do inciso XXVII do art. 22 da CF/88: *licitação e contratação*.

A invocação da abordagem da professora Vera Monteiro é pertinente para corroborar a necessidade de afastamento das disposições sobre contratos da Lei das Estatais para os negócios jurídicos por ela celebrados no seio de atividades relacionadas ao objeto social e às oportunidades de negócios, isto é, aquelas celebradas sob o albergue do Art. 28, §3º, da Lei 13.303/2016.

Esse afastamento possui clara consonância não apenas com o §1º, II, do Art. 173 da Carta Magna (“sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas”), mas também com o inciso III do mesmo §1º, que impõe a mitigação da aludida paridade mencionando os temas *licitação* e *contratação*, e deixando propositalmente livre do mesmo comando a disciplina dos *contratos*.

A extrapolação desse raciocínio poderia até levar à conclusão de que toda a disciplina sobre contratos contida na Lei 13.303/2016 mereceria uma apuração acerca de sua constitucionalidade, pois o legislador ordinário teria ultrapassado o espaço normativo reservado a ele pela EC 19/1998. Esse aprofundamento maior, entretantes, em muito foge ao que a presente análise se propõe nesse momento. Para a reflexão ora posta em debate, a alusão à professora Vera Monteiro destina-se a corroborar a inaplicabilidade das disposições do Capítulo II do Título II da Lei das Estatais para os contratos das companhias públicas firmados com base no §3º do art. 28 da mesma Lei.

¹⁴⁷⁴https://www.jota.info/paywall?redirect_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/contratacao-versus-contrato-02022021

Exemplos da impossibilidade de restrição da liberdade contratual em operações de mercado

Para além da interpretação textual e sistêmica dos mandamentos constitucionais e legais, sob o prisma teleológico e utilitário, alguns exemplos ajudam a ilustrar de maneira solar o quão incongruente uma orientação em sentido oposto seria para a administração pública empresária.

Como exemplo dessa incongruência, pode-se citar a contratação por um banco estatal de assessor financeiro para realizar oferta pública de ações ou outros títulos congêneres. Inequivocamente enquadrada no inciso II do §3º do art. 28 do Estatuto, essa contratação segue práticas de mercado e regras estipuladas pela Comissão de Valores Imobiliários, absolutamente incompatíveis com as disposições da Lei 13.303/2016. O regramento contido nas Instruções Normativas 400 e 476 da CVM é reconhecidamente consistente e seguido por todo o mercado financeiro nacional. Inconcebível sob o prisma prático e teórico defender um regramento próprio que exija dos negócios efetivados pelas estatais um completo e diferenciado plano regulatório sobre o mercado de capitais.

Outro exemplo que pode ser citado é a realização de operação societária com outras sociedades empresariais para atuação mercadológica conjunta (*joint venture*). Descabido seria, sob o prisma constitucional, limitar a estatal na persecução da melhor formatação contratual para essa parceria, que adotasse padrões e condições diferentes daqueles praticados pelo Direito Empresarial e demais regras de mercado.

Nos dois exemplos, tentar adequar o contrato celebrado pelas estatais aos dispositivos da Lei 13.303/2016 seria um exercício que pode não apenas causar prejuízos financeiros nessas operações, mas também retirar delas instrumentos jurídicos de atuação empresarial por total impossibilidade de o mercado encontrar aceitação às suas idiossincrasias.

Os métodos de hermenêutica jurídica elucidam a impertinência das disposições da lei aos contratos para atividades finalísticas

No sistema jurídico brasileiro, como característico dos países com Direito codificado, adota-se como elementos tradicionais de interpretação jurídica os componentes histórico,

sistemático, lógico e teleológico¹⁴⁷⁵, sendo de todo oportuno também percorrer esses elementos para o exercício da reflexão jurídica aqui proposto.

A hermenêutica histórica do capítulo que rege os contratos na Lei das Estatais nos leva à constatação que suas disposições foram inspiradas, até mesmo copiadas, da Lei 8.666/1993 e da jurisprudência do TCU sobre contratos administrativos¹⁴⁷⁶. Ou seja, a despeito da redação do art. 68 proclamar que os contratos das estatais se regem pelos preceitos de direito privado, as disposições contratuais do Estatuto são características dos ditos *contratos administrativos*.

Após a publicação do Estatuto, prevalece o entendimento doutrinário que defende que as empresas estatais não mais celebram contratos administrativos¹⁴⁷⁷, conforme a conceituação clássica do instituto¹⁴⁷⁸. Para este estudo, é suficiente extrair desse contexto jurídico a constatação de que as disposições sobre contratos da Lei das Estatais são historicamente aquelas que regiam as suas contratações administrativas antes do advento da Lei 13.303/2016.

Diante dessa constatação, submeter estatais atuando nas suas atividades mercadológicas a disposições contratuais rígidas, cuja natureza remonta aos *contratos administrativos*, nos parece ser, além de dissonante com a previsão constitucional, incompatível com a hermenêutica histórica do instituto. Pode-se afirmar que a origem e a natureza das disposições contratuais da Lei das Estatais corroboram a tese aqui defendida também sob o prisma do método de interpretação sistemático, uma vez que a análise do Estatuto em perspectiva com o regramento jurídico dos contratos da administração direta busca uma aplicação coerente das normas¹⁴⁷⁹.

A hermenêutica lógica, por seu turno, que se leva a efeito pela perquirição do sentido das diversas locuções e orações do texto legal e pelo estabelecimento da conexão entre as mesmas¹⁴⁸⁰, também nos leva à constatação de que as disposições sobre contratos da Lei das Estatais são aplicáveis somente àqueles instrumentos oriundos de procedimentos licitatórios. Diversos

¹⁴⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009. p. 290.

¹⁴⁷⁶ JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). *Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13.303/2016*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 288.

¹⁴⁷⁷ Aragão, op. cit, p. 259.

¹⁴⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 10ª edição. São Paulo: Dialética, 2004. p. 477.

¹⁴⁷⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

¹⁴⁸⁰ FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 2. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

dispositivos do Capítulo II do Título II (Dos contratos) se referem expressamente a *licitação* ou *licitantes* (exemplos: art. 69 §2º, art. 75, art. 78 §1º e §2º).

Diante dessas previsões, a hermenêutica lógica nos leva a defender que a interpretação mais coerente com a própria redação do texto legal interpretado é restringir as disposições do Estatuto sobre contratos àqueles decorrentes de licitações, ou seja, aos contratos que se sujeitam à regra fixada no *caput* do art. 28, e não à exceção prevista no seu parágrafo terceiro.

Essa leitura se justifica pelo fato do *caput* do art. 28 da Lei determinar que as contratações das estatais devem ser precedidas de licitação, tendo a exceção a este regime jurídico sido prevista dentro do próprio artigo (no parágrafo terceiro). O produto da regra prevista no *caput* do art. 28 (licitação) é um contrato, e, tendo o próprio artigo excepcionado da sua incidência as contratações finalísticas e mercadológicas das estatais, a aplicação do Capítulo II do Título II a esses contratos nos parece ferir a lógica de liberdade contratual que a própria Lei tornou pacífica.

Essa abordagem interpretativa tangencia com a interpretação teleológica, que também nos empurra para a mesma conclusão. Os objetivos do legislador constitucional e infraconstitucional denotam uma preocupação com o aumento da eficiência das estatais, o que não seria alcançado caso se entenda pela perda de liberdade contratual nas suas atividades finalísticas, justamente onde a busca pela eficiência na atuação estatal encontra seu ápice.

Conclusão

Por todo o exposto, nos resta indene de dúvidas de que o regramento constitucional e o exercício da adequada hermenêutica jurídica afastam a aplicabilidade das disposições sobre contratos contidas no Capítulo II do Título II da Lei 13.303/2016 aos contratos celebrados com fundamento nos incisos I e II do §3º do art. 28 do Estatuto da Estatais.

Interpretação diversa nos parece incompatível com a Constituição e dissonante dos esforços institucionais para o aumento da eficiência na atuação do Estado, que tem nas atividades finalísticas das empresas estatais o seu instrumento mais potente de atuação na ordem econômica.

A EQUIDADE NO CÓDIGO DO CONSUMIDOR

Sergio Cavalieri Filho

Desembargador aposentado do TJRJ. Professor Emérito da EMERJ. Procurador- Geral do TCE/RJ. Professor de Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor.

1 – Introdução

O Código do Consumidor refere-se à equidade em dois momentos. Primeiramente, no artigo 7º ao dispor que “Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e **equidade**”. No artigo 51, ao tratar das cláusulas abusivas, dispõe o CDC serem nulas de pleno direito “as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que (...) estabeleçam obrigações consideradas **iníquas**, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a **equidade**”.

Teixeira de Freitas¹⁴⁸¹ já observava que o vocábulo **equidade** é uma das palavras mais utilizadas pelos operadores do direito, sem que consigam, entretanto, satisfazer o seu verdadeiro sentido. Em face da pluralidade de significados atribuídos à equidade e dos vários contextos em que a palavra é utilizada, este estudo tem por finalidade contribuir para a identificação do sentido da equidade no Código do Consumidor.

¹⁴⁸¹ FREITAS, Teixeira de, *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1883. Verbete equidade, p. 66

2 – Conceito multissignificativo

Desde os seus primórdios a equidade relaciona-se com justiça, liberdade, igualdade, adequação, proporção, retidão, simetria, razão pela qual é impossível lhe dar uma definição rigorosa.

O termo grego *epieikeia* significa o que é reto, equilibrado, justo. Por sua vez, o termo latino *aequitas* vai no mesmo sentido. De modo abrangente, é correto dizer que equidade é o valor inspirador do Direito, o seu substrato ou própria essência, correspondente ao modelo ideal de justiça.

Com sentido de **direito justo** a equidade foi utilizada por Celso: “Direito é a arte do bom e do equitativo”. Celso, ao definir assim o *ius*, quis chamar a atenção para a circunstância de que o Direito era intimamente penetrado pela *aequitas*: trata-se de um Direito justo. Cícero também considerava a *aequitas* como a regra moral do direito, afirmando que “o direito é a equidade estabelecida”¹⁴⁸²

Modernamente a equidade repousa sobre a idéia fundamental da igualdade real, de justa proporção; indica o sentimento de justiça fundado no equilíbrio, na equanimidade, na serenidade, na imparcialidade, na retidão. Sintetiza princípios superiores de justiça que possibilitam ao legislador e ao juiz criar e aplicar o Direito com igualdade e razoabilidade, estabelecer igualmente o direito de cada um. Em suma, a equidade é a justiça, não da lei, mas a justiça como idéia, noção ou princípio.

3 – Funções da equidade

Ao se falar em equidade da lei, equidade da justiça, equidade valor, equidade integrativa, equidade corretiva, equidade interpretativa, equidade quantitativa, esses e outros

¹⁴⁸² Jose Carlos Moreira Alves, Direito Romano, Forense, 7ª ed. v.1, p. 96

sentidos atribuídos à equidade na realidade indicam as funções que ela pode exercer. Dentre tantas, três merecem destaque: **valorativa, integrativa e corretiva**.

3.1– Equidade valor

Como já destacado, a equidade é valor imanente do modelo ideal de justiça, umbilicalmente ligado ao conceito de Direito. Na sua função valorativa, a equidade permeia todos os princípios do Direito, é fundamento da sua coesão e harmonia social. **É instrumento do legislador na elaboração da lei**, exigindo que este, ao estabelecer a norma jurídica, escolha meios adequados, necessários e proporcionais (razoabilidade).

No Direito Romano, a **equidade valor** foi o fundamento da elaboração do **direito honorário**, que permitiu se desenvolvesse e se humanizasse o velho **ius quiritium**, insulado no hermetismo de prejuízos de origem. O mesmo aconteceu na Inglaterra, por volta do século XVI, com a criação das Cortes de Chancelaria, que sob a invocação da equidade contribuíram para a formação de um complexo de princípios (**rules of equity**) transformados em corpo de normas jurídicas.¹⁴⁸³

Há muito que se coloca ser a equidade um instrumento do juiz para integrar o Direito ou para ajustá-lo à realidade. **Mas a equidade é antes de tudo parâmetro para a atividade legislativa, ideal condutor de todo o ordenamento jurídico**. As leis devem ser justas e para serem justas não podem se afastar do ideal de justiça (**equidade**). Para haver congruência entre a norma e suas condições externas de aplicação – causa, suficiência, vinculação à realidade – é preciso se harmonizar com o ideal de justiça.

Essa a oportuna lição de Sílvio Venosa: “Tratamos aqui da equidade na aplicação do Direito e em sua interpretação, **se bem que o legislador não pode olvidar os seus princípios, em que a equidade necessariamente deve ser utilizada para que a lei surja no sentido da justiça**”¹⁴⁸⁴. Agostinho Alvim refere-se também à equidade valor, embora a

¹⁴⁸³ . Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, v. I, Forense, 20ª ed. 2004, p. 76.

¹⁴⁸⁴ Direito Civil, Parte Geral, Atlas, 12ª ed. 2012, p.26

denominando de equidade legal, *verbis*: “No segundo caso – equidade legal – a justiça seria aproximada, pois **ocorre quando o próprio legislador minudencia a regra geral, especificando diversas hipóteses de incidência da norma. Haveria uma aproximação ao caso concreto, mas não uma justiça perfeita (...) a equidade está no direito e não fora dele**”¹⁴⁸⁵. Washington de Barros Monteiro lembra que “**A equidade, como ideal ético de justiça, deve entrar na formação mesma da lei**”¹⁴⁸⁶. Nas palavras de Ferreira Borges “**a lei sem equidade é nada; os que não veem o que é justo ou injusto senão através da lei, nunca se entendem tão bem, como os que o veem pelos olhos da equidade**”¹⁴⁸⁷.

Em suma, justiça e equidade (valor) são inseparáveis. A justiça é uma virtude que consiste em dar a cada um o que é seu. Representa basicamente uma preocupação com a igualdade e com a proporcionalidade. A primeira implica uma correta aplicação do Direito, de modo a evitar o arbítrio; a segunda significa tratar de modo igual os iguais e de modo desigual os desiguais, na proporção de sua desigualdade e de acordo com seu mérito. Equivalência e proporção.¹⁴⁸⁸

Temos como certo que no CDC o legislador valeu-se abundantemente da **função valorativa da equidade** ao estabelecer a vulnerabilidade do consumidor como pedra de toque de todo o sistema consumerista, bem como na modificação e revisão de cláusulas contratuais excessivamente onerosas, na proteção contra as práticas e cláusulas abusivas e na inversão do ônus da prova entre os direitos básicos do consumidor. O próprio princípio da **equivalência contratual**, núcleo dos contratos de consumo, tem por fundamento a equidade. O desequilíbrio do contrato, a desproporção das prestações das partes, ofendem o princípio da equidade.

Enfim, estes e outros revolucionários institutos do CDC foram consagrados em busca do modelo ideal de justiça nas relações de consumo, ou, como está expresso no próprio Código, com base na “harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo, na

5Da equidade, in Revista dos Tribunais, vol. 797, mar. p. 767-770

¹⁴⁸⁶ Curso de Direito Civil, Parte Geral, 1º v. , Saraiva 25ª ed. p. 44

¹⁴⁸⁷ Dicionário jurídico-comercial. Pernambuco: Typographia de Santos e Companhia, 1843, v. I. Verbete equidade, p. 150

¹⁴⁸⁸ Francisco dos Santos Amaral Neto, A Equidade no Código Civil Brasileiro, R. CEJ, Brasília, n. 25, p. 17, abr/jun. 2004.

compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico (...), na boa-fé e **equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores**".¹⁴⁸⁹

3.2– Equidade integrativa

Mas a lei, por necessidade lógica é genérica e universal, ou, como observa Ruggiero, “O direito positivo, na verdade, não pode proceder senão por preceitos e disposições de caráter geral, pois que não pode observar cada caso individualmente e as circunstâncias particulares de cada relação de fato; regula o que sucede normal e geralmente (*id quod plerumque accidit*) e, baseando-se na medida dos casos que sucedem mais frequente e vulgarmente, formula por abstração e quase como uma operação estatística a norma fixa e universal à qual todos os casos que se verifiquem no futuro devem obedecer”¹⁴⁹⁰

Por isso, por mais abrangente e minuciosa que seja a lei não pode prever todas as circunstâncias particulares que se verificam na vida real. Não é raro ocorrer que o caso concreto apresenta peculiaridades diversas das previstas ou que não foram previstas na lei. É aí que tem lugar **a função integrativa da equidade**, a mais conhecida e usual. Uma vez que a lei falhou por excesso de simplicidade, **cabará ao juiz suprir a omissão estabelecendo a regra que o próprio legislador teria estabelecido se tivesse conhecimento do caso.**

Aristóteles, um dos primeiros filósofos gregos a tratar da equidade integrativa, na sua obra a **Retórica** disse que, “quando houver um vazio ou uma lacuna na lei, pode o juiz usar da equidade não para corrigir a norma existente, mas para suprir uma lacuna. Essa *equidade integradora*, que o juiz vai empregar no vazio da lei, é alcançada mediante o exame das circunstâncias do caso e o encontro de uma solução que esteja de acordo com o ordenamento e realize a justiça”¹⁴⁹¹

¹⁴⁸⁹ CDC art. 4, III

¹⁴⁹⁰ Roberto de Ruggiero, Instituições de Direito Civil, Ed. Saraiva, 1971, 3ª ed. v.I, p. 27.

¹⁴⁹¹ *apud* Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Comentários ao Novo Código Civil, arts. 472 a 480, Vol. VI, Tomo II, Gen/Forense p. 155.

Desde de Aristóteles, portanto, a equidade integrativa tem por função permitir ao juiz, havendo lacuna ou omissão na lei, resolver o caso, sem chegar ao ponto de criar uma norma, como se fosse o legislador. Como bem arremata Amaral Neto, a equidade é para Aristóteles “o método de aplicação de lei não-escrita para remediar a aplicação da lei escrita”¹⁴⁹². O papel do intérprete deixa de ser de pura aplicação da norma preexistente e passa a incluir uma parcela de criação do Direito do caso concreto. E, como técnica de raciocínio, deve buscar na equidade valor (ideal de justiça, usos, costumes) os elementos para a elaboração da regra em concreto.

Temos também como certo que a equidade a que se refere o CDC no seu art. 7º - “Os direitos (...) que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e **equidade**” -, é a equidade em sua função integrativa, no caso de lacuna no sistema consumerista. Deve então o juiz procurar expressar, na solução do caso, aquilo que corresponda a uma ideia de justiça da consciência média, que está presente na sua comunidade. Será, em suma, a justiça do caso concreto, um julgamento justo, temperado, fundado no sentimento comum de justiça.

3.3- Equidade corretiva

Além da equidade integrativa, ou além dessa função da equidade, Aristóteles se refere à **equidade corretiva** na Ética a Nicômaco, aquela que o juiz vai aplicar quando tiver necessidade de afastar uma injustiça que resultaria da aplicação estrita da lei. É uma espécie de correção à regra geral, que deixa de ser aplicada diante da peculiaridade da espécie. Na sempre lembrada lição de Caio Mário, “Considerado o sistema de direito positivo, ainda ocorre a presença da *equidade*, com a ideia de amenização do rigor da lei. Equiparada ou aproximada ao conceito de justiça ideal, a equidade impede que o rigor dos preceitos se converta em atentado ao próprio direito, contra o que Cícero já se insurgia ao proclamar “*summum ius, summa injuria*.”¹⁴⁹³

Na sua função corretiva, a equidade permite ao juiz ir além da lei para garantir a aplicação do justo. Por outras palavras, o direito, que é obra da justiça para estabelecer uma relação

¹⁴⁹² ob. cit. p. 19

¹⁴⁹³ ob. cit. p. 76.

de igualdade e equilíbrio entre as partes, na justa proporção do que cabe a cada um, permite ao juiz aplicar, em certos casos, a equidade corretiva. Essa equidade vai além da lei, porque procura garantir a aplicação do espírito da lei. Lembra o saudoso Mestre Ruy Rosado a lição de São Tomás, segundo a qual “a equidade não é contra o justo em si, mas contra a lei injusta; quando ao juiz é permitido o uso da equidade, ele pode ir além da lei, para garantir a aplicação do justo. O direito, que é obra da justiça para estabelecer uma relação de igualdade entre as partes, na justa proporção do que cabe a um e a outro, permite ao juiz julgar com equidade”.

“Para aplicar a equidade ao caso concreto”, prossegue o Ministro Ruy Rosado, “nesse sentido de que é preciso afastar a lei injusta para obter a aplicação do princípio de justiça, disse ainda Aristóteles que o juiz deve usar a régua dos arquitetos de Lesbos, flexível e maleável, que permite ao engenheiro, ao medir o objeto, acompanhar os contornos desse objeto. Essa, diz ele, é a régua da equidade. Essa sempre é a régua do juiz, pois, ao tratar de aplicar a lei, deve o julgador usar uma régua que lhe permita ajustar a sua decisão à hipótese em exame, ajustá-la àquele caso, para fazer a justiça do caso concreto. Nesse sentido, a equidade é um princípio e uma técnica de hermenêutica, sempre presente em toda aplicação da lei.”¹⁴⁹⁴

Temos igualmente como certo que é à **equidade corretiva** que se refere o CDC quando, no inciso IV, do art. 51, fulmina de nulidade as cláusulas contratuais que sejam incompatíveis com a equidade. A norma dá ao juiz a possibilidade de valoração da cláusula contratual, invalidando-a (total ou parcialmente) naquilo que for contrária à equidade e boa-fé. O juiz não julgará por equidade (como no caso de equidade integradora), mas dirá o que não está de acordo com a equidade no contrato sob seu exame, dele excluindo o que for necessário para restabelecer o equilíbrio e a justiça contratual no caso concreto.

4 – Limites ao emprego da equidade

¹⁴⁹⁴ ob. cit. p. 154.

Por todo o exposto é de se concluir que o emprego da equidade pelo juiz deve se limitar às hipóteses previstas no CDC. Em sua função integrativa permite ao juiz suprir a omissão do legislador, preencher eventual lacuna do sistema consumerista. Por sua função corretiva, permitido será ao juiz afastar obrigações iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, anular cláusulas contratuais excessivamente onerosas, em busca de uma solução equitativa.

A equidade, entretanto, em nenhuma hipótese poderá ser fundamento para afastar o direito positivo e se fazer livremente a justiça do caso concreto. De Page, citado por Caio Mário, já advertia que a equidade “não pode servir de motivo de desculpa à efetivação das tendências sentimentais ou filantrópicas do juiz (...) pois que **a própria norma já contém os temperos que a equidade naturalmente aconselha.**”¹⁴⁹⁵

Nesse sentido também adverte o não menos saudoso Caio Mário, que a equidade é arma de dois gumes: “Se, por um lado, permite ao juiz a aplicação da lei de forma a realizar o seu verdadeiro conteúdo espiritual, por outro lado pode servir de instrumento às tendências legiferantes do julgador, que, pondo de lado o seu dever de aplicar o direito positivo, com ela acoberta sua desconformidade com a lei. O juiz não pode reformar o direito sob pretexto de julgar por equidade, nem lhe é dado negar-lhe vigência sob fundamento de que contraria o ideal de justiça. A observância da equidade, em si, não é um mal, porém a sua utilização abusiva é de todo inconveniente. Seu emprego há de ser moderado, como temperamento do rigor excessivo ou amenização da crueza da lei.”¹⁴⁹⁶

¹⁴⁹⁵ ob. cit. p.77.

¹⁴⁹⁶ ob. cit. p. 76/77.

