

CONTROLE **EM FOCO** **REVISTA DO MPC-MG**

Belo Horizonte | v. 3 | n. 6 | jul./dez. 2023



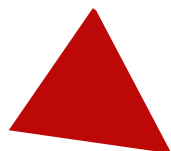


FOTO DA CAPA

Santuário da Piedade: um pedacinho do céu em Minas Gerais

O Santuário Basílica Nossa Senhora da Piedade, localizado a 48 quilômetros da capital mineira e a 16 quilômetros do município de Caeté, é guardião de um cenário de rara e rica beleza natural, no alto da montanha, a 1.746 metros de altitude. Tombado em todas as instâncias, municipal, estadual (pelo Instituto estadual do Patrimônio Histórico e Artístico – Iepha) e federal (pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – Iphan), o local conduz à reflexão, à oração e ao encontro com o Criador em um ambiente de paz, natureza e preservação.

Casa da Mãe Piedade, padroeira de Minas Gerais, o Santuário abriga a menor basílica do mundo. Entre as preciosidades reunidas em seu interior, está a venerada imagem de Nossa Senhora da Piedade. De rara beleza, esculpida em madeira, é uma das primeiras obras-primas atribuídas ao Mestre Aleijadinho, datada do século 18.

Há 250 anos, o Santuário de Nossa Senhora da Piedade é o destino de peregrinos e fiéis, tendo sido reconhecido pelo Governo do Estado de Minas Gerais como de *especial relevância para o turismo*. Inserido em área de preservação, o Santuário atrai turistas de Minas e do mundo. Entre as atividades, é possível experimentar um caminho de pouco mais de cinco quilômetros de peregrinação, a pé ou de *bike*, com paradas para meditação, uma subida que conduz ao ponto mais alto do Santuário chegando à Basílica da Padroeira.

O Santuário também está inserido em uma modalidade de viagens que cresce em todo o mundo e também no Brasil, o chamado turismo lento ou *slow tourism*. A tendência emergente valoriza a sustentabilidade e a plena valorização da experiência da viagem. Escutar os pássaros e a própria voz do Criador é uma experiência única para quem busca esse contato com a natureza.

Uma história de milagre e fé

No espaço do Santuário da Piedade, estão reunidos o patrimônio artístico, cultural, natural e intangível: a religiosidade. Assim, o ponto de peregrinações atrai visitantes com os mais variados perfis, há mais de dois séculos. Tudo começou quando o fidalgo português Antônio da Silva Bracarena ergueu a primeira capela, em 1767. Desde então, o solo sagrado já atraía visitantes pela sua história, que emocionou o fidalgo: no território sagrado, uma menina surda e muda passou a falar e a ouvir após testemunhar a aparição da Mãe Maria. Daí em diante, a montanha tornou-se ponto de peregrinação e fé.

Mais perto do céu

Chegando ao ponto mais alto do Santuário, em dias claros, o peregrino depara com uma das mais belas vistas das montanhas de Minas. Em dias mais frios e nublados, o espetáculo é ainda mais bonito e é preciso fôlego. Do topo da Serra da Piedade descortina-se uma deslumbrante paisagem do verde das matas que acompanha o subir e descer das montanhas de Minas, de onde se avistam também nove cidades: Belo Horizonte, Caeté, Contagem, Lagoa Santa, Nova União, Raposos, Sabará, Santa Luzia e Vespasiano.

Lugar de paz e devoção, de fauna e flora protegidas, o Santuário guarda também genuína gastronomia, e este é mais um ponto que atrai os fiéis, peregrinos e visitantes. Lá é produzido o queijo Frei Rosário, o primeiro do Brasil maturado em caverna, a 1.746 metros de altitude. Outra curiosidade de cozinha que acolhe os peregrinos nas noites frias é o caldo de banana verde, muito leve e ao mesmo tempo de alto valor nutricional.

O caldo começou a ser produzido no século 18, entre 1704 e 1710, quando Caeté enfrentou o período áureo da fome. As bananas eram cultivadas aos pés do penhasco da Serra da Piedade e salvaram muitos da inanição. Três séculos depois, a tradição permanece: o caldo da banana verde é preparado na cozinha do Santuário e servido aos peregrinos que buscam descanso e leveza para o corpo e a alma.

Os visitantes contam com duas opções de hospedagem no Santuário, a Casa dos Peregrinos Dom Silvério e o Retiro da Piedade, além de restaurantes e toda a estrutura para dias de descanso e reflexão.

Ação social

O Santuário Basílica Nossa Senhora da Piedade está inserido em ações sociais de grande relevância no amparo a crianças, adolescentes e idosos em vulnerabilidade social, por meio da Providens – Ação Social Arquidiocesana.

Autoria:

Assessoria de Comunicação da Arquidiocese de Belo Horizonte

CONTROLE
EM FOCO
REVISTA DO MPC-MG

CONSELHO EDITORIAL

Antonio Augusto Junho Anastasia
Daniela Mello Coelho Haikal
Denilson Feitoza Pacheco
Edilson Vitorelli Diniz Lima
Élida Graziane Pinto
Elke Andrade Soares de Moura
Jamile Bergamaschine Mata Diz
José Maurício Conti
Juarez Freitas
Luís Carlos Balbino Gambogi
Luiza Cristina Fonseca Frischeisen
Marcílio Barenco Corrêa de Mello
Maria Coeli Simões Pires
Maria Tereza Fonseca Dias
Marilda de Paula Silveira
Sebastião Helvecio Ramos de Castro

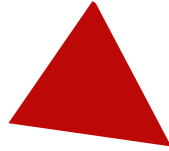
FICHA CATALOGRÁFICA

Controle em Foco: Revista do MPC-MG.

Ano 3, n. 6 (jul./dez. 2023). Belo Horizonte: Ministério Público de Contas de Minas Gerais, 2023.

Periodicidade semestral (2023).

ISSN Impresso: 2763-6461



EDITORIAL

Apresentamos aos profissionais do controle externo e à comunidade acadêmica a 6ª edição da **Controle em Foco: Revista do MPC-MG**, o periódico semestral do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais.

Como de costume, esta edição é composta por artigos de opinião, escritos pelos procuradores do MPC-MG, por artigos de jurisprudência comentada, da lavra de profissionais de excelência convidados pela Comissão Editorial, e por artigos científicos, com temáticas variadas que dão continuidade ao nosso desafio de trazer temas relevantes e atuais que envolvem o controle externo da administração pública.

Gostaríamos de anunciar melhorias que já estão em processo de implementação para dotar a revista **Controle em Foco** de relevância e impacto institucional.

Com ajuda da tecnologia da informação, passaremos a utilizar a plataforma OJS (*Open Journal System*), software de código aberto que promove acesso livre para gerenciamento e publicação de periódicos científicos. Esperamos com isso melhorar tanto nossos processos internos de operacionalização da revista como o acesso do público externo aos artigos publicados.

Nossos ânimos se renovam pela receptividade e o interesse que a revista vem tendo no universo do controle externo e pelo apoio inestimável de membros do Conselho Editorial. Como exemplo, transcrevemos mensagem encaminhada pela professora doutora Maria Coeli Simões Pires, com a sua autorização:

Com grande satisfação, acuso o recebimento do arquivo virtual da 5ª edição do periódico "Controle em foco", que vem a lume para os profissionais do controle e a comunidade acadêmica, trazendo temas atualizados, polêmicos e de grande repercussão no campo de seu objeto.

Gostaria de, mais uma vez, aplaudir a concepção e a morfologia da revista, ressaltando que as suas seções conformam um espaço equilibrado para o conhecimento a respeito do Controle Externo. A primeira, de caráter institucional ou corporativo, ao mesmo tempo, motiva o aprofundamento de estudos internos e permite o compartilhamento do conhecimento especializado produzido pelos procuradores; a segunda, de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, destaca a interpretação de questões jurídicas do controle que impactam as Cortes de Contas, em uma perspectiva universal; a terceira seção coloca-se como espaço aberto para a sedimentação científica, fazendo eloquente diálogo com a academia.

Nas pessoas de Vossas Excelências, cumprimento toda a equipe, que, sob alta direção, vem sustentando a consolidação da identidade da publicação, com zelo e qualidade excepcionais.

Parabéns aos autores, pela qualidade dos textos aportados e, especialmente, pela coragem de trazer à discussão temas controversos.

O trabalho de construção de cada edição da Revista do MPC-MG é coletivo e árduo, e receber esse retorno é um incentivo que nos faz perseverar e perseguir um permanente processo de evolução e aperfeiçoamento do nosso ainda jovem periódico.

Desejamos a todos uma ótima leitura!

Marcílio Barenco Corrêa de Mello
Procurador-Geral do MPC-MG

Cristina Andrade Melo
Procuradora do MPC-MG
Editora da revista *Controle em Foco*: Revista do MPC-MG

CORPO EDITORIAL

EDITORA

Cristina Andrade Melo

COMISSÃO EDITORIAL

Ana Carolina de Souza e Silva

Maria Tereza Fonseca Dias

REVISÃO

Lílian de Oliveira

COLABORADORES

André Augusto Costa Zocrato

André Luiz de Oliveira Junior

Bruna Gontijo Pellegrino

Lívia Maria Barbosa Salgado

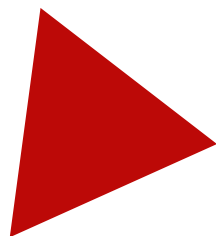
Giovana Almeida

DESIGNER

Vivian de Paula

SUORTE TI

Juan Karlos Freitas Diniz



SUMÁRIO

ARTIGOS DE OPINIÃO

Cristina Andrade Melo

Agente de contratação na nova lei de licitação | **PÁGINA 10**

Daniel de Carvalho Guimarães

A competência dos tribunais de contas e a lei das estatais | **PÁGINA 17**

Elke Andrade Soares de Moura | Giovanna Bonfante

O aprimoramento do controle interno dos municípios de pequeno porte como medida essencial à garantia do estado democrático de direito | **PÁGINA 20**

Marcílio Barenco Corrêa de Mello

Lobby no espaço de poder decisório | **PÁGINA 26**

Maria Cecília Borges | Natália Pinheiro D'Dalarpônio Ferreira Pinto

Relevância do protesto extrajudicial na execução de títulos executivos extrajudiciais emanados dos tribunais de contas | **PÁGINA 32**

Sara Meinberg Schmidt de Andrade | Diego Felipe Mendes Abreu de Melo

A função jurisdicional exercida pelos tribunais de contas | **PÁGINA 39**

ARTIGOS DE JURISPRUDÊNCIA

Érico Andrade | Gabrielle Teixeira Ribeiro | O julgamento do Tema 642 pelo STF e sua análise em face da teoria dos precedentes | **PÁGINA 44**

Rodrigo Medeiros | Acórdão TCU nº 1.593/2023-Plenário e a “desrelicitação”: discussão quanto à viabilidade jurídica da retomada de concessões outrora problemáticas e em encaminhamento para nova licitação | **PÁGINA 49**

ARTIGOS CIENTÍFICOS

Cristiana Fortini | André Canelas Alves | Matriz de riscos em contratos de obras públicas: dinamismo necessário | **PÁGINA 59**

Flávio Germano de Sena Teixeira Júnior | Marcos Nóbrega | A teoria das invalidades na nova lei de contratações públicas e o equilíbrio dos interesses envolvidos | **PÁGINA 75**

Frederico Ferreira de Vasconcelos | Maiara Ludmila Miranda Marinho Costa | Patricia Helena Gambogi Boson | Tácito Ribeiro de Matos | Análise técnica, econômica e jurídica dos critérios de seleção de propostas a serem adotados em licitações para concessão de serviços de saneamento | **PÁGINA 93**

Frederico Martins de Paula Neto | Ricardo Carneiro | Aplicação da Lei de Newcomb-Benford para análise da possibilidade de fraude em empenhos de restos a pagar não processados no Estado de Minas Gerais no período de 2018 a 2022 | **PÁGINA 113**

Kenia Marcia Fonseca Santos Guimarães | Gabriel Caires Feltrin | A implementação de uma política de governança em aquisições e contratações em empresas estatais | **PÁGINA 124**

Marcílio Barenco Corrêa de Mello | Mediação digital | **PÁGINA 137**

Pollyana Dutra Costa Plantikow | O controle dos tribunais de contas sobre a administração pública: a (in) aplicabilidade do artigo 22 da LINDB na jurisprudência do TCE-MG | **PÁGINA 150**

Artigos de opinião

AGENTE DE CONTRATAÇÃO NA NOVA LEI DE LICITAÇÃO



Cristina Andrade Melo

Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais.
Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da UFMG. Diretora-tesoureira da Associação Nacional do Ministério Público de Contas (AMPCON).
Editora-chefe da Revista *Controle em Foco*, do MPC-MG.

Após muitas críticas ao procedimento considerado engessado da Lei n. 8.666/1993 e anos de espera para aprovação do projeto de lei, a Lei federal n. 14.133 foi promulgada no dia 1º de abril de 2021, inaugurando no ordenamento jurídico um novo diploma legal para as licitações e os contratos administrativos.

Neste breve artigo, pretende-se abordar aspectos relacionados à profissionalização dos agentes públicos, mais especificamente, do agente de contratação, tendo em vista o papel fundamental que esses atores exercem na difícil tarefa de implementação de práticas de governança nos processos de contratações públicas.

Diferentemente da Lei n. 8.666/1993, a nova lei de licitações prevê de forma expressa o princípio da segregação de funções, além de tantos outros que aparecem pela primeira vez em âmbito legal, tais como os princípios do planejamento e da segurança jurídica (art. 5º). A autoridade máxima do órgão ou entidade deverá observar o princípio da segregação de funções, sendo vedada “a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação” (art. 7º, §1º).

Assim, o servidor responsável pela condução da fase externa do certame não deve atuar no controle interno, por exemplo. O princípio veda que sejam concentrados todos ou vários atos da cadeia de contratação suscetíveis a riscos em uma única pessoa, o que poderia favorecer, em tese, a ocultação de erros e o cometimento de fraudes.

A segregação de funções é, portanto, uma boa prática de governança que visa conferir transparência interna e compartilhamento de funções ao longo do processo de contratação. Para que se torne realidade na prática, é preciso que haja previsão formal das competências que cada agente público exercerá, desde a fase do planejamento até o término da execução contratual.

Dessa forma, a segregação de funções é verdadeira premissa da profissionalização que a nova lei pretende internalizar nos meandros da administração pública, devendo ser observada pela autoridade máxima do órgão ou entidade (art. 7º, §1º) e pelos órgãos de controle (art. 169, §3º, inciso II), para fins de eventual atribuição de responsabilidade.

Os servidores envolvidos no processo de contratação podem ser divididos em três grandes grupos: (i) servidores que atuam na fase preparatória da licitação; (ii) servidores que atuam na licitação propriamente dita: agente de contratação, pregoeiro, leiloeiro, equipe de apoio e comissão de contratação; e (iii) servidores que atuam na execução contratual: fiscais e gestores do contrato.

Com relação ao segundo grupo, a Lei n. 14.133/2021 estabeleceu, nos artigos 7º a 10, alguns regramentos importantes sobre o assunto. De início, dispôs que compete à autoridade máxima do órgão ou da entidade promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho de funções que preencham os seguintes requisitos: (i) sejam, preferencialmente, servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da administração pública; (ii) tenham atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuam formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público; e (iii) não sejam cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da administração nem tenham com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil (art. 7º, *caput*, incisos I a III).

Todos esses requisitos são essenciais para que a alta administração consiga implementar, na prática, as diretrizes de gestão por competência e governança no órgão ou entidade sob seu comando. Os requisitos *ii* e *iii*, que dizem respeito à qualificação do agente e limitações em virtude de vínculo entre agentes e licitantes ou contratados habituais, não despertam maiores controvérsias.

A preferência da lei pelo servidor efetivo – não necessariamente estável – ou empregado público dos quadros permanentes da administração (requisito *i*) se justifica pela maior possibilidade de atuação desses agentes com neutralidade e independência, sem receio de influências ou represálias que prejudiquem o bom desempenho das funções. Além disso, a designação de servidores com vínculo mais forte com a administração contribui para a construção de conhecimento e memória técnica dos órgãos públicos, o que dificilmente seria possível com a troca dos agentes públicos envolvidos na contratação pública a cada gestão.

Já no art. 8º, a lei dispôs que a licitação será conduzida por agente de contratação, que será designado pela autoridade competente entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da administração e terá as seguintes atribuições: tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação. Ainda, conforme o §1º do art. 8º, o agente de contratação será auxiliado por equipe de apoio e responderá individualmente pelos atos que praticar, salvo quando induzido a erro pela atuação da equipe.

O primeiro ponto que chama a atenção no mencionado artigo é a criação da figura do agente de contratação, que inexistia na legislação anterior. De acordo com a Lei n. 8.666/1993, a licitação é conduzida por uma comissão designada pela administração com a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes (art. 6º, XVI), podendo ser comissão permanente ou especial (art. 51¹). Já na lógica do pregão (Lei n. 10.520/2002), a condução fica a cargo do pregoeiro e da equipe de apoio, cuja atribuição inclui, entre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor (art. 3º, inciso IV).

1 Art. 51. A habilitação preliminar, a inscrição em registro cadastral, a sua alteração ou cancelamento, e as propostas serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial de, no mínimo, 3 (três) membros, sendo pelo menos 2 (dois) deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação.

A figura do agente de contratação, nos dizeres de Rafael Carvalho Rezende Oliveira², representa “solução legislativa semelhante àquela adotada na Lei n. 10.520/2002 (Lei do Pregão), que inaugurou a tendência de licitações conduzidas por órgão singular, e distinta da solução adotada na Lei n. 8.666/1993, que imputava a condução do certame à comissão de licitação”.

Observam-se similitudes entre as funções do agente de contratação e as do pregoeiro, pois ambos são auxiliados por uma equipe de apoio e possuem previsão de atuação na fase externa da licitação, a partir da publicação do edital³ até o julgamento de eventuais recursos, já que a homologação compete à autoridade superior (art. 4º, inciso XXII, da Lei n. 10.520/2002 e art. 71, IV, da Lei n. 14.133/2021).

A inovação reside no fato de que, ao agente de contratação, e não mais à comissão de licitação, compete conduzir as licitações na modalidade concorrência, enquanto o pregão continua a ser conduzido pelo pregoeiro, nomenclatura já amplamente conhecida no universo das compras públicas (art. 8º, §5º). Em concorrências que envolvam bens ou serviços especiais, a lei concedeu à autoridade competente a faculdade de substituir o agente de contratação por comissão de contratação, formada por, no mínimo, três membros (art. 8, §2º).

A comissão de contratação também é responsável por conduzir licitações na modalidade diálogo competitivo (art. 32, §1º, inciso XI) e concurso. Já o leilão, de acordo com a nova lei, poderá ser cometido a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela autoridade competente da administração (art. 31), ou seja, não estendeu a esse servidor designado a nomenclatura de “agente de contratação”. Nada impede, entretanto, que a autoridade competente designe o agente de contratação para conduzir o leilão.

Das cinco modalidades de contratação estabelecidas na nova lei (art. 28), ao agente de contratação compete conduzir as concorrências, podendo ser substituído por comissão de contratação em se tratando de “bens e serviços especiais”, expressão utilizada para se contrapor a “bens e serviços comuns” (art. 8º, §2º).

Por sua vez, bens e serviços especiais são conceituados, pelo art. 6º, inciso XIV, como aqueles em que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade, os padrões de desempenho e qualidade não podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado, tais como os bens e serviços comuns. Como exemplo, temos as contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia especiais, os quais, por expressa previsão legal, não podem ser contratados via pregão (art. 29, parágrafo único).

Em apertada síntese, para contratação de bens e serviços comuns, a modalidade própria é o pregão, conduzido pelo pregoeiro, ao passo que, para bens e serviços especiais, licitados por concorrência, a condução compete ao agente de contratação ou à comissão de contratação, a critério da autoridade competente, em decisão, obviamente, devidamente motivada. Conclui-se, portanto, que o campo de atuação da nova figura do agente de contratação pode ser bem reduzido na prática, tendo em vista a possibilidade de ser substituído pela comissão de contratação.

Um segundo ponto de atenção é que, diferentemente do artigo 7º, inciso I, que estabelece a preferência pela designação de agentes públicos que sejam servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros

2 OLIVIERA, Rafael Carvalho Rezende. Agente de contratação na nova lei de licitações. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 21, n. 81, p. 111-125, abr./jun. 2023

3 O agente de contratação pode prestar auxílio na fase preparatória para fins de saneamento da instrução processual, não devendo ser responsável pela elaboração de estudos preliminares, projetos, anteprojetos, termos de referência, pesquisas de preços e minutas de edital, conforme art. 14, §2º e §3º do Decreto Federal n. 11.246, de 27 de outubro de 2022.

permanentes da administração para desempenho das funções essenciais à execução, o artigo 8º é taxativo quanto ao vínculo do agente de contratação: “pessoa designada pela autoridade competente entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes”.

Não há que se falar em contradição entre os artigos se consideramos que o inciso I do artigo 7º trata da regra geral, direcionada a todos os agentes públicos que desempenham funções essenciais à execução, e o art. 8º trata especificamente do agente de contratação, que, necessariamente, deve ser servidor efetivo ou empregado público permanente.

Já se discute na doutrina a abrangência do artigo 8º ao estabelecer o vínculo e as atribuições do agente de contratação, ou seja, se o comando legal seria norma geral, aplicável a todos os entes da Federação, ou, ao revés, se seria norma especial, aplicável somente à União. Apesar de o artigo 1º anunciar que a Lei n. 14.133/2021 estabelece normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas de todos os entes federativos, o velho debate entre “normas gerais x normas especiais” existente na Lei n. 8.666/1993 parece não dar sinais de trégua na vigência da nova lei de licitações.

A Constituição da República confere à União a competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, estados, Distrito Federal e municípios (art. 22, XXVII).

Na busca de uma racionalidade objetiva para a distinção entre normas gerais e especiais no âmbito da Lei n. 14.133/2021, Fabrício Motta e Gabriela Pércio⁴ escrevem que, além das normas que se referem à abrangência, ao princípio e aos objetivos, “são gerais as normas da Lei 14.133/21 que integram o núcleo essencial do novo regime jurídico das contratações públicas”, ou seja, “os pilares estruturantes que dão a tônica do novo sistema e que, por isso mesmo, devem ser uniformes, não comportando variações ou adaptações para que sejam aplicadas em todos os entes da Federação”. Por outro lado, conteúdos atrelados à autonomia organizacional, típicos de atos normativos próprios, tendem a ser especiais, como o artigo 8º. Em suas palavras:

Assim se passa [...] com o art. 8º, que restringe a designação, como agente de contratação ou pregoeiro, de servidor efetivo ou empregado do quadro permanente, a despeito das diferentes realidades e da análise de eficácia da outra solução em cada caso concreto; como, novamente, o art. 8º, que fixa as competências do agente de contratação, as quais devem ser entendidas como máximas, cabendo ao estado ou município o cuidado de não as extravasarem, mas sendo-lhe possível fixar restrições, de acordo com a realidade que melhor possibilite o alcance dos objetivos.

Nesse mesmo sentido se posicionaram Rafael Carvalho Rezende Oliveira⁵ e Ronny Charles⁶, que sustentam o caráter específico da norma do art. 8º da nova lei de licitações, tendo em vista a autonomia dos demais entes para instituir o regime jurídico dos seus servidores e fixar suas atribuições por meio de lei.

Também entendendo pela possibilidade de designação de comissionados para a função de agente de contratação, a Consulta n. 627/2022⁷, emitida pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia: “Necessário se faz advertir que a mencionada regra não deve ser aplicada de forma irrestrita, devendo ser exigido a motivação/justificativa caso o órgão tenha que designar servidores comissionados para a função de agente de contratação (...)”. Por sua vez, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, na Consulta

4 Motta, Fabrício; Pércio, Gabriela. Normas gerais e regulamentos na nova Lei de Licitações e contratos: da teoria à prática, 20 de março de 2022. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2021/06/24/normas-gerais-e-regulamentos-na-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos-da-teoria-a-pratica/>. Acesso em: 14 set. 2023.

5 Ibid., p. 122

6 TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações comentadas*. 14. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.

7 BAHIA. Tribunal de Contas dos Municípios. Consulta n. 627/2022. Disponível em: https://www.tcm.ba.gov.br/sistemas/textos/juris/05320e22_odt.pdf. Acesso em: 14 set. 2023.

n. 1.102.275⁸, afirmou ser possível a participação, em comissão de licitação ou em equipe de apoio, de servidores ocupantes exclusivamente de cargo em comissão, desde que na composição sejam atendidos os requisitos especificados em cada diploma legal.

Contudo, respeitando as opiniões em contrário, entende-se que o artigo 8º deve ser lido em uma perspectiva global considerando os objetivos e pilares de sustentação do novo marco legal das licitações e contratações públicas, entre eles, a governança e integridade, nelas incluída a profissionalização dos agentes públicos envolvidos no ciclo da contratação.

Muito se tem falado a respeito da governança e integridade na nova lei de licitação e contratações públicas. Estas, em conjunto com o planejamento e a transparência, têm sido apontadas como eixo norteador do novo e extenso marco legal das compras públicas no Brasil.

A nova lei não conceitua governança, mas, no parágrafo único do artigo 11, descreve ações de competência da alta administração que acabam por dotar o vocábulo de significado palpável no contexto das licitações e contratos públicos. Analisando tal dispositivo legal, a professora Cristiana Fortini⁹ o considera o coração da lei de licitação e contratos, o “dispositivo Sol”, pois, em suas palavras, “De uma forma ou de outra, a cada dispositivo que se examina na nova lei, voltamos ao artigo 11 e ao seu parágrafo único”. Vejamos sua redação:

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

[...] Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no caput deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.

Existem vários fatores de implementação da governança na administração pública e um deles é justamente a exigência de que o agente de contratação seja servidor público efetivo ou empregado público dos quadros permanentes dos órgãos. Entende-se que essa condição confere ao agente, em tese, maior independência e autonomia na tomada de decisões, dificultando a formação de compadrios e favorecendo um ambiente de integridade. Não se está querendo dizer com isso que o risco de corrupção está completamente afastado, pois a história brasileira é recheada de casos dessa natureza envolvendo políticos e servidores dos mais variados vínculos com a administração, o que revela que o traço de desonestidade está na pessoa, e não no cargo que ela ocupa. Todavia, o vínculo de permanência e continuidade com a administração pode oferecer uma camada de proteção contra a malversação de recursos públicos e a ineficiência na condução do procedimento – e parece ser esse um dos objetivos da norma.

Além disso, ao exigir a designação do agente de contratação entre servidores efetivos ou empregados públicos, preocupou-se o legislador com a profissionalização do órgão responsável pelas compras públicas. É preciso investimento – leia-se: emprego de recursos públicos – em contínua capacitação dos agentes de contratação e demais servidores envolvidos no processo de contratação, o que é requisito para desempenho das funções (art. 7º, inciso II). Aliás, a nova lei conferiu expressamente a competência dos tribunais de contas, por meio de suas escolas de contas, de “promover eventos de capacitação para servidores efetivos e empregados públicos designados para o desempenho das funções essenciais

8 MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Consulta n. 1.102.275 – Plenário, Relator: Conselheiro-substituto Adonias Monteiro. Data da sessão: 30/03/2022. Disponível em <https://mapjuris.tce.mg.gov.br/TextualDadosProcesso/DetalhesExcerto/1102275#!>. Acesso em: 14 set. 2023.

9 FORTINI, Cristiana. O coração da lei de licitações e contratos: qual o dispositivo Sol? *Revista Consultor Jurídico*, 17 nov. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-nov-17/interesse-publico-coracao-licitacoes-contratos-qual-dispositivo-sol>. Acesso em: 11 set. 2023.

à execução da lei” (art. 173). O vínculo de efetividade do servidor com a administração permite que o conhecimento seja acumulado ao longo dos anos e contribui para formação da “memória” do setor de compras, o que é bastante benéfico para o interesse público e não ocorreria com a alta rotatividade que vínculos de natureza precária sugere.

Nesse sentido, a exigência de ligação mais sólida do agente de contratação com o poder público deve ser entendida como norma geral, pois é fator de implementação da governança, integridade e profissionalização – pilares estruturantes da nova lei e que devem nortear a sua interpretação – na prática cotidiana da administração pública.

Vale mencionar que o Tribunal de Contas do Estado do Rio Janeiro exarou a Consulta n. 251107-7/2022, Acórdão n. 91533/2023-PLENV¹⁰, relator conselheiro Christiano Lacerda Ghuerrren, sob o entendimento de que o artigo 8º veicula norma geral porque busca resguardar preceitos constitucionais da independência e imparcialidade do agente público. Da fundamentação da consulta, extrai-se o seguinte trecho:

Ao analisar as normas transcritas (arts. 6º, LX, 7º, inciso I e 8º, §3º), podemos afirmar que as normas que veiculam os requisitos para a designação de agentes públicos para o exercício das funções e, em especial, da função de agente de contratação são normas de caráter geral.

Isto porque, quando o legislador estabeleceu no artigo 8º que os agentes de contratação devem obrigatoriamente ser servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, enquanto que no artigo 7º estabeleceu que preferencialmente possuam tais características, denotou a opção por tais categorias de agentes públicos como forma de garantir a independência e imparcialidade que se espera para a condução dos processos e tomadas de decisão, atribuindo concreção ao disposto no artigo 37, incisos, II, V e XXI da CRFB. Ou seja, são normas gerais pelo critério da finalidade.

Sendo norma geral, o artigo 8º possui raio de incidência sobre todos os entes federativos: União, estados, Distrito Federal e municípios. Não se desconhece as dificuldades operacionais que municípios brasileiros de pequeno porte enfrentarão para cumprimento do comando legal do artigo 8º, mormente com a necessidade, agora positivada como princípio, de segregar as funções no processo de contratação. Pensando nisso, o legislador conferiu prazo alargado para os municípios com até 20.000 (vinte mil) habitantes cumprirem os requisitos estabelecidos no art. 7º e *caput* do art. 8º da lei (art. 176, inciso I). Esses entes terão o prazo de 6 (seis) anos a contar da data de publicação da lei, isto é, até 1º de abril de 2027, para se planejar de modo que a designação do agente de contratação para conduzir procedimentos licitatórios na modalidade concorrência recaia sobre servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes.

Também não se pode perder de vista que a Constituição da República consagra, como regra geral, o acesso a cargos públicos via concurso público (art. 37, inciso II) e, como exceção, a contratação temporária (art. 37, inciso IX) e os cargos em comissão, apenas para atribuições de direção, chefia e assessoramento (art. 37, inciso V). Por isso, não se pode normalizar a utilização de cargo em comissão para desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais, conforme entendimento fixado em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (Tema 1010). É justamente o caso do agente de contratação, cujas atribuições sinalizam o caráter técnico *lato sensu*, e não de direção, chefia e assessoramento.

Com a devida vênia, o raciocínio utilizado pelos autores que entendem tratar-se o artigo 8º de norma especial, aplicável tão somente à União, levaria também à mesma conclusão com relação ao art. 7º,

10 RIO DE JANEIRO [Estado]. Tribunal de Contas. *Acórdão n. 91533/2023*, Consulta n. 251107-7/2022 – Plenário Virtual, Relator: Conselheiro Christiano Lacerda Ghuerrren. Data da sessão: 28/08/2023. Disponível em <https://www.tcerj.tc.br/documento-webapi-externo/api/documento/acordao/91533/2023?votoInteiro=true>. Acesso em: 14 set. 2023.

inciso I, que estabelece requisitos para designação dos agentes públicos que desempenharão funções essenciais, a serem escolhidos preferencialmente entre os servidores efetivos ou empregados públicos permanentes, isto é, que seria uma norma especial, não extensível automaticamente aos demais entes. Nesse raciocínio, seria possível argumentar, por absurdo, que os municípios e estados teriam autonomia para estabelecer até que todos os cargos de agentes públicos que atuam em processos licitatórios devem ser comissionados, providos por recrutamento amplo, desvirtuando, assim, toda a sistemática do Capítulo IV do Título I (Dos agentes públicos) da nova lei.