INFLUÊNCIA DO ESTADO ADMINISTRATIVO ESTADUNIDENSE NO BRASIL

1258

Sérgio Guerra

Pós-Doutor (Visiting Researcher, Yale Law School), Doutor e Mestre em Direito. Pós-Doutor em Administração Pública. Diretor e Professor Titular de Direito Administrativo da FGV Direito Rio. Editor da Revista de Direito Administrativo — RDA. Coordenador Geral do Curso Internacional Business Law da University of California - Irvine. Embaixador da Yale University no Brasil. Vogal da Comissão de Arbitragem e Árbitro da Câmara FGV de Mediação e Arbitragem. Árbitro da Câmara de Arbitragem da Federação da Indústria do Paraná e do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem - CBMA. Atua em arbitragens na Câmara de Comércio Internacional (CCI). Consultor jurídico da Comissão de Direito Público da OAB/RJ. Parte deste estudo foi originalmente publicado em Revista Estudos Institucionais (DOI: <http://dx.doi.org/10.21783/rei.v3i1.151>).

RESUMO: A França adotou o modelo de governança executiva de forma hierárquica e piramidal (Executivo Unitário), influenciando o sistema tripartite brasileiro e a atuação do Chefe do Poder Executivo. Os Estados Unidos da América estruturaram-se sob a forma de federação presidencialista, inspirando o Brasil republicano (1891). A burocracia estadunidense foi estruturada por meio de agências externas ao Poder Executivo, formando o Estado Administrativo. Pretende-se neste artigo investigar o surgimento e evolução do modelo de Estado Administrativo norte-americano e se houve influência desse modelo na burocracia brasileira.

Palavras-chave: Separação de poderes. Executivo unitário. Agências.

ABSTRACT: France adopted the model of executive governance in a hierarchical and pyramidal way (Unitary Executive), influencing the Brazilian separation of powers system and the performance of the President. The United States of America was structured in the form of a federation, inspiring Brazilian republican (1891). The US bureaucracy was structured through independent agencies external to the Executive Branch, forming the Administrative State. This

article intends to investigate the emergence and evolution of the US Administrative State model and whether this model had influence or not in the Brazilian bureaucracy.

Keywords: Separation of powers. Unitary executive. Agencies.

O estudo do direito administrativo, no Brasil, foi formalmente autorizado pelo Imperador Dom Pedro II em 1851 e, em 1857, foi editado o primeiro livro de direito administrativo nacional por Vicente Pereira do Rego.¹⁴⁹⁷ Com poucas obras sobre o tema¹⁴⁹⁸, o livro de Antônio Joaquim Ribas¹⁴⁹⁹, de 1866, foi o escolhido e formalmente aprovado pelo Imperador para uso nas Faculdades de Direito de São Paulo e Recife.

Pela leitura daquelas obras constata-se que a doutrina nacional daquele século foi amplamente influenciada pelo direito administrativo francês, definindo-o como sendo um conjunto de condições necessárias à conformação da estrutura burocrática governamental para a execução das regras (via regulamento) criadas pelo Poder Legislativo (lei).

A organização da máquina administrativa do Estado tinha características de unidade, centralização e uniformidade, sob um viés direcionado à manutenção do funcionamento dos serviços prestados pelo Estado e posição privilegiada em relação ao cidadão, então denominado súdito e, depois, administrado.

Como ponto central daquela estrutura destacava-se a superioridade do interesse público – e da Administração Pública – sobre o interesse privado, o princípio da legalidade, os serviços públicos (cuja teoria se desenvolveu, no início do século XX, pela Escola de Bordeaux) e o poder discricionário. Dessa premissa adveio o regime administrativo diferenciado, compreendendo as prerrogativas da Administração Pública em relação ao setor privado: poder de polícia, espécies de propriedade, de contratos (cláusulas exorbitantes do direito civil) e de responsabilidade.

¹⁴⁹⁷ REGO, Vicente Pereira do. *Elementos de direito administrativo brasileiro*. Recife: Tipografia Universal, 1857.

¹⁴⁹⁸ É o caso da obra publicada em 1859, sob a influência gaulesa, de autoria de Veiga Cabral (VEIGA CABRAL, Prudêncio Giraldes Tavares. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1859) e do livro de VISCONDE DO URUGUAY. *Ensaio sobre o direito administrativo*. Rio de Janeiro, Typ. Nacional, 1862.

¹⁴⁹⁹ RIBAS, Antonio Joaquim. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: F.L. Pinto & C., Livreiros-Editores, 1866, p. 2

Mas a influência francesa não atingiu apenas o Direito Administrativo sob a ótica científica. A estruturação da máquina burocrática também se deu, como naquele país europeu, de forma piramidal, napoleônica; isto é, centralizada na figura do Chefe do Poder Executivo (Executivo Unitário) sob a teoria tripartite da separação de poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário).

Tanto aqui quanto lá adotou-se o princípio do Executivo Unitário, de modo a prevalecer o regime hierárquico entre os órgãos executivos, concentrando-se o poder no vértice da pirâmide.

De outro lado, o constitucionalismo brasileiro inspirou-se no sistema estadunidense. Na estrutura pensada pelos *Framers*, quanto ao poder e aos mecanismos de seu exercício, a pedra angular do sistema de garantias constitucionais também foi ancorado no princípio da separação tripartite de poderes (*separation of powers*).

Nesse quadro, o modelo de governança executiva dos Estados Unidos da América trilhou em sentido diverso ao francês. Considerando que a Constituição Federal norte-americana não disciplinou a estrutura do Poder Executivo para o desempenho de suas funções, essa questão foi desenvolvendo-se ao longo do tempo de forma diversa ao ocorrido na França. Construiu-se, pouco a pouco, um modelo de governança que denominou-se Estado Administrativo (*Administrative State*), também representado na doutrina pelas expressões: *bureaucratic state*, *capitalist state*, *corporate state*, *postindustrial state*, *regulatory state* e *welfare state*¹⁵⁰⁰ contrapondo-se ao princípio do Executivo Unitário.

O Estado Administrativo, portanto, é uma concepção tipicamente norte-americana e estruturada por meio de agências (executivas e reguladoras) externas ao Poder Executivo, que compõem a burocracia estatal estadunidense.

Diante do exposto, pretende-se investigar neste artigo a evolução do típico Estado Administrativo, surgido nos Estados Unidos da América, e se houve influência desse modelo na burocracia brasileira ao longo do seu período republicano. Buscar-se-á respostas sobre as indagações: como o Estado Administrativo dos Estados Unidos da América, que constitui para alguns um “quarto poder” (*headless fourth branch*), se desenvolveu e foi admitido no sistema constitucional tripartite de poderes? O Brasil, no período pré-democrático (até 1988), para além das três funções clássicas (Legislativa, Executiva e Jurisdicional), implantou um sistema próximo ao

¹⁵⁰⁰ Cf. SKOWRONEK, Stephen. *Building a new American state: the expansion of national administrative capacities 1877 – 1920*. New York: Cambridge University Press, 1982. p. 3.

Estado Administrativo? Após a Reforma do Estado, na década de 90, pode-se afirmar que o Brasil adotou esse sistema de governança?

1. Desenvolvimento do Estado Administrativo norte-americano no século XIX

No começo da nova república os primeiros presidentes norte-americanos contavam com poucos órgãos ou agentes para assessorá-los, haja vista que a Constituição não continha – nem contém até hoje – disposição específica quanto à estrutura de apoio presidencial. Esse cenário foi sendo alterado, passo a passo, por meio de vários fatos que marcaram a transformação dos Estados Unidos.¹⁵⁰¹

A doutrina de separação de poderes não era clara sobre quem deveria exercer atividades administrativas, se o legislativo ou o executivo.¹⁵⁰² Para o exercício das atividades administrativas foram criadas entidades conhecidas como “agências”. As primeiras agências foram criadas a nível estadual para auxiliar o Poder Legislativo, seja disponibilizando informações técnicas, seja para colaborar em algum assunto específico.

A modalidade de regulação estatal forte (*strong commission*), com seus poderes, foi muito questionada, sendo a sua constitucionalidade submetida em vários casos à Suprema Corte norte-americana. Merece destaque o caso julgado pela Suprema Corte, em 1877, denominado *Munn v. Illinois*,¹⁵⁰³ que apreciou o questionamento sobre as tarifas que impactavam as atividades agrícolas.

Esse caso é citado como o *remarkable case* que permitiu, aos estados da federação, regular certos negócios dentro de suas fronteiras, incluindo as ferrovias. Por isso, é considerado um importante precedente após a guerra civil americana a favor da corrente progressista defensora da função estatal de regulação das atividades privadas.

Releva destacar, ainda, o *Peik case*,¹⁵⁰⁴ julgado pela Suprema Corte em 1877, em que decidiu-se que os Estados só poderiam regular o sistema ferroviário interestadual dentro das suas fronteiras, prejudicando a efetividade da regulação estadual. Assim decidiu a Suprema Corte.

¹⁵⁰¹ Uma detalhada pesquisa sobre essas transformações estão em: SKOWRONEK, Stephen. *Bulding a new American state: the expansion of national administrative capacities 1877 – 1920*. New York: Cambridge University Press, 1982.

¹⁵⁰² MOSHER, Frederick C. *Basic documents of American public administration: 1776 – 1950*. New York: Holmes & Meier Publishers, Inc. 1976. p.44.

¹⁵⁰³ 94 US 113

¹⁵⁰⁴ *Peik v. Chicago & Northwestern Railway Company*, 94 U.S. 164 (1876).

Outro caso de aguda relevância sobre a evolução tema, decidido pela Suprema Corte em 1886, ficou conhecido como *Wabash case*.¹⁵⁰⁵ Também, referindo-se aos limites da intervenção no nível estadual, foi decidido que os estados passariam a ser impedidos de regular o comércio interestadual, de modo que somente o governo federal poderia fazê-lo.¹⁵⁰⁶

Nesse contexto, e com a decisão no caso *Wabash* dando suporte ao projeto de lei em tramitação (*Cullom's bill*),¹⁵⁰⁷ em 1887, por meio do Interstate Commerce Act, o Congresso criou, no âmbito federal, a primeira agência reguladora “moderna”¹⁵⁰⁸, inaugurando uma nova era do Estado Administrativo. Essa lei foi promulgada pelo Congresso para regular o transporte ferroviário interestadual, de pessoas ou bens.

No século XIX, começaram a surgir os monopólios naturais,¹⁵⁰⁹ isto é, aqueles setores de utilidade pública que não suportam, de forma eficiente, a participação de mais de uma indústria.¹⁵¹⁰ Registre-se, ainda, a forte industrialização, os *trusts*,¹⁵¹¹ os cartéis, a forte concentração de riquezas, a corrupção na máquina estatal e os problemas sociais daí decorrentes.

Em 1890 foi editada uma nova lei contra os cartéis (*the Sherman Act*), que formalizava a hostilidade da *common law* contra essa prática e forçava o Departamento de Justiça a agir, ativamente, contra essas associações.¹⁵¹² Por meio dessa lei, os contratos ou qualquer outra forma de combinação em forma de *trust*, ou conspiração para restringir o comércio entre os diversos estados ou com nações estrangeiras, foi declarada ilegal. Do mesmo modo, qualquer pessoa que monopolizasse, ou tentasse monopolizar, qualquer ramo da indústria ou do comércio entre os diversos estados ou com nações estrangeiras, seria considerada culpada.

¹⁵⁰⁵ *Wabash, St. Louis & Pacific Railway Company v. Illinois*, 118 U.S. 557 (1886).

¹⁵⁰⁶ Cf. MCCRAW, Thomas K., et al. *Prophets of regulation*: Charles Francis, Adams Louis D. Brandeis, James M. Landis, Alfred E. Kahn. Massachusetts: Harvard, 1984. p. 61.

¹⁵⁰⁷ Cf. MCCRAW, Thomas K., et al. *Prophets of regulation*: Charles Francis, Adams Louis D. Brandeis, James M. Landis, Alfred E. Kahn. Massachusetts: Harvard, 1984. p. 61.

¹⁵⁰⁸ CASS, Ronald A. et al. *Administrative law*. 6a. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2011, p. 3.

¹⁵⁰⁹ Nesse sentido, BREYER, Stephen. *Regulation and its reform*. Cambridge: Massachusetts, 1982. p. 15.

¹⁵¹⁰ Cf. PRIEST, George L. The origins of utility regulation and the "theories of regulation" debate. *J.L. & Econ*, v. 36, 1993. p. 289-323.

¹⁵¹¹ *Trusts* eram as empresas que possuíam as seguintes características: larga escala e gestão centralizada. Exemplos: Standard Oil, American Tobacco e United States Steel. Cf. Cf. MCCRAW, Thomas K., et al. *Prophets of regulation*: Charles Francis, Adams Louis D. Brandeis, James M. Landis, Alfred E. Kahn. Massachusetts: Harvard, 1984. p. 65. Segundo o autor: “The trust movement – that is, the powerful tendency of businessmen to combine with their competitors in association. This was the problem of periodic industrial overcapacity, tied to the boom-and-bust cycles of the late nineteenth century”. Idem.

¹⁵¹² Cf. MCCRAW, Thomas K., et al. *Prophets of regulation*: Charles Francis, Adams Louis D. Brandeis, James M. Landis, Alfred E. Kahn. Massachusetts: Harvard, 1984. p. 68.

Para a implementação dessas disposições legais, registre-se dois fatos. Em primeiro lugar, não foi criada uma agência para a fiscalização/regulação, e, em segundo, ocorrido cinco anos após a edição do Sherman Act, a Suprema Corte acabou por enfraquecer esse novo instituto. Numa decisão histórica, o tribunal estabeleceu um novo standard interpretativo denominado *the rule of reason*. Foi no caso *United States v. E. C. Knight Company* (1895),¹⁵¹³ no qual o Tribunal decidiu que a American Sugar Refining Company, um dos outros réus no caso, não havia violado a lei apesar de controlar cerca de 98% de todo o refino de açúcar nos Estados Unidos: “The apparent clarity of the statutory language became lost in verbal uncertainties. Courts struggled with the meaning of such terms as ‘restraint of trade’ and ‘monopolization’; and judge’s opinions created a semantic confusion that persisted for years afterward. Soon the obvious ineffectiveness of early antitrust policy began to stimulate a new movement to do something more.”¹⁵¹⁴

Esses fatos da história norte-americana contribuíram para a expansão da burocracia¹⁵¹⁵ e a forma de atuação governamental por meio do denominado Estado Administrativo. Em seu principal livro James Landis apresenta comentários sobre o surgimento do Estado Administrativo, estruturado por meio de agências. Segundo ele, a nomenclatura (*administrative state*) deveu-se ao direito administrativo francês pela aproximação da nova categoria processual das agências com o sistema de trâmite de litígios entre o governo e os cidadãos.¹⁵¹⁶

Nas palavras de James Landis, um dos seus arquitetos¹⁵¹⁷, o modelo de estado administrativo surgiu pela inadequação da forma tripartite clássica de exercício do poder do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário), para lidar com os complexos problemas modernos,¹⁵¹⁸ a exemplo, como visto, do sistema de *trusts*. Ademais, as cidades ficaram superpovoadas, as condições sanitárias e de trabalho dos operários eram péssimas, aumentando o número de doentes.

Sob uma interpretação mais literal, o fundamento constitucional para a estruturação do

¹⁵¹³ *United States v. E. C. Knight Co.*, 156 U.S. 1 (1895).

¹⁵¹⁴ MCCRAW, Thomas K., et al. *Prophets of regulation*: Charles Francis, Adams Louis D. Brandeis, James M. Landis, Alfred E. Kahn. Massachusetts: Harvard, 1984. p. 79.

¹⁵¹⁵ Cf. SKOWRONEK, Stephen. *Bulding a new American state: the expansion of national administrative capacities 1877 – 1920*. New York: Cambridge University Press, 1982. p. 4.

¹⁵¹⁶ LANDIS, James. *The administrative process*. New Haven: Yale Univesity Press, 1938. p.2-3.

¹⁵¹⁷ MCCRAW, Thomas K., et al. *Prophets of regulation*: Charles Francis, Adams Louis D. Brandeis, James M. Landis, Alfred E. Kahn. Massachusetts: Harvard, 1984.

¹⁵¹⁸ LANDIS, James. *The administrative process*. New Haven: Yale Univesity Press, 1938. p. 1.

Estado Administrativo seria o artigo I, seção 8 (*The necessary-and-proper clause*).¹⁵¹⁹ Esse dispositivo constitucional estabelece que o Congresso é detentor de competência para editar todas as leis que sejam necessárias e adequadas para executar os poderes a ele assegurados pela Constituição Federal, e todos os outros poderes em qualquer departamento.

Mesmo com a linguagem ampla e vaga da Constituição, argumenta-se que os *Framers*, ao optar por consignar a denominada *necessary-and-proper clause*, já identificavam a futura necessidade da criação de alguma entidade, como as agências.¹⁵²⁰ Seria uma nova função estatal, denominada “administrativa” ou “regulatória”, diferente das demais funções previstas no texto constitucional (legislativa, executiva e judicial).¹⁵²¹

2. Expansão do Estado Administrativo estadunidense no Século XX

O processo de expansão do Estado Administrativo deu-se no período progressista, em que o país experimentou forte prosperidade. Destaque-se o desenvolvimento da aviação, indústria automobilística, rádios, filmes, energia elétrica e telefonia, alterando o perfil econômico nos Estados Unidos. A entrada dos Estados Unidos na primeira guerra mundial provocou mudanças e marcou o fim da era progressista. Grandes desafios surgiram para o Estado com os problemas decorrentes da forte expansão do crédito, inclusive o mercado de ações, alcançando grandes altas posteriormente afetadas pela queda da Bolsa de Valores de Nova Iorque em 1929.

A crise decorrente da Grande Depressão (*Great Depression*), ocorrida na década de 1930, acabou por levar à criação de mais agências governamentais. Com efeito, em que pese a existência de entes reguladores desde o século XVIII, foi no Governo do Presidente Franklin D. Roosevelt, primo de Theodore Roosevelt, sob a forma de um programa conhecido como *New Deal*, em que o

¹⁵¹⁹ 18: To make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof. Nesse sentido, CUSHMAN, Robert E. *The independent regulatory commissions*. New York: Octagonn Books, 1972. p. 425. Em sentido contrário, LAWSON, Gary S. Limited government, unlimited administration: is it possible to restore constitution? First Principles Series. *The Heritage Foundation*. n. 23. Jan. 27, 2009. p. 1-16.

¹⁵²⁰ CUSHMAN, Robert E. *The independent regulatory commissions*. New York: Octagonn Books, 1972. p. 422-426. Ver posicionamento próximo em MOSHER, Frederick C. *Basic documents of American public administration: 1776 – 1950*. New York: Holmes & Meier Publishers, Inc. 1976. p.5.

¹⁵²¹ Diversos fatores, portanto, levaram os Estados Unidos da América ao implemento dessa nova modalidade de atuação governamental que materializou a teoria do Administrative State. Nesse sentido: BERNSTEIN, Marver H. *Regulating business by independent commission*. 2. tir. New Jersey: Princeton University Press, 1955. p.16.

Poder Executivo e o Congresso estruturaram a máquina estatal para enfrentar os enormes e complexos problemas sociais e econômicos que o país enfrentava.¹⁵²²

O programa resultou na estruturação de uma burocracia federal, bem diferente do antigo modelo denominado *spoil system*, em que os cargos públicos eram preenchidos pelos partidos políticos vencedores das eleições. Roosevelt criou uma Comissão (*Committe on Administrative Management*), que ficou popularmente conhecida como *Brownlow Committee*, por ter sido comandada por Louis Brownlow. O trabalho consistia em analisar a organização do poder executivo e sugerir soluções para grandes problemas que afetavam a governança estatal. O relatório Brownlow, concluído em 1937, fez diversas recomendações, incluindo a criação de um órgão (*The Executive Office of the President - EOP*), que reunisse as atividades do poder executivo, tais como orçamento, eficiência, pessoal e planejamento.

O Congresso rejeitou algumas propostas contidas no relatório Brownlow, mas aprovou a criação do EOP, por meio do *Reorganization Act* de abril de 1939. O principal benefício dessa inovação, trazida pelo relatório Brownlow, consistiu na estruturação de um órgão de apoio direto da presidência da república. Foram criadas várias agências federais, para regular, por exemplo, valores mobiliários (1934), energia (1935), relações de trabalho (1935), transporte de cargas (1935), carvão (1937), aviação (1938) e gás natural (1938).¹⁵²³

Quando os Estados Unidos ingressaram na Segunda Guerra Mundial, mais agências foram criadas ou ampliadas para controlar a produção de bens, inclusive preços e racionamento. Nas décadas de 60 e 70 o Congresso norte-americano enveredou por uma nova fase denominada *social regulation*, visando combater a discriminação, fraudes ao consumidor, saúde, segurança e proteção ao meio ambiente.¹⁵²⁴ A ideia era oferecer oportunidades para as pessoas que, historicamente, foram

¹⁵²² Cf. MCCRAW, Thomas K., et al. *Prophets of regulation*: Charles Francis, Adams Louis D. Brandeis, James M. Landis, Alfred E. Kahn. Massachussets: Harvard, 1984. p.152.

¹⁵²³ “The explosion of regulatory legislation during the 1930s reflected something besides the economic crisis of that decade. It also represented a widespread popular conviction that the free market was hopeless flawed. The same premises that underlay the Keynesian revolution in macroeconomics during the 1930s – that government should take a hand, that expert public servants were more likely than business executives to choose the wise course – also applied to microeconomic regulation.” MCCRAW, Thomas K., et al. *Prophets of regulation*: Charles Francis, Adams Louis D. Brandeis, James M. Landis, Alfred E. Kahn. Massachussets: Harvard, 1984. p. 210.

¹⁵²⁴ Cf. SKOWRONEK, Stephen. *Bulding a new American state*: the expansion of national administrative capacities 1877 – 1920. New York: Cambridge University Press, 1982. p. 17.

desfavorecidas e marginalizadas¹⁵²⁵, sob a justificativa de “externalidades ou informações assimétricas”.¹⁵²⁶

A partir dos anos 70, e diante da crise econômica mundial, esse período se destaca pelo excessivo número de regras regulatórias, altamente complexas e detalhadas (*microregulation*) provocando um grande movimento contra os custos decorrentes da regulação. Merecem destaque os estudos desenvolvidos pela Escola de Chicago, notadamente o artigo escrito por George Stigler, publicado em 1971, sustentando, com evidências empíricas, que a regulação é “conquistada” pela empresa, visando seu próprio benefício (controle do ingresso de rivais no setor, subsídios, fixação de preços etc.). Segundo Stigler, essa forma de atuação representa uma captura da agência pelos regulados, além de incrementar demasiadamente os custos para a sociedade.¹⁵²⁷

Releva destacar, ainda quanto à década de 70, que houve uma forte crise, com grande impacto na economia norte-americana. Em 1973 o preço do petróleo disparou, houve uma queda no desenvolvimento tecnológico, constatou-se incremento das taxas de juros e a inflação acelerou. As empresas, que dependiam de aprovação regulatória para aumentar seus preços, começaram a sentir as perdas pela demora decorrente do complexo processo regulatório (*regulatory lag*).¹⁵²⁸ Também nesse momento houve grande popularidade das questões ambientais, sendo criada a Environmental Protection Agency - EPA, afetando as plantas industriais com o aumento de custos para a instalação de novos equipamentos de controle da poluição.

A partir de então, e diante de muitas pressões, a regulação perdeu importância fazendo com que o Congresso iniciasse um processo de redução do nível de atividade das agências. Esse movimento ficou conhecido como desregulação (*deregulation*), período em que foi desmobilizado parte do aparato calcado no modelo de agencificação setorial. Houve, nessa fase, grande influência dos trabalhos publicados por Alfred Kahn, que se baseavam na teoria dos custos marginais

¹⁵²⁵ Várias críticas contra a atuação das agências foram apresentadas nessa fase por um dos “pais” da regulação estadunidense. Ver LANDIS, James M. *Report on regulatory agencies to the president-elect*: a report submitted to Sen. John F. Kennedy – December 21, 1960. New Orleans: Quid Pro Books, 2014.

¹⁵²⁶ DUDLEY, Susan E.; BRITO, Jerry. *Regulation: a primer*. 2. ed. Washington: The George Washington University, 2012. p. 78.