Portanto, em conclusão, entende-se que o agente de contratação é órgão unipessoal criado pela Lei n. 14.133/2021 para conduzir licitações na modalidade concorrência, com o auxílio de uma equipe de apoio, devendo ser designado pela autoridade competente entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da administração, exigência que deve ser entendida como norma geral por guardar relação e coerência com os eixos estruturantes da governança, profissionalização e integridade do novo marco legal das contratações públicas no Brasil.

A COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E A LEI DAS ESTATAIS



Daniel de Carvalho Guimarães

Procurador do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais.

Este artigo tem como objetivo investigar a competência dos tribunais de contas para apreciar a legalidade dos atos de gestão das empresas públicas e das sociedades de economia mista, como a indicação dos cargos para o conselho de administração e para diretoria.

A Lei nº 13.303/2016 é o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos. Ela pretendeu, entre outros objetivos, aprimorar a governança e a gestão das empresas estatais em um contexto histórico de aparelhamento dos cargos de primeiro escalão, com a escolha de membros dos conselhos e da diretoria com base em critérios meramente políticos ou de conveniência do governante de ocasião.

O art. 17, §§ 2º e 3º, da Lei nº 13.303/2016 contém vedações para a escolha dos administradores das empresas estatais. A norma não apresenta sanção específica para o seu descumprimento. Porém, as normas somente terão coercibilidade se contarem com mecanismos de controle no ordenamento jurídico, que permitam revisar as escolhas e impor sanções pelos sistemas sancionadores existentes:

Art. 17. Os membros do Conselho de Administração e os indicados para os cargos de diretor, inclusive presidente, diretor-geral e diretor-presidente, serão escolhidos entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento, devendo ser atendidos, alternativamente, um dos requisitos das alíneas "a", "b" e "c" do inciso I e, cumulativamente, os requisitos dos incisos II e III:

(...)

§ 2º É vedada a indicação, para o Conselho de Administração e para a diretoria:

I - de representante do órgão regulador ao qual a empresa pública ou a sociedade de economia mista está sujeita, de Ministro de Estado, de Secretário de Estado, de Secretário Municipal, de titular de cargo, sem vínculo permanente com o serviço público, de natureza especial ou de direção e assessoramento superior na administração pública, de dirigente estatutário de partido político e de titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciados do cargo;

II - de pessoa que atuou, nos últimos 36 (trinta e seis) meses, como participante de estrutura decisória de partido político ou em trabalho vinculado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral;

III - de pessoa que exerça cargo em organização sindical;

IV - de pessoa que tenha firmado contrato ou parceria, como fornecedor ou comprador, demandante ou ofertante, de bens ou serviços de qualquer natureza, com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia

mista ou com a própria empresa ou sociedade em período inferior a 3 (três) anos antes da data de nomeação;

V - de pessoa que tenha ou possa ter qualquer forma de conflito de interesse com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade.

§ 3º A vedação prevista no inciso I do § 2º estende-se também aos parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau das pessoas nele mencionadas.

No Brasil, em geral, há a possibilidade de controle de atos administrativos pela própria entidade pública, pelos tribunais de contas e pelo Poder Judiciário. As empresas estatais estão submetidas a um regime jurídico misto, parte de direito público, parte de direito privado, nos termos do art. 173, § 1º, da Constituição de 1988 e da Lei nº 13.303/2016. Assim, não são todos os atos de gestão que podem ser controlados como se atos administrativos fossem, de acordo com as regras legais e os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência estabelecidos na Constituição.

A lei institui requisitos que contêm conceitos jurídicos indeterminados, como reputação ilibada e notório conhecimento, sobre os quais o controle dos atos administrativos tem seu alcance reduzido. O presente artigo recortou esse cenário para focar na possibilidade de controle pelos tribunais de contas sobre os atos de escolha dos dirigentes das empresas estatais em relação às vedações previstas no art. 17, §§ 2º e 3º, que contêm elementos objetivos, suscetíveis de controle posterior. Como exemplos, segundo os dispositivos, não podem ser escolhidos para cargos no conselho de administração nem na diretoria:

- a) ministro de Estado e seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau;
- b) secretário de Estado e seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau;
- c) secretário municipal e seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau;
- d) dirigente estatutário de partido político e seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau;
- e) titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciado do cargo, e seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau.

As hipóteses descritas contêm fatos que podem ser comprovados com elementos objetivos e buscam afastar dos cargos de direção das empresas estatais pessoas que tenham exercido ou exercem funções consideradas pelo legislador incompatíveis com a função de conselheiro ou diretor de empresa estatal. A norma contempla também a indicação de parentes em até terceiro grau dessas pessoas que exercem atividades incompatíveis para concretizar o favorecimento e negociação de apoio político, prática comum na história brasileira.

A fiscalização do cumprimento desses critérios de vedação pode ser feita pelos tribunais de contas? Entendo que sim.

O art. 70 da Constituição estabelece que o tribunal de contas atuará no controle externo das entidades da administração indireta quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas. Para tanto, o art. 71, II e VIII, concedeu a competência ao tribunal de contas para julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos na administração indireta e para aplicar as sanções previstas em lei em caso de ilegalidade de despesa.

Após o advento da Lei nº 13.303/2016, a escolha dos dirigentes das estatais deixou de ser uma questão político-administrativa ou ato *interna corporis*, livre de controle, pois o agente ou órgão que pratica o ato

deve demonstrar a sua aderência aos requisitos e a sua não incidência nas vedações previstas em lei. E tais atos devem ser controlados pelos tribunais de contas, já que o desencontro entre ele e o conteúdo da lei caracteriza ilegalidade, em sua acepção clássica de descumprimento do comando normativo. Além disso, a escolha de um componente do conselho de administração ou da diretoria em desrespeito à lei configura ilegalidade da despesa da empresa estatal.

A discricionariedade na escolha do mandatário apenas tem lugar após a filtragem de legalidade, ou seja, o ato de escolha será discricionário a partir de opções, de pretendentes que cumprirem os requisitos legais e não incidirem nas vedações. Assim, o controle sobre o cumprimento dos requisitos e vedações do art. 17 é de legalidade e deve ser exercido pelos tribunais de contas.

Contudo, ainda é necessário enfrentar o art. 85 da Lei nº 13.303/2016:

Art. 85. Os órgãos de controle externo e interno das 3 (três) esferas de governo fiscalizarão as empresas públicas e as sociedades de economia mista e as relacionadas, inclusive aquelas domiciliadas no exterior, quanto à legitimidade, à economicidade e à eficácia da aplicação de seus recursos, sob o ponto de vista contábil, financeiro, operacional e patrimonial.

(...)

§ 3º Os atos de fiscalização e controle dispostos neste Capítulo aplicar-se-ão, também, às empresas públicas e às sociedades de economia mista de caráter e constituição transnacional no que se refere aos atos de gestão e aplicação do capital nacional, independentemente de estarem incluídos ou não em seus respectivos atos e acordos constitutivos.

O dispositivo permite o controle externo das empresas estatais quanto à legitimidade, à economicidade e à eficácia da aplicação de seus recursos, sob o ponto de vista contábil, financeiro, operacional e patrimonial. Perceba-se que o parâmetro da legalidade não está no artigo da lei. Essa ausência poderia criar a ilusão de que o controle externo não pode ser feito com base na legalidade.

O objetivo do art. 85 foi afastar a dúvida até então existente na doutrina sobre o alcance do controle sobre as empresas estatais, em virtude da sua natureza jurídica de direito privado. Porém, essa dúvida não existia quanto à legalidade que era, afinal, o principal parâmetro de controle do controle externo, de acordo com a Constituição. Principal, não único. A lei confirmou o espectro trazido na Constituição, no art. 70, por um controle abalizado nos parâmetros da legitimidade, da economicidade e da eficácia dos atos de gestão. Logo, não se deve compreender o art. 85 como limitador do conteúdo constitucional, sob pena de subversão da hierarquia que deve existir entre norma constitucional e norma legal.

Em conclusão, os tribunais de contas têm competência para apreciar a legalidade dos atos das empresas estatais de escolha dos seus mandatários, quanto ao cumprimento dos requisitos e da não incidência nas vedações previstas no art. 17 da Lei nº 13.303/2016, com o objetivo de garantir a eficácia do novo regime legal, mediante a imposição de sanções e de obrigações de fazer ou de não fazer aos responsáveis pela decisão em caso de descumprimento das regras legais.

O APRIMORAMENTO DO CONTROLE INTERNO DOS MUNICÍPIOS DE PEQUENO PORTE COMO MEDIDA ESSENCIAL À GARANTIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO



Elke Andrade Soares de Moura

Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pós-Graduada em Controle Externo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais (MPC-MG).

Giovanna Bonfante

Mestre em Administração Pública pela Fundação João Pinheiro. Analista de Controle Externo lotada no Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais (MPC-MG).

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), nossa Constituição cidadã, preocupou-se em assegurar, em base sólida, conformada por normas que consagram direitos individuais e coletivos e limitam o exercício do poder, a garantia e o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Estabeleceu, de forma expressa, o denominado princípio democrático ao asseverar que *“todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”*.

E é nesse contexto que, conforme se vê ao longo do texto constitucional, restaram ampliados os mecanismos e os aspectos de controle sobre a gestão da coisa pública, buscando-se evitar, notadamente, desvios no cumprimento da finalidade pública, a ocorrência de arbitrariedades e o desrespeito a direitos fundamentais dos cidadãos, questões essenciais para se garantir a preservação do próprio Estado Democrático de Direito.

O arranjo constitucional de regramento do controle da gestão pública deu destaque ao controle interno, haja vista sua essencialidade para apoiar não apenas o gestor em sua atividade administrativa quotidiana, mas, também, o exercício do controle externo a cargo do Poder Legislativo e do Tribunal de Contas, prevendo sua estruturação genérica e a responsabilidade de quem o exerce.

Entretanto, não obstante a ênfase constitucional conferida a essa modalidade de controle, verifica-se que sua conformação, principalmente no âmbito dos pequenos municípios – aqui entendidos como aqueles que possuem população inferior a 10.000 habitantes e representam, em seu conjunto, 44% dos municípios brasileiros –, ainda se mostra incipiente e carente de amplo aprimoramento.

Em verdade, o que se observa é que, em muitos desses municípios brasileiros, o controle interno existe apenas *pro forma*, tendo sido criado para dar aparência de que está sendo respeitado o mandamento constitucional.

Não se pode olvidar que, para que reste soberana a vontade do povo, consolidando-se a agenda democrática do Estado de Direito, tal como preconizado na CRFB/88, indispensável, entre outros instrumentos, um sistema efetivo de controle das atividades estatais, o que depende, em muito, da adequada instrumentalidade do sistema de controle interno.

Assim, discutir alternativas para enfrentar as fragilidades existentes no funcionamento do controle interno de pequenos municípios, como se pretende neste artigo de opinião, constitui passo relevante na busca da efetividade desse controle e, conseqüentemente, tem o potencial de contribuir para que referidos entes federativos utilizem de forma adequada e legítima os recursos públicos e alcancem objetivos democraticamente estabelecidos em prol da sociedade.

O CONTROLE INTERNO E SUA RELEVÂNCIA PARA A GESTÃO PÚBLICA

Conforme se infere da Teoria Clássica da Administração, a função administrativa do controle visa prevenir surpresas desastrosas, auxiliar a direção da organização e proporcionar informações indispensáveis, não alcançáveis por outras vias.

A Lei nº 4.320/1964, que estatui normas gerais de direito financeiro voltado aos entes federativos brasileiros, foi precursora ao utilizar as terminologias controle externo e controle interno e a dar-lhes definições.

A CRFB/1988, por sua vez, prevê, em apertada síntese, a atuação concomitante do controle interno, existente no âmbito da própria estrutura organizacional da administração, e do controle externo, a cargo do Poder Legislativo, com o auxílio dos tribunais de contas, órgão autônomo e independente da administração. Prevê, ainda, que cada Poder deverá manter, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade, entre outras, de apoiar o controle externo em sua missão institucional.

Ademais, dispõe que, na hipótese de o responsável pelo controle interno tomar conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela dará ciência ao Tribunal de Contas, sob pena de responsabilidade solidária.

Sob essa sistemática, o controle interno, cujo exercício é atribuído a órgão integrante da própria estrutura organizacional da administração e que, desse modo, se encontra posicionado mais próximo dos atos de gestão, constitui a primeira e mais relevante barreira para breçar a corrupção e o desperdício.

Assim, para que reste plenamente atendido o interesse público, é essencial a busca por uma administração pública que, aprimorando constantemente seus processos de trabalho, exerça a função de controle interno de forma efetiva, de modo a garantir o regular funcionamento de mecanismos, entre outros, de prevenção e repressão do mau uso dos recursos públicos; de combate à corrupção; de observância das normas e princípios constitucionais; de aperfeiçoamento da gestão pública; bem como de eficiência, eficácia e efetividade do Estado.

Destarte, o controle interno é decorrente do poder de autotutela, reconhecido pelo Poder Judiciário, a exemplo da Súmula 473¹ do Supremo Tribunal Federal, e envolve a fiscalização e o controle exercido pela

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 473. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [1969]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula473/false>. Acesso em: 23 out. 2023.

própria administração pública sobre seus atos, por meio de um conjunto de procedimentos interligados que, em síntese, visa acompanhar a execução das ações dos administradores, orientando e adotando medidas, em seu âmbito de atuação, para que haja a observância das normas e, ao final, possam ser alcançados os objetivos da administração pública.

Entretanto, verifica-se que a CRFB/1988 não previu, de forma detalhada, as competências e a estrutura das unidades centrais de controle interno, tendo apresentado, tão somente, um desenho pertinente à atividade de controle interno.

Assim, é pertinente realizar a diferenciação existente entre as unidades ou estruturas de controle interno do denominado “sistema de controle interno”.

Aquelas constituem órgão, localizado dentro da estrutura da administração, que atua como unidade responsável pelo sistema de controle interno.

Já o sistema de controle interno, conforme disposto no Anexo da Resolução nº 4, de 6 de agosto de 2014, editada pela Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (Atricon), é um processo conduzido pelas supramencionadas estruturas e executado por todo o corpo funcional da administração pública.

Trata-se de um conjunto de procedimentos de controle, que envolve atividades de todas as unidades de uma organização, a ser elaborado, conforme suas especificidades, e instituído por meio de instrumento normativo próprio.

Desta forma, o controle interno de um pequeno município não é – ou não deveria ser – exercido de forma isolada por uma unidade formalmente estabelecida ou por um servidor especialmente designado para o cargo de controlador, mas, sim, com a colaboração de todos aqueles que executam atos na estrutura administrativa. Em outros termos, o controlador é o responsável por coordenar o sistema de controle interno, já os demais integrantes da estrutura administrativa têm de estar envolvidos nesse sistema, participando do controle dentro da sua área de atuação.

Ademais, por estar mais próximo da gestão, tem o controle interno mais condições de tomar conhecimento dos fatos e atuar, inclusive de forma prévia, podendo prestar o devido suporte ao controle externo.

Entretanto, não obstante a CRFB/1988 trazer as previsões supramencionadas quanto à atuação colaborativa do controle interno com o controle externo, não tratou de detalhar como se dá o referido apoio.

Além disso, apesar da relevância do controle interno para a gestão pública, estudos apontam a existência de fragilidades, bem como a ocorrência de ineficiência do controle interno em municípios com menos de 10.000 habitantes.

A REALIDADE DO CONTROLE INTERNO DOS PEQUENOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS

No Brasil, dos 5.570 (cinco mil quinhentos e setenta) municípios, 2.448 (dois mil quatrocentos e quarenta e oito) possuem população menor do que 10.000 (dez mil) habitantes (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE²).

2 Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9103-estimativas-de-populacao.html?=&t=downloads>

Em junho de 2023, foi divulgado diagnóstico realizado pelo Banco Mundial em parceria com o Conselho Nacional de Controle Interno (Conaci),³ com o objetivo, entre outros, de oferecer um panorama acerca do nível de estruturação das unidades centrais de controle interno do Poder Executivo dos municípios brasileiros.

Entre os resultados obtidos, restou constatado que menos de 3% das unidades centrais de controle interno possuem alto nível de estruturação; que cerca de 25% dos municípios do país não apresentam unidades centrais de controle interno estruturadas; e, daqueles que apresentam algum nível de estruturação, 83% contam com menos de cinco pessoas em suas equipes, inviabilizando a realização integral da atividade de controle interno.

Ademais, foi apontado que a região Sudeste do Brasil apresentou a pior média de desempenho, muito em decorrência da concentração, em estados como Minas Gerais e São Paulo, de um elevado número de municípios de menor porte, entre eles, aqueles pequenos municípios (dotados de população inferior a 10.000 habitantes), que detêm baixa capacidade financeira e técnica para estruturação de uma unidade central de controle interno.

Em estudo acadêmico realizado em 2021 e 2022,⁴ que visou, por meio de entrevistas, conhecer e divulgar o real funcionamento do controle interno de municípios com menos de 10.000 habitantes e sua relação com o Tribunal de Contas, restou constatado que a maioria das unidades centrais de controle interno desses entes é composta por apenas um integrante, não se podendo falar na existência de unidades centrais de controle interno propriamente ditas.

Esse único responsável pelo controle interno, ou o controlador, nem sempre é concursado em cargo específico para tanto, havendo casos de nomeação de não efetivos ou de servidores efetivos em outros cargos do Executivo municipal. Ademais, muitos deles estão subordinados a outras secretarias e não possuem estrutura de trabalho adequada.

Na referida pesquisa, detectou-se, também, o desconhecimento, pelo próprio controlador, quanto ao que seja sistema de controle interno e quanto à necessidade do envolvimento e participação das demais unidades da Prefeitura no controle.

Foi verificado que o controlador nomeado, sem equipe para auxiliá-lo, realiza, na medida do possível, atos de controle de forma direta, emitindo recomendações ou notificações, muitas vezes informalmente, em decorrência do fato de que, em pequenos municípios, autoridades públicas, servidores e cidadãos, em geral, se conhecem e interagem com grande frequência, existindo uma relação peculiar, despida de grandes formalidades, diferentemente do que ocorre em municípios de maior porte.

Ademais, constatou-se que a relação entre o controle interno de pequenos municípios e o Tribunal de Contas é ainda incipiente, diante da realidade de funcionamento das controladorias locais e do distanciamento existente entre essa realidade e as exigências fixadas pelo ordenamento jurídico e pelas organizações do campo do controle.

Neste particular, deve-se destacar que a referida pesquisa aponta que os controladores entrevistados, em sua maioria, relataram possuir uma visão de que o Tribunal de Contas, além de ser inacessível aos pequenos municípios, não tem conhecimento da realidade de tais entes.

3 Disponível em: <https://conaci.org.br/wp-content/uploads/2023/06/Digital-Diagnostico-Nacional-do-Controlde-Interno.pdf>

4 Pesquisa acadêmica realizada por servidora lotada no MPC-MG, Giovanna Bonfante, para o curso de Mestrado em Administração Pública, da Fundação João Pinheiro, Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, da qual derivou a dissertação intitulada: *O controle interno de pequenos municípios, na perspectiva de seus responsáveis, e sua relação com o Tribunal de Contas*.

Assim, o que se verifica é que, na maioria dos municípios dotados de população inferior a 10.000 habitantes, resta cumprido tão somente o mínimo exigido pelo ordenamento jurídico, vez que, apesar da existência de um controlador empossado, não são executadas plenamente todas as atividades típicas de controle, a exemplo de auditorias, podendo-se concluir que se trata de um controle interno ineficiente.

Ademais, extrai-se que os entes ora tratados não possuem capacidade estatal suficiente para atender às exigências que lhes são impostas, com destaque para a baixa capacidade de equipar o controle interno municipal com mão de obra tecnicamente qualificada.

Lado outro, nota-se que essas deficiências de capacidade são desconsideradas pelo ordenamento jurídico vigente e pelas organizações influentes do campo do controle, que acabam por fixar exigências impossíveis de serem cumpridas pelos referidos entes federativos, o que contribui para a ineficiência do controle interno nos pequenos municípios e para que reste incipiente a relação entre controle interno e externo.

CONCLUSÃO

As consequências da ineficiência do controle interno nos pequenos municípios, ou, em algumas realidades, da sua própria inexistência de fato, refletem diretamente na efetividade de direitos fundamentais, cuja realização se dá por meio da atividade administrativa quotidiana desenvolvida rumo à concretização de políticas públicas. Impactam, em consequência, a própria essência do Estado Democrático de Direito, cujos propósitos centrais se circunscrevem a um governo voltado à satisfação das necessidades e interesses da sociedade, de modo a garantir uma vida digna a todos.

Buscar o aprimoramento do controle interno dos municípios com menos de 10.000 habitantes, pois, é medida necessária para a melhoria da gestão pública de 44% do total de municípios brasileiros e, sobretudo, da qualidade de vida das pessoas que neles residem.

Sabe-se que as principais organizações do campo do controle, a exemplo da Atricon, têm entre seus objetivos de atuação a adoção de medidas para o aprimoramento do controle interno dos entes federativos.

Entretanto, para que essas medidas sejam exitosas em relação aos pequenos municípios, deve-se buscar maior aproximação, de caráter pedagógico-orientativo, e não sancionador, adotando-se abordagem especialmente direcionada a esses entes, que leve em consideração suas peculiaridades.

Assim, mister, em prol da eficiência do controle, que as organizações influentes dessa seara conheçam a realidade dos pequenos municípios e tentem rever as normas e exigências atualmente impostas, propondo as mudanças necessárias, de modo que se leve em consideração a estrutura e a capacidade de tais entes.

Ademais, sugere-se que sejam criadas mais oportunidades de diálogo, menos burocráticas, que dotem os controladores dos entes municipais de maior liberdade para que sejam discutidos, juntamente com outras organizações do campo do controle, melhores modelos ou formas de funcionamento dos órgãos de controle interno, mais adequados às realidades locais, buscando alternativas e atualização das normas que hoje lhes servem de norte.

E isso, na medida em que, repita-se, a ação ou função administrativa de controle, quando em efetivo funcionamento, pode ser decisiva para o alcance de resultados estabelecidos e a utilização adequada e legítima dos recursos públicos, salvaguardando, em última análise, os interesses da coletividade e, assim, garantindo a perpetuidade do viés democrático do Estado de Direito, conforme estabelecido na CRFB/1988.

Sem o adequado controle, não há como falar em Estado Democrático de Direito, sendo:

Imprescindível, pois, haver efetivo controle da administração pública, de modo a se buscar assegurar a consecução das finalidades de interesse geral mediante a observância dos parâmetros da legalidade, com prevenção e consequências capazes de coibir abusos de poder e desvios de recursos públicos (UNGARO; SANTOS, 2021, p. 34).

Às instituições governamentais incumbidas do controle fica, nessa medida, a desafiadora tarefa de contribuir, cada qual na órbita de suas atribuições, para o aprimoramento dos sistemas de controle interno, mormente no âmbito dos pequenos municípios, visto que representam rol expressivo na municipalidade brasileira, visando dotá-los de estrutura adequada e suficiente para o desempenho da relevante missão que lhes foi constitucionalmente confiada.

REFERÊNCIAS

ATRICON - Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil. **Resolução nº 04/2014**, de 6 ago. 2014. Aprova as Diretrizes de Controle Externo Atricon nº 3.302/2014, relacionadas à temática “Controle interno: instrumento de eficiência dos Tribunais de Contas”.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988 e atualizada até a Emenda Constitucional nº 114/2021. Brasília, DF: Senado Federal, 2021. Disponível em: < <https://normas.leg.br/?urn=urn:lex:br:federal:constituicao:1988-10-05;1988>>. Acesso em: 19 set. 2023.

BONFANTE, Giovanna. Dando voz ao controle interno de pequenos municípios: realidades de seu funcionamento e de sua relação com o Tribunal de Contas. In: SEVERINO, Débora Pinto; CAMATA, Edmar Moreira; FERRAZ, Leonardo de Araújo; THOMÉ, Marcela Oliveira (Coord.). **Mulheres no controle**: tópicos de controle interno sob o olhar das mulheres. Belo Horizonte: Fórum, 2023. p. 89-112.

FAYOL, Henri. **Administração industrial e geral**: previsão, organização, comando, coordenação, controle. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1990.

GLOCK, José Osvaldo. **Sistema de Controle Interno na Administração Pública**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

GUERRA, Evandro Martins. Aspectos jurídicos do controle interno. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Biblioteca Digital Fórum de Direito Público. Belo Horizonte, ano 1, n. 11, nov. 2002.

GUERRA, Evandro Martins. Controle interno: reflexões acerca das dificuldades na implantação e efetivação de seus mecanismos. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Biblioteca Digital Fórum de Direito Público. Belo Horizonte, ano 4, n. 39, mar. 2005a.

UNGARO, Gustavo; SANTOS, Ludinaura Regina Souza dos. Redes de conhecimento e controle interno da administração pública no Brasil: análise teórico-prática a partir da atuação do CONACI e do Banco Mundial. In: FERRAZ, Leonardo de Araújo; LOBO, Luciana Mendes; MIRANDA, Rodrigo Fontenelle de (Coord.). **Controle Interno Contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 27-49.

LOBBY NO ESPAÇO DE PODER DECISÓRIO



Marcílio Barenco Corrêa de Mello

Doutor em Ciências Jurídicas Públicas pela Universidade do Minho/Portugal, com área de concentração em Direito Administrativo. Mestrado e Licenciatura em Fundamentos dos Direitos Constitucionais pela Universidade Federal de Alagoas/Brasil. Especialista em Direito Processual pela Faculdade de Direito de Maceió (AL)/Brasil. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (RJ)/Brasil. Procurador-Geral do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais/Brasil.

O presente artigo discorre sobre temas de controle externo ligados às questões administrativas, contábeis, financeiras e orçamentárias das ações públicas em prol do atendimento dos anseios da sociedade, dando ênfase, em linhas gerais, ao fenômeno do governo representado por uma pequena elite que manipula o Estado em benefício de interesses próprios; às práticas de *lobby* exercidas por grupos organizados com o objetivo de influenciar os espaços decisórios do Poder Público; o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o exame do ato doloso de improbidade administrativa nos processos perante as cortes de contas; e o item dedicado ao estudo da mudança evolutiva do ordenamento jurídico brasileiro em aproximação do sistema jurídico da *common law*, principalmente nas decisões do Excelso Pretório. Serão examinadas também a estrutura e a composição das cortes especializadas nas análises de contas dos jurisdicionados.

ASPECTOS POLÍTICOS E SOCIAIS DECORRENTES DA CONCENTRAÇÃO DE PODER

Ao longo da história do Brasil, constata-se a preponderância de um pequeno grupo de pessoas no poder com a finalidade de determinar os destinos da nação. Tal perfil identifica-se como oligarquia ou controle do governo por poucos a serviço de seus próprios interesses. Essa particularidade leva a uma espécie de aparelhamento político que afasta os cidadãos, além de gerar a falta de comprometimento com os anseios da sociedade. Em síntese, é a tomada de controle de órgãos ou setores da administração pública por representantes de grupos de interesses corporativos ou partidários.

Tem-se, assim, a concentração do poder de comando em um mesmo partido político, ou mesma família, grupo econômico ou corporação, fazendo escolhas que reforçam seus privilégios e afetam os interesses coletivos. Esse fato remonta à época da colonização do país, ainda em 1530, quando o território foi dividido em capitâneas hereditárias sob o domínio de capitães-mores (donatários) e seus descendentes, que podiam explorar economicamente a região, ao mesmo tempo que se tornavam responsáveis pela construção de fortalezas, igrejas, fundação de vilas, cobrança de tributos e proteção do território, de forma bem similar aos feudos medievais. Faz-se necessário pontuar que os donatários eram fidalgos leais ao rei de Portugal e componentes da alta aristocracia. Posteriormente, em 1821, foram instituídas as províncias, como unidade político-administrativa, cujos representantes constituíam uma elite política ou pequeno grupo de políticos ativos. À vista disso, consolidou-se, assim, a oligarquia, governo de poucos em comunhão de interesses, vantagens e laços sanguíneos, o que, no entanto, perdurou no espírito da sociedade brasileira mesmo

após o Governo Provisório da Nova República de 1889, quando as províncias foram transformadas em estados da federação, até os dias atuais.

É bem verdade que, após a redemocratização política do país, em 1988, os cidadãos passaram a eleger seus representantes nos poderes Executivo e Legislativo, porém, ainda perdura a influência de regras e tradições que concentravam o poder nas mãos de poucas pessoas ou famílias, segundo os interesses predominantes no momento.

A esse respeito, o cenário hodierno é marcado por constantes mudanças políticas, econômicas, sociais e tecnológicas, no qual o “governo de poucos” continua encontrando formas estratégicas de manter ou expandir os seus privilégios em pleno século XXI, como no caso de fraudes eleitorais, leis aprovadas em benefício próprio, controle dos meios de comunicação, distorção dos processos democráticos em plataformas sociais, entre outros, o que, por conseguinte, acaba por promover conflitos, produzir ineficiências, gerar atritos e facilitar a ocorrência de casos de corrupção.

Outrossim, a manutenção dos mandatos nos poderes constituídos no Brasil pós-Constituição de 1988 desaguou na ideia de “governo de coalizão”, aliança política, coligação, na qual os chefes de poderes se imbricam por meio de concessões mútuas, que descambam – às vezes – à margem do interesse público relevante que deveriam promover e tutelar. Sob outra perspectiva, sem essa concessão mútua em sede de governança, haveria o entrave na execução de mecanismos indispensáveis ao bom e eficiente funcionamento da máquina pública. De certa maneira, essa “exigência” de funcionalidade dos governos comina na retroalimentação do sistema político em si, criando um ciclo de manutenção do poder político nas mãos de poucos, de forma repetida e reiterada, de modo a não permitir a renovação necessária da alternância de mandatos políticos, a criar uma “casta” inalterada, remontando às antigas “castas do poder”.

Todos esses fatores contribuem para manter a concentração de poder nas mãos das classes governantes que dirigem a nação, em defesa de suas bandeiras políticas, causas e ideais, na maior parte das vezes de forma distante das soluções justas e democráticas. A meu pensar, é necessário que os recursos estatais estejam acima dos interesses particulares de quem assumiu o poder, com a finalidade de serem utilizados para os fins do Estado, a serviço de políticas públicas que atendam de forma eficiente toda a população.

PRÁTICAS DE LOBBY LEGÍTIMAS

O *lobby*, legítimo é uma atividade exercida dentro da lei e da ética por grupos civis ou profissionais, de forma organizada, fazendo chegar ao poder público as exigências e pleitos da sociedade, em uma espécie de recepção de correntes de opinião diversas.

A atuação dos lobistas como grupo de pressão para informar e defender interesses junto ao Legislativo e Executivo constitui importante ferramenta para o funcionamento da democracia, na medida em que podem fiscalizar, colaborar e apresentar demandas aos governantes e parlamentares. Nesse caso, o exercício da atividade de *lobby* pode auxiliar os poderes constituídos na tarefa de atenderem às necessidades da sociedade de forma ampla.

Em contrapartida, as práticas de *lobby* ilegítimas são aquelas que se convertem em corrupção, como quando o indivíduo desenvolve atividades com intuito de buscar vantagens indevidas. Tais práticas, por conseguinte, são passíveis de penalização pelos tribunais de contas. O *lobby* ilegítimo seria então a presença de um grupo de indivíduos que se contrapõem aos interesses dos outros cidadãos. Em outros termos, o conflito de interesses surge da busca de vantagens privadas no âmbito da administração pública, quando o objeto do *lobby* tiver por escopo a ausência de contemplação do interesse público à sociedade.