¹⁵²⁷ STIGLER, George J. The theory of economic regulation. v. 2. *The Bell Journal of Economics and Management Science*. v. 3, 1971. As críticas a essa abordagem podem ser conferidas em POSNER, Richard A. Theories of economic regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 5, n. 2. (Autumn, 1974). p. 335-358.

¹⁵²⁸ Cf. MCCRAW, Thomas K., et al. *Prophets of regulation*: Charles Francis, Adams Louis D. Brandeis, James M. Landis, Alfred E. Kahn. Massachusetts: Harvard, 1984. p. 239.

(*marginal-cost pricing*).¹⁵²⁹ Os setores mais atingidos com o movimento de desregulação foram a aviação, o transporte de cargas e rodovias e, ironicamente, a ICC – primeira agência da nova era de regulação estatal federal – foi desativada em 1996.

Com esse histórico, pode-se constatar a consolidação do modelo de Estado Administrativo norte-americano no século XX.

3. Implementou-se um Estado Administrativo no Brasil pré-constituição de 1988?

Se a máquina administrativa nacional – e o direito administrativo – sofreram influências francesas, a República Federativa brasileira surgiu com a promulgação da Constituição Federal de 1891, fortemente influenciada pelo modelo estadunidense, federalista, e que também teve os seus poderes de Estado estruturados em um sistema tripartite: o Legislativo (com duas casas), o Executivo e o Judiciário, adotando-se, também, o presidencialismo.

Diante da concepção de Estado Administrativo estadunidense, indaga-se: e no Brasil? As influências do constitucionalismo norte-americanas foram absorvidas entre nós no campo burocrático? Adotamos, ainda que por certo tempo, o modelo de Estado Administrativo?

Como dito, na obra de Antonio Joaquim Ribas o autor apresenta a ideia chave de hierarquia e centralização da administração pública brasileira, sob a forma piramidal, próxima ao modelo francês e, portanto, diversa do modelo de separação do Poder Executivo do denominado “Poder Administrativo” estadunidense.¹⁵³⁰

A concentração de poderes nas mãos do Chefe do Poder Executivo também apareceu de forma nítida três anos depois de promulgada a Constituição Federal de 1981, sendo editada a Lei nº 221, de 20 de novembro, que positivou a base para o controle do “poder discricionário” exercido pelo Chefe do Poder Executivo, de acordo com teorias francesas que definiam os limites do controle judicial sobre os atos administrativos discricionários: “§ 9º b) A medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionário sómente será havida por ilegal em razão da incompetência da autoridade respectiva ou do excesso de poder.”

A forte centralização se confirmou com Getúlio Vargas, que chegou ao poder em 1930

¹⁵²⁹ Cf. MCCRAW, Thomas K., *et al. Prophets of regulation*: Charles Francis, Adams Louis D. Brandeis, James M. Landis, Alfred E. Kahn. Massachusetts: Harvard, 1984. p. 228.

¹⁵³⁰ Idem, p.56.

quando assumiu a Presidência da República. O ato que instituiu o Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil (Decreto Nº 19.398 de 11 de novembro de 1930), explicitou o poder discricionário da Chefia do Poder Executivo, levando-se, inclusive, a positivar o impedimento quanto ao controle judicial dos atos executivos.

A organização administrativa federal foi bastante impactada sendo criadas algumas entidades autárquicas que regulavam a produção e o comércio de alguns produtos, bem como estruturavam programas visando direcionar atividades econômicas. De certa forma, o governo de Getúlio Vargas iniciou um caminho que parecia levar a Brasil ao modelo de Estado Administrativo.

Veja-se que em 12 de junho de 1933 Getúlio Vargas criou o Instituto do Açúcar e do Alcool – IAA, para regular a agricultura canavieira, controlando a produção, o comércio, a exportação e os preços do açúcar e do álcool de cana. Ainda em 1933 foi criado o Departamento Nacional do Café (posteriormente, transformado no IBC). Em 1938 criou-se o Instituto Nacional do Mate – INM, e avançou-se no controle estatal das atividades ligadas ao petróleo e combustíveis, por meio da criação do Conselho Nacional do Petróleo. Em 1941, foi criado o Instituto Nacional do Pinho – INP e, no ano seguinte, foram instituídas as Comissões Executivas de Frutas, do Leite, de Produtos da Mandioca e da Pesca.

Malgrado a criação dessas entidades autárquicas, de fato permaneceu o modelo de forte centralização do poder nas mãos do Chefe do Poder Executivo. O Governo Provisório durou quatro anos (1930-1934), sendo promulgada a Constituição Federal de 1934. O Governo Constitucional durou pouco, até o ano de 1937, quando foi editada a nova Carta.

O Estado Novo vigorou entre 1937 e 1945, sendo promulgada nova Constituição Federal em 1946, trazendo avanços na contenção do Poder Executivo, até ser completamente descaracterizada por meio de atos decorrentes do golpe militar de 1964. A título exemplificativo, em 1965 foi editado o Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro, em que foram excluídos da apreciação judicial: “I - os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução e pelo Governo federal”.

Diante desse quadro de absoluto espaço para o exercício da discricionariedade administrativa na execução de tarefas administrativas, insindicável pelo Poder Judiciário, adveio o marco legal da organização administrativa brasileira pelo Decreto-Lei nº 200/67. Contudo, a

estrutura posta manteve a ampla centralização administrativa nas mãos do Chefe do Poder Executivo federal.

1995: Plano Diretor da Reforma do Estado e busca pelo Estado Administrativo

O quadro de forte centralização do poder nas mãos do Chefe do Poder Executivo só foi modestamente mitigado no Brasil com a implantação, parcial, do modelo de agências reguladoras. Esse modelo surgiu na década de 90 do século passado, sendo implantado em um momento de reestruturação do papel do Estado em relação à sua atuação na economia. Ocorreu durante o governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, sob a direção de Luiz Carlos Bresser Pereira.¹⁵³¹

Naquela fase, a segregação de competências entre a Administração Pública direta e a indireta para a regulação autônoma de utilidades públicas estratégicas (telefonia, energia elétrica etc.), apresentou-se como sendo fundamental para: (i) criar um ambiente propício à segurança jurídica dos contratos com o Estado e atração de capital privado (notadamente estrangeiro); e (ii) descentralizar a governança estatal sob temas complexos e preponderantemente técnicos, emprestando-lhes certa previsibilidade e tornando-as menos suscetíveis aos embates e interesses políticos/partidários típicos das rotinas do Congresso Nacional.

Essas novas autarquias surgiram a partir da eleição do Presidente Fernando Henrique Cardoso, em 1995, quando houve uma intensificação nas privatizações, sendo o programa de desestatizações apontado como sendo um dos principais instrumentos do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Esse plano previu, dentre outras questões, a criação de agências autônomas, vinculadas às atividades de Estado.

Ao se referir às agências autônomas, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado estabeleceu que a responsabilização por resultados e a consequente autonomia de gestão inspiraram a formulação desse projeto. O objetivo era a transformação de autarquias e de fundações que exerciam atividades exclusivas do Estado, em agências autônomas, com foco na modernização

¹⁵³¹ O desenvolvimento do modelo de agências, desenvolvido pela equipe chefiada pelo então Ministro Bresser Pereira, do Governo Fernando Henrique Cardoso, pode ser conferido em suas obras BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Da Administração Pública burocrática à gerencial*. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (Org.). *Reforma do estado e administração pública gerencial*. Rio de Janeiro: FGV, 1998 e BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Construindo o estado republicano*. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

da gestão.

Essa transformação de entidades estatais em agências, no formato apresentado pelo Plano Diretor, de fato não ocorreu. Ao que parece, o modelo de “Administração Gerencial” que o Plano Diretor apresentou, previsto para ser aplicado em praticamente todas as áreas da Administração Pública federal, pretendia seguir modelo próximo ao sistema norte-americano de agências: “Na administração pública gerencial a estratégia volta-se (1) para a definição precisa dos objetivos que o administrador público deverá atingir em sua unidade, (2) para a garantia de autonomia do administrador na gestão dos recursos humanos, materiais e financeiros que lhe forem colocados à disposição para que possa atingir os objetivos contratados, e (3) para o controle ou cobrança a posteriori dos resultados. [...] Em suma, afirma-se que a administração pública deve ser permeável à maior participação dos agentes privados e/ou das organizações da sociedade civil e deslocar a ênfase dos procedimentos (meios) para os resultados (fins).”

Quando o Plano Diretor trata dos objetivos para as denominadas “atividades exclusivas” do Estado, propõe, inclusive, a transformação das autarquias e fundações em agências, e que os seus dirigentes sejam indicados por critérios rigorosamente profissionais. Quanto à criação das agências autônomas, o Plano Diretor previu que haveria obstáculos na legislação para a criação desse novo modelo burocrático.

Pelo que se pode depreender da análise do modelo de agências norte-americano e do Plano Diretor da Reforma do Estado brasileiro, de 1995, o objetivo da administração do Presidente Fernando Henrique Cardoso, sob o comando do Ministro Bresser Pereira, era transformar as autarquias e fundações, isto é, a administração pública indireta em agências próximas ao sistema estadunidense de Estado Administrativo, de certa forma “esvaziando” a forte centralização de poder nas mãos da Administração Direta.

Cumprir destacar que o projeto aprovado consistia em que fosse firmado um contrato de gestão pelo qual o dirigente escolhido pelo Ministro, segundo critérios rigorosamente profissionais, teria ampla liberdade para administrar os recursos humanos, materiais e financeiros da agência. As agências teriam objetivos qualitativos e quantitativos que seriam medidos por indicadores de desempenho. Se esse projeto fosse realmente implementado haveria, de fato, uma grande transformação da máquina estatal brasileira, aproximando-se do modelo de Estado Administrativo norte-americano. O sistema atual, salvo poucas situações, ainda segue e está

vinculado ao velho modelo clientelista, em que prevalece o interesse político ou partidário em detrimento das decisões planejadas, tomadas com base técnica, ausência de suporte empírico e transparência na demonstração dos custos e benefícios das medidas burocráticas.

O atual sistema presidencialista brasileiro propicia uma forte concentração de poderes nas mãos do Chefe do Poder Executivo, com atuação voltada, em grande parte, para as alianças políticas, para os resultados das urnas, o que contribui fortemente para a corrupção.

Diante das características dessas novas autarquias brasileiras, e se não há dúvidas de que o modelo de agencificação nacional está próximo ao Estado Administrativo dos Estados Unidos da América,¹⁵³² pode-se concluir que apenas uma pequena - e modesta - fração do modelo de agencificação norte-americano chegou à Administração Pública brasileira. Foram criadas dez autarquias especiais que, diferenciando-se das demais autarquias “comuns”, têm órgão colegiado, recursos orçamentários decorrentes de taxas de regulação,¹⁵³³ função quase-normativa, quase-judicial e independência decisória. Os dirigentes receberam mandato fixo, que, formalmente, os protegem quanto à demissão imotivada pelo Presidente da República.

Trazendo novidade aos direitos constitucional e administrativo brasileiro, as agências nacionais foram criadas sob a natureza autárquica especial, com as seguintes características: órgão colegiado, mandato fixo e em prazos escalonados para seus dirigentes, autonomia administrativa e decisória, congregando funções executivas, normativas e judicantes.

A introdução dessas agências, na estrutura burocrática nacional de viés *weberiano*¹⁵³⁴, gerou – e ainda gera – polêmicas. Há questionamento na esfera política, notadamente, quanto à sua legitimidade democrática. O mesmo ocorre na seara jurídica, envolvendo vários questionamentos sobre a sua juridicidade.

Em linhas gerais, discute-se a constitucionalidade da implantação do modelo quanto: (i) à ofensa ao princípio tripartite da separação de poderes; (ii) à ausência de juridicidade na delegação

¹⁵³² A estrutura detalhada do sistema regulatório norte-americano pode ser conferido em CASS, Ronald A. *et al. Administrative law*. 6a. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2011.

¹⁵³³ Em que pese o contingenciamento de recursos (retardamento ou inexecução de parte da programação de despesa prevista na Lei Orçamentária) que essas autarquias vêm experimentando nos últimos anos.

¹⁵³⁴ Burocracia, no sentido estruturado por Max Weber, contrapondo-se à ideia de patrimonialismo. WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004. p. 199. Título original: *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie*. Sobre o debate norteamericano acerca das características atuais da burocracia federal, ver SCHUCK, Peter. *Why government fails so often: and how it can do better*. New Jersey: Princeton University Press, 2014. p. 307 ss.

de funções normativas, sob o argumento de serem privativas do Poder Legislativo, e, (iii) o malferimento do princípio da hierarquia e da unidade governamental, relativamente à função do Chefe do Poder Executivo.

Conclusão

A governança brasileira, durante quase toda a república, seguiu o modelo francês: centralização e hierarquia, com poder concentrado nas mãos do Chefe do Poder Executivo (Executivo Unitário).

Ao contrário, no modelo norte-americano o surgimento do direito administrativo (*administrative law*) está relacionado às agências, sejam elas executivas, regulatórias ou empresarias, independentes ou não, configurando um Estado Administrativo.

O Brasil ensaiou uma aproximação com o Estado Administrativo nas décadas de 30 e 40 com a criação de certas autarquias reguladoras (IAA, IBC etc.) e somente quando da edição do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, em 1995, apresentou-se um desenho próximo ao sistema norte-americano para reestruturar a Administração Pública.

Na prática, o Plano não foi adotado. Apenas, inicialmente em nove entidades autárquicas, as quais se juntou a Agência Nacional de Aviação – ANAC, em 2005, durante o Governo do Presidente Lula, e a Agência Nacional de Mineração – ANM, em 2017, no Governo Temer, adotou-se parte do esquema norte-americano (mandato, outorga de competência normativa a partir de expressões vagas e amplas, além de autonomia decisória).

Em suma, a burocracia brasileira, mesmo com o advento das agências reguladoras (autarquias especiais), é diferente do sistema burocrático estadunidense e não pode ser caracterizado como sendo um Estado Administrativo.

Referências

BERNSTEIN, Marver H. *Regulating business by independent commission*. 2. tir. New Jersey: Princeton University Press, 1955.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração Pública burocrática à gerencial. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (Org.). *Reforma do estado e administração pública gerencial*. Rio de Janeiro: FGV, 1998.

_____. *Construindo o estado republicano*. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

BREYER, Stephen. *Regulation and its reform*. Cambridge: Massachusetts, 1982.

CASS, Ronald A. *et al. Administrative law*. 6a. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2011.

CROLEY, Steven P. *Regulation and public interest: the possibility of good regulatory government*. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

CUSHMAN, Robert E. *The independent regulatory commissions*. New York: Octagonn Books, 1972.

EPSTEIN, Richard A. *Simple rules for a complex world*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

_____. Why the modern administrative state is inconsistent with the rule of law. *NYU Journal of Law & Liberty*, v. 3, 2006. p. 491-515.

LANDIS, James. *The administrative process*. New Haven: Yale University Press, 1938.

LAWSON, Gary S. *Federal administrative law*. 6. ed. ST. Paul: West, 2013.

_____. Limited government, unlimited administration: is it possible to restore constitution? First Principles Series. *The Heritage Foundation*. n. 23. Jan. 27, 2009. p. 1-16.

_____. The rise and rise of the administrative state, *Harvard Law Review*, v. 107. n. 6, 1994, p. 1231-1254.

MASHAW, Jerry L. *Creating the administrative constitution: the lost one hundred years of American administrative law*. New Haven: Yale University Press, 2012.

MCCRAW, Thomas K., *et al. Prophets of regulation*: Charles Francis, Adams Louis D. Brandeis, James M. Landis, Alfred E. Kahn. Massachusetts: Harvard, 1984.

MOSHER, Frederick C. *Basic documents of American public administration: 1776 – 1950*. New York: Holmes & Meier Publishers, Inc. 1976.

PRIEST, George L. The origins of utility regulation and the "theories of regulation" debate. 36 *J.L. & Econ*, 1993. p. 289-323.

REGO, Vicente Pereira do. *Elementos de direito administrativo brasileiro*. Recife: Tipografia Universal, 1857.

RIBAS, Antonio Joaquim. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: F.L. Pinto & C., Livreiros-Editores, 1866.

SCHUCK, Peter. *Why government fails so often: and how it can do better*. New Jersey: Princeton University Press, 2014.

SKOWRONEK, Stephen. *Building a new American state: the expansion of national administrative capacities 1877 – 1920*. New York: Cambridge University Press, 1982.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004.

VISCONDE DO URUGUAY. *Ensaio sobre o direito administrativo*. Rio de Janeiro, Typ. Nacional, 1862.

VERMEULE, Adrian. The administrative state: law, democracy and knowledge. *Oxford Handbook of the United States Constitution*, 2013. Harvard Public Law Working Paper No. 13-28, 2013. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2329818. Acesso em 13 de dezembro de 2014.





CONSENSUALIDADE E CONTROLE: EM BUSCA DE UM DISCURSO EM COMUM – UMA PROGNÓSE SOBRE ALGUNS ASPECTOS NOVA LEI DE LICITAÇÕES

1276

THIAGO C. ARAÚJO

Doutor e Mestre pela UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Coordenador de Direito da Infraestrutura da ESA OABRJ. Professor de Pós-Graduação em Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio). Sócio do Bocater Camargo, Costa e Silva Rodrigues Advogados.

BRUNA ESPOSITO

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Atua há 11 anos como Assessora Jurídica da Secretaria de Estado de Infraestrutura e Obras do Rio de Janeiro.

1) INTRODUÇÃO

Após 25 (vinte e cinco) anos de tramitação, finalmente nos aproximamos de uma redação final de uma nova lei de licitações e contratos públicos. O país vive essa expectativa desde 1995, quando surgiu o primeiro projeto para substituição da principal lei brasileira de contratação pública, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, quase trintenária. Hoje, o Projeto de Lei nº 4.253/2020, substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 1.292-E de 1995 do Senado Federal (PLS nº 163/95 na Casa de origem), aguarda sanção presidencial¹⁵³⁵⁻¹⁵³⁶.

¹⁵³⁵<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/145636>.

¹⁵³⁶Destaca-se que o presente artigo foi escrito enquanto o PL ainda tramitava no Senado para sistematização e coleta de assinaturas. Antes, portanto, da remessa à Presidência para sanção ou veto.

A Lei nº 8.666/1993 surgiu num contexto em que a população ansiava e cobrava do legislador brasileiro uma resposta no combate à corrupção que assolava o país à época, como a notória e turbulenta CPI dos “Anões do Orçamento”. Exatamente por essa razão, por conseguinte, seu texto acabou por configurar um regramento extremamente analítico, extenso e complexo, focado no formalismo e no controle dos agentes públicos, que partia do pressuposto de que praticamente todas as contratações públicas têm o potencial de causar prejuízo ao erário¹⁵³⁷.

Deu-se prioridade ao formalismo, por muitos considerado exacerbado¹⁵³⁸, cujos procedimentos amarram o gestor público na tarefa de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, notadamente se levarmos em consideração aspectos de eficiência e economicidade das compras públicas¹⁵³⁹. Objetivos como maior eficiência, inovação, competição e melhor relação custo-benefício para o setor público brasileiro foram completamente negligenciados à época pelo referido diploma legal.

Prova disso é que, quando entrou em vigor, a lei absorveu diversos conceitos e ritos da legislação anterior - Decreto-Lei nº 2.300/86 -, na busca pela prevenção da corrupção, ainda que isso pudesse comprometer a eficiência, por conta da previsão de procedimentos exageradamente vinculados.

¹⁵³⁷Para aprofundamento no tema, ver ROSILHO, André Janjácomo. Qual é o modelo das licitações no Brasil? As reformas legislativas federais no sistema de contratações públicas. Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, como requisito parcial para a obtenção do título de MESTRE no Programa de Mestrado em Direito e Desenvolvimento.

“A Lei Geral de Licitações e Contratos vigente seguiu o caminho da superlegalização. O Legislativo, em 1993, optou por transferir para o diploma normativo federal boa parte das decisões que poderiam ser tomadas, no plano abstrato ou concreto, por outras instâncias e atores – seja pelo Legislativo dos Estados e Municípios, ou, então, pela própria administração pública das três esferas federativas. Dessa forma, por meio de uma Lei rígida e minuciosa, reduziu-se significativamente a margem de discricionariedade do gestor público, amarrando-o ao que fora previamente definido nas normas. Procurou-se criar a figura do gestor boca da lei na expectativa de que a corrupção – cujo epicentro, segundo o diagnóstico da época, estaria na liberdade gozada pela administração para decidir como melhor contratar – fosse reduzida.”

¹⁵³⁸ Na opinião de André Rosilho, o projeto da nova lei segue a mesma lógica de maximalismo: “Pouca criatividade, muita nota de rodapé para explicar conceitos — sintoma da crença de que a Lei 8.666, de 1993, era boa, mas mal aplicada — e, mais uma vez, a aposta de que o maximalismo é o caminho para os bons contratos.” ROSILHO, André. TCU e o diálogo competitivo na nova Lei de Licitações. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/controle-publico/tcu-e-o-dialogo-competitivo-na-nova-lei-de-licitacoes-17022021>>. Acesso em: 18/02/2021.

¹⁵³⁹ Marcos Nóbrega, um grande crítico da Lei nº 8.666/1993, já teve a oportunidade de dizer que: “O “mecanismo” estabelecido pela Lei de Licitações - LGL (lei 8666/93) para a escolha da proposta mais vantajosa é falho, ultrapassado e ineficiente.” Conferir NÓBREGA, Marcos. Uma nova lei de licitações. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/columnistas/marcos-nobrega/uma-nova-lei-de-licitacoes>>. Acesso em: 01/02/2021.

Desta forma, o resultado não poderia ser outro: suas disposições engessaram o administrador na atividade de busca pelo melhor preço, não raras vezes, equivocadamente, confundido com menor preço.

O que temos hoje é uma lei de licitações e contratos substancialmente desatualizada em vários institutos, que não atende às atuais necessidades da administração pública no desempenho de suas atribuições constitucionais, o que acarreta dificuldades para os agentes públicos que atuam nos certames licitatórios e contratações públicas, em razão, essencialmente, da previsão de procedimentos demasiadamente burocráticos.

A experiência ao longo desses anos já nos mostrou que privilegiar o formalismo em detrimento da liberdade com vistas à eficiência muitas vezes acaba gerando seleções adversas e contratos mal elaborados, o que deságua na formalização de uma infinidade de aditivos contratuais, ou mesmo em aquisições de baixa qualidade. Ou seja, como lembrado popularmente, é o barato que sai caro.

Uma nova lei de compras públicas deveria vir, portanto, para modernizar o sistema, trazendo maior liberdade ao administrador no desenho da modelagem das licitações e contratações, por intermédio de uma mudança de foco – do ‘comprar barato’ para o ‘comprar melhor’.

Contudo, o que temos, na realidade, é um projeto de 1995 cuja arquitetura central, por um lado, ainda parte dos mesmos pressupostos que embasaram a elaboração da Lei nº 8.666/93. E, por outro, incorpora instrumentos modernos trazidos da iniciativa privada como o *Building Information Modelling – BIM*¹⁵⁴⁰, *performance bond*¹⁵⁴¹ e outros instrumentos mais adequados à economia atual,

¹⁵⁴⁰ Art. 19, § 3º “Nas licitações de obras e serviços de engenharia e arquitetura, sempre que adequada ao objeto da licitação, será preferencialmente adotada a Modelagem da Informação da Construção (*Building Information Modelling – BIM*) ou tecnologias e processos integrados similares ou mais avançados que venham a substituí-la”.

¹⁵⁴¹ Art. 98. “Nas contratações de obras e serviços de engenharia de grande vulto, poderá ser exigida a prestação de garantia, na modalidade seguro-garantia, com cláusula de retomada prevista no art. 101 desta Lei, em percentual equivalente a até 30% (trinta por cento) do valor inicial do contrato”.