O descumprimento da chamada “terceira virtude da administração pública”, que é a integridade, identifica o atributo intangível e a linha tênue divisória da legitimidade e ilegitimidade no patrocínio de interesses no âmbito estatal, devendo ser rechaçado pelos tribunais de contas, seja no exercício do controle externo (por meio de processos) em face de seus jurisdicionados, seja no exercício de suas próprias atribuições internas institucionais (por meio de procedimentos).

Isto posto, é fundamental que haja transparência e isonomia na atividade de *lobby*, com todos os dados disponibilizados ao público em sítio eletrônico oficial, por meio de documentos ou gravações em formato de vídeo ou áudio, contendo o registro das interações entre os representantes de interesses privados da coletividade e o agente tomador de decisão; divulgação dos nomes das pessoas, setor de atuação e com quem entraram em contato, bem como as despesas efetuadas na atividade e a forma como cada sugestão foi levada em consideração; entre outras informações relevantes.

Também devem ser destacadas certas restrições, como a vedação ao recebimento de presentes e/ou hospitalidades pelo tomador de decisão de políticas públicas, além de não ser utilizada, em hipótese alguma, a atividade de *lobby* para financiamento de campanhas eleitorais.

Destarte, a representação de interesses perante o poder público, mediante contatos lobísticos, deve observar os parâmetros de legitimidade e transparência, para o desenvolvimento econômico-social.

ANÁLISE DA EXISTÊNCIA DE DOLO OU CULPA PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

O Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão prolatada no julgamento do Recurso Extraordinário 636.886-AL, assentou o entendimento de que não se deve perquirir dolo decorrente de improbidade administrativa, ou mesmo culpa, nos processos perante os tribunais de contas, uma vez que essas cortes especializadas não julgam pessoas, apenas realizam exame técnico das contas.

Não obstante, a meu pensar, no exercício da atividade-fim do Tribunal de Contas sempre estará presente o exame da regularidade ou não de condutas praticadas por pessoas no trato com a coisa pública. A esse respeito, convém ponderar que o julgamento das contas não se resume a um exame objetivo e automatizado de operações aritméticas, balanços, relatórios e demonstrativos, mas envolve a análise dos atos de gestão de forma ampla, em seus diversos aspectos, inclusive *rent seeking*, entendido como o ganho privado sem contrapartida para a sociedade, por intermédio de *lobby* ilegítimo e corrupção, o que deve ser analisado pela instância controladora, podendo levar a determinações de ressarcimento ao erário e aplicação de multa, entre outras providências.

Além disso, são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, conforme Tema 897 do próprio Supremo Tribunal Federal. Por conseguinte, a análise da existência de dolo nos casos submetidos à apreciação das cortes de contas torna-se necessária para fins de aplicação ou não da prescrição da pretensão ressarcitória.

Para essa verificação, não se exige o dolo específico, sendo suficiente a demonstração de dolo genérico, ou seja, a simples vontade consciente de aderir à conduta.

Desse modo, acredito que o elemento subjetivo da conduta (dolo ou culpa) pode ser identificado pelos tribunais de contas em um devido processo legal, por meio de provas materiais e técnicas, por exemplo, no caso de omissão de prestar contas, entre outras, para fins de caracterização da inexistência da prescrição da pretensão ressarcitória, mote de agir de suas atribuições, sem haver declaração expressa da prática de ato de improbidade administrativa (privativa do Poder Judiciário em ação própria).

Assim sendo, compreendo que os tribunais de contas não aferem culpa ou dolo exclusivamente para fins de caracterização de atos de improbidade administrativa, em razão da previsão nas respectivas leis orgânicas de meios de defesa sem a mesma profundidade ou mais restritos, em tese, do que os utilizados no âmbito do processo judicial. Não obstante isso, se houver indícios de crime ou da prática de ato de improbidade administrativa, deve ser remetida cópia da documentação pertinente ao Ministério Público comum para ajuizamento das ações cabíveis. Entendimento diverso significaria incorrer numa concepção reducionista a respeito da atividade de controle externo.

Na mesma linha de raciocínio, destaco o entendimento da Corte Maior no Tema 899, no sentido de ser prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário reconhecida em acórdão de Tribunal de Contas, o que, a meu ver, não impede o exercício do controle externo propriamente dito. A questão é objeto de discussão, havendo orientação do Tribunal de Contas da União, no sentido de que a decisão da Suprema Corte não tratou do exercício do controle externo, mas sim da prescrição intercorrente ocorrida durante a fase de execução dos acórdãos condenatórios emanados daquela corte especializada. Ainda de acordo com o Tribunal de Contas da União, prevalece a pretensão imprescritível se o agente público tiver agido com dolo em ato de improbidade administrativa. De qualquer forma, mesmo nos casos de prescrição, entendo serem cabíveis a adoção de determinações, recomendações ou outras medidas destinadas a reorientar a atuação administrativa.

Portanto, entendo ser necessário buscar a eficiência de atuação dos tribunais de contas no Estado Democrático de Direito que vivemos, em prol de um controle externo que atue primordialmente em defesa do real interesse público.

VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO CENÁRIO NORMATIVO-JURISPRUDENCIAL

Atualmente, ocorre uma crescente utilização da jurisprudência na aplicação do direito, especialmente no âmbito de atuação do Supremo Tribunal Federal, com base em uma interpretação principiológica da Constituição da República.

O sistema romano-germânico da *civil law*, em que se privilegia a norma em si ou a regra de direito geral e abstrata, vem sendo gradativamente superado no ordenamento pátrio, com uma crescente aproximação do sistema jurídico da *common law*, no qual prevalece a decisão dos juízes em casos semelhantes.

É sabido que no sistema da *civil law* (adotado por países da Europa Continental), o jurista deve interpretar a lei, para fins de sua aplicação no caso concreto, de forma que toda decisão terá como ponto de partida o próprio texto legal. Em outras palavras, nesse sistema jurídico, o juiz não está criando outra regra, mas apenas trazendo sua aplicação à situação sob exame, de modo que o julgado não vincula os posteriores.

Por sua vez, no sistema da *common law* (utilizado na Inglaterra e nos Estados Unidos), o jurista se baseia nas decisões já existentes em casos semelhantes, em uma clara observância dos precedentes, sendo a jurisprudência equiparada à lei.

Nesse contexto, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942) adota o sistema romanista, ao estabelecer que o juiz só poderá julgar com base nos costumes e princípios gerais do direito no caso de omissão da lei. No entanto, com o passar do tempo e a evolução do sistema jurídico, a aplicação de costumes e princípios não mais depende de omissão da norma, chegando até mesmo a prevalecer sobre esta. Torna-se comum o reconhecimento de direitos amparados nos princípios previstos na Constituição da República, na forma reconhecida em decisão judicial, com nítida aproximação do

sistema anglo-saxônico. Várias decisões do Supremo Tribunal Federal têm seguido esse parâmetro e moldado as diretrizes de diversas questões relevantes à sociedade atual.

Essa conjuntura acaba por representar certa concentração de poderes na esfera de decidibilidade da Suprema Corte, como intérprete maior da Constituição. É uma espécie de fechamento do círculo de intérpretes da Constituição, levando a uma eficácia expansiva das decisões do Supremo Tribunal Federal. De todo modo, acredito que tal fato não representa necessariamente um retrocesso institucional em desfavor dos órgãos de controle externo em si.

Como visto, o que se observa é um movimento normativo-jurisprudencial, com o auxílio de um sistema de superação de precedentes pela Suprema Corte, lastrado no modelo anglo-saxônico (*common law*), em que valores abstratos (principiológicos) se tornam fundamentais, além de motivação para desconstituir ou revisitar institutos jurídicos sedimentados há anos. Não se pode olvidar que o direito não é um museu de princípios, mas, por outro lado, a hermenêutica constitucional não pode ser usada como retórica para abalar a segurança jurídica de institutos jurídicos postos há anos sob fundamento do modelo romano-germânico (*civil law*).

Nesse debate em torno da estrutura da jurisdição constitucional brasileira, entendo ser primordial buscar uma solução eficaz nesse momento de grandes mudanças, procurando sempre a melhor relação entre atos, condutas, leis e tratados internacionais em face dos princípios expressos na Magna Carta.

ESTRUTURA E COMPOSIÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

A Constituição da República de 1988 estabeleceu a competência do Tribunal de Contas da União e dos tribunais de contas dos estados para a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos atos administrativos dos governos federal, estadual e municipal.

Cumprir registrar que as decisões desses tribunais especializados geram efeitos de grande importância e relevância social, tais como o ressarcimento de danos causados ao erário, a aplicação de multas por irregularidades constatadas na gestão de recursos públicos, a declaração de inidoneidade de empresas para contratar com a administração, o registro de aposentadorias e pensões, a anulação de atos de admissão, entre outros.

Ademais, as cortes de contas possuem autonomia administrativa e financeira, sendo os seus ministros e conselheiros equiparados por simetria aos ministros do Superior Tribunal de Justiça e desembargadores do Tribunal de Justiça, respectivamente, contando, ainda, em sua estrutura com conselheiros substitutos, procuradores do Ministério Público e corpo técnico qualificado.

Nessa acepção, também faço referência à composição predominantemente política dos tribunais de contas. Tradicionalmente, os ministros e conselheiros são escolhidos pelo Poder Legislativo e pelo Chefe do Executivo, conforme requisitos e critérios técnicos para desempenhar o cargo dispostos na Constituição da República e Constituições estaduais.

Nesse ponto, destacam-se, como requisitos, a restrição de idade exigida; a idoneidade moral e reputação ilibada; os notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública; o tempo de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos em referência; e a nacionalidade brasileira.

Constata-se que os requisitos e conhecimentos exigidos guardam afinidade com as competências dos tribunais de contas, voltadas para o controle da administração pública no cumprimento das normas financeiras e orçamentárias.

Existem, contudo, questionamentos sobre a não utilização da regra do concurso público – prevista no art. 37, inciso XI, da Constituição da República – como critério único para seleção e nomeação de membros dos tribunais de contas. De fato, a abertura de concurso público é um meio idôneo e igualitário, amplamente democrático, para o preenchimento de cargos, empregos e funções na esfera administrativa. Todavia, não vejo a indicação política como um óbice na lisura dos resultados esperados para o exercício desse relevante múnus público perante os tribunais de contas. Insta salientar que a experiência política, o tempo mínimo do cargo público e o notório saber especializado também contam para demonstrar a aptidão no desempenho da função, sendo fatores preponderantes e indispensáveis para declaração da capacidade do indicado ao cargo vitalício de ministro ou conselheiro.

Além disso, friso que parte do colegiado é composto por conselheiros oriundos dos quadros de procuradores do Ministério Público de Contas e de conselheiros substitutos, servidores de carreira que ingressaram nos respectivos cargos por concurso público.

Por sua vez, também permanece o controle social e do Ministério Público sobre as nomeações.

Em suma, é primordial que o sistema político de indicação, sabatina e nomeação seja aprimorado, mais rígido e transparente, para uma elevação da aferição do atendimento dos requisitos mínimos ao exercício do cargo.

Esse processo de melhor escolha deve indicar requisitos mínimos de qualidade pessoal para a investidura, com maior rigor na aferição de qualificação para o exercício de cargo de tamanha envergadura e responsabilidade, a fim de ultrapassar definitivamente a antiga ideia de Getúlio Vargas no Estado Novo: “os tribunais de contas são órgãos de arquivamento de amigos”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As questões tratadas neste artigo são de fundamental relevância para o funcionamento ágil e com respostas qualificadas do órgão de controle externo dotado de competência para a fiscalização do orçamento e de toda a atividade financeira do Estado, bem como das respectivas despesas levadas a efeito na gestão dos recursos disponíveis, alcançando a eficácia de resultados em termos de bens e serviços.

De certo, a prática do *lobby* nos espaços de poder decisório da administração pública precisa restar regulamentada por lei, para que se definam traços claros dos legítimos instrumentos de pressão de classes e instituições, afastando-se a opacidade e a linha tênue das hipóteses de *lobby* ilegítimo ou ilegal, deveras pernicioso ao interesse público.

RELEVÂNCIA DO PROTESTO EXTRAJUDICIAL NA EXECUÇÃO DE TÍTULOS EXECUTIVOS EXTRAJUDICIAIS EMANADOS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS



Maria Cecília Borges

Mestre em Direito Administrativo pela UFMG.
Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais.
Professora da Escola de Contas e Capacitação Professor Pedro Aleixo.

Natália Pinheiro D'Dalarpônio Ferreira Pinto

Graduanda em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).
Estagiária no Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais.

INTRODUÇÃO

À luz do art. 1º da Lei n. 9.492/1997, o protesto é definido como “ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em título e outros documentos de dívidas”. Assim, em que pese seu surgimento atrelado ao âmbito cambial, nota-se a extensão do instituto aos documentos de dívidas, sejam judiciais ou extrajudiciais.¹

Além disso, esse ato é dotado tanto de segurança jurídica, pelo formalismo, presente na predeterminação procedimental exposta em lei, quanto de oficialidade, haja vista ser um serviço público. Essa predefinição legal reside na sequência procedimental de atos lógicos, por meio dos quais o título ou documento é protocolado, o devedor é intimado a quitar o débito, em um prazo de três dias úteis e, em caso contrário, ocorre a lavratura do protesto pelo tabelião de protesto.

Ademais, a função probatória, remetente à sua origem pela ausência de aceite em letras de câmbio, persiste, sendo o protesto instrumento de prova frente ao descumprimento da obrigação exarada em um documento de dívida.

Com isso, ressalta-se a integração desse instituto à perspectiva constitucional da função social do direito, haja vista a viabilização da satisfação do crédito, que, por sua vez, fortalece, nas relações privadas, a confiabilidade na recuperação do crédito, incrementando, assim, a circulação de riqueza e o acesso à justiça.²

Outrossim, como exemplificação de seu uso atrelado a agentes públicos, tem-se a temática da execução de títulos executivos emanados dos tribunais de contas. Nesse tocante, aponta-se que, conforme o § 3º do

1 BUENO, Sérgio Luiz. O protesto de títulos e outros documentos de dívida: aspectos práticos. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, p. 231, 2011.

2 SCHEID, Cintia Maria. Função social do direito, acesso à Justiça e protesto de títulos e documentos de dívida. Revista CNJ, Brasília, v. 5, n. 2, p. 41-53, dezembro, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ojs/revista-cnj/article/view/225>. Acesso em: 09 de maio de 2023.

art. 71 da Constituição da República de 1988, as decisões condenatórias advindas do referido órgão têm eficácia de título executivo, podendo, portanto, se sujeitar ao ato em tela.

Com isso, no que diz respeito aos títulos citados, cabe a lavratura do protesto em situações de inadimplência do responsável referente à ausência de pagamento voluntário de valores devidos à administração pública.

Assim, afirma-se, também, que o município prejudicado pela inadimplência, seja à luz do exposto no Tema 642 pelo Supremo Tribunal Federal (STF) seja quanto a seus créditos existentes antes mesmo da exposição desse entendimento do STF, pode se valer do protesto a fim de efetivar o recebimento de seus créditos.

Diante disso, conforme será exposto, o protesto é um importante mecanismo extrajudicial para viabilizar a resolução mais efetiva e célere de conflitos creditícios.

RELEVÂNCIA DO PROTESTO EXTRAJUDICIAL NA EXECUÇÃO DE TÍTULOS EXECUTIVOS EXTRAJUDICIAIS EMANADOS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS: UMA ANÁLISE DE EFICIÊNCIA E ECONOMICIDADE PARA O PODER PÚBLICO

A morosidade histórica do Poder Judiciário brasileiro pode ser vista como o resultado – entre outros fatores cuja discussão não cabe no escopo do presente artigo – do volume exacerbado de ações ajuizadas e de seus longos prazos de resolução, tendo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apontado, em 2022, as execuções fiscais como principal fator dessa lentidão.

De acordo com o relatório analítico “Justiça em Números 2022”, do CNJ, os processos de execução fiscal representam, aproximadamente, 35% do total de casos pendentes e 65% das execuções pendentes no Poder Judiciário, atingindo, assim, uma taxa de congestionamento de 90%. Além disso, esse cenário é posto como mais alarmante no âmbito da Justiça estadual, vez que o índice de concentração desses processos alcança 86%.³

Diante disso, nota-se a importância da desjudicialização, na medida em que a reorganização do sistema de justiça, com a retirada de números consideráveis de processos de execução da alçada do Judiciário, é capaz, segundo a pesquisa referida acima, de minimizar a taxa de congestionamento do sistema.

Nesse viés, o protesto é visto como via extrajudicial estratégica, haja vista a possibilidade e o interesse dos credores em satisfazer seu direito de crédito de uma maneira mais célere, lícita e com segurança jurídica.

Ademais, esse instituto vem sendo valorizado em razão de possuir eficácia superior à execução judicial, que por sua vez é acompanhada da aplicação de sanções ao devedor e da repetição de diversas etapas e providências já realizadas pela administração fazendária, pelo conselho de fiscalização profissional ou pelos tribunais de contas ou ministérios públicos de contas⁴, resultando em um maior período entre o ajuizamento da ação e o recebimento dos valores pelo credor. Enquanto isso, o protesto é descrito, pelo CNJ e pela Corregedoria-Geral da Justiça do TJSP, como uma via

3 Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2022. Conselho Nacional de Justiça, Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 09 de maio de 2023.

4 No Estado de Minas Gerais, a Lei Complementar estadual n. 102/2008, art. 32, incisos III e IV, dispõe que compete ao Ministério Público de Contas, em sua missão de guarda da Lei e fiscal de sua execução, “promover perante a Advocacia-Geral do Estado ou, conforme o caso, perante as procuradorias dos Municípios, as medidas necessárias à execução das decisões do Tribunal, remetendo-lhes a documentação e as instruções necessárias” [inciso III], bem como “acompanhar a execução das decisões do Tribunal a que se refere o inciso III” [inciso IV].

que otimiza a cobrança, agiliza o pagamento e reduz o montante e o volume das demandas executórias ajuizadas.⁵

Essa maior eficiência existe em função de, principalmente, dois efeitos: moratório e de abalo no crédito do devedor. Ambos os efeitos são dotados de publicidade, sendo o primeiro concretizado pela constituição do devedor em mora, de acordo com o art. 397 da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil), e o segundo, com a produção de efeitos negativos na seara civil e negocial do devedor.⁶

Dessa maneira, o protesto, além de produzir prova hígida do inadimplemento, provoca abalo na capacidade creditícia do devedor, à medida que gera restrições bancárias e alterações em sua capacidade de concessão de crédito.

Aqui, percebe-se grande vantagem desse instituto frente à execução judicial uma vez que a emissão de certidões de verificação do estado de inadimplência do devedor é possível logo após o registro do protesto, já podendo gerar privações financeiras, enquanto na via judicial, os devedores, costumeiramente e cientes da morosidade do sistema, ocultam seu patrimônio a fim de se esquivarem da execução.

De fato, nota-se, por meio dos dados emitidos pelo CNJ, em 2022, que processos de execução fiscal baixados no Judiciário possuem tempo médio de tramitação de 6 anos e 11 meses, duração exorbitantemente superior a do protesto, o que corrobora a ineficácia da cobrança por essa via.⁷

Assim, pode-se constatar que a emissão, no protesto, de certidões às entidades de proteção de crédito possui relação direta com a solvência mais ágil da dívida, haja vista a disponibilidade pública dessas informações negativas ser capaz de prejudicar a esfera negocial e as operações de crédito dos devedores.

Ademais, a aludida celeridade do procedimento de levar um título a protesto, advinda do reduzido prazo para pagamento da dívida antes da lavratura de seu registro, é acompanhada de economicidade. Isso se deve ao fato de o protesto ser *gratuito* para o credor e possuir baixos custos de manutenção, haja vista ser realizado pela via digital. Ademais, não há antecipação de custas cartorárias pelo credor, o que facilita sobremaneira e amplia seu acesso aos cidadãos e, notadamente, à administração pública credora.

Além disso, esse meio extrajudicial de resolução de demandas creditícias não demanda, obrigatoriamente, a atuação de profissionais especializados de direito para seu encaminhamento, podendo ser solicitado pelo próprio credor, ficando sujeito, apenas, à análise da qualificação formal do título pelo tabelião.

À luz disso, tem-se que a eficiência do protesto é multifacetária, estando presente desde sua *celeridade*, que inibe a manutenção da inadimplência dos devedores, até sua *economicidade*, uma vez que não exige esforços e dispêndio de recursos públicos para sua utilização.

Nesse sentido, a adoção desse instituto representa potencialidade de ganhos significativos ao Poder Público e ao interesse público, vez que não se limita à esfera econômica. O benefício monetário é cristalino e se expressa na possibilidade de arrecadação real e eficaz dos valores devidos à administração pública, não trazendo consigo nenhum custo ao credor.

5 Corregedoria Geral da Justiça - TJSP. Dívidas Ativas e Execuções Fiscais Municipais. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, São Paulo, 4ª edição atualizada, 2017. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/GeraisIntranet/SPI/CartilhaExecucoesFiscaisLeitura.pdf>. Acesso em: 09 de maio de 2023.

6 AGUIAR, Samara Fernandes da Cruz. Da cobrança extrajudicial de créditos tributários: o protesto extrajudicial da Certidão de Dívida Ativa como providência alternativa. Biblioteca Digital do TJMG, 138ª edição, janeiro, 2019. Disponível em: https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/9659?mode=simple&submit_simple=Mostrar+o+registro+em+formato+simpler. Acesso em: 08 de maio de 2023.

7 Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2022. Conselho Nacional de Justiça, Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 09 de maio de 2023.

Por outro lado, em conjunto com a possibilidade de diminuição da morosidade, o protesto contribui para minimização do sentimento de impunidade e para o desincentivo à improbidade administrativa e, conseqüentemente, à prática de corrupção, quando for esse o caso. Esse impacto é possível à medida que há mitigação da comodidade dos devedores, pela celeridade, publicidade e abalo no crédito em praça provocado por esse instituto, resultando na indução lícita da solvência dos valores devidos.

Isso posto, cabe ressaltar a aplicação do instituto do protesto à cobrança de títulos executivos extrajudiciais emanados dos tribunais de contas.

De acordo com os ensinamentos de Carlos Londe, para que decisões judiciais e administrativas possam se sujeitar ao protesto, é fundamental que elas sejam precedidas do respeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório.⁸ Assim, por meio de uma leitura do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, bem como da Lei Orgânica e respectivo Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais⁹, é possível identificar, em variadas fases processuais, a existência de diversos mecanismos eficazes de defesa, fazendo com que as decisões emanadas desse órgão sejam dotadas do requisito exposto pelo aludido autor.

Além disso, conforme já elucidado anteriormente, as imputações de débito e aplicação de multas, pelos tribunais de contas, possuem caráter de título executivo, enquadrando-se na definição do art. 1º da Lei n. 9.492/1997.

Por fim, frisa-se, segundo tanto o art. 1º quanto seu parágrafo único da Lei n. 9.492/1997, que a inscrição ou não dos títulos, emanados dos tribunais de contas, nas Certidões de Dívida Ativa (CDA) não é elemento hábil a desabilitar a possibilidade de protestar tais documentos.

Ante o exposto, retoma-se a importância da temática da desjudicialização, uma vez que o protesto, como representante de uma alternativa extrajudicial ao modo formal de execução de títulos extrajudiciais oriundos dos tribunais de contas, é capaz de minimizar o congestionamento judicial, retirando da responsabilidade do Poder Judiciário um volume expressivo de demandas e sendo associado a uma maior efetividade de arrecadação.

Aqui, cabe ressaltar que essa possibilidade de otimização de arrecadação vai em consonância com o interesse público, tendo em vista a redução da morosidade judiciária e, principalmente, a satisfação da coletividade na efetiva recuperação de créditos, advindos de débitos imputados e das multas aplicadas, em prol da administração pública.

Por conseguinte, a relevância do protesto extrajudicial na execução de títulos executivos extrajudiciais emanados dos tribunais de contas é notória, haja vista sua eficácia superior frente à execução judicial, a relevante economicidade aos cofres públicos e a inibição de atos de improbidade administrativa e de corrupção.

Com isso, afirma-se que a perpetuação dessa prática para a resolução de conflitos creditícios é tema relevante para proteção do patrimônio público, bem como de seus valores a receber, sendo essencial analisar as conseqüências atreladas a sua não utilização deliberada.

8 LONDE, Carlos Rogério de Oliveira. O Protesto Extrajudicial de Certidões de Dívida Ativa Prévio à Execução Fiscal. 2ª Edição, Juspodivm, 2018.

9 Lei Complementar estadual n. 102/2008 e Resolução TCEMG n. 12/2008, respectivamente.

CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS PELA NÃO UTILIZAÇÃO DO PROTESTO EXTRAJUDICIAL

No cenário da administração pública, advogados públicos e procuradores municipais desempenham a função de defesa e promoção dos interesses públicos, por meio da representação judicial e extrajudicial de Estados e Municípios, respectivamente.

Diante disso, no tocante à execução de crédito decorrente de decisões do tribunal de contas, cabe aos advogados e procuradores públicos a representação dos interesses de crédito dos entes federativos a eles correlacionados.

Nesse sentido, é fundamental que a atuação dos representantes do município seja dotada de ética, moral e comprometimento com os interesses públicos, perpetuando, portanto, condutas em prol da adoção do procedimento mais adequado ao recebimento efetivo e célere do crédito.

Nesse prisma, ressalta-se a figura do protesto, vez que, conforme já explicitado, consiste em uma ferramenta eficaz, mais célere e econômica para efetivar tais cobranças, de acordo com os dados acima apresentados.

Assim, cabe a discussão acerca das consequências jurídicas de sua não utilização, bem como se a omissão na adoção dessa conduta, por esses representantes, configuraria ilícitos, até mesmo criminais, contra a administração pública.

Nesse contexto, entende-se como ilícito contra a administração pública a prática de atos que prejudiquem o interesse público, bem como aqueles que afetem, negativamente, as entidades que constituem o Estado. Portanto, aqui, destaca-se a possível configuração do ilícito de prevaricação, descrita no art. 319 do Código Penal, como a ação de “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”.

Assim, na temática da adoção do protesto, sua economicidade, celeridade e eficácia superiores à execução judicial constituem argumentos sólidos em prol de sua utilização em larga escala. Além disso, sua aplicação não resulta em ônus para o poder público. De fato, o que se nota é a otimização das arrecadações e incremento na receita pública e, conseqüentemente, da eficiência dos títulos executivos emitidos pelos tribunais de contas.

Nesse sentido, à luz do relatório “Cartório em Números – Edição 2022”, a taxa de solução dos títulos levados a protesto atinge 60%, representando um número de 351.441 títulos públicos e de 13.456.157 títulos privados recuperados em dois anos e meio. Esse dado demonstra a capacidade de atuação dos 3.760 cartórios nacionais e se contrasta com a exacerbada morosidade que permeia o Judiciário, tendo em vista a taxa de congestionamento das execuções fiscais ser de 90%, significando que, de cada 100 processos tramitados ao longo de 2021, apenas dez foram baixados.¹⁰

Ainda, o estudo “Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal”, realizado em 2011 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea –, expôs que o custo efetivo do processamento da execução fiscal, no primeiro grau da Justiça Federal, é de R\$ 4.368,00 para a União.¹¹ Além do mais, nota-se, de

10 Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea. Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal. Comunicados do Ipea, n.º 83, Ipea, 2011. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5279/1/Comunicados_n83_Custo_unit%3a1rio.pdf. Acesso em: 10 de maio de 2023.

11 Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG/BR. Cartório em Números. Atos Eletrônicos, Desburocratização, Capilaridade, Cidadania e Confiança. Serviços Públicos que nada custam ao Estado e que beneficiam o cidadão em todos os municípios do País. ANOREG/BR, 4ª edição, 2022. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/wp-content/uploads/2022/12/Carro%CC%81rios-em-Nu%CC%81meros-Edic%CC%A7a%CC%83o-2022.pdf>. Acesso em: 10 de maio de 2023.

acordo com o sumário executivo do “Justiça em Números 2022”, do CNJ, que os novos casos de execução fiscal cresceram em 39,4% em relação ao ano de 2020.¹²

Dessa forma, tendo em vista tais dados, o elevado montante financeiro envolvido na execução judicial de títulos executivos, bem como a elevada taxa de congestionamento atrelada a essa ação judicial, contribuem para a constatação da ineficácia dessa via em face ao protesto extrajudicial.

À luz disso, a menos que se apresentem argumentos plausíveis e fundamentados para justificar a não utilização do protesto por advogados públicos e procuradores municipais, não se justificaria tal inércia, vez que essa conduta apenas contribui para a perpetuação da lentidão do sistema, do congestionamento de demandas e da baixa arrecadação creditícia, originando uma noção de ineficiência atrelada às sanções pecuniárias aplicadas pelos tribunais de contas.

Além disso, conforme premissa constitucional, a atuação dos profissionais elencados acima deve ser pautada na promoção do interesse público, qual seja, analisando o caso dos tribunais de contas, a busca pela devida aferição e cobrança efetiva dos direitos de créditos oriundos da aplicação de multas e da imputação de débitos em suas decisões. Portanto, o ato voluntário do advogado público em optar pela via judicial, em detrimento do protesto, mediante análise do caso concreto, pode não se sustentar juridicamente, em razão dos princípios já invocados.

Dessa maneira, essa atuação profissional, descolada dos princípios constitucionais previstos nos art. 37, 70 e seguintes da Carta Magna de 1988, além de prejudicar a eficácia de tais documentos de dívida, pode configurar prevaricação, a depender das circunstâncias e se verificada no caso concreto atuação em detrimento ao devido cumprimento de suas obrigações e em dissonância com a lei.

Isso se deve ao fato de a conduta do advogado público, qual seja, deixar de praticar ato benéfico à administração pública, para satisfação de interesse próprio, amoldar-se, em tese, ao tipo penal, em detrimento ao interesse público de recebimento pelo ente público de seus créditos, de forma célere, eficiente e econômica – princípios constitucionais da celeridade processual e razoável duração dos processos (CR/88, art. 5º, LXXVIII), da eficiência (CR/88, art. 37) e da economicidade (CR/88, art. 70).

Portanto, a adoção da execução judicial para cobrança de créditos em favor da administração pública possui baixíssima eficácia e, tendo em vista o elevado ônus provocado ao ente público e ao interesse público, não deve ser fomentada. Quando confrontada com a eficácia da medida extrajudicial do protesto, agiganta-se a eficiência dessa em detrimento daquela.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento histórico do protesto extrajudicial permitiu sua aplicação para, além dos títulos executivos, todos os documentos de dívida, bem como estendeu sua função, outrora exclusivamente probatória, tendo em vista os diversos efeitos provocados na esfera cível e econômica do devedor.

Nesse tocante, retoma-se que as decisões emanadas dos tribunais de contas estão sujeitas ao instituto do protesto, vez que, pelo § 3º do art. 71 da Constituição da República de 1988, configuram título executivo e se aplicam ao conceito do art. 1º da Lei n. 9.492/1997.

Ademais, à luz das pesquisas e explicações expostas, conclui-se que o protesto extrajudicial, se comparado à execução judicial, é uma ferramenta mais eficaz, célere e provida de economicidade, contribuindo,

¹² Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2022. Conselho Nacional de Justiça, Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 09 de maio de 2023.

portanto, para a execução efetiva de títulos executivos extrajudiciais e resultando em maior arrecadação dos direitos de crédito exarados em tais documentos, atendendo, assim, ao interesse público e aos princípios constitucionais da celeridade processual e razoável duração dos processos (CR/88, art. 5º, LXXVIII), da eficiência (CR/88, art. 37) e da economicidade (CR/88, art. 70).

Nesse contexto, a importância do uso, em larga escala, desse instituto por advogados públicos e procuradores municipais é cristalina, haja vista ser o procedimento mais adequado e eficiente para a promoção do real recolhimento da dívida pelo credor, de acordo com os dados expostos, fato que está em consonância com a defesa do interesse público e da administração pública, premissas constitucionais que devem pautar a atuação daqueles órgãos e agentes públicos.