Art. 101. “Na contratação de obras e serviços de engenharia, o edital poderá exigir a prestação da garantia na modalidade seguro-garantia e prever a obrigação de a seguradora, em caso de inadimplemento pelo contratado, assumir a execução e concluir o objeto do contrato, hipótese em que:

I – a seguradora deverá firmar o contrato, inclusive os aditivos, como interveniente anuente, e poderá:

a) ter livre acesso às instalações em que for executado o contrato principal;
b) acompanhar a execução do contrato principal;
c) ter acesso a auditoria técnica e contábil;

d) requerer esclarecimentos ao responsável técnico pela obra ou pelo fornecimento;

II - a emissão de empenho em nome da seguradora, ou a quem ela indicar para a conclusão do contrato, será autorizada desde que demonstrada sua regularidade fiscal;

como a utilização do credenciamento¹⁵⁴² como procedimento auxiliar para a realização de ulteriores contratações diretas, a denotar que o processo legislativo culminará numa lei que mescla essas duas visões - o velho e o novo.

A fim de extrair a melhor interpretação possível do novo texto legal, é preciso compreender que a licitação passou a ser vista como processo¹⁵⁴³, cada vez mais dialógico, superada sua concepção como mero procedimento, o que facilita o abandono (ou, no mínimo, convida a uma releitura) de categorias mentais sedimentadas por uma visão clássica do Direito Administrativo,

III – a seguradora poderá subcontratar a conclusão do contrato, total ou parcialmente.

Parágrafo único. Na hipótese de inadimplemento do contratado, serão observadas as seguintes disposições:

I – caso a seguradora execute e conclua o objeto do contrato, estará isenta da obrigação de pagar a importância segurada indicada na apólice;

II – caso a seguradora não assuma a execução do contrato, pagará a integralidade da importância segurada indicada na apólice”.

¹⁵⁴² Art. 78. “O credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação:

I – paralela e não excludente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas;

II – com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação;

III – em mercados fluidos: caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processo de licitação”.

¹⁵⁴³ O processo licitatório poderia ser definido como a específica sequência lógica de atos praticados pela Administração e pessoas privadas, o posterior exigindo a prática do anterior, visando à prática do ato administrativo final (homologação e adjudicação), que pode resultar na contratação administrativa. O processo de licitação exige a participação dos particulares interessados e o respeito às suas pretensões por parte da Administração, desde o momento imediatamente posterior à sua instalação até o ato final.

(...)

Já a palavra "procedimento" designa exclusivamente as praxes, o rito, a sequência predefinida na qual se desdobra tal relacionamento jurídico. Não designa, ou, melhor, jamais se prestou a designar uma relação jurídica.

(...)

Não parece existir qualquer razão - seja semântica, prática ou jurídica - que autorize o uso da expressão "procedimento administrativo" para designar a relação jurídica existente entre particulares e Administração no transcurso de uma licitação.

O processo de licitação representa um vínculo jurídico entre pessoas privadas (especialmente os licitantes) e Administração. Existe uma relação jurídica intersubjetiva, desdobrada no tempo, que rege esse relacionamento específico. Assim, a validade e eficácia dos atos praticados no curso da licitação não advêm única e diretamente da Lei 8.666: exige-se também a perfeição dos atos anteriores. Há uma sequência lógica, ordenada e coerente, que se inicia com o Edital e culmina na assinatura do contrato. A licitação é um processo: os atos devem ser praticados no prazo e forma previstos em lei, o posterior pressupondo o anterior, proibindo-se o retorno à situação anterior, sob um regime de preclusão (lógica, temporal e consumativa).

"Esses elementos indicam que o legislador promoveu relevante modificação no tratamento normativo conferido às licitações públicas. Com efeito, se no regime da Lei nº 8.666/1993 as licitações eram encaradas tão somente como procedimento, na lei nova elas passaram a assumir a conotação de autêntico processo administrativo." MOREIRA, Egon Bockmann. O processo de licitação, a Lei nº 9.784/99 e o princípio da legalidade. Revista Interesse Público. Belo Horizonte, ano 4, n. 13, jan./mar. 2002.

calcado em dogmas superados, tal como a supremacia do interesse público¹⁵⁴⁴, e num antagonismo e desconfiança na relação entre o Poder Público e os particulares.

Esse processo de modernização passa, necessariamente, pela aproximação entre o setor público e a iniciativa privada, e pelo desenvolvimento de um ambiente consensual, e da necessária reforma do Direito Administrativo rumo a um Direito de Parcerias, não de disputas, como preceituado pelo professor Jessé Torres.

Daí a importância do presente estudo. Dada a coexistência de institutos antigos e atuais num mesmo diploma, postula-se a construção de uma exegese progressista da nova lei de licitações, que supere o risco de continuidade de certas interpretações dos tribunais de contas, baseadas na legislação anterior, e que possuem como pressupostos implícitos um maior apego formalista, sem considerar os atuais influxos pragmatistas e consequencialistas consubstanciados na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (“LINDB”), bem como a necessidade de maior eficiência, distanciando-se de um viés ideológico de desconfiança do particular.

Para isso, será preciso que os operadores jurídicos se afastem de uma aplicação conservadora e acrítica da atual jurisprudência, a fim de evitar uma interpretação retrospectiva do novo texto¹⁵⁴⁵, de modo a não reduzir a eficácia das novidades previstas na nova lei. Assim, embora alguns instrumentos já estejam positivados na atual legislação, com a entrada em vigor da nova lei de licitações, estes devem ser aplicados e examinados à luz da nova principiologia trazida pelo art. 5º¹⁵⁴⁶.

Desta forma, este trabalho inicia com uma análise da importância da consensualidade no Direito Administrativo atual e como isso vem refletindo na legislação pátria. A segunda parte se

¹⁵⁴⁴ Para aprofundamento no tema, conferir: Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. (Org. Daniel Sarmiento). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹⁵⁴⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição, Revista Forense 304:151, 1988, p. 152. *“Põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou. É um tipo de interpretação (...) em que o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente, e a imagem que ele capta é menos a representação da realidade que uma sombra fantasmagórica”*.

¹⁵⁴⁶ Art. 5º “Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)”.

dedica à ascensão institucional do Tribunal de Contas da União ao longo dos anos, assim como apresenta um estudo crítico sobre o excesso de controle do Tribunal e as consequências que essa prática acarreta a Administração Pública. Na seção seguinte são estudados os instrumentos incorporados no PL que explicitam essa lógica consensual e, na sequência a atual visão do TCU acerca desses institutos.

O objetivo, portanto, é fazer uma prognose a respeito das inovações do projeto da nova lei no que tange aos instrumentos capazes de fomentar a consensualidade entre os agentes, à luz do controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União. Isto é, dada a importância da Administração Pública dialógica para a concretização do princípio da eficiência, analisaremos se a atual leitura do TCU sobre os novos institutos viabiliza sua efetiva operacionalização ou se, ao contrário, a atuação da Corte de Contas poderá obstar o recurso a esses instrumentos dificultando, assim, a consolidação de um Estado gerencial.

2) A importância da consensualidade refletida na legislação

O Projeto de Lei nº 4.253/2020 traz numerosas novidades em diversos temas, tais como: planejamento das licitações, governança, orçamento sigiloso, crimes e sanções, modalidades, dentre outras. Para fins desse estudo, destacam-se alguns institutos marcados por serem concretizações direta da consensualidade.

Tal recorte se justifica pela necessidade de reduzir a postura de desconfiança, seja por parte da administração pública, seja pela iniciativa privada. A importância da confiança nas relações entre o setor público e o privado pode ser extraída da ciência política, em especial do conceito de capital social. Segundo Robert Putnam, renomado cientista político norte-americano, “*capital social refere-se a aspectos da organização social, tais como redes, normas e confiança que facilita coordenação e cooperação para benefícios mútuos. Capital social aumenta os benefícios de investimento em capital físico e capital humano*”¹⁵⁴⁷. Ou seja, o capital social é visto como um conjunto de relações

¹⁵⁴⁷ PUTNAM, Robert. (1993). “*The Prosperous Community: Social Capital and Public Life*”. The American Prospect nº 13 (spring, 1993) (<http://epn.org/prospect/13/13putn.html>).

e normas de confiança e reciprocidade presentes numa comunidade que propicia o desenvolvimento por meio da produção de capital físico e humano¹⁵⁴⁸.

Na realidade brasileira, o diálogo entre Estado e particulares por meio da consensualidade se faz relevante, pois, a experiência ao longo dos anos, com sucessivas crises econômicas, já nos mostrou que o Brasil não possui os meios necessários para vencer suas adversidades. Ou seja, devido ao esgotamento do modelo nacional-desenvolvimentista e da capacidade estatal de investimento, torna-se necessária essa aproximação da iniciativa privada. Além disso, o grande descrédito da população com a classe política¹⁵⁴⁹ e a sombra sempre presente da insuficiência orçamentária demandaram esforços para essa readequação do próprio Estado.

Ganha destaque, assim, o princípio da subsidiariedade, posteriormente ratificado pela reforma administrativa veiculada por meio da Emenda Constitucional nº 19/98, que passou a embasar uma nova perspectiva sobre a relação do Estado – especialmente do Direito Administrativo – com a Economia¹⁵⁵⁰.

O reforço nessa ideia de subsidiariedade pode ser identificado no PL 4.253/2020 quando o legislador amplia o rol de princípios previsto na Lei 8.666/93. Tem-se agora no projeto de lei geral de licitações e contratos os princípios da eficácia, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, do interesse público, do planejamento, da transparência e da segregação de funções.

¹⁵⁴⁸ PUTNAM, Robert. (2000). *Bowling Alone. The Collapse and Revival of American Community*. New York, Simon & Schuster, 2000.

¹⁵⁴⁹ O Estado de São Paulo noticiou em seu site uma pesquisa realizada pelo Instituto Ipsos que revela que 94% dos eleitores não se veem representados pelos políticos. Outros dados que chamam atenção são: 86% dos entrevistados acham que o Brasil é um país onde a democracia não é respeitada; apenas 38% acreditam que o nosso tipo de democracia é o melhor modelo de governo para o nosso país; e apesar de 96% dos entrevistados acreditarem que todos devem ser iguais perante a lei, apenas 15% deles creem que essa igualdade seja real. (Cf. NÊUMANNE, José. *A crise da democracia representativa*. O Estado de São Paulo. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/neumanne/a-crise-da-democracia-representativa/>>. Acesso em: 09/02/2021).

¹⁵⁵⁰ Alexandre Santos de Aragão define bem essa reorientação de pensamento ao dizer que: “Em todas as formas de atuação do Estado na economia é comumente invocado o princípio da subsidiariedade, segundo o qual o Estado deve atuar em relação à economia apenas quando a iniciativa privada não estiver sendo capaz de atender satisfatoriamente os interesses sociais ligados a determinada atividade econômica, sendo ilegítima e inconstitucional a incursão do Estado sem que haja necessidade” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da subsidiariedade: potencialidades e limites. *Interesse público*: IP, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, mar-abr. 2017, p. 45).

Isso quer dizer que o *ius imperii* dá lugar à administração pública dialógica e, com a ideia de “superioridade” do Estado em crise, o pêndulo agora se move em direção à sociedade¹⁵⁵¹. No mesmo sentido são as lições de Jessé Torres Pereira Junior em artigo publicado com Thaís Marçal¹⁵⁵²:

“O Estado dirigente, comprometido com a gestão de resultados que efetivem políticas públicas vinculantes traçadas pela Constituição, substitui a imperatividade da clássica teoria da tripartição de poderes, que se desenvolveu entre os séculos XVII e XX como dogma balizador do exercício republicano do poder político, dogma esse que deve ceder ante o pluralismo de ideias e interesses que se devem igualmente respeitar no Estado Democrático de Direito. A democracia implica, além da atribuição do poder decisório às majorias, a instauração de diálogo permanente com as minorias, de respeito pela posição do outro e de garantia dos direitos fundamentais, sem exclusão. Por isso que a administração pública dialógica contrasta com a administração pública monológica, refratária esta à instituição e ao desenvolvimento de procedimentos comunicacionais com a sociedade, mercê da multiplicação das redes sociais e de seus instrumentos de comunicação instantânea, em tempo real.”

Assim, ganha destaque a conjugação de esforços entre setor público e setor privado, ideia que está em consonância com o denominado Estado consensual; essa necessidade, inclusive, já era reconhecida pelos ilustres professores Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Jessé Torres, que há tempos, por meio de sua doutrina, romperam com uma tradição mais estadocêntrica no estudo do direito administrativo.

A base da teoria foi assim interpretada pelo Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

¹⁵⁵¹ Conferir TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46612/46347>>. Acesso em: 21/01/2021.

¹⁵⁵² PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; MARÇAL, Thaís. A convergência entre cooperação processual e consensualidade administrativa, na gestão do Estado Democrático de Direito. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 78, jun. 2017. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao078/Jesse_Thais.html> Acesso em: 21/01/2021.

“Perfil estatal em um mundo globalizado, [que] alude à figura do Estado consensual, que é pautado pela procura constantemente da solução negociada de seus conflitos, pois o diálogo entre sociedade e administração pública viabiliza com mais chances o cumprimento espontâneo das decisões consensuais, na medida em que há a concordância das partes envolvidas, reforçando, inclusive, a sua legitimidade.

(...)

Essas posturas indicam a busca incessante das soluções negociadas, nas quais a consensualidade aplaina as dificuldades, maximiza os benefícios e minimiza as inconveniências para todas as partes, pois a aceitação de ideias e de propostas livremente discutidas é o melhor reforço que pode existir para um cumprimento espontâneo e frutuoso das decisões tomadas. O Estado que substituir paulatinamente a imperatividade pela consensualidade na condução da sociedade será, indubitavelmente, o que garantirá a plena eficiência de sua governança pública e, como consequência, da governança privada de todos os seus setores.”¹⁵⁵³

Porém, a materialização dessa relação dialógica entre público e privado, além de positivada por meio de princípios, requer o desenvolvimento de técnicas cada vez mais complexas a fim de viabilizar o consenso na formação da vontade estatal¹⁵⁵⁴.

Dentre as técnicas que resultaram da evolução no relacionamento entre o Estado e o mercado podemos perceber que algumas delas foram inseridas no PL n° 4.253/2020, quais sejam: o procedimento de manifestação de interesse, o diálogo competitivo e o comitê de resolução de disputas.

Nesse sentido, o futuro diploma poderá contribuir, além do incremento da consensualidade, para uma tentativa de se alcançar a eficiência, tão estimada pela reforma administrativa.

¹⁵⁵³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Poder, Direito e Estado: o Direito Administrativo em tempos de globalização. Belo Horizonte: Forum, 2011. p. 142-143.

¹⁵⁵⁴ FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A administração pública consensual: novo paradigma de participação dos cidadãos na formação das decisões estatais. *Revista digital de direito administrativo*, vol. 4, n. 2, 2017, p. 86.

3) EXCESSO DE CONTROLE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU

Nesse ponto é preciso retomar uma das ideias colocadas logo no início desse estudo, pois, o avanço da corrupção no país acarretou uma pressão social não só sobre o legislador, mas em outros setores do Estado, dentre os quais aqueles com atribuição para o controle das atividades estatais, responsáveis por combater tal prática.

Essa tarefa, contudo, fez com que os órgãos de controle externo, principalmente o TCU, ganhassem uma importância que culminou, muitas vezes, em um excesso de controle bastante criticado pela doutrina¹⁵⁵⁵.

O primeiro exemplo emblemático dessa nova postura do TCU se deu com o debate sobre a (i)legalidade do Decreto federal nº 2.745/1998, hoje revogado¹⁵⁵⁶, que versava sobre o procedimento licitatório simplificado da Petrobras. O TCU, partindo da premissa de que enquanto o estatuto referido no art. 173, §1º, III da Constituição não fosse editado a Petrobras deveria seguir o regime geral de contratação, considerava o decreto inconstitucional¹⁵⁵⁷. Vale lembrar que o STF possui jurisprudência no sentido de não ser possível o TCU exercer controle difuso de constitucionalidade, já que não detém função jurisdicional¹⁵⁵⁸, o que denota uma atuação incomum do Tribunal.

¹⁵⁵⁵ Sobre o tema, ver a recente obra publicada por Pedro Dutra e Thiago Reis intitulada O soberano da regulação: o TCU e a infraestrutura – 1.ed. – São Paulo: Singular, 2020.

¹⁵⁵⁶ A revogação se deu com o advento da Lei federal nº 13.303/2016 (Estatuto das Estatais), que revogou o artigo 67 da Lei federal nº 9.478/1997, que consubstanciava o permissivo legal para a previsão de um regime mais flexível pela Petrobras, do qual se originou o citado decreto.

¹⁵⁵⁷ Desde a Decisão nº 663/2002, proferida pelo Plenário do TCU, na qual o Tribunal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 67 da Lei federal nº 9.478/1997 e do Decreto federal nº 2.745/1998 que a corte se pronuncia no sentido de “determinar à Petrobrás que se abstenha de aplicar às suas licitações e contratos o Decreto 2.745/98 e o artigo 67 da Lei 9.478/97, em razão de sua inconstitucionalidade, e observe os ditames da Lei 8.666/93 e o seu anterior regulamento próprio, até a edição da lei de que trata o § 1º do artigo 173 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional 19/98” (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Processo nº 016.176/2000-5, Decisão nº 663/2002, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, Plenário, Julgado em 19/06/2002, Publicado em: 08/07/2002).

¹⁵⁵⁸ Exemplo disso é a decisão monocrática do Ministro Alexandre de Moraes no Mandado de Segurança nº 35.410, para quem “É inconcebível, portanto, a hipótese do Tribunal de Contas da União, órgão sem qualquer função jurisdicional, permanecer a exercer controle difuso de constitucionalidade nos julgamentos de seus processos, sob o pretenso argumento de que lhe seja permitido em virtude do conteúdo da Súmula 347 do STF, editada em 1963, cuja subsistência, obviamente, ficou comprometida pela promulgação da Constituição Federal de 1988”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança nº 35.410, Decisão monocrática, Julgado em 15/12/2017, Publicado em: 01/02/2018).

À medida que aumentava o anseio da sociedade por uma resposta mais contundente para a crescente corrupção no país, inclusive com a punição dos agentes políticos – principalmente após a deflagração da Operação Lava Jato¹⁵⁵⁹, o TCU expandia ainda mais seu âmbito de incidência e endurecia sua fiscalização¹⁵⁶⁰, passando a exercer função pedagógica de disseminar melhores práticas administrativa¹⁵⁶¹. Esse entendimento evoluiu a tal ponto que o Tribunal passou a atuar de forma mais proativa no sentido de tentar prevenir más práticas administrativas¹⁵⁶²; o Tribunal entende que o seu papel é de um garantidor do dinheiro público e se enxerga como encarregado de evitar qualquer eventual dano ao erário.

Ao longo dos últimos anos, criou-se uma percepção coletiva, notadamente por parte da doutrina, de que o TCU vem reinterpretando suas atribuições e ampliando sua jurisdição para além daquelas hipóteses previstas pelo texto constitucional.

Segundo alguns autores, alguns fatos confirmam tal constatação, quais sejam: i) a análise dos atos normativos infralegais editados pelo Tribunal como, por exemplo, as instruções normativas; ii) o exame dos acórdãos proferidos pela Corte de Contas que analisam elementos do ato administrativo não previstos no art. 70 da CRFB/1988 e; iii) decisões administrativas que adentram em questões que vão além daquelas que envolvem desembolso direto e/ou imediato de recursos tidos como públicos.

No que tange à análise de outros requisitos além da legalidade, legitimidade e economicidade dos atos administrativos, tem-se na doutrina uma percepção de que o TCU vem avaliando a eficiência e o próprio resultado final das decisões administrativas. Em relação à expansão do âmbito de atuação do Tribunal, observa-se que a Corte de Contas, partindo de uma interpretação cada vez mais ampla da expressão “*dinheiros, bens e valores públicos*” contida no

¹⁵⁵⁹ Lucas Rocha Furtado, em trabalho sobre a corrupção no Brasil, elenca vários julgados da Corte relacionados com a operação Lava-Jato (Cf. FURTADO, Lucas Rocha. *Brasil e corrupção: análise de casos (inclusive lava-jato)*, Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 223-225).

¹⁵⁶⁰ FURTADO, Lucas Rocha. *As Raízes da Corrupção no Brasil: estudo de casos e lições para o futuro*. 1ª edição, 1ª reimpressão. Belo Horizonte, Fórum, 2015, p. 62.

¹⁵⁶¹ Para maior aprofundamento no tema conferir ARAÚJO, Thiago Cardoso. Função pedagógica na jurisprudência do TCU e retroalimentação legislativa. *Revista de Contratos Públicos*: RCP, Belo Horizonte, ano 6, n. 11, mar./ago. 2017, pp. 175-197.

¹⁵⁶² Um exemplo dessa expansão do TCU é a súmula 222 do próprio TCU, que dispõe: “As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, e abriu uma porta para que o TCU influenciasse as administrações de outros níveis da federação para além da órbita federal.

paragrafo único do art. 70 da CRFB/88, vem analisando um crescente número de decisões administrativas, principalmente, no âmbito das agências reguladoras e dos processos de desestatização.

Somado a isso, tem-se a crise de representatividade dos agentes políticos na sociedade brasileira, que fez com que os órgãos de controle endurecessem cada vez mais a fiscalização, assumindo uma projeção nacional. No entanto, restou a dúvida se esse controle ilimitado de fato é salutar aos interesses nacionais. Não se trata de negar a relevância do papel do TCU no controle e na fiscalização de práticas ilícitas e na proteção do erário. Porém, um controle além do razoável pode trazer novos problemas.

Um deles é a ideia errônea de que esse excesso de controle, seguido de duras sanções, corresponde ao incremento da eficiência administrativa. Na realidade, um controle além da conta gera um efeito perigoso: o congelamento da gestão pública pelo medo de decidir¹⁵⁶³, que leva ao travamento da Administração¹⁵⁶⁴ e deságua no que a doutrina passou a chamar de *apagão decisório* e *crise de ineficiência pelo controle*¹⁵⁶⁵.

Ocorre que esse novo problema gerado pelo controle exacerbado nem sempre é percebido e compreendido pela sociedade, razão pela qual tornou-se uma tarefa quase impossível se manifestar contra qualquer tipo de controle¹⁵⁶⁶.

¹⁵⁶³ MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *O medo e o ato administrativo*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo>>. Acesso em: 31/01/2021.

¹⁵⁶⁴ O economista Gesner de Oliveira, em entrevista ao periódico O Globo, assim se pronunciou sobre o assunto: “Tem havido excesso e, como os gestores temem sofrer processos, a gente percebe uma certa paralisia no setor público”. (Excesso de atuação do TCU incomoda governo e mercado. O Globo. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/excesso-de-atuacao-do-tcu-incomoda-governo-mercado-22568677>>. Acesso em: 30/01/2021.

¹⁵⁶⁵ Cf. GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *O direito administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em: 31/01/2021.

¹⁵⁶⁶ Em artigo sobre as críticas direcionadas ao TCU, Eduardo Jordão faz a seguinte colocação: “Até há pouco tempo, textos críticos ao TCU publicados na internet frequentemente recebiam respostas acaloradas de alguns membros do tribunal. As reações vinham não para rebater os argumentos expostos nos textos, como seria adequado e esperado, mas para acusar os autores do texto de serem defensores de interesses privados ou escusos. Pouco debate de substância, muito argumento *ad hominem*. Essas reações pareciam derivar de uma compreensão idealizada do tribunal, que personificaria a virtude e a luta contra a corrupção, de modo que qualquer crítica que lhe fosse direcionada só poderia estar mal informada ou mal intencionada. Um tipo de reação defensiva que não se viu do Supremo Tribunal Federal (STF), por exemplo – outra entidade pública que alegadamente ampliou os seus poderes e a sua importância, e que foi objeto das críticas correspondentes”. JORDÃO, Eduardo. O TCU se abrindo às críticas. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/o-tcu-se-abrindo-as-criticas-23122020. Acesso em 06/02/2021.

Contudo, é preciso reconhecer que existe uma face contraproducente do controle externo, pois, o aumento na fiscalização e punição disseminou a compreensão de que *quanto mais controle, melhor*, sem considerar aspectos finalísticos¹⁵⁶⁷. E isso tem um preço (literalmente). O aumento da burocracia para a formalização de um contrato, somada à utilização demasiada de instrumentos de poder de império, elevam os custos de transação que serão, obviamente, precificados pelo particular. Consequentemente, a própria Administração Pública terá de arcar com as consequências de uma estratégia ineficiente de compras públicas ou, em linguagem popular, pagará mais caro.

E o problema fica ainda mais preocupante quando nos damos conta de que a expansão do controle externo promove um desincentivo à busca ou criação de soluções inovadoras. Em um contexto como o atual, qualquer tentativa no sentido de modernizar as práticas administrativas pode gerar uma desconfiança que nenhum gestor público quer pairando sobre si, de modo que sair da zona de conforto é sempre um risco¹⁵⁶⁸. Assim, vale mais a pena seguir fazendo da forma que sempre se fez, para se errar como sempre se errou¹⁵⁶⁹.

Trazendo novamente a discussão para o tema deste trabalho, temos que dentre os erros fatalmente repetidos está o afastamento do Direito Administrativo Consensual para manter o anacrônico Direito Administrativo do *ius imperii*, assim como a arcaica postura de desconfiança em relação ao particular, ou seja, a concepção de que a iniciativa privada deve ser sempre vista como uma inimiga.

Isso impede o pleno aproveitamento dos mecanismos de consensualidade entre o público e o privado previstos hoje na legislação. Um controle que enxerga esses instrumentos, de modo intuitivo, como potenciais casos de fraude leva ao esvaziamento da ideia de importância da consensualidade que o legislador está tentando consolidar no ordenamento jurídico. Desta forma,

¹⁵⁶⁷ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Op. Cit.

¹⁵⁶⁸ Tarcila Reis e Vera Monteiro escreveram artigo interessante sobre os tipos de gestores públicos brasileiros e, sobre o risco de punição, fazem a seguinte colocação: “O “gestor perplexo” é também o gestor pragmático que não deu certo: acreditou, tentou se proteger, mas não conseguiu (e pode nem saber ao certo o porquê). Ele já não detém habilidade necessária para se precaver das fontes de responsabilização imprevisíveis. A pergunta que se coloca é “o que mais deveria ter feito para não ser responsabilizado”? Mesmo fazendo o dever de casa, corre o risco de ser punido.” REIS, Tarcila; MONTEIRO, Vera. Os tipos de gestores públicos brasileiros. Disponível em <[file:///E:/ARTIGO%20NOVA%20LEI%20DE%20LICITA%C3%87%C3%95ES%20X%20TCU/ARTIGOS%20ENVIADOS%20PELO%20TCA/Os Tipos de Gestores Publicos Brasileiro.pdf](file:///E:/ARTIGO%20NOVA%20LEI%20DE%20LICITA%C3%87%C3%95ES%20X%20TCU/ARTIGOS%20ENVIADOS%20PELO%20TCA/Os%20Tipos%20de%20Gestores%20P%C3%9Blicos%20Brasileiros.pdf)>. Acesso em: 18/02/2021.

¹⁵⁶⁹ ARAÚJO, Thiago Cardoso. Administração consensual para valer? Uma análise da jurisprudência do TCU acerca dos Procedimentos de Manifestação de Interesse. Texto apresentado como trabalho final no MBA de Concessões/PPPs. – FESPSP/LSE, 2017.

aqueles que serão trazidos pela nova lei de licitações e contratos também podem vir a se tornar inócuos.

4) INSTRUMENTOS DE CONSENSUALIDADE PREVISTOS NO PL Nº 4.253/2020

4.1) PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE - PMI

O Procedimento de Manifestação de Interesse - PMI consiste em um instrumento de caráter processual, isto é, cuida-se de um procedimento administrativo por meio do qual a administração pública colhe dos agentes privados levantamentos, investigações, estudos e projetos de relevante interesse público, elaborados conforme orientações determinadas, que poderão contribuir na estruturação de um eventual certame para a contratação de objetos cuja complexidade técnica não poderia ser atendida pelo próprio ente.

Identificada uma demanda e reconhecendo sua limitação, a Administração, através de um chamamento público, busca a cooperação privada, seja de pessoa física ou jurídica de direito privado, por sua conta e risco, para modelagem de atos convocatórios, tendo por base preceitos e princípios constitucionais, especialmente o direito à participação, direito de petição, princípio da eficiência e da transparência.

Esse procedimento tem o potencial de gerar benefícios aos atores envolvidos, uma vez que, viabiliza a troca de informações na fase preparatória das licitações, o que contribui para a redução da assimetria informacional existente entre a Administração Pública e os particulares em momento anterior à definição das regras contratuais, notadamente no que diz respeito ao alinhamento de interesses e de expertise técnica.

Nesse mesmo sentido, sobre a importância do PMI para mitigação do problema de assimetria informacional, cabe trazer à colação as palavras de Rafael Sérgio de Oliveira¹⁵⁷⁰:

¹⁵⁷⁰OLIVEIRA, Rafael Sérgio. 10 tópicos mais relevantes do projeto da nova Lei de Licitação e Contrato. Observatório da Nova Lei de Licitações. 18 de dezembro de 2020. Disponível em: <<http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/12/18/10-topicos-mais-relevantes-do-projeto-da-nova-lei-de-licitacao-e-contrato/>> Acesso em: 21/01/2021.

"Embora já exista no Brasil, o PMI vigora em solo pátrio de modo limitado. Sua relevância se deve ao fato de que umas das maiores dificuldades da Administração Pública nas licitações é suprir a carência de informação acerca das soluções, práticas e preços existentes no mercado. No intuito de suprir essa assimetria de informação, o ordenamento jurídico de diversos países tem colocado à disposição das autoridades contratantes uma espécie de procedimento prévio à publicação do certame, cujo objeto é a coleta de informações acerca das soluções oferecidas pelo mercado para as necessidades públicas."

Atualmente o instrumento encontra-se vedado pela Lei nº 8.666/1993, pois o artigo 9º proíbe a participação, direta ou indiretamente, na licitação ou na execução de obra ou serviço e no fornecimento de bens necessários: i) do autor do projeto, básico ou executivo; ii) de empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado e; iii) de servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

Isso significa que a Lei nº 8.666/1993 não traz qualquer incentivo para que os agentes privados participem da modelagem desses projetos. A verdade é que, ainda que qualquer pessoa possa, em tese, investir tempo e recurso para apresentar os levantamentos à Administração, geralmente, aqueles que assumem os riscos associados ao PMI possuem a intenção de participar da licitação posteriormente. Por tal razão, com as vedações dos incisos I e II da atual norma inscrita no artigo 9º, a Administração acaba impossibilitada de contar com a participação do particular interessado na fase preparatória da licitação, de modo legítimo e regular, na hipótese do objeto da licitação estar disciplinado pela Lei nº 8.666/1993, o que inclui as obras públicas.

Mas, se por um lado o instituto encontra-se vedado para as obras públicas, para as concessões públicas (Lei nº 8.987/1995), Parcerias Público Privadas (Lei nº 11.079/2004) e contratos de parceria (Lei nº 13.334/2016), o PMI já é utilizado há algum tempo. Via de regra, indica-se como fundamento legal específico do instituto o art. 21 da Lei nº 8.987/1995, que trata das concessões e permissões de serviço público. Consoante o dispositivo, “os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados

à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital.”

Contudo, hoje, já não se pode mais asseverar que o uso do instrumento se limita apenas às concessões de serviços públicos. Ao contrário, o procedimento tem ganhado espaço e sido utilizado em todas as áreas em que a Administração necessita atuar de modo planejado.

De qualquer forma, é possível extrair a juridicidade da própria Constituição da República, haja vista que o procedimento representa, conforme dito, a manifestação de alguns direitos fundamentais do indivíduo, principalmente: i) o direito de petição (alínea “a” do inciso XXXIV do artigo 5º) e; ii) o direito de participação na Administração Pública (parágrafo único e inciso II do artigo 1º e parágrafo 3º do artigo 37).

Em âmbito federal, foi editado o Decreto Federal nº 8.428/2015¹⁵⁷¹, que tem servido de parâmetro para o estabelecimento de regulamentos locais que, apesar de prescindíveis, têm sido promulgados em âmbito local.

Dentre as principais características do procedimento que podem ser extraídas da referida regulamentação, vale citar a não vinculação da Administração no que tange à utilização do projeto apresentado, cujo efetivo aproveitamento depende do crivo do ente demandante (art. 11), bem como a obrigatoriedade de ressarcimento, apenas na hipótese de utilização do projeto, pelo vencedor da futura e eventual licitação (art. 16).

No Projeto de Lei nº 4.253/2020 o PMI continua sendo disciplinado e é previsto no art. 77¹⁵⁷², inciso III como um procedimento auxiliar da licitação e regulado em linhas gerais no art.

¹⁵⁷¹Bruno Rodrigues comenta o citado normativo da seguinte forma: “O desenvolvimento de bons estudos de viabilidade é fundamental para que se tenha concessões de serviços públicos bem-sucedidas. Neste sentido, a publicação do decreto federal nº 8.428/15, que trata do mecanismo de autorização para empresas privadas realizarem estudos de viabilidade para projetos de concessão, estimulou o debate sobre o assunto. Este regramento é aplicável a infraestruturas como rodovias, aeroportos, ferrovias, portos, entre outras. Entretanto, o decreto prevê que não se sujeitam a essas regras os estudos de viabilidade que são relacionados ao setor elétrico.” RODRIGUES, Bruno. EPE, Eletrobras e a Estruturação de Projetos no Setor Elétrico. Maio de 2015. Disponível em <http://www.infraeconomics.com/paginas/notas-tecnicas>. Acesso em 06/02/2021.

¹⁵⁷²Art. 77. “São **procedimentos auxiliares das licitações** e das contratações regidas por esta Lei:

- I – credenciamento;
- II – pré-qualificação;
- III – **procedimento de manifestação de interesse**;
- IV – sistema de registro de preços;
- V – registro cadastral.

80¹⁵⁷³. Tal dispositivo mantém as características atuais apontadas, além daquelas relacionadas à realização por meio de chamamento público, à disponibilização dos estudos e à ausência de direito de preferência em eventual procedimento licitatório.

No entanto, o referido ato normativo é inovador, na medida em que autoriza que este procedimento seja direcionado exclusivamente às *startups* (art. 80, §4º)¹⁵⁷⁴, definidas como os “microempreendedores individuais, as microempresas e as empresas de pequeno porte, de natureza emergente e com grande potencial, que se dediquem à pesquisa, ao desenvolvimento e à implementação de novos produtos ou serviços baseados em soluções tecnológicas inovadoras que possam causar alto impacto”. Contudo, para que o PMI possa estar restrito a esse tipo de particulares, a seleção deve estar fundamentada em métricas objetivas que demonstrem o atendimento das necessidades da Administração.

§ 1º Os procedimentos auxiliares de que trata o caput deste artigo obedecerão a critérios claros e objetivos definidos em regulamento.

§ 2º O julgamento que decorrer dos procedimentos auxiliares das licitações previstos nos incisos II e III do caput deste artigo seguirá o mesmo procedimento das licitações”.

1573 Art. 80. “A Administração poderá 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.

§ 1º Os estudos, investigações, levantamentos e 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.

§ 2º A realização pela iniciativa privada de estudos, investigações, levantamentos e projetos em decorrência do procedimento de manifestação de interesse mencionado no caput deste artigo:

I – não atribuirá ao realizador direito de preferência no processo licitatório;

II – não obrigará o poder público a realizar licitação;

III – não implicará, por si só, direito a ressarcimento de valores envolvidos em sua elaboração;

IV – será remunerada somente pelo vencedor da licitação, vedada, em qualquer hipótese, a cobrança de valores do poder público.

§ 3º Para aceitação dos produtos e serviços de que trata o caput deste artigo, a Administração deverá elaborar parecer fundamentado com a demonstração de que o produto ou serviço entregue é adequado e suficiente à compreensão do objeto, que as premissas adotadas são compatíveis com as reais necessidades do órgão e que a metodologia proposta é a que propicia maior economia e vantagem entre as demais possíveis.

§ 4º O procedimento previsto no caput deste artigo poderá ser restrito a *startups*, assim considerados os microempreendedores individuais, as microempresas e as empresas de pequeno porte, de natureza emergente e com grande potencial, que se dediquem à pesquisa, ao desenvolvimento e à implementação de novos produtos ou serviços baseados em soluções tecnológicas inovadoras que possam causar alto impacto, exigida, na seleção definitiva da inovação, validação prévia fundamentada em métricas objetivas, de modo a demonstrar o atendimento das necessidades da Administração”.

¹⁵⁷⁴ O Decreto federal nº 8.428/2015, no art. 6º, inciso I, já previa que a autorização poderia ser conferida com exclusividade a número limitado de interessados. O PL inova ao prever a possibilidade de direcionamento exclusivo a *startups*.

Um ponto que merece destaque é a controvérsia que pode surgir a partir do texto do PL diz respeito à permissão ou não do uso do PMI para contratação de obras públicas tradicionais como, por exemplo, no regime de empreitada por preço global e unitário, com competição fundamentada no fornecimento prévio de projeto básico e pagamento baseado em disponibilidade orçamentária imediata, diferentemente do que ocorre nas Parcerias Público-Privadas - PPPs e concessões, que contemplam um diferimento temporal na remuneração do contratado.

Isso porque os incisos I e II do art. 9º da Lei nº 8.666/1993, que vedam a participação do autor do projeto na licitação, conforme visto anteriormente, encontram-se praticamente reproduzidos nos incisos I e II do art. 14¹⁵⁷⁵ do PL. O legislador perdeu a oportunidade de solucionar a controvérsia acerca da possibilidade ou não de o autor do projeto básico e/ou executivo participar da licitação quando o documento tiver sido fornecido à Administração por meio de PMI.

Ou seja, quando estivermos diante de uma obra pública, será possível a utilização do PMI? Sim, a lei não veda. Mas, nesse caso, parece ainda pouco claro se, em caso de fornecimento de projeto básico ou de projeto executivo, poderá o autor do estudo de solução poderá participar futuramente da licitação. Ao contrário do que se tem quando o particular oferta estudo que consubstancie a solução a ser adotada.

Isto é, caso o PMI envolva o fornecimento desses documentos, resta a dúvida se prevalecerá: i) a permissão do art. 80, §2º, inciso I, *a contrario sensu* ou; ii) a vedação do art. 14, incisos I e II. Na última hipótese, não haveria inovação do PL em relação ao Decreto nº 8.428/2015 nesse aspecto.

Hamilton Bonatto e Rafael Sérgio de Oliveira¹⁵⁷⁶, utilizando o princípio da especialidade, concluem que:

¹⁵⁷⁵ Art. 14. Não poderão disputar licitação ou participar da execução de contrato, direta ou indiretamente: I – autor do anteprojeto, do projeto básico ou do projeto executivo, pessoa física ou jurídica, quando a licitação versar sobre obra, serviços ou fornecimento de bens a ele relacionados; II – empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou do projeto executivo, ou empresa da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, controlador, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto, responsável técnico ou subcontratado, quando a licitação versar sobre obra, serviços ou fornecimento de bens a ela necessários;

¹⁵⁷⁶ BONATTO, Hamilton; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. A admissão do Projetista na Execução do Contrato e a Nova Lei de Licitações. Disponível em <www.licitacaocontrato.com.br> Acesso em 06/02/2021.

“Além disso, poderia até causar questionamentos quanto ao PMI. Isto é, o art. 14, incisos I e II, implica a proibição de que o autor do projeto eleito no Procedimento de Manifestação de Interesse participe da execução da obra ou do serviço? A despeito de fazermos esse alerta, entendemos que o § 2º, inciso I, do art. 80 do PL deixa claro que o autor da solução eleita no PMI pode participar da licitação para contratação da execução. O mencionado dispositivo diz que o realizador do projeto não terá preferências na licitação. Se é assim, é patente que autor pode concorrer na licitação e, se se sagrar vencedor, poderá executar ou participar da execução do seu projeto¹⁵. Em outras palavras, o § 2º, inciso I, do art. 80 do PL é uma norma específica.”

O tema é polêmico e ainda será alvo de muitos debates na doutrina, na jurisprudência e, principalmente, nos órgãos de controle.

Fato é que, com a sanção e publicação da nova lei de licitações e contratos, o Brasil consolida essa abertura de espaço para compartilhamento de experiências com os agentes privados, possibilitando a convocação do particular para elaborar projetos, bem como a captação de investimentos privados.

4.2) DIÁLOGO COMPETITIVO

Outra novidade prevista no Projeto de Lei nº 4.253/2020 que reforça a tendência de consolidação dos instrumentos de consensualidade na Administração Pública é o diálogo

competitivo, uma nova modalidade licitatória incluída no rol do art. 28¹⁵⁷⁷ e disciplinada no art. 32¹⁵⁷⁸.

Trata-se de modalidade originada no Direito Europeu em 2004 (Diretiva 2014/24/UE), cuja função é fornecer soluções para as contratações complexas da Administração Pública por meio do

¹⁵⁷⁷ Art. 28. “São **modalidades de licitação**:

- I – pregão;
- II – concorrência;
- III – concurso;
- IV – leilão;

V – **diálogo competitivo**.

§ 1º Além das modalidades referidas no caput deste artigo, a Administração pode servir-se dos procedimentos auxiliares previstos no art. 77 desta Lei.

§ 2º É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou, ainda, a combinação daquelas referidas no caput deste artigo”.

¹⁵⁷⁸ Art. 32. “A modalidade diálogo competitivo é restrita a contratações em que a Administração:

I – vise a contratar objeto que 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;

II – verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos:

- a) a solução técnica mais adequada;
- b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida; c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato;

III – considere que os modos de disputa aberto e fechado não permitem apreciação adequada das variações entre propostas.

§ 1º Na modalidade diálogo competitivo, serão observadas as seguintes disposições:

I – a Administração apresentará, por ocasião da divulgação do edital em sítio eletrônico oficial, suas necessidades e as exigências já definidas e estabelecerá prazo mínimo de 25 (vinte e cinco) dias úteis para manifestação de interesse de participação na licitação;

II – os critérios empregados para pré-seleção dos licitantes deverão ser previstos em edital, e serão admitidos todos os interessados que preencherem os requisitos objetivos estabelecidos;

III – a divulgação de informações de modo discriminatório que possa implicar vantagem para algum licitante será vedada;

IV – a Administração não poderá revelar a outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento;

V – a fase de diálogo poderá ser mantida até que a Administração, em decisão fundamentada, identifique a solução ou as soluções que atendam às suas necessidades;

VI – as reuniões com os licitantes pré-selecionados serão registradas em ata e gravadas mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo;

VII – o edital poderá prever a realização de fases sucessivas, caso em que cada fase poderá restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas;

VIII – a Administração deverá, ao declarar que o diálogo foi concluído, juntar aos autos do processo licitatório os registros e as gravações da fase de diálogo, iniciar a fase competitiva com a divulgação de edital contendo a especificação da solução que atenda às suas necessidades e os critérios objetivos a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa e abrir prazo, não inferior a 60 (sessenta) dias úteis, para todos os licitantes apresentarem suas propostas, que deverão conter os elementos necessários para a realização do projeto;

diálogo com a iniciativa privada. Definidas as necessidades e os critérios de pré-seleção dos licitantes, o órgão dá início aos diálogos com os licitantes selecionados, com a finalidade de captar informações e alternativas de soluções. A fase de diálogos dura o tempo necessário para delinear a solução mais adequada¹⁵⁷⁹. A partir daí, os licitantes selecionados podem apresentar suas respectivas propostas para consecução do objeto licitado.

Vê-se, portanto, que o objetivo desta nova modalidade é transpor a deficiência técnica do Poder Público nas contratações de objetos complexos e inovadores, isto é, visa dotar a Administração Pública do conhecimento necessário, trazendo uma ou mais alternativas para contratação e aquisição de soluções inovadoras capazes de atender às suas necessidades. Assim, além de objetos tecnicamente complexos, a utilização do diálogo competitivo requer o compartilhamento de conhecimento, especialmente em relação ao aspecto técnico.

Em outras palavras, segundo a própria Câmara dos Deputados:¹⁵⁸⁰

“POR ESSA MODALIDADE DE LICITAÇÃO, AS EMPRESAS PRIVADAS E O PODER PÚBLICO FAZEM UM DIÁLOGO PRÉVIO À LICITAÇÃO EM SI. O OBJETIVO É DESENVOLVER ALTERNATIVAS PARA ATENDER A NECESSIDADES PÚBLICAS.

IX – a Administração poderá solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação nem distorçam a concorrência entre as propostas;

X – a Administração definirá a proposta vencedora de acordo com critérios divulgados no início da fase competitiva, assegurada a contratação mais vantajosa como resultado;

XI – o diálogo competitivo será conduzido por comissão de contratação composta de pelo menos 3 (três) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração, admitida a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão;

XII – órgão de controle externo poderá acompanhar e monitorar os diálogos competitivos, opinando, no prazo máximo de 40 (quarenta) dias úteis, sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade da licitação, antes da celebração do contrato.

§ 2º Os profissionais contratados para os fins do inciso XI do § 1º deste artigo assinarão termo de confidencialidade e abster-se-ão de atividades que possam configurar conflito de interesses”.

¹⁵⁷⁹ Sobre a fase de diálogos, André Tortato Rauhen explica que: “Durante a fase de diálogos, a administração apresenta suas necessidades de forma que estas estimulem novas combinações, adaptações e incrementos a partir de produtos e serviços já disponíveis no mercado. O objetivo é fazer com que inovações possam ser ofertadas com base na demanda pública ou que a melhor solução seja encontrada”. RAUHEN, André Tortato. Nota técnica nº 80. COMPRAS PÚBLICAS DE INOVAÇÕES SEGUNDO O TEXTO FINAL DO PL NO 4.253/2020. Brasília: Ipea, 2021. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/portal/publicacoes>>. Acesso em 12/02/2021.

¹⁵⁸⁰ Disponível em <<https://www.camara.leg.br/noticias/538850-proposta-incorpora-dialogo-competitivo-como-modalidade-de-licitacao/>> Acesso em 08/02/2021.

APÓS O FIM DO DIÁLOGO, APRESENTAM PROPOSTA FINAL. ESSA MODALIDADE É ADOTADA PELA UNIÃO EUROPEIA DESDE 2004.”

Consoante o Projeto de Lei nº 4.253/2020, a nova modalidade licitatória é definida da seguinte forma:

“MODALIDADE DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE OBRAS, SERVIÇOS E COMPRAS 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 APRESENTAR PROPOSTA FINAL APÓS O ENCERRAMENTO DOS DIÁLOGOS” (ART. 6º, INCISO XLII).

As hipóteses que autorizam a utilização do diálogo competitivo estão elencadas no art. 32 e podem ser resumidas da seguinte forma: i) objeto que envolva inovação tecnológica ou técnica, possibilidade de execução com metodologias diferentes ou de domínio restrito no mercado; ii) necessidade de definição e identificação de diversos meios que possam satisfazer as necessidades públicas, por meio de soluções técnicas mais adequadas, requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida ou a estrutura jurídica ou financeira do contrato e; iii) quando os modos de disputa aberto e fechado não permitam a apreciação adequada das variações entre as propostas.

Pela semelhança que guarda com o Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI é comum a confusão entre os institutos, pois ambos viabilizam a participação da iniciativa privada na fase de estudo e modelagem das contratações públicas.