Diante disso, afirma-se, também, que a não utilização, por advogados públicos, dessa via de resolução de conflitos creditícios pode configurar ilícitos de toda sorte contra a administração pública, a depender das circunstâncias do caso concreto.

À luz disso, diante do não cumprimento espontâneo da obrigação advinda de multa ou imputação de débito aplicada pelo tribunal de contas, faz-se relevante, ao sistema jurídico, o incentivo à adoção do protesto extrajudicial para a execução desses títulos.

Isso se deve ao fato de essa prática ser capaz de minimizar a morosidade e o congestionamento de demandas existentes no sistema judiciário, promover cobranças eficazes, maximizar o montante das arrecadações, contribuindo para a eficácia das decisões dos tribunais de contas e para inibição da improbidade administrativa, além de se constituir como ferramenta de combate à corrupção, conforme dados anteriormente apontados.

Portanto, faz-se necessária, também, a estipulação de mecanismos de implementação cogente dessa eficiente e econômica prática extrajudicial.

A FUNÇÃO JURISDICIONAL EXERCIDA PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS



Sara Meinberg Schmidt de Andrade Duarte

Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais.
Pós-Graduação em Poder Legislativo (especialização) na PUC Minas.

A democracia pressupõe um mecanismo dialético para a densificação de institutos jurídicos que tenham repercussão para além do próprio tomador de decisão. Isso opera segundo regras preestabelecidas de procedimentos estruturados, que resultarão em provimentos estatais, e aplica-se a todos os espaços do Estado: o procedimento administrativo resulta em ato administrativo; o judicial, em sentença; o legislativo, em lei.

Em matéria de atividade financeira estatal, os procedimentos são orientados por provimentos prévios, definidores das políticas públicas, submetidas a contraditório popular indireto, mediante a apreciação pelo Poder Legislativo.

Nesse contexto, as entidades fiscalizadoras superiores (EFS) são órgãos estatais responsáveis pela fiscalização da atividade financeira estatal, como mediadoras entre a administração pública e o povo – conjunto de legitimados ao processo fiscalizatório –, em viabilização do *accountability* democrático.

Atualmente, há dois principais modelos de EFS: as auditorias gerais e os tribunais de contas. Em regra, as auditorias gerais são órgãos singulares, de natureza predominantemente consultiva e de assessoramento em matéria financeira, sendo comum sua atuação como auxiliares do Legislativo. Cite-se, por exemplo, o sistema adotado pelos Estados Unidos, do Government Accountability Office (GAO), conhecido como *congressional watchdog*. Em contraponto, os tribunais de contas são órgãos colegiados e, geralmente, exercem função jurisdicional sobre os responsáveis pelas contas públicas.

É comum que os Estados nacionais adotantes do modelo “tribunais de contas” o aloquem no Poder Judiciário, como é o caso de Portugal, ou no Poder Legislativo, topologia adotada pelo Brasil.

De há muito, é polêmica a discussão sobre a natureza dos tribunais de contas no modelo constitucional brasileiro. No entanto, após o exame da historicidade desses órgãos no país, bem como a análise mais detida sobre a redação dada pelo Poder Constituinte, a questão fica mais aclarada, conforme veremos.

Rui Barbosa, na Exposição de Motivos do Decreto nº 966-A, de 7 de novembro de 1890, que criou o Tribunal de Contas da União (TCU), definiu aquele órgão de controle externo como “corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura, que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional”.

Se, àquela época, na sua criação, os tribunais de contas foram nominados como corpo de magistratura, entendeu-se que seus membros incorporam as competências de magistrados, qual seja, a de coordenar tanto o diálogo dos participantes do processo quanto os procedimentos, com o intuito de obter um provimento estatal definitivo, protegido pelo instituto da coisa julgada material.

No contexto atual, é importante considerar a ocorrência do verbo “julgar” ao longo da distribuição de competências na Constituição da República de 1988, haja vista que o Poder Constituinte não redige “letra morta”.

A competência para “julgar” foi prevista pontualmente nos seguintes dispositivos constitucionais: art. 49, IX; art. 52, I e II; art. 71, I e II; art. 96, III; art. 102; art. 105; art. 108; art. 109; art. 111-A, § 3º; art. 114; art. 124; art. 125, §§ 4º e 5º.

Em três desses dispositivos, a competência para julgar foi atribuída a órgão não integrante do Poder Judiciário: art. 49, IX; art. 52, I e II; art. 71, II.

O art. 52, I e II, prevê, expressamente, o exercício de função jurisdicional atípica atribuída ao Senado Federal, competindo-lhe o julgamento de diversos agentes políticos com relação a crimes de responsabilidade. Dessa forma, no caso de cometimento de crimes dessa natureza, relativos à conduta do presidente da República, vice-presidente, ministro do Supremo Tribunal Federal, entre outras autoridades de alto escalão, o julgamento é realizado exclusivamente pelo Senado Federal.

Note-se que o verbo utilizado pelo Constituinte Originário foi exatamente “julgar”, à semelhança do mesmo verbo utilizado para descrever as competências do Poder Judiciário, de modo que, em caso de crimes de responsabilidade daquelas autoridades, compete apenas ao Senado Federal a resolução definitiva sobre a qual recairá o instituto da coisa julgada.

Nessa linha, a Constituição da República, em seu art. 49, IX, estabelece que compete ao Congresso Nacional o julgamento das contas prestadas anualmente pelo presidente da República, comumente nominadas pela teoria jurídica especializada de “contas de governo”.

De igual modo, o texto constitucional, no art. 71, II, atribui ao Tribunal de Contas de União a competência para:

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

Do mesmo modo, ao elencar a competência do Tribunal de Contas para apreciar as contas de gestão dos responsáveis por valores públicos e as contas dos que derem causa a irregularidade de que resulte prejuízo ao erário, o Constituinte originário utilizou o verbo “julgar”.

Verifica-se, pois, que, no Brasil, a teoria do monopólio judicial da jurisdição foi mitigada pela própria Constituição da República.

Nesse ponto, importante destacar o conteúdo normativo do art. 5º, XXXV, que dispõe que “a **lei** não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (grifo meu). Foi vedado, pois, à lei excluir da esfera do Poder Judiciário a apreciação de matéria controversa, resolúvel pela técnica da jurisdição.

No entanto, o próprio Poder Constituinte Originário previu exceções expressas à regra geral do exercício da função jurisdicional pelo Poder Judiciário, como é o caso dos já mencionados art. 49, IX, e art. 52, I e II.

Em outras palavras, mediante leitura acurada do mencionado art. 5º, XXXV, vê-se que o Poder Constituinte criou para si a reserva de que ele próprio possa prever função jurisdicional fora do Poder Judiciário, porquanto apenas veda que isso seja realizado por meio de lei.

Não poderia ser diferente, pois a separação das funções legislativa, administrativa e jurisdicional não é absoluta, nem restrita ao órgão do respectivo poder.

O Poder Judiciário exerce função legislativa, por exemplo, ao deflagrar processo legislativo, apresentando projeto de lei, ou ao proferir sentença normativa em dissídio coletivo. Também o Poder Executivo exerce função legislativa, com a iniciativa de projetos de lei, ou sanção e veto de proposições aprovadas pelo Poder Legislativo.

Esses exemplos servem apenas para demonstrar que, na distribuição de competências da Constituição brasileira, não há exclusividade ou monopólio das funções. Há primazia no desempenho das funções que identificam a nomenclatura do Poder. Trata-se de uma consequência do sistema de *checks and balances*.

Por essa mesma perspectiva, a jurisdição, entendida como o resultado da atuação dos conteúdos da lei que implica provimento estatal com vinculação plena, é monopólio do Estado, mas não apenas do Poder Judiciário.

Os tribunais de contas são dotados, pois, de competência jurisdicional (art. 71, II), no julgamento das contas de gestão dos administradores e responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, e as contas dos que derem causa a irregularidade que resulte prejuízo ao erário.

Não por outro motivo, a Constituição da República, na mesma linha do pensamento de Rui Barbosa, assegurou expressamente aos ministros do Tribunal de Contas da União as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos ministros do Superior Tribunal de Justiça (art. 73, § 3º), e, aos auditores do TCU, as mesmas garantias e impedimentos de juiz do Tribunal Regional Federal (art. 73, § 4º).

O texto constitucional reforça a intenção de que haja jurisdição de contas – sem que isso implique o reconhecimento de um ramo financeiro do Poder Judiciário – ao mencionar as garantias e impedimentos dos auditores do TCU em substituição a ministro: “O auditor, quando em substituição a Ministro, terá as mesmas garantias e impedimentos do titular e, quando no exercício das demais atribuições da judicatura, as de juiz de Tribunal Regional Federal” (art. 70, § 4º).

Também para corroborar esse entendimento, merece destaque a existência do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas, que não se confunde com o Ministério Público comum. Trata-se da instituição prevista no art. 130 de Constituição da República.

Sabe-se que, por força do art. 127, *caput*, da Constituição, o Ministério Público é essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Nesse sentido, no âmbito dos tribunais de contas, o Ministério Público exerce um papel duplice: **(i)** a fiscalização da juridicidade dos procedimentos e dos requisitos procedimentais das instâncias deliberativas (função *custos iuris*), principalmente naquelas em que há o exercício de função jurisdicional, garantindo que os direitos fundamentais e o próprio instituto do processo sejam observados, conforme o caso; **(ii)** a persecução do ilícito afeto à matéria de competência do Tribunal de Contas, hipótese em que o órgão ministerial instaura e instrui procedimentos investigativos próprios e, se for o caso, oferece representação junto ao tribunal de contas, situação em que o tribunal procede ao seu processamento, com a instauração

de contraditório e oferecimento dos meios inerentes à ampla defesa. Essa segunda função ministerial é cumulativa, pois tanto atua como parte processual quanto desempenha o papel de *custos iuris*.

Fixado o entendimento de que o tribunal de contas é dotado de competências com função jurisdicional, é necessário que ele seja lido à luz do paradigma democrático, escolha do Estado brasileiro para estruturar todos os seus institutos.

É importante, pois, para o amadurecimento da democracia, que se avance para dar plena efetividade àqueles órgãos constitucionais como mediadores entre o povo e os gestores públicos, entre o mundo da vida e o mundo sistêmico.

Por consequência, para o exercício adequado da função jurisdicional pelos tribunais de contas, à luz do paradigma democrático, com a observância do contraditório e ampla defesa, é imprescindível o funcionamento eficaz e pleno do Ministério Público junto aos tribunais de contas, essencial à função jurisdicional.

Ademais, não se pode olvidar que, além da função de natureza jurisdicional, relacionada ao julgamento das contas de gestão, os tribunais de contas exercem outras funções (também previstas na Constituição da República), seja a função administrativa de fiscalização seja a de natureza *quase-jurisdicional, sui generis*. Na segunda hipótese, sua manifestação vincula parcialmente outros órgãos, como é o caso do parecer prévio sobre contas de governo municipal, que somente pode não prevalecer se houver deliberação de dois terços da câmara de vereadores em sentido contrário.

Finalmente, relevante destacar que, como consequência da jurisdição de contas, afirmada constitucionalmente, é descabida a possibilidade de revisão, pelo Poder Judiciário, do mérito das decisões dos tribunais de contas, transitadas em julgado, obtidas no exercício jurisdicional.

Em outras palavras, as decisões proferidas no âmbito do exercício de jurisdição têm caráter definitivo e vinculação plena. Portanto, as decisões da natureza jurisdicional proferidas pelos tribunais de contas, quais sejam, as relacionadas ao julgamento das contas de gestão (art. 71, II), não podem ter seu mérito revisto pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, o texto constitucional prevê que as decisões dos tribunais de contas que resultem em imputação de débito ou multa têm eficácia de título executivo (art. 71, § 3º).

Portanto, além das competências constitucionais de natureza administrativa de fiscalização, os tribunais de contas exercem competência jurisdicional (art. 71, II) no julgamento das contas de gestão dos administradores e responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, e das contas dos que derem causa a irregularidade que resulte prejuízo ao erário.

Artigos de jurisprudência

O JULGAMENTO DO TEMA 642 PELO STF E SUA ANÁLISE EM FACE DA TEORIA DOS PRECEDENTES



Érico Andrade

Pós-doutorado na Università degli Studi di Milano. Doutor em Direito Processual Civil pela UFMG/Università degli Studi di Milano. Professor visitante na Università degli Studi di Trento. Professor Adjunto de Processo Civil da Graduação e Pós-graduação da UFMG. Advogado.

Gabrielle Teixeira Ribeiro

Mestranda em Direito Processual Civil pela UFMG. Advogada.

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal (STF), no âmbito do recente julgamento do Tema 642, assentou, em sede de repercussão geral em recurso extraordinário, a seguinte tese: “o Município prejudicado é o legitimado para a execução de crédito decorrente de multa aplicada por Tribunal de Contas estadual a agente público municipal, em razão de danos causados ao erário municipal”.

Haja vista surgirem dúvidas e confusões em relação à aplicação desse precedente vinculante do STF aos casos futuros, sob a gestão da Justiça estadual brasileira, o caso do Tema 642 do STF se torna interessante para análise teórica e prática no ambiente do sistema de precedentes instituído pelo CPC/2015, razão pela qual se pretende desdobrar esta análise em duas:

- (i) primeiro, com base nas premissas da teoria dos precedentes, pretende-se analisar a base fática e a tese fixada no julgamento do Tema 642 pelo STF, a fim de extrair os contornos de interpretação e aplicabilidade desse específico precedente vinculante a casos futuros, e
- (ii) na sequência, pretende-se analisar o tema de forma mais concreta, no âmbito do Estado de Minas Gerais, considerando dispositivos da legislação que envolve a atuação do TCE-MG, a fim de apresentar as dificuldades geradas na aplicação do referido precedente, bem como as eventuais possibilidades de realizar distinções no âmbito de sua aplicação.

A BASE FÁTICA E A TESE FIXADA PELO STF NO JULGAMENTO DO TEMA 642

O julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 642 teve como base, ou *leading case*, o RE 1.003.433-RJ, recurso extraordinário admitido com repercussão geral, interposto pelo Estado do Rio de Janeiro contra acórdão de segundo grau que reconheceu sua ilegitimidade ativa para executar crédito decorrente de multa aplicada pelo TCE-RJ.

Tal precedente, como indica a doutrina, insere-se no campo dos precedentes vinculantes (art. 927, III, CPC/2015), decorrente da realização do julgamento pelo Pleno do STF em sede de repercussão geral.¹

¹ Cf., por exemplo, MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 284, indicando que no caso do STF, o cenário da repercussão geral já resolve a perspectiva do efeito vinculante, indicando até o equívoco de inserção de recursos extraordinários repetitivos no CPC/2015.

Nesse sentido, a correta interpretação da tese fixada de forma vinculante no julgamento, com repercussão geral, realizado no RE 1.003.433-RJ, e que, por isso, deve ser aplicada aos casos sucessivos análogos, envolve a realização de duas “operações” importantes:

- (i) primeiro, a identificação dos fatos jurídicos que se inseriram na base fática do caso, vez que se trata de recurso extraordinário com repercussão geral, interposto em determinado processo que envolvia caso concreto com contornos específicos, ao contrário, por exemplo, dos precedentes vinculantes editados em sede de controle concentrado de constitucionalidade;
- (ii) segundo, a extração da *ratio decidendi*,² isto é, dos motivos determinantes fixados nos votos vencedores, a fim de se apurar, de um lado, quais seriam os casos sucessivos que comportam a incidência do precedente vinculante; e, de outro, aqueles que comportam exclusão do espectro de incidência, no campo do *distinguishing*, por se mostrarem diversos faticamente.³

Assim, o fato jurídico e a *ratio decidendi* do precedente vinculante do STF são aqueles encontrados na maioria que se formou em torno do voto do ministro Alexandre de Moraes, quais sejam:

- (i) o fato jurídico analisado envolve aplicação de multa por Tribunal de Contas estadual a agente municipal em caso de dano ao erário municipal;
- (ii) diante de tal fato jurídico ou base fática do caso inserido no recurso extraordinário, o STF entendeu que, “se a multa aplicada pelo Tribunal de Contas decorreu da prática de atos que causaram prejuízo ao erário municipal, o legitimado ativo para a execução do crédito fiscal é o Município lesado, e não o Estado do Rio de Janeiro, sob pena de enriquecimento sem causa estatal”, na linha de que “o acessório segue a sorte do principal”.