Contudo, enquanto o PMI ocorre previamente à licitação, o diálogo competitivo consiste na interlocução com os particulares que participam do certame e têm a oportunidade de apresentar, de maneira sigilosa, suas respectivas alternativas técnicas e soluções. Ou seja, o diálogo competitivo é a própria licitação, inserida no PL como uma nova modalidade. Ademais, no PMI não há qualquer garantia de que a futura licitação será realizada e que o resultado do trabalho efetivamente aproveitado e, por consequência, que o tempo e recurso empregados na realização dos estudos serão de fato ressarcidos. Por outro lado, no diálogo competitivo essa etapa de interação com a iniciativa

privada é deslocada da fase interna para a fase externa da licitação. Amarra-se a estruturação do projeto com a concorrência para sua contratação.

Assim, percebe-se que o diálogo competitivo chega ao ordenamento jurídico pátrio como mais um instrumento de consolidação da cooperação entre particulares e Poder Público, deixando de lado a ideia de Estado onipresente e autossuficiente na busca das soluções mais adequadas às necessidades públicas.

4.3) COMITÊ DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS

Ainda no tema da consensualidade, mas agora na área dos métodos alternativos de resolução de conflitos, uma inovação digna de nota trazida pelo Projeto de Lei nº 4.253/2020 é a possibilidade de utilização de Comitê de Resolução de Disputas - CRD prevista no art. 150¹⁵⁸¹.

Originado das práticas internacionais e de câmaras especializadas em resolução contratual de conflitos, o procedimento denominado *Dispute Resolution Boards - DRB* foi introduzido no país, de modo geral, como resultado de exigência do Banco Interamericano de Desenvolvimento e do Banco Mundial, que impõe a utilização do método como condição para financiamentos, especialmente aqueles destinados a execução de obras de infraestrutura¹⁵⁸². Com a entrada em vigor da nova lei de licitações, será a primeira vez que o método estará previsto explicitamente em lei nacional¹⁵⁸³.

Cuida-se de um método alternativo de solução de conflitos que compreende a formação de um comitê de especialistas no tema ao qual determinado contrato se refere, composto por um ou

¹⁵⁸¹Art. 150. “Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem. Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações”.

¹⁵⁸²<https://camara.fgv.br/dispute-board>

¹⁵⁸³Além do art. 150 citado, o projeto trata, ainda, do método em análise nos arts. 152 e 153 que dispõem sobre a possibilidade de aditamento dos contratos para permitir sua adoção e dos critérios para a escolha, respectivamente. Art. 152. “Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsia”.

Art. 153. “O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes”.

mais profissionais independentes, e que vem ganhando espaço, sobretudo nos ajustes de longa duração como os contratos de construção civil.

Os especialistas são escolhidos pelas próprias partes contratantes e acompanham de forma periódica o andamento do contrato, representando um tipo de gerenciamento¹⁵⁸⁴ que evita o surgimento ou intensificação das controvérsias que podem ocorrer em razão da relação prolongada entre as partes envolvidas.

Normalmente o instrumento é utilizado como um importante aliado, tanto da Administração quanto dos particulares, na execução de projetos de grande vulto e complexidade, notadamente nos de investimentos em infraestrutura, cabendo ao comitê prevenir ou solucionar conflitos durante e após a execução contratual, particularmente no que tange aos aspectos técnicos e que fogem à expertise da ciência jurídica.

Diferentemente da mediação, conciliação e arbitragem – já previstas no ordenamento jurídico brasileiro – nas quais a controvérsia surge em momento prévio à constituição do ente que irá resolvê-la, o comitê é formado em razão da simples potencialidade de conflito, especialmente os de caráter técnico, tendo em vista as próprias características e natureza do empreendimento.

Dentre suas vantagens, destaca-se a alta capacidade de resolução dos conflitos contratuais, o baixo custo e a celeridade na resposta.

Com relação ao papel do comitê em cada relação contratual, temos três hipóteses/modalidades: o *dispute review board* (comitê de revisão), que apenas aconselha as partes com sugestões e recomendações não vinculantes; o *dispute adjudication board* (comitê de adjudicação), por meio da qual o comitê desempenha função decisória, impondo as soluções por meio de decisões obrigatórias e de cumprimento imediato; e o *combined dispute board* (comitê híbrido), com a possibilidade de emissão de recomendações não vinculantes quanto de decisões vinculantes.

Percebe-se, assim, que as recentes alterações legislativas – e aquelas em curso –, influenciadas pela doutrina mais moderna¹⁵⁸⁵, confirmam a tendência de uso da consensualidade

¹⁵⁸⁴ <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/dispute-boards/>

¹⁵⁸⁵ Sobre o tema, temos a doutrina de Flávio Amaral: “Em primeiro lugar, o exame empreendido até aqui permite extrair duas conclusões preliminares: (i) o *dispute board* é uma tecnologia contratual que pode ser utilizada a partir da liberdade das partes em ajustarem procedimentos, formas de execução e gestão do contrato – diz mais com o contrato do que propriamente com

na busca da eficiência administrativa em diversas áreas, inclusive na resolução de disputas público-privadas. É preciso analisar, entretanto, se as práticas administrativas do dia a dia e, principalmente, os órgãos de controle, caminharão nessa direção ou se permanecerão amarrados aos preceitos do passado.

5) A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU: O ESTADO ATUAL E PROGNÓSE

Para que os instrumentos de consensualidade aqui abordados, e outros tantos existentes em nosso ordenamento jurídico atual e iminente, sejam realmente eficazes no auxílio da sociedade ao Estado a se desincumbir de suas tarefas com eficiência, é necessário que saiam das previsões legislativas e ganhem o mundo real.

Tratando especificamente daqueles previstos no Projeto de Lei nº 4.253/2020, de nada servirão se, após a entrada em vigor da nova lei de licitações e contratos, não forem efetivamente empregados na busca de soluções para as necessidades públicas, bem como na resolução de conflitos contratuais.

Qualquer prognose que se pretenda fazer deve passar, necessariamente, pela análise da postura do Tribunal de Contas da União - TCU em relação a esses instrumentos, para os que já contam com previsão legislativa ou, em relação a instrumentos de características semelhantes, para aqueles previstos de forma inovadora na legislação pátria.

Com relação ao Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI, ainda sob a vigência do Decreto federal nº 5.977/2006¹⁵⁸⁶, os acórdãos do TCU não consideravam os procedimentos de fornecimento de estudos técnicos pelos particulares, mediante autorização, como intrinsecamente

a lei –; (ii) pode ser enquadrada como uma forma alternativa de disputa, as conhecidas ADRs (alternative dispute resolutions), que tem na arbitragem, mediação e conciliação métodos e técnicas que instrumentalizam uma saudável consensualidade e cuja eficácia vem sendo, hodiernamente, reconhecida nos mais variados campos das atividades econômicas e sociais.” GARCIA, Flávio Amaral. Dispute Boards e os contratos de concessão. Versão ampliada do texto originalmente publicado em *Concessões, Parcerias e Regulação*. São Paulo: Malheiros, 2019.

¹⁵⁸⁶ O Decreto federal nº 5.977/2006, posteriormente revogado pelo Decreto nº 8.428/2015, regulamentava o art. 3º, caput e § 1º, da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que dispõe sobre a aplicação, às parcerias público-privadas, do art. 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e do art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, para apresentação de projetos, estudos, levantamentos ou investigações, a serem utilizados em modelagens de parcerias público-privadas no âmbito da administração pública federal.

irregulares. Ao contrário, era reconhecida a possibilidade de sua utilização e até recomendada, considerados como aptos a concretizar o princípio da eficiência, desde que elaborados de acordo com o ordenamento jurídico, especialmente os princípios constitucionais que regem a administração pública¹⁵⁸⁷.

Sob a égide do atual Decreto federal nº 8.428/2015, o Tribunal manteve a ideia anterior de que o instrumento pode e deve ser utilizado, desde que realizado de acordo com regulamentação positivada. O Acórdão 273/2016-Plenário destaca, ainda, a necessidade de se fixar critérios de seleção dos estudos apresentados de maneira mais clara e objetiva no próprio instrumento convocatório, bem como de critérios para definir eventual ressarcimento dos projetos aproveitados.

Já o Acórdão 1.873/2016-Plenário faz profundas críticas e traz relevantes reflexões em relação ao PMI. É preciso ressaltar, no entanto, que essas críticas correspondem exatamente àquelas veiculadas pela doutrina especializada. Isso demonstra que o TCU não está formando sua jurisprudência com base numa predisposição ao afastamento puro e simples do instrumento. Pelo contrário, as decisões são elaboradas com fulcro em experiências e conhecimentos produzidos pela comunidade científica, o que acarreta, inclusive, sugestões para o aprimoramento do modelo.

As recomendações contidas no acórdão podem ser assim resumidas¹⁵⁸⁸: (a) ressarcimento dos estudos já realizados, ainda que o Poder Público desista do empreendimento; (b) antecipação parcial do ressarcimento como forma de mitigar riscos incorridos pelos projetistas; (c) previsão normativa de correção monetária; (d) prazo para conhecimento do problema compatível com a complexidade dos estudos; (e) no caso de estudos complexos, possibilidade de seleção com base em “pré-projetos” ou qualificação por critérios pré-estabelecidos; (f) o valor do reembolso deve ser arbitrado com margem de BDI compatível com a natureza intelectual do serviço; (g) proibição de autores dos estudos técnicos participarem do futuro certame; (h) limitação do número de autorizados nos projetos complexos; (i) superação da ideia de que a economia dos recursos públicos deve ser feita por intermédio do desperdício de recursos privados; (j) definição das prioridades de investimento por meio de um planejamento em longo prazo; (k) utilização do *unsolicited proposals*

¹⁵⁸⁷ Acórdãos 112/12-Plenário, 3.362/13-Plenário e 1.155/2014-Plenário.

¹⁵⁸⁸ Para uma abordagem esquematizada do Acórdão nº 1.873/2016, conferir BELLO, Rafael Di, Retomada dos empreendimentos paralisados procedimentos de manifestação de interesse (PMI): desafios e soluções para infraestrutura e serviços públicos. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Obras públicas em tempos de crise*, FGV Projetos, Seminário realizado em 5 de junho de 2017. Disponível em: <https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/arquivos/rafael_di_bello.pdf>. Acesso em: 29/01/2021.

apenas excepcionalmente; e (l) desenvolvimento dos projetos prioritários por meio do modelo de *solicited proposals*.

Aqui cabe um parêntese para destacar que a proibição da participação do autor dos estudos na futura licitação restará superada com a entrada em vigor da nova lei de licitações¹⁵⁸⁹. Isso porque, quando a lei diz que a Administração *não atribuirá ao realizador direito de preferência no processo licitatório*, é porque, por óbvio, este encontra-se autorizado a participar do certame¹⁵⁹⁰

No final de 2020 foi proferido o Acórdão 3.164/2020-Plenário que, analisando representação formulada pelo Ministério Público junto ao TCU sobre possíveis irregularidades no edital da 6ª rodada de concessão aeroportuária, determinou: i) a fixação no instrumento convocatório de critérios detalhados e adequados para avaliação dos projetos e estudos apresentados, na forma do art. 10 do Decreto 8.248/2015; ii) a realização de ampla pesquisa de preço de mercado para serviços de porte e complexidade similares às do PMI e; iii) o aprimoramento no Decreto nº 8.428/2015 “*com vistas a prever a possibilidade de seleção de estudos e projetos preliminares com base em critérios de "técnica e preço", respeitados os princípios da economicidade, legalidade, moralidade, finalidade, motivação, razoabilidade e proporcionalidade.*”

Vale lembrar que nesse julgado o MPTCU alegou suposta inconstitucionalidade indireta do PMI, pois o Decreto federal nº 8.428/2015 feriria duplamente o ordenamento jurídico. Primeiro, por constituir decreto autônomo, ao extrapolar as disposições legais que busca regulamentar, em afronta ao art. 84 da Constituição de 1988. Segundo, por não observar o dever geral de licitar, na medida em o PMI não se enquadra na hipótese de exceção à exigência de prévia licitação.

Sobre o tema, é válido lembrar que já desde o Acórdão 1.155/2014-Plenário, o TCU rechaça de forma veemente a inconstitucionalidade do instituto, no qual foram explicados didaticamente os contornos constitucionais e legais do regime de autorização do art. 21 da Lei federal nº 8.987/1995¹⁵⁹¹.

¹⁵⁸⁹ Como visto anteriormente, quando se tratar do oferecimento de projeto básico ou executivo, existe uma razoável dúvida acerca da possibilidade

¹⁵⁹⁰ Art. 80, § 2º “A realização pela iniciativa privada de estudos, investigações, levantamentos e projetos em decorrência do procedimento de manifestação de interesse mencionado no *caput* deste artigo: I – não atribuirá ao realizador direito de preferência no processo licitatório”.

¹⁵⁹¹ Conforme trecho do referido julgado: “3. Avalio que a questão de fundo a ser abordada nesta assentada se refere à constitucionalidade e legalidade das autorizações concedidas [...] para elaborar os projetos relativos às concessões e aos arrendamentos portuários em tela”. Em especial, discute-se a necessidade de as referidas autorizações serem precedidas por processos competitivos de escolha ou mesmo por licitações. 4. O art. 37, XXI, da Constituição Federal estabelece que obras, serviços, compras e alienações serão contratadas mediante processo de licitação pública, ressalvados os casos

O Acórdão 3.164/2020-Plenário seguiu a mesma linha, qual seja, no sentido de que o modelo de PMI, delineado pelo Decreto federal nº 8.428/2015, está em consonância com a CRFB/1988. O decreto em comento, fundado no art. 21 da Lei federal nº 8.987/1995, foi editado no limite regulamentar que lhe é assegurado pela Constituição da República, próprio do instrumento normativo em questão, não consubstanciando, portanto, decreto autônomo. O próprio TCU, mediante o subitem 9.4 do Acórdão 1.155/2014-TCU-Plenário, recomendou à Casa da Civil da Presidência da República a regulamentação do art. 21 da Lei federal nº 8.987/1995, o que foi feito por meio do decreto mencionado.

Ademais, o voto assevera que o decreto citado também não cria hipótese de dispensa de licitação em afronta ao art. 37, inciso XXI da CRFB/88. Conforme voto do Ministro Benjamin Zymler no Acórdão 1.155/2014-Plenário supracitado, o próprio dispositivo constitucional foi expresso ao ressaltar da obrigatoriedade de realização prévia de licitação as hipóteses especificadas em lei – no caso, o mencionado art. 21 da Lei federal nº 8.987/1995, que serviu de fundamento para o referido decreto.

No que tange ao diálogo competitivo, por se tratar de modalidade licitatória ainda não prevista no ordenamento atual, cabe analisar a posição do TCU em relação a institutos semelhantes. São eles: *Request for information – RFI* e *Request for proposal*.

Cuida-se de ferramentas utilizadas por empresas do setor privado¹⁵⁹² há décadas em todo o mundo que facilitam o levantamento de produtos e serviços, bem como a seleção de fornecedores ideais, capazes de atender a todas as necessidades do contratante e trazem segurança, na medida em que auxiliam na análise daqueles mais adequados a suprir as demandas da empresa. A diferença, pois, está no propósito de cada documento em um processo de aquisição.

O *Request for information* se presta a encontrar uma solução, ou seja, deve ser utilizado pela empresa que necessita de mais informações sobre o produto ou serviço a ser adquirido, identificando melhor os seus benefícios. O objetivo é colher subsídios do mercado, antes de grandes contratações,

especificados na legislação. 5. A previsão legal citada pela Constituição Federal foi provida por meio do art. 21 da Lei federal nº 8.987/1995, o qual estabelece que: Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital. 6. Ou seja, o ordenamento jurídico pátrio permite que os estudos técnicos referentes a concessões de serviços públicos ocorram mediante autorização”.

¹⁵⁹² Acórdão 1.273/2018-Plenário.

de modo a afunilar os fornecedores em potencial. Funciona como uma primeira triagem de possíveis fornecedores. Sendo assim, não é regra solicitar preço na RFI, o critério preço é um fator de ponderação no RFP.

Com base nas informações coletadas no RFI, o *Request for proposal* serve para reduzir ainda mais a lista de potenciais fornecedores, visto que possui informações mais detalhadas e requisitos mais precisos. O documento deve expressar as necessidades e objetivos específicos da contratante. No RFP, a solução apresentada no RFI passa a ser personalizada, pois, os propósitos e necessidades do projeto se tornam mais claros.

Traçando um paralelo, poderíamos imaginar o RFI e RFP como etapas do diálogo competitivo, assim como já consta, de forma mais explícita, do Regulamento de Licitações e Contratos da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSEH aprovado por meio da Resolução nº 71, de 28/06/2018¹⁵⁹³.

Segundo a jurisprudência do TCU¹⁵⁹⁴, para a deflagração do RFP no âmbito da administração pública, é preciso cumprir os seguintes requisitos: i) planejamento orçamentário-financeiro; ii) elaboração de plano de negócios com análise de custo-benefício e viabilidade econômico-financeira do projeto; iii) definição de especificações técnicas e; iv) estabelecimento de cronogramas de execução compatíveis com a extensão e a complexidade das etapas a serem cumpridas na hipótese de contratação de empresa para realizar tanto o RFI quanto o RFP (intervalo de tempo mínimo entre o RFI e o RFP).

¹⁵⁹³ Do Diálogo Competitivo

Art. 75, § 1º “Na hipótese de diálogo competitivo por convite, serão observadas as seguintes etapas:

(...)

III - Envio de solicitações de informação (Request for Information - RFI) às empresas que responderem aos acordos de confidencialidade, contendo as necessidades e as exigências já definidas pela Ebserh;

IV - Encaminhamento, às empresas que responderam aos acordos de confidencialidade, de solicitações de proposta (Request for Proposal - RFP) a serem apresentadas em Sessão de Avaliação, com base em especificações técnicas atualizadas diante das informações recebidas”.

¹⁵⁹⁴ Acórdão 1.796/2019-Plenário. “Representação, com pedido de cautelar, acerca de possíveis irregularidades na contratação de empresa para realizar e concluir a busca e a seleção de fornecedores para a implantação do Satélite Geoestacionário de Defesa e Comunicações Estratégicas (SGDC 2)”.

O Tribunal recomenda, ainda, que a utilização dos instrumentos fique adstrita a projetos de relevância do ponto de vista estratégico e financeiro, inclusive para a contratação de bens não comuns¹⁵⁹⁵. Nesse sentido, temos o Acórdão 3.230/2020-Plenário¹⁵⁹⁶.

173. No voto condutor do Acórdão 2488/2018-TCU-Plenário, relativo a possíveis irregularidades em parceria celebrada pela Telecomunicações Brasileiras S.A. (Telebras), o Min. Benjamin Zymler destacou a necessidade de consulta a potenciais parceiros em projetos de relevância estratégica (TC Processo 022.981/2018-7, peça 158, p. 17) :

19) dada a relevância estratégica e financeira do projeto em tela para a estatal, seria imprescindível a realização de consultas aos possíveis parceiros, geralmente concretizadas no âmbito privado por meio de instrumentos denominados RFI (Request for Information) e RFP (Request for Proposal), visando obter subsídios para a definição do modelo de parceria mais adequado e viabilizar a escolha do melhor parceiro para empresa.

Quanto ao Comitê de Resolução de Disputas, o TCU, analisando os processos de desestatização para acompanhamento de concessão de rodovias federais, também não demonstrou resistência ao uso do método alternativo de resolução de controvérsias¹⁵⁹⁷, desde que a previsão contratual condicionasse sua aplicação à regulamentação. Vejamos:

“9.2.22. adote as medidas necessárias para que a aplicação do mecanismo de dispute board ocorra somente após a sua regulamentação e que eventual omissão da autarquia não conferirá quaisquer direitos subjetivos à concessionária, em observância do art. 23, inciso XV, da Lei 8.987/1995;”¹⁵⁹⁸

¹⁵⁹⁵ Acórdão 2.488/2018-Plenário. “Representação em face de possíveis irregularidades na celebração de acordo de parceria entre as empresas Telebras e Viasat, prevendo o compartilhamento de receitas oriundas da prestação de serviços de conexão à internet, com utilização do Satélite Geoestacionário de Defesa e Comunicação”.

¹⁵⁹⁶ Referido julgado realizou levantamento com o objetivo de conhecer o processo de trabalho de parcerias estratégicas do Banco do Brasil S.A. e suas subsidiárias, bem como a motivação, a governança e a sua respectiva aderência às normas e à jurisprudência do Tribunal de Contas da União.

¹⁵⁹⁷ Ao contrário, o Acórdão 4.037/2020-Plenário diz, inclusive que “O dispute board visa, em muitos casos, tanto a resolução quanto a prevenção de disputas, sendo composto por profissionais qualificados e independentes”.

¹⁵⁹⁸ Acórdão 4.036/2020-Plenário. Processo de desestatização para acompanhar a outorga de concessão dos trechos das rodovias federais BR153/TO/GO e BR-080/414/GO.

“Portanto, proponho determinar a inclusão, na minuta contratual, de dispositivo prevendo que o uso do dispute board só ocorrerá após sua regulamentação pela agência e que eventual omissão desta não conferirá quaisquer direitos subjetivos à concessionária.

(...)

Sobre a questão, inovações regulatórias são sempre bem-vindas, ainda mais no caso em apreço, em que está sendo introduzido no contrato um mecanismo internacionalmente utilizado para auxiliar nas soluções das controvérsias. Contudo, externo minha preocupação quanto à ausência de regulamentação de questões essenciais ao seu funcionamento, como a experiência a ser exigida dos membros do comitê, o procedimento interno da Agência e a definição das situações concretas excepcionais e complexas.

(...)

inclua, na minuta contratual, a fim de conferir eficácia ao art. 23, inciso XV, da Lei 8.987/1995, dispositivo prevendo que o uso do dispute board só ocorrerá após sua regulamentação pela agência e que eventual omissão da autarquia não conferirá quaisquer direitos subjetivos à concessionária.”¹⁵⁹⁹

Sobre o momento de constituição do comitê, o TCU destaca que, geralmente, isso é feito no início do ajuste para possibilitar o efetivo acompanhamento da execução do objeto. Porém, no caso concreto da concessão das rodovias BR-163/MT/PA e BR-230/PA, optou-se pela constituição *ad hoc*, o que não foi alvo de crítica pelo Tribunal¹⁶⁰⁰.

Vê-se, portanto, que os institutos aqui analisados não encontram propriamente uma resistência no âmbito do TCU. Pelo contrário, o Tribunal é favorável à utilização dos instrumentos, desde sejam observados determinados requisitos criados pela Corte de Contas.

¹⁵⁹⁹ Acórdão 4.037/2020-Plenário. Processo de desestatização para acompanhar a concessão das rodovias BR-163/MT/PA e BR-230/PA.

¹⁶⁰⁰ “O órgão geralmente é constituído no início do contrato para permitir um efetivo acompanhamento da execução do ajuste, tanto é que uma de suas vantagens, ao menos reconhecida na literatura, é a rapidez de seus pronunciamentos. A despeito disso, a minuta contratual optou pela sua instauração *ad hoc*, provavelmente para não impactar significativamente o fluxo de caixa do projeto.” Acórdão 4.037/2020-Plenário.

Justamente nesse campo reside o risco do malogro do potencial modernizador - ainda que tímidos, mas existente – trazidos pelo Projeto de Lei nº 4.253/2020. O que se nota da análise dos acórdãos colacionados é que, muito embora o TCU venha admitindo e, de certo modo, acolhendo com bons olhos mudanças no cenário das licitações, percebe-se uma tendência de criação de requisitos próprios, estabelecidos pelo próprio Tribunal. A aderência a tais requisitos ou condições acaba funcionando como uma baliza ou mesmo pressuposto para que os novos ou modificados mecanismos legais passem pelo crivo de admissibilidade do Tribunal, despertada pela manifestação de um certo receio de abertura à participação da iniciativa privada.

É patente, como visto no item 3 deste estudo, que o entendimento constante do Tribunal é expansivo, manifestado pela consolidação de uma jurisprudência ampliadora das possibilidades decisórias do próprio órgão¹⁶⁰¹, o que pode trazer desafios à implementação adequada dos instrumentos inaugurados pelo novo Projeto de Lei, se não conjugada à nova mentalidade interpretativa que deve preponderar para se evitar a castração de suas potencialidades. Trata-se de privilegiar a noção de que a métrica interpretativa é a da consensualidade, em detrimento da visão de proteção absoluta da Administração Pública contra os riscos de seus próprios investimentos, sendo central a superação do *standard* de que menores preços, necessariamente, significam maior probidade na administração e de que o particular deve ser visto com desconfiança.

Em suma, o cenário é de incerteza, gerada pelo fato de que, impõe-se ao Tribunal acompanhar uma visão genuína de parceria e cooperação, a que o legislador – por fim – parece indicar caminhar, contemplando as benesses de uma atuação normativa moderna que pondere melhor o binômio eficiência x controle. Ainda é cedo para saber se isso ocorrerá. Talvez uma nova manifestação de vontade do legislador explicitada a partir da nova lei rompa com o paradigma de controle, alicerçada numa aplicação da “Lei nº 8.666/93 anotada” (pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União).

Desta forma, é preciso acompanhar o posicionamento do TCU com a entrada em vigor da nova lei de licitações e, conseqüentemente, de uma nova regulamentação, não somente por conta do excesso de controle que já se verifica sob a égide da atual legislação, mas também pelo papel que a

¹⁶⁰¹ Um dos exemplos cristalinos desse tipo de entendimento está insculpido no Acórdão 3.251/2020-Plenário, em que não apenas o TCU reafirmou sua competência para expedição de medidas cautelares, como asseverou entendimento de que é cabível determinação de medida corretiva ato praticado na esfera de discricionariedade das agências reguladoras, desde que esse ato viole o ordenamento jurídico, conforme também Acórdão 644/2016- Plenário.

nova lei dará ao Tribunal, inclusive com competência normativa – art. 172¹⁶⁰², por muitos já considerada inconstitucional e merecedora de veto¹⁶⁰³. Além disso, no diálogo competitivo, por exemplo, o PL permite, no art. 32, §1º, inciso XII, que o TCU acompanhe todo o procedimento, positivando um controle prévio à formalização dos contratos. Isso quer dizer que, na prática, o TCU irá participar de todas as etapas.

A interpretação jurídica, que na concepção da teoria do Direito mais moderna, mais do que de mero caráter declaratório, representa teor constitutivo da própria norma jurídica¹⁶⁰⁴ também é realizada pelo TCU, o que revela a centralidade de sua atuação alinhada ao espírito do novo texto legal que se apresenta. A doutrina permanece relevante para calibrar a necessária ponderação, também prática, entre a necessidade de controle dos atos administrativos e o combate à ineficiência histórica de um modelo de controle inchado. Fala-se de uma chance de equilíbrio para um cenário há muito – e a doutrina é quase unânime ao afirmá-lo – desbalanceado.

6) CONCLUSÃO

O momento é de apreensão e expectativa. Uma nova lei de licitações e contratos está na iminência de ser sancionada. Toda a espera de quase 30 longos anos pela modernização do sistema de contratações públicas parece perto do fim.

E, com ela, a esperança de que a eficiência administrativa seja finalmente alcançada, não em razão da ampliação da fiscalização pelos órgãos de controle externo – o que vimos que nem

¹⁶⁰² Art. 172. Os órgãos de controle deverão orientar-se pelos enunciados das súmulas do Tribunal de Contas da União relativos à aplicação desta Lei, de modo a garantir uniformidade de entendimentos e a propiciar segurança jurídica aos interessados.

Parágrafo único. A decisão que não acompanhar a orientação a que se refere o *caput* deste artigo deverá apresentar motivos relevantes devidamente justificados.

¹⁶⁰³ Na linha da inconstitucionalidade da previsão contida no art. 172, Fabrício Motta e Victor Amorim apresentam a seguinte crítica: “A necessidade de segurança jurídica é tão inquestionável que seria prescindível tal referência, notadamente diante dos preceitos da LINDB. Entretanto, o texto proposto confere competência normativa anômala ao Tribunal de Contas da União, a ser materializada por meio de enunciados abstratos apriorísticos, decorrentes de uma pretensa consolidação dos entendimentos da corte. A previsão é inconstitucional e merece ser objeto de veto.” MOTTA, Fabrício; AMORIM, Victor. O 171 que deve ser evitado na nova Lei de Licitações. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-dez-17/interesse-publico-171-evitado-lei-licitacoes>>. Acesso em 20/02/2021.

¹⁶⁰⁴ Sobre o tema, interessantes são os aportes de Eros Grau em: GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. 184 p.

sempre surte bons efeitos -, mas pela consolidação do uso de instrumentos de consensualidade entre agentes públicos e privados, com o fim da desconfiança de parte a parte. Alguns deles, como o Procedimento de Manifestação de Interesse-PMI, o diálogo competitivo e o Comitê de Resolução de Disputas analisados neste trabalho, estão previstos no Projeto de Lei nº 4.253/2020 e podem entrar em vigor ainda no primeiro semestre desse ano.

Porém, para que essas inovações sejam realmente eficazes e não caiam no vazio de se tornarem meras previsões legislativas esquecidas no papel, é preciso que o Tribunal de Contas da União colabore, por meio da sua jurisprudência, de modo a tornar viável a efetiva aplicação dos institutos. Para isso, é preciso, além de admitir a utilização, evitar a fixação de requisitos - não impostos pela lei e pela regulamentação - que acabem por tornar a aplicação tão restrita que restarão pouco efetivas, ou seja, inviabilizá-los na prática.

Como analisado, não se pode falar que o TCU rechaça aprioristicamente o uso dos instrumentos de consensualidade que terão previsão na nova lei, assim como verificou-se que não há por parte do órgão um ponto de vista de preconceito em relação à iniciativa privada ou ao diálogo desta com a Administração Pública.

Mas daí a afirmar que essa postura se manterá após a entrada em vigor da nova lei parece um tanto temerário e precipitado, especialmente se levarmos em consideração que o diploma abrirá a possibilidade de utilização dos institutos para órgãos e entidades de toda a administração pública, direta e indireta. Além disso, a efetiva aplicação das inovações dependerá de posterior regulamentação.

No momento, o que nos resta é torcer para que não sejam objeto de veto presidencial. A partir daí, só o tempo – e o TCU – dirá.

JESSÉ TORRES: UMA INSPIRAÇÃO PESSOAL E PROFISSIONAL

Thiers Montebello

Conselheiro-Presidente do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro.

Embora nossa convivência não se dê tão amiúde quanto eu gostaria — as circunstâncias naturais da vida acabam por nos distanciar à nossa revelia —, conheci o Desembargador Jessé Torres Pereira Júnior nos anos 70 e 80, quando ambos trabalhávamos na administração pública, em frentes e ambientes distintos, mas pela mesma causa.

Jessé Torres era então um dos principais e mais dedicados articuladores da implantação da Política Nacional do Bem-Estar do Menor, ao lado de Fawler de Mello, Mário Altenfelder, Maria Celeste Flores da Cunha e tantos outros que se dedicaram à criação da Fundação Nacional do Bem-Estado do Menor.

Desses tempos, vem minha crescente admiração por Jessé Torres, pela demonstração de rara sensibilidade, competência e sabedoria para enfrentar e tentar mitigar tão grave flagelo social, que se revelaria, *a posteriori*, uma prioridade incontornável em nosso país, de tantas desigualdades.

Acompanhei sua trajetória desde então, do magistério, como professor de direito público, ao seu ingresso, por concurso público, na magistratura.

Em sua atuação judicante, sempre se portou com isenção e imparcialidade, princípios intransigíveis a um juiz, somados à ponderação, à prudência e à busca pelo justo equilíbrio entre forças opostas e desiguais, valores humanistas que devem nortear a difícil função de julgar e fazer justiça.

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o nome de Jessé Torres impõe respeito e admiração, não só pelos valores éticos e princípios que o guiam em seu mister, mas por seu intelecto, pela profundidade de seu saber, acumulado e transmitido em sua vasta obra nas letras jurídicas.



Como presidente do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, tive a oportunidade de convidá-lo diversas vezes – e a satisfação de sempre obter sua generosa aquiescência – para participar, na condição de palestrante, de vários congressos sobre direito administrativo, notadamente sobre Licitações Públicas, de cujo tema é um dos maiores especialistas, de inquestionável autoridade.

1311

A Magistratura fluminense teve o privilégio de contar com um homem de virtudes extraordinárias e um dos maiores mestres do Direito, que se entregou com paixão e talento desmedidos à causa que escolheu para se dedicar, cumprindo seus desígnios com seriedade, abnegação e competência intelectual.

Quis o destino que nos encontrássemos agora no momento em que, coincidentemente, nos despedimos, compulsoriamente, de nossas funções, ele como Desembargador do Tribunal de Justiça, eu como Conselheiro do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro. Talvez, daqui por diante, nos reste tempo para uma convivência mais descontraída e frequente.

Ao Desembargador Jessé Torres, deixo o registro verdadeiro e emocionado de minha enorme admiração e reconhecimento, de alguém que acompanhou, e espera, ainda, acompanhar por muito tempo, seu caminho de sucesso e seu legado tão representativo para as atuais e futuras gerações. Sua ausência na magistratura jamais será preenchida.



DIÁLOGO COM O PROFESSOR JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR EM "REVISITANDO A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES"

1312

Vanessa Cerqueira Reis de Carvalho

Advogada e Procuradora do Estado do Rio de Janeiro.

Prezado professor Jessé, o conheci nos *"Comentários À Lei Das Licitações e Contratações Da Administração Pública"*, na década de 90, como estudante e depois como procuradora municipal. Depois, o reencontrei em *"Da Reforma Administrativa Constitucional"*, quando eu lecionava a matéria nos bancos da faculdade. No mestrado, eu te visitei novamente, na *"Responsabilidade Fiscal"*, e, logo depois, reencontramos-nos em *"Direito Administrativo – Coletânea de estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto"*, eu já como Procuradora do Estado do Rio de Janeiro.

Não existe, no mundo do direito administrativo, alguém que não o conheça como um amigo dos estudos ou um farol a ser seguido. Portanto, como sempre, muito auspicioso, traz suas soluções simples e brilhantes neste nosso momento de diálogo, em *"Revisitando a Teoria da Separação dos Poderes"*, publicado em 2013, que é mais atual do que nunca.

Começo com minhas perguntas.

- Professor Jessé, como está a Teoria da Separação dos Poderes e a Sociedade hoje?

- *"A complexa sociedade contemporânea vem percebendo que a teoria da tripartição de poderes: (a) hospeda uma vasta variedade de visões críticas sobre as funções*

do estado; (b) não hierarquiza valores, nem fixa indicadores, com o fim de estabelecer prioridades, em caso de conflito entre os objetivos e os poderes.

*Os tribunais e as casas legislativas tendem a fazer uso do modelo teórico como um valor ou fim em si mesmo, ao mesmo tempo em que dá suporte a concepções contrastantes do estado e suas estruturas, gerando contradições quando a teoria é posta em operação.*¹⁶⁰⁵

1313

Ora, professor, quer dizer, então, que nessa reconstrução por que passa o mundo, apesar de termos como cláusula pétrea, em nossa Constituição, a separação dos poderes, o antagonismo e o consenso, preconizados pelo professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em sua obra *Mutações Juspolíticas - em Memória de Eduardo G. de Enterria, Jurista em dois mundos*,¹⁶⁰⁶ podem ser classificados tanto como problema quanto como a solução para os dias atuais?

Explico.

O antagonismo que, nas palavras do professor Diogo, fomenta os confrontos de poder, embora eticamente pobre e podendo cobrar alto preço em vida e valores humanos, faz surgir a prevenção e a composição de conflitos. E, não por acaso, professor Diogo anuncia o surgimento, a partir do antagonismo e do consenso, ao dispor: *"por outro lado, está na cooperação o tipo de relacionamento que possibilita uma coordenação de diversas expressões de poder com vistas ao atingimento de fins comuns, gerando e desenvolvendo virtudes sociais, como a tolerância e a confiança, que possibilitam a concertação de vontades e o surgimento do consenso"*¹⁶⁰⁷.

- O que acha, professor Jessé?

¹⁶⁰⁵ (PEREIRA JÚNIOR, 2013, p. 72)

¹⁶⁰⁶ (MOREIRA NETO, 2016, p. 160)

¹⁶⁰⁷ (Ibid., p. 2)

- "o estado é uma construção colaborativa, cuja utilidade é a de permitir avanços mais efetivos e universalistas dos interesses individuais e coletivos, em regime de mútuo respeito e consideração;"¹⁶⁰⁸

Pois bem, professor Jessé, hoje vivemos empasses em relação a saúde, economia e desenvolvimento sustentável. Com a COVID-19, o Governo Federal impôs restrições através da Lei nº 13979, logo em fevereiro de 2020, disciplinando isolamento; quarentena; determinação de realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, coleta de amostras clínicas, vacinação e outras medidas profiláticas; ou tratamentos médicos específicos; estudo ou investigação epidemiológica; exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver; restrição excepcional e temporária de entrada e saída do País, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por rodovias, portos ou aeroportos; requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e autorização excepcional e temporária para a importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa, desde que registrados por autoridade sanitária estrangeira, e previstos em ato do Ministério da Saúde.

Portanto, em que pese o direito constitucionalmente previsto de ir e vir, preconizado no artigo 5, inciso XV da Constituição, as restrições impostas pela lei federal, e por todas as outras normas advindas da competência concorrente dos Estados e dos Municípios, reconhecida pelo STF na ADI 6341, fazem parte do que, de acordo com Habermas, na formulação kantiana do princípio do direito, do peso da legitimação que carrega da “lei geral”. Por isso o imperativo categórico que a lei geral legitima a distribuição das liberdades de ação subjetivas, expressando um bem-sucedido teste de generalização da razão no exame das leis¹⁶⁰⁹.

¹⁶⁰⁸ (PEREIRA JÚNIOR, op. cit., p. 72)

¹⁶⁰⁹ (HABERMAS, 1997, p. 157)

- Assim, diante da realidade posta, com a pandemia, e diante da necessidade do Estado de prover bens, e das sucessivas intervenções do Poder Judiciário. O que dizer, professor Jessé?

- *"os cidadãos são sujeitos de direitos e obrigações políticas em face do estado porque este deve prover um conjunto de bens que aqueles não seriam capazes de obter individualmente;"*

- *"a separação de poderes deve conduzir à organização de instituições estatais que atuem para assegurar que as decisões governamentais levem em conta tanto os interesses coletivos quanto os individuais; não se trata de propor que a "separação de poderes" exprima uma soberania bipolar, dualista, quase esquizofrênica, porém de considerar que o interesse público encerra noção que, embora monolítica, deve admitir a coexistência real de perspectivas divergentes acerca de qualquer ação estatal, por isto que as instituições devem estar predispostas a sopesar essas divergências e a admitir que nenhum dos poderes tem o monopólio do que é, ou não, de interesse público;"*¹⁶¹⁰

E, professor Jessé, se, nas palavras do professor Diogo¹⁶¹¹, *"é certo que a coerção é imprescindível para a existência das sociedades humanas, mas também é certo não ser suficiente para que elas progridam livremente, de modo a permitir o pleno desenvolvimento das potencialidades individuais. Por outro lado, a desconfiança, que deriva do inato instinto de sobrevivência, leva à divergência, ao passo que a confiança, que conduz à convergência, surge no plano da consciência, exigindo certo nível de refinamento cultural, na medida em que as instituições criem fatores comportamentais que atuem reduzindo as inibições e, ao revés, promovam a ativação*

¹⁶¹⁰ (PEREIRA JÚNIOR, op. cit., p. 74)

¹⁶¹¹ (PEREIRA JÚNIOR, op. cit., p. 160)

de uma etologia do desenvolvimento", qual o melhor modelo devem buscar os Poderes nesse momento?

- *"o novo modelo da "separação de poderes" busca extrair a unidade da divergência, visando obter resultados que a todos beneficiem, a partir de uma conjunção racional das finalidades de cada qual;"*
- *"o interesse público constitucionalizado nas políticas públicas exige administração responsiva às necessidades e aspirações coletivas e individuais, cujos efeitos decorrerão de uma cooperação institucional coordenada, apta a inibir ações unilaterais insuscetíveis de verificação e controle, verificação e controle que correspondem ao ideário republicano e democrático;"¹⁶¹²*

Professor Jessé, a própria palavra "poder" exerce uma atração, o que, nas palavras de Adolfo A. Berle, citado pelo professor Diogo, é “um dos mais velhos fenômenos das emoções humanas” que sempre exerceu fascínio, atração, assombro e medo, desde a antiguidade. Por isso, é considerado junto com o amor, por um de seus tratadistas clássicos.¹⁶¹³ Assim, como evitar que colidam? Como evitar que um poder se sobreponha ao outro?

- *"o novo perfil da "separação de poderes" reclama um processo de coordenação participativa que os aproxime entre si, de forma transparente, organizada e permanente, afastadas rivalidades e disputas personalistas por lideranças, carismáticas ou não, e vedados expedientes sigilosos de cooptação (sempre canais de desvios de recursos públicos para atender a projetos pessoais);"*

¹⁶¹² (PEREIRA JÚNIOR, op. cit., p. 75)

¹⁶¹³ (MOREIRA NETO, 1992, p. 33)

Sim, então creio que devemos afastar as rivalidades e vontades pessoais, dentro do estado democrático de direito em que vivemos, que está em uma permanente construção.

Afinal, como nos relembra Luís Roberto Barroso, acumulamos em nossos primeiros 500 anos as relações de dependência social do *feudalismo* e a vocação autoritária do *absolutismo*, bem como o modelo excludente da *aristocracia*: *"A Constituição de 1988 é vítima, e não causa, dessas vicissitudes. E a muitas delas combate com bravura. A outras capitulou. Em seu texto antológico publicado em 1981, já referido, escreveu Raymundo Faoro: "O que há no Brasil de liberal e democrático vem de suas constituintes e o que há no Brasil de estamental e elitista vem das outorgas, das emendas e dos atos de força. Nunca o Poder Constituinte conseguiu nas suas quatro tentativas vencer o aparelhamento de poder, firmemente ancorado ao patrimonialismo de Estado, mas essas investidas foram as únicas que arvoraram a insígnia da luta, liberando energias parcialmente frustradas. O malogro parcial não presta como argumento contra as constituintes, senão que, ao contrário, convida a revitalizá-las, uma vez que, franqueadas das escoltas estatais autoritárias, encontrarão o rumo da maioria e da sociedade real (...) O que a imperfeição da obra mostra é, apesar da adversidade, que o rio da democracia não tem outro leito por onde possa correr. O desastre histórico maior seria o salvacionismo das minorias, congeladas em privilégios, dispostas a, para mantê-los, afastar o povo das deliberações políticas."* ¹⁶¹⁴

- Assim, professor Jessé, existe alguma solução para isso?

- *"no estado democrático, administrador do interesse público constitucionalizado, o exercício do poder político é um processo permanente, interminável, de colaboração coordenada ente (sic) as instituições, cujo núcleo deve ser a governabilidade comprometida com resultados que a sociedade e os cidadãos reconheçam como benéficos para todos; vale dizer que maioria e minoria têm*

¹⁶¹⁴ (BARROSO, 1998, p. 23-24)



direitos iguais na audiência das instituições estatais e que estas, todas, têm iguais responsabilidades, no âmbito de suas respectivas competências constitucionais, na identificação e na consecução do que se deva considerar como de interesse público."¹⁶¹⁵

1318

Prezado professor Jessé Torres, agradeço imensamente nosso diálogo, que já dura muitos anos, desde os tempos de faculdade, depois nos estudos e sempre na solução de questões profissionais postas no Direito. Por mais uma vez, suas palavras, e soluções, se tornam atuais e necessárias para a condução da atual sociedade. Basta ler e revisitar seus ensinamentos. Obrigada!

REFERÊNCIAS:

BARROSO, Luís Roberto — Dez anos da Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**. 214 (1998). 1-25.

HABERMAS, Jürgen. — **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pp. 157.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. — **Novas mutações juspolíticas**. Belo Horizonte : Fórum, 2016. p. 396. ISBN 978-85-450-0114-0.

¹⁶¹⁵ (PEREIRA JÚNIOR, op. cit., p. 75)



MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. — **Teoria do Poder**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.

1319

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. — **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. Rio de Janeiro : Ed. Renovar, 1993. 489 p.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. — **Da Reforma Administrativa Constitucional**. Rio de Janeiro : Ed. Renovar, 1999. 492 p.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. — **Responsabilidade Fiscal - Estudos e Orientações (coletânea de vários autores)**. São Paulo : Ed. NDJ, 2001. pp. 163-203.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. — **Direito Administrativo - Coletânea de estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto**. Rio de Janeiro : Ed. Lúmen Júris, 2006. pp. 441-467.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. — Revisitando a Teoria da Separação dos Poderes. **Revista do TCU**. 127 (2013) 72-75.

TECNOLOGIA A FAVOR DA INTEGRIDADE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Vera Monteiro

Professora da FGV Direito SP e da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP.

Doutora em Direito pela USP. Mestre em Direito pela PUC-SP.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Contratações públicas e governo eletrônico na esfera federal; 2. Entes públicos envolvidos nas contratações federais; 2.1. Avaliação sobre a efetividade do sistema; 2.2. O caminho da prevenção, da repressão e da aprovação de novas leis; 2.3. É preciso ir além: monitoramento e governo como plataforma.¹⁶¹⁶

RESUMO: O artigo inserido no campo de estudo sobre contratações públicas, apresenta as características da governança federal sobre esse mercado, sustentando que a prevenção, a repressão e a revisão da legislação sobre licitações públicas são caminhos insuficientes para garantia de sua integridade. Monitoramento real e permanente da sociedade civil sobre as contratações públicas depende de acesso a dados, algo que um governo como plataforma pode viabilizar.

Introdução

Como regra, a contratação de serviços e obras, bem como a realização de compras e alienação de bens pelo poder público, pode ser feita pela Lei Geral de Licitações e Contratações Públicas (LGL) (Lei Federal 8.666, de 1993); pelo pregão (Lei Federal 10.520, de 2002) ou pelo

¹⁶¹⁶ Este texto foi publicado no livro *Direito Público Digital. O Estado e as novas tecnologias: desafios e soluções*, Diogo Rais e Francisco Octavio de Almeida Prado Filho (coords.). São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 115-126.

Regime Diferenciado de Contratações (RDC) (Lei Federal 12.462, de 2011). São as leis que regulam as licitações e contratações públicas de que trata o art. 37, inc. XXI da Constituição Federal.

A norma base sobre licitações e contratos no Brasil é a LGL, por isso, ela é amplamente utilizada pela União, por Estados e Municípios, desde sua publicação, em 1993.

A razão de haver três leis federais sobre o tema está relacionada à circunstância de as iniciativas legislativas voltadas à ampla reforma da LGL não terem sido exitosas, de modo que as mudanças havidas foram promovidas por leis próprias, sem alteração do marco legal básico.

A LGL regula o procedimento licitatório (nas modalidades de *concorrência*, *tomada de preços*, *convite* e *leilão*)¹⁶¹⁷ e trata do regime geral dos contratos administrativos. Ela regula amplamente a contratação de serviços, obras, compras e alienações pelo poder público. Seu procedimento é caracterizado pela rigidez e pelo excesso de formalismo, o que acarreta um procedimento demorado. Se questionado administra ou judicialmente, o que é frequente, essa demora pode se prolongar ainda mais.