Todavia, um dos votos vencidos, do ministro Gilmar Mendes, construiu distinções interessantes entre multa por dano ao erário e o que chamou de “multa simples”, aplicada pelo TCE em razão, por exemplo, de inobservância de comandos e ordens procedimentais.⁴

Considerando a base fática do caso inserida nos votos vencedores, as considerações e distinções inseridas no voto vencido do ministro Gilmar Mendes se enquadrariam mais como *obiter dictum*,⁵ que abarcaria tudo que não faz parte da *ratio decidendi* adotada pela maioria, vez que a fundamentação parte de distinções que a base fática do caso, ao que tudo indica, não comportaria, considerando que o julgamento se realizou em sede de recurso extraordinário, e não de ação direta de inconstitucionalidade.

Registra-se que foram opostos embargos de declaração questionando inclusive os pontos trazidos pelo voto do ministro Gilmar Mendes e os embargos foram sumariamente rejeitados, por unanimidade, com

2 THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Precedentes no processo brasileiro*. Rio de Janeiro: gen-Forense, 2021, p. 99: “os fatos decisivos ou principais da causa é que vão delimitar a fixação da *ratio decidendi*, de modo que o conjunto fato jurídico objeto do processo mais *ratio decidendi* é que vai permitir a identificação dos casos futuros em que o precedente pode ser invocado e, claro, aqueles em que tal não é possível”.

3 THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. *Precedentes no processo brasileiro*. Rio de Janeiro: gen-Forense, 2021, p. 102: “o direito brasileiro, em seu sistema de precedentes, especialmente no âmbito daqueles vinculantes, incorporou a técnica de *common law* do *distinguishing*, para permitir que os juízes dos casos sucessivos possam, fundamentadamente, indicar as diferenças relevantes do ponto de vista do fato jurídico apresentado nos casos sucessivos, em relação àquele que originou o precedente, para afastar validamente sua aplicação”.

4 Trecho do voto do Min. Gilmar Mendes: “é possível agrupar as sanções patrimoniais de acordo com as seguintes modalidades de responsabilidade financeira: a) imposição do dever de recomposição do erário, também intitulado, por alguns, de imputação de débito; b) multa proporcional ao dano causado ao erário, que decorre diretamente – e em razão – do prejuízo infligido ao patrimônio público; e c) multa simples, aplicada em razão da inobservância de normas financeiras, contábeis e orçamentárias, ou como consequência direta da violação de deveres de colaboração (obrigações acessórias) que os agentes fiscalizados devem guardar em relação ao órgão de controle”.

5 MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamentos nas Cortes Supremas*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 44: “*Obiter dictum* é tudo que não diz respeito ao fundamento que determina o resultado ou que não está inserido no ‘ponto’ que permite o alcance da decisão”.

indicação de não ter ocorrido omissão ou contradição no julgamento. Assim, no dia 18 de maio de 2022, houve o trânsito em julgado do acórdão.

ANÁLISE DA APLICAÇÃO E INTEPRETAÇÃO DO TEMA 642 NAS DECISÕES DO TCE-MG

Diante do contexto do julgamento pelo STF do Tema 642, interessante analisar como pode ocorrer a aplicação de tal precedente em casos em que as multas são aplicadas pelos TCEs não em razão de vinculação ao dano causado ao erário municipal, mas sim, por exemplo, com base em descumprimentos de obrigações ou prazos perante os próprios TCEs.

No caso de Minas Gerais, o art. 85 da Lei Complementar estadual nº 102/2008 tipifica várias situações em que o TCE-MG pode aplicar multas, em valor fixo, de até R\$58.826,89,⁶ envolvendo, por exemplo, descumprimento de decisões do relator, sem qualquer ligação com o dano ao erário. Confira-se, por exemplo, os incisos III a IX e XI do referido art. 85:

Art. 85 – O Tribunal poderá aplicar multa de até R\$35.000,00 (trinta e cinco mil reais) aos responsáveis pelas contas e pelos atos indicados a seguir, observados os seguintes percentuais desse montante:

(...)

III– até 30% (trinta por cento), por descumprimento de despacho, decisão ou diligência do Relator ou do Tribunal;

IV– até 70% (setenta por cento), por obstrução ao livre exercício de fiscalização do Tribunal;

V– até 50% (cinquenta por cento), por sonegação de processo, documento ou informação necessários ao exercício do controle externo;

VI– até 50% (cinquenta por cento), por reincidência no descumprimento de determinação do Relator ou do Tribunal;

VII– até 40% (quarenta por cento), pelo não-encaminhamento de relatórios, documentos e informações a que está obrigado por força de lei ou de ato normativo do Tribunal, no prazo e na forma estabelecidos;

VIII– até 100% (cem por cento), por omissão no cumprimento do dever funcional de levar ao conhecimento do Tribunal irregularidade ou ilegalidade de que tenha tido ciência, na qualidade de integrante do controle interno;

IX– até 50% (cinquenta por cento), pelo não-encaminhamento ao Tribunal da resolução e das atas de julgamento das contas prestadas pelo Prefeito, nos termos do art. 44 desta lei complementar;

(...)

XI– até 10% (dez por cento), pela interposição de embargos declaratórios manifestamente protelatórios.

Por sua vez, o art. 86 da referida lei prevê especificamente a possibilidade de o TCE-MG aplicar multa de até 100% o valor do dano, no caso de dano ao erário:

Art. 86 – Apurada a prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário, independentemente do ressarcimento, poderá o Tribunal aplicar ao responsável multa de até 100% (cem por cento) do valor atualizado do dano.

Nesse sentido, realizando a aproximação do cenário legislativo do Estado de Minas Gerais, especialmente diante dos citados artigos 85 e 86 da Lei Complementar estadual nº 102/2008, com o fato jurídico e a *ratio decidendi* firmada pelo STF no Tema 642, pode-se indicar que a multa prevista no art. 86, quando aplicada

⁶ Valor original de R\$35.000,00, atualizado pela Portaria PRES n. 16/2016.

a agente municipal em razão de dano ao erário municipal, vai atrair a incidência do precedente vinculante do STF, na linha da legitimidade do município para cobrar a multa aplicada pelo TCE-MG.

Por outro lado, no que tange à multa aplicada, por exemplo, no caso de descumprimento de obrigações ou deveres processuais do agente perante o TCE-MG, prevista no art. 85, incisos III a IX e XI, da citada lei, é possível se entender que tais cenários comportam o *distinguishing* em relação ao precedente do STF no Tema 642, pois em todos eles a multa aplicada em valor fixo não guarda relação direta com o dano ao erário em si, mas envolve cenários de descumprimentos de ordens ou comandos no âmbito do próprio TCE-MG ou mesmo descumprimentos de prazos e deveres específicos de informação perante a Corte de Contas.

Nesses casos, como a multa é aplicada não em razão de dano ao erário municipal, mas sim em razão de descumprimento de deveres procedimentais específicos perante o TCE-MG, com multas em valor fixo totalmente desvinculadas de eventual dano ao erário, é possível se entender que a multa pode ser cobrada pelo próprio Estado de Minas Gerais, ente federado a qual pertence o TCE-MG, uma vez que as peculiaridades fáticas da multa rompem a ligação entre acessório e principal que deflui da *ratio decidendi* fixada no Tema 642 do STF.

E aqui se destaca a dificuldade: alguns tribunais vêm aplicando a tese fixada pelo STF no julgamento do Tema 642 indistintamente, sem indagar a existência ou não de dano ao erário municipal, reconhecendo a ilegitimidade ativa do Estado para cobrança de multa fixada pelos TCEs.

No âmbito da apelação cível nº 1.0000.22.164894-2/001, julgada pela 6ª Câmara Cível do TJMG, em 9 de novembro de 2022, por exemplo, não se admitiu a legitimidade do Estado de Minas Gerais para cobrar multa aplicada pelo TCE-MG em razão de simples irregularidades encontradas em procedimentos licitatórios, sem vinculação com dano específico ao erário.

Na mesma linha, o STJ, no âmbito do AgInt no Ag-REsp 926.189/MG, julgado em 15 de fevereiro de 2022, pela 2ª Turma, entendeu pela legitimidade do município para cobrança da multa em casos em que a penalidade pecuniária foi aplicada por simples ilegalidades apuradas em licitação, sem qualquer indagação a respeito de dano ao erário.

Percebe-se, pois, que a tendência dos juízes e dos tribunais é de aplicar o Tema 642/STF como precedente vinculante a todos os casos que envolvem aplicação de multas a agentes municipais, independentemente da indagação da existência ou não de dano ao erário municipal, cenário que, em certa medida, deriva do próprio precedente vinculante do STF, que não abordou nos votos vencedores tais derivações.

Nesse cenário, seria possível até fazer uma analogia entre as hipóteses da legislação estadual com o cenário da violação dos deveres processuais previstos no art. 77 do CPC/2015, em que o juiz pode aplicar ao responsável multa por violação, por exemplo, ao dever de cumprir com exatidão as decisões judiciais (art. 77, IV), no patamar de até 20% do valor da causa (art. 77, §2º), sendo tal multa destinada à União ou aos estados, ou seja, ao próprio ente da federação ao qual pertence a autoridade judiciária que aplicou a penalidade, e não às partes (art. 77, §3º do CPC/2015).

BREVES CONCLUSÕES

Em síntese, podem ser apresentadas, brevemente, as seguintes indicações conclusivas:

- a) a multa aplicada a agente municipal, em razão de dano ao erário municipal, como aquela prevista no art. 86 da Lei Complementar estadual nº 102/2008, de Minas Gerais, vai atrair a incidência

do precedente vinculante do STF, na linha da legitimidade do município para cobrar a multa aplicada pelo TCE-MG;

- b) todavia, deve-se aplicar o *distinguishing* para afastar a aplicação do Tema 642/STF em relação a situações específicas, por exemplo, no âmbito da aplicação da Lei Complementar estadual nº 102/2008, quando o TCE-MG aplica multas não por dano ao erário municipal, mas sim por violação autônoma de dever de informação ou colaboração da parte para com o TCE-MG, ainda que tais multas sejam aplicadas em procedimentos envolvendo agentes municipais;
- c) nessas hipóteses, é possível entender que a multa se “autonomiza” em relação ao objeto do processo em curso no TCE-MG, já que não guardaria relação direta com o dano ao erário municipal, mas sim com violação de deveres de informação e colaboração procedimental, permitindo, com isso, o *distinguishing* diante da “quebra” da relação principal-acessório inserida na *ratio decidendi* do Tema 642.

ACÓRDÃO TCU Nº 1.593/2023-PLENÁRIO E A “DESRELICITAÇÃO”

Discussão quanto à viabilidade jurídica da retomada de concessões outrora problemáticas e em encaminhamento para nova licitação



Rodrigo Medeiros

Procurador do Ministério Público junto ao TCU, graduado em Direito pela Universidade de Brasília e mestre em Direito Financeiro pela Universidade de São Paulo. Autor do livro "Regras Fiscais e o Controle Quantitativo da Dívida Pública Federal no Estado Democrático de Direito"

O Acórdão nº 1.593/2023, de relatoria do ministro Vital do Rêgo, proferido pelo Plenário do Tribunal de Contas da União (TCU), em 2 de agosto de 2023, no processo TC 008.877/2023-8, apreciou consulta formulada pelos ministros de Estado de Portos e Aeroportos e dos Transportes, submetida em 12 de maio de 2023, pertinente ao instituto da *relicitação*, de que trata a Lei federal nº 13.448/2017, fruto da conversão da Medida Provisória (MP) nº 752/2016.

A consulta constitui espécie processual prevista na Lei federal nº 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU – LOTCU), para a solução de dúvida suscitada por autoridade competente quanto à aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de competência da Corte (art. 1º, inciso XVII). Nos termos do art. 1º, § 2º, da LOTCU, a resposta à consulta “tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto”.

Nos termos da Lei federal nº 13.448/2017, a relicitação consiste em procedimento de extinção amigável de *contratos de parceria*,¹ essencialmente concessões, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário, “cujas disposições contratuais não estejam sendo atendidas ou cujos contratados demonstrem incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente”, a fim de levar o objeto do contrato a nova licitação, eventualmente sob condições contratuais distintas, a juízo do poder concedente.

Enquanto não ultimada a relicitação, a prestação do serviço público concedido permanece sob a responsabilidade do parceiro original, em novas bases, estabelecidas em termo aditivo, suficientes tão só à garantia das condições mínimas necessárias à continuidade e segurança dos serviços essenciais relacionados ao empreendimento. Desse termo aditivo deve constar, por exigência legal, “a aderência *irrevogável e irretroatável* do atual contratado à relicitação do empreendimento e à posterior extinção amigável do ajuste originário”.

Em face da possibilidade legal inaugurada pela MP nº 752/2016 (convertida na Lei federal nº 13.448/2017), pactuou-se a relicitação de diversos ativos federais relevantes, outrora concedidos, entre os quais os aeroportos do Galeão, Viracopos e São Gonçalo do Amarante (tendo a relicitação se concretizado, com

¹ A Lei Federal nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, instituidora do Programa de Parcerias de Investimento em âmbito federal, o PPI, traz, em seu art. 1º, § 2º, o conceito de *contratos de parceria* a que remete a Lei 13.448/2017: “Para os fins desta Lei, **consideram-se contratos de parceria** a concessão comum, a concessão patrocinada, a concessão administrativa, a concessão regida por legislação setorial, a permissão de serviço público, o arrendamento de bem público, a concessão de direito real e os outros negócios público-privados que, em função de seu caráter estratégico e de sua complexidade, especificidade, volume de investimentos, longo prazo, riscos ou incertezas envolvidos, adotem estrutura jurídica semelhante.” (grifos nossos)

a seleção de um novo concessionário, apenas para o último), além da Ferrovia Malha Oeste e de trechos rodoviários.

Sobre o referido instituto, a consulta em questão veiculou as seguintes indagações das autoridades consultantes:

- a) Se há alguma objeção deste Tribunal de Contas da União ao entendimento de que o caráter irrevogável e irretroatável da relicitação se restringe à iniciativa do concessionário?
- b) Quais as balizas técnicas que o gestor deve apontar na sua motivação para o encerramento do processo de relicitação, por iniciativa do poder concedente?

A intenção seria buscar, onde for possível, a reabilitação das concessões originárias e o restabelecimento das obrigações dos concessionários em sua inteireza, ainda que ajustadas à realidade e às demandas atuais dos respectivos setores, com fins à rápida retomada de investimentos em ativos tidos por estratégicos.

Apesar da objetividade das indagações, as respostas estão longe de ser simples, como indicam as profundas discussões travadas nos autos e as divergências, de maior ou menor grau, entre as diferentes análises e contribuições trazidas.

Tais divergências surgiram já no âmbito da Unidade de Auditoria Especializada em Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil do TCU, cuja equipe primeiro se debruçou sobre a matéria. E se reproduziram nas manifestações do Ministério Público junto ao TCU (MPTCU), primeiro por este articulista, procurador Rodrigo Medeiros de Lima, a quem o feito foi originalmente atribuído, segundo pela procuradora-geral, Cristina Machado, em sua participação estatutária na sessão de julgamento.

O auditor federal de controle externo primeiro a analisá-la, Cleiton Rocha de Matos, manifestou-se pela impossibilidade de se desconstituir o processo de relicitação para a retomada da concessão original:

Após a assinatura do termo aditivo de relicitação, a Administração Pública está vinculada a dar prosseguimento ao novo processo licitatório do ativo objeto da concessão que se encerra com a extinção do contrato de concessão vigente e a transferência do contrato de concessão