Já as modalidades de licitação por *pregão* e por RDC foram criadas por leis próprias, as quais passaram a conviver com as modalidades da LGL. O procedimento licitatório para escolha do contratado é semelhante nos casos do *pregão* e do RDC, e sua principal característica é se opor ao modelo excessivamente burocrático e moroso da LGL. No *pregão* e no RDC o procedimento é mais simples e mais rápido, pois há autorização para que a licitação aconteça no ambiente eletrônico, é permitida a realização de lances pelos participantes e a disputa pelo menor preço acontece antes da análise documental, o que reduz a litigiosidade entre os participantes. Além disso, não há a exigência de o orçamento ser divulgado concomitantemente à publicação do edital, podendo se dar no final do procedimento licitatório.

¹⁶¹⁷ Entre essas quatro modalidades, a *concorrência* é a mais utilizada na esfera federal. A diferença básica quanto à sua aplicabilidade entre elas é o valor da contratação. Valores baixos podem ser licitados por convite, valores médios, por tomada de preço, e valores altos, por concorrência (desde 2018, obras e serviços de engenharia devem ser licitados por concorrência quando o valor do contrato for acima de R\$ 3,3 milhões; para as compras e serviços em geral, quando o valor do contrato for acima de R\$ 1,43 milhão). O leilão, por sua vez, é modalidade de licitação para venda de ativos públicos.

A principal diferença entre essas duas novas modalidades é que o pregão só pode ser utilizado quando o objeto da contratação for qualificado como “bens e serviços comum”.¹⁶¹⁸ Os contratos celebrados com base nele seguem o regime contratual da LGL.

Já o RDC pode ser utilizado para objetos comuns e também para os complexos, mas apenas quando a contratação almejada estiver inserida em uma das hipóteses autorizadas na lei (art. 1º). Inicialmente aplicado às licitações e contratos relativos aos Jogos Olímpicos de 2016, à Copa do Mundo de 2014 e aos serviços e obras de infraestrutura de aeroportos, seu âmbito de aplicação foi ampliado por leis subsequentes.¹⁶¹⁹ Os contratos celebrados com base no RDC também seguem (como no pregão) o regime contratual da LGL. A novidade está na circunstância de que, por meio dessa modalidade de licitação, é possível a celebração também de novo tipo contratual, chamado de *contratação integrada*, cabível em casos de obras e serviços de engenharia.¹⁶²⁰

A experiência do poder público com o pregão é muito ampla, em todas as esferas federativas. Já com o RDC é limitada, não tendo sido utilizado em toda a extensão permitida pela lei (muitos estados e municípios nunca realizaram contratações via RDC e, na esfera federal, os casos concentram-se no DNIT e na Infraero).¹⁶²¹

¹⁶¹⁸ Pela Lei 10.520/02, bens e serviços comuns são “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado” (parágrafo único do art. 1º). Na prática, todos os itens que possam ser adquiridos pelo critério de julgamento de menor preço têm sido licitados por meio de pregão.

¹⁶¹⁹ Podem ser licitados pelo RDC, por exemplo, obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo; ações no âmbito da segurança pública; obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; e ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação.

¹⁶²⁰ A contratação integrada é um tipo contratual para a execução de obras e serviços de engenharia que se distingue do tipo contratual básico da LGL porque a licitação, via RDC, pode ser realizada sem o projeto básico da obra ou serviço de engenharia como anexo do edital. É suficiente a divulgação do documento referencial do objeto (chamado de anteprojeto de engenharia), cabendo ao contratado a elaboração dos projetos básico e executivo. Além disso, o contrato poderá envolver, além da disponibilização da obra ou serviço de engenharia, “a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto” (§ 1º do art. 9º da Lei 12.462/11).

¹⁶²¹ O RDC foi objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs 4.655 e 4.645). Em 22 de maio de 2020, o STF iniciou o julgamento conjunto delas, tendo o relator (Ministro Luiz Fux) votado pela improcedência de ambas. No seu voto, além de ter confirmado a constitucionalidade do RDC, houve uma importante afirmação no sentido de que a LGL não é universal, nem a única forma de proteger a administração pública. Abriu caminho para uma visão pragmática do direito administrativo, sem o uso de argumentação retórica com base nos princípios. Afirmou que não há legislação que dê conta de eliminar a corrupção, que tem contornos culturais e sociais que o Direito não é capaz de penetrar. Corrupção, na sua leitura, é um problema perverso que deve se sujeitar a um conjunto de ações de prevenção e repressão múltiplas e coordenadas entre si. Em síntese, não é com uma legislação maximalista (com previsão de todas as soluções em lei, sem deixar margem de gestão ao administrador público) que se combate a corrupção. Nesse sentido, o RDC e o

1. Contratações públicas e governo eletrônico na esfera federal

O Governo federal possui duas plataformas eletrônicas com dados e informações sobre compras, valores e modalidades mais utilizadas por ele. São elas: *Portal da Transparência*¹⁶²² e *Painel de Compras*¹⁶²³. O foco de nenhuma delas é produzir dados para uma análise detalhada sobre o mercado de licitações públicas federal. Seu foco é mais garantir transparência e publicidade aos gastos públicos do que organizar dados a partir de certa metodologia para análise qualificada sobre o citado mercado.

De fato, a análise dos dados não é uma tarefa fácil, pois envolve fatores que não estão explícitos nas plataformas (p. ex., períodos de expansão do gasto público e períodos de recessão). Além disso, as plataformas não são claras sobre o objeto de análise, ou seja, se sua base de dados envolve contratações de obras ou se está restrita a compras e serviços.

Todavia, é correto afirmar que, entre as modalidades de licitação, o pregão, em termos percentuais, tem sido a mais utilizada nos últimos anos. A concorrência, por sua vez, seguramente, tem representado um número bem menor de procedimentos, mas, a depender do ano e da capacidade de investimento público, envolveu amplo volume de recursos, por ser a modalidade mais utilizada para a contratação de obras. Já as contratações diretas, isto é, realizadas sem licitação (seja na forma de dispensa, seja na de inexigibilidade), historicamente têm representado o maior percentual de recursos dispendidos na esfera federal (p. ex., em 2018, 63,77% dos valores gastos foram sem licitação, segundo o Portal Transparência¹⁶²⁴). Portanto, uma avaliação acurada sobre práticas anticompetitivas nas contratações públicas em geral deve envolver não só as contratações realizadas com licitação, mas também as celebradas diretamente.

pregão são modelos contrários ao citado maximalismo, pois dão espaço para o gestor desenhar a licitação, caso a caso, conforme as características do objeto e do mercado fornecedor.

¹⁶²² <http://www.portaltransparencia.gov.br>. Acesso em 13 de abril de 2020.

¹⁶²³ <http://paineldecompras.economia.gov.br>. Acesso em 13 de abril de 2020.

¹⁶²⁴ <http://www.portaltransparencia.gov.br/licitacoes?ano=2018>. Acesso em 13 de abril de 2020.

2. Entes públicos envolvidos nas contratações federais

Na esfera federal, a coordenação geral das licitações públicas está a cargo do Ministério da Economia, sendo responsabilidade de sua Secretaria de Gestão a administração do *Portal de Compras* governamentais.¹⁶²⁵ Nele, gestores de compras, fornecedores e cidadãos podem acompanhar os processos licitatórios, localizar publicações e consultar estatísticas sobre as compras públicas federais. Essa gestão centralizada de planejamento e operação atende e reúne informações sobretudo da aquisição e contratação de bens e serviços comuns pelos órgãos da administração direta.

Os principais números das contratações feitas pelo portal estão disponíveis e oferecem um panorama dos gastos públicos e do comportamento licitatório na esfera federal.¹⁶²⁶ Há dados sobre fornecedores, bens, serviços, modalidades de licitação utilizados e, ainda, informação sobre as contratações realizadas sem licitação.

Especificamente para as licitações de obras públicas, não há um ente que centralize os procedimentos e acompanhe as contratações. Cada ministério elabora seus próprios editais e dá seguimento aos processos licitatórios.

Além do Ministério da Economia e dos órgãos diretamente interessados na realização de licitações, há ainda outros entes da esfera federal cuja função institucional é, de algum modo, preservar a integridade das licitações públicas.

A *Advocacia-Geral da União* (AGU) é a instituição responsável pela representação, fiscalização e controle jurídico da União. Ela ainda exerce a atividade de consultoria e assessoramento jurídico no âmbito do Poder Executivo Federal. Nessa condição, a AGU atua na produção de editais e zela pela legalidade do procedimento e do contrato, cabendo-lhe elaborar parecer previamente à publicação do edital ou à celebração do contrato (no caso de contratação direta, sem licitação).

¹⁶²⁵ <https://comprasgovernamentais.gov.br/>. Acesso em 13 de abril de 2020.

¹⁶²⁶ <http://paineldecompras.economia.gov.br/>. Acesso em 13 de abril de 2020.

A *Controladoria-Geral da União* (CGU) é o órgão interno de controle do Poder Executivo federal. Atua em defesa do patrimônio público e em benefício da transparência da gestão, por meio de atividades de controle interno, auditoria pública, correição, prevenção e combate à corrupção e ouvidoria. No desempenho dessa competência, a CGU alimenta o *Portal da Transparência*¹⁶²⁷, já referido.

A CGU também recebeu da Lei Anticorrupção competência para investigar e punir empresas envolvidas em condutas ilícitas em licitação. Nessa condição, a CGU, em conjunto com a AGU, tem celebrado acordos de leniência com empresas investigadas pela prática de atos lesivos contra a administração pública federal, o que inclui a prática de cartel em licitações públicas. Trata-se de acordo por meio do qual as empresas podem ter atenuadas ou ficar isentas de sanções (p. ex., multa e proibição de contratar com o poder público), desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo.¹⁶²⁸

Além disso, a CGU desenvolveu alguns programas com o objetivo de melhorar o ambiente das compras governamentais, sendo:

a) Programa Pró-Ética: conjugação de esforços entre os setores público e privado para promover ambiente corporativo mais íntegro, ético e transparente.¹⁶²⁹ A iniciativa consiste em fomentar a adoção voluntária de medidas de integridade pelas empresas, por meio do reconhecimento público daquelas que, independentemente do porte e do ramo de atuação, mostraram-se comprometidas em implementar medidas voltadas para a prevenção, detecção e remediação de atos de corrupção e fraude.

b) Programa de integridade para órgãos públicos: procedimentos para estruturação, execução e monitoramento de programas de integridade em órgãos e entidades do governo federal (ministérios, autarquias e fundações públicas). A regulamentação define diretrizes, etapas e prazos

¹⁶²⁷ <http://www.portaltransparencia.gov.br/entenda-a-gestao-publica/licitacoes-e-contratacoes>. Acesso em 13 de abril de 2020.

¹⁶²⁸ <https://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia>. Acesso em 13 de abril de 2020.

¹⁶²⁹ <http://cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica>. Acesso em 13 de abril de 2020.

para que os órgãos federais criem os próprios programas, com mecanismos para prevenir, detectar, remediar e punir fraudes e atos de corrupção.¹⁶³⁰

c) Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas ou Suspensas: sistema que registra as sanções que impliquem restrições às pessoas físicas e jurídicas, de licitar e contratar com a administração pública.

Paralelamente à atuação da AGU e da CGU, em caso de ato anticompetitivo que comprometa a licitação pública, como o cartel, a própria autoridade responsável pela condução do procedimento pode instaurar procedimento administrativo de investigação e aplicar sanção por condutas que afetem o andamento normal das licitações, bem como abrir procedimento para determinar ressarcimento ao erário, se for o caso.

Quem pode dar início a processos penais por crimes praticados contra a administração pública é o *Ministério Público Federal*, que pode processar pessoas físicas pela realização de acordo que frustre o caráter competitivo da licitação, como o cartel. Ele também tem autoridade para instaurar ação de improbidade administrativa, sendo que as sanções civis da Lei de Improbidade Administrativa alcançam agentes públicos e também empresas e pessoas físicas que concorram para ou se beneficiem do ato ilícito.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, por sua vez, foi reformulado em 2012, e, desde então, o *Conselho Administrativo de Defesa Econômica* (CADE) tem fortalecido seu papel no combate a cartéis em licitação. Ele recebe denúncias e investiga casos de ilícitos concorrenciais em licitações públicas. Além de processar e condenar pela prática de cartel, o CADE desenvolve programas para prevenir a corrupção e promover a transparência em licitações públicas.¹⁶³¹ O órgão intensificou nos últimos anos a celebração de acordos de cooperação técnica com diferentes instituições para o combate aos cartéis, inclusive os praticados no âmbito das licitações públicas. Entre os órgãos com os quais celebrou acordo estão os Ministérios Públicos estaduais, o Ministério Público Federal, o Tribunal de Contas da União e alguns tribunais de contas estaduais.

¹⁶³⁰ <https://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/programa-de-integridade>. Acesso em 13 de abril de 2020.

¹⁶³¹ Em 31 de dezembro de 2019, o CADE publicou nova versão do seu Guia de Combate a Cartéis em Licitação (<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-publica-guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao>). Acesso em 13 de abril de 2020.

O CADE também possui um Programa de Leniência, por meio do qual empresas e pessoas físicas envolvidas em cartel em licitações celebram acordo de leniência com o CADE, comprometendo-se a cessar a conduta ilegal, a denunciar e confessar a participação na prática da infração à ordem econômica, bem como a cooperar com as investigações, apresentando informações e documentos relevantes para o detalhamento da conduta a ser investigada. Os acordos de leniência têm sido o meio mais usual utilizado pelo CADE para investigar prática de cartel.

Por fim, o *Tribunal de Contas da União* (TCU) é órgão independente de estado que tem função de auditoria externa da administração pública brasileira. Tem a tarefa de auxiliar o Congresso Nacional a fiscalizar a utilização, arrecadação, guarda, gerenciamento e administração de recursos públicos federais.¹⁶³² Ele tem legitimidade para fiscalizar a regularidade jurídica apenas de licitações e contratos celebrados com recursos públicos federais.

Em caso de ilegalidade, o TCU pode suspender o andamento de licitação, (p. ex., fraude à competição) ou solicitar que o Congresso Nacional suspenda a execução de contrato. O TCU pode aplicar sanções a ocupantes de cargos públicos e pessoas físicas e jurídicas que contratem com a Administração, requerer ressarcimento do dano, aplicar multa e declarar a idoneidade de empresa licitante envolvida em fraude à contratação. No exercício dessa competência, o TCU tem atuado em colaboração com a AGU e a CGU na celebração de acordos de leniência.

2.1. Avaliação sobre a efetividade do sistema

A multiplicidade de agentes envolvidos com competência para fiscalizar e sancionar condutas anticompetitivas em licitações tem se revelado um desafio. Esse sistema descentralizado e simultâneo de repressão às práticas anticompetitivas em licitações gera complexidade e conflitos de competência.¹⁶³³

¹⁶³² Recursos públicos de Estados e Municípios são auditados por tribunais de contas estaduais, que são independentes (entre si e em relação ao TCU).

¹⁶³³ O Guia de Combate a Cartéis em Licitação do CADE (2019) aborda esse tema (p. 52, parte IV).

De todos os órgãos mapeados, os que têm efetivamente atuado para a prevenção de práticas anticompetitivas em licitações públicas na esfera federal são o CADE (tribunal administrativo em matéria concorrencial) e a CGU (órgão interno de controle).

Não há um programa institucional específico que centralize melhores práticas para a prevenção de cartel durante o planejamento das contratações públicas e na elaboração de editais em si. Também não há carreira ou treinamento organizado de contratadores da administração pública. Os responsáveis não precisam ter experiência no assunto nem recebem formação específica.

Na prática, cada órgão finalístico cuida das suas contratações, sendo que a qualidade do edital depende exclusivamente dos servidores alocados à função. A única regra em lei é que, no caso das licitações processadas pela LGL, elas devem ser conduzidas por comissões permanentes ou temporárias, compostas de três membros, sendo que pelo menos dois deles devem ser servidores concursados. No caso do pregão, a licitação é conduzida pelo pregoeiro, que pode ser servidor concursado ou ocupante de cargo em comissão.

Uma das consequências dessa realidade organizacional é o alto grau de padronização dos editais, que não costumam considerar as características do caso concreto e do mercado no qual está inserido.

A outra consequência é que as boas experiências em matéria de contratações públicas não são organizadas, divulgadas e valorizadas. O servidor diligente, atento à prevenção de práticas cartelizadas, torna-se alvo frágil por não possuir proteção pelo exercício de suas funções.

Em 2016, foi criado o Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) (vinculado ao Ministério da Economia), com a finalidade de ampliar e fortalecer a interação entre o governo federal e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria. Seu foco é a estruturação de negócios com altos investimentos e celebração de contratos de exploração por longo prazo (p. ex., contratos de concessão comum e parcerias público-privadas). A lei que criou o programa determinou que os órgãos federais com competências para execução de contratos estruturados no âmbito do PPI articulem-se com o CADE e com o Ministério da Economia “para fins de *compliance* com a defesa da concorrência”. Trata-se de uma diretiva para que, com relação a certo tipo de contratos (os de longo prazo com alto investimento), o CADE e o Ministério da

Economia sejam envolvidos na etapa de planejamento e elaboração dos documentos da licitação, numa clara tentativa de atrair melhores práticas a esses negócios.¹⁶³⁴

Por fim, e ainda sobre o controle das licitações, além da possibilidade de recursos administrativos, a judicialização é amplamente admitida no sistema brasileiro, sendo frequente o Judiciário suspender o prosseguimento de licitações. Por um lado, esse mecanismo é positivo para resguardar direitos dos envolvidos, porém, por outro, pode favorecer a cartelização quando grupos recorrem ao Judiciário para impedir que terceiros não conluídos furem o bloqueio pretendido. É o abuso do direito de ação em benefício daqueles que buscam forjar o cumprimento das regras.

2.2. O caminho da prevenção, da repressão e da aprovação de novas leis

Há três caminhos básicos para melhorar a qualidade das licitações e contratações públicas.

O primeiro é investir em prevenção, capacitação, divulgação de boas práticas e qualificação daqueles que compram e daqueles que vendem para o poder público.

O segundo é reprimir condutas anticompetitivas no mercado de contratações públicas. Mesmo sabendo que seus resultados são pontuais (como a Operação Lava Jato), a atuação dos órgãos de controle (interno e externo) tende a contribuir.

O terceiro caminho é alterar a legislação sobre licitação e contratações. Esse caminho tem sido uma aposta frequente, mas é uma loteria. Por exemplo, deu certo o dinamismo que a lei do pregão trouxe à licitação em decorrência da *inversão de fases* (primeiro, julgamento e classificação das propostas para, depois, passar-se à habilitação dos licitantes) e da *fase recursal* única. Mas nem sempre as boas ideias chegam no parlamento e conseguem superar o jogo de interesses que lhe é próprio.

Uma boa proposta legislativa seria permitir a substituição de atestados por um seguro total, a ser apresentado pelo licitante. A legislação atual também não admite a participação de empresas estrangeiras de forma individual e sem o cumprimento de requisitos burocráticos, o que tende a reduzir a presença delas na maioria das licitações públicas. A legislação vigente também não admite

¹⁶³⁴ <https://www.ppi.gov.br/sobre-o-programa>. Acesso em 13 de abril de 2020.

o uso de um filtro, uma espécie de diligência de *compliance*, feita pelo órgão licitante, para excluir do procedimento licitantes com alto grau de risco reputacional. Ela apenas proíbe de participar nas licitações as empresas sancionadas.

Essas são algumas medidas que poderiam ser inseridas no sistema via mudança legislativa. Há, no Brasil, um movimento claro no sentido de atualização e substituição da LGL, que consolidaria a legislação esparsa surgida depois de sua publicação. O Projeto de Lei que consolida as propostas é o PL 4253/2020, aprovado na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. Ele aguarda sanção pelo Presidente da República. Trata-se de texto extenso que tem o mérito de consolidar a legislação vigente e atualizar o texto legal à luz da jurisprudência do TCU em matéria de licitações.

2.3. É preciso ir além: monitoramento e governo como plataforma

Ao fim e ao cabo, é o edital que regula o passo a passo do procedimento. Ele é o instrumento hábil para consolidar boas práticas em matéria de licitação, como evitar regras anticompetitivas ou que reduzam sem justificativa o número de interessados. Os requisitos de habilitação fixados nos editais podem diminuir a disputa potencial, sendo que a recorrente exigência de atestados de experiência anterior é frequentemente utilizada para fechamento do mercado, além de outras solicitações indevidas.

Monitorar os editais, suas regras, por segmentos de contratações, bem como seus resultados, de forma sistemática, é algo a ser feito. Compilar dados e analisá-los é o grande desafio, já que editais não são padronizados. Os procedimentos não são integralmente eletrônicos e disponíveis a quaisquer interessados. Em geral, há sempre alguma informação útil que só consta do processo físico.

É ainda importante monitorar mercados fornecedores, pregoeiros e comissões de licitação, resultados obtidos e informações relacionadas à execução dos contratos.

Acessar dados. Escolher aqueles que são úteis. Compilá-los e analisá-los. Tarefa para máquinas e humanos conhecedores do mercado de contratações públicas.

As plataformas digitais do governo federal não propiciam dados suficientes para a vigilância desejada. Só uma ampliação brutal do monitoramento pela sociedade civil das licitações e contratações públicas é capaz de trazer integridade a esse mercado. Qualquer um deve poder monitorar o governo e acompanhar as contratações, desde a reserva orçamentária até a entrega da contraprestação contratada e seu pagamento. Transparência é a chave. A vigilância tem que estar na mão da sociedade civil, e não apenas na da polícia, na do Ministério Público e na do Judiciário. Instrumentos punitivos são importantes, mas não são transformadores.

Mesmo com todos os esforços e estratégias de governo digital, as informações são difíceis de ser encontradas, dependem de códigos, senhas e da perspicácia daqueles que fazem a busca. É incrível que só a Lei 13.979, de 2020 (Lei para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus) tenha determinado o óbvio, ainda que exclusivamente para as hipóteses de dispensa de que trata: “Art. 4º, § 2º. Todas as contratações ou aquisições realizadas com fulcro nesta Lei serão imediatamente disponibilizadas em sítio oficial específico na rede mundial de computadores (internet), contendo, no que couber, além das informações previstas no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, o nome do contratado, o número de sua inscrição na Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de contratação ou aquisição”.

Um governo digital deve trabalhar pela desmaterialização dos processos físicos, pela mudança na forma de gerir e de controlar da coisa pública.

A Política de Governo Digital do Governo Federal foi criada em 2016 (Decreto 8.638/2016, alterado pelo Decreto 10.332, de 28 de abril de 2020). Entre os vários princípios que deve seguir está o de *governo como plataforma* (art. 3º, VIII). A Estratégia de Governo Digital (2020-2022)¹⁶³⁵, documento público que dá norte à Política, qualifica o citado princípio da seguinte forma: “o governo deve constituir-se como uma plataforma aberta, sobre a qual os diversos atores sociais possam construir suas aplicações tecnológicas para a prestação de serviços e o desenvolvimento social e econômico do país, permitindo a expansão e a inovação”.

¹⁶³⁵ <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/EGD2020>. Acesso em 12 de junho de 2020.



Atuar como uma plataforma permite muitos ganhos ao governo e à sociedade, é o que Manuel Bonduki, Guilherme Almeida de Almeida e Pollyana Lima apontam no artigo “Inovar é transformar o governo em uma plataforma”¹⁶³⁶.

1332

Se todos os dados produzidos pelas contratações públicas estiverem disponíveis, isso permitirá que outros atores da sociedade possam, a partir dos insumos recebidos, inovar em matéria de monitoramento.

O governo, pelos seus vários braços de atuação, deve, sim, preocupar-se com a prevenção, com a repressão e com a construção de bons marcos regulatórios. Deve, ainda, organizar e disponibilizar os dados do mercado de compras públicas. Jornalistas, universidades, centros de pesquisa, enfim, qualquer um deve poder acessar, pensar, arriscar, falhar e acertar. Os dados precisam estar constantemente disponíveis. As plataformas de dados devem ser abertas. Não vale mudar governo e mudar tudo.

¹⁶³⁶ <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inoa-e-acao/inovar-e-transformar-o-governo-em-uma-plataforma-31032020>. Acesso em 13 de abril de 2020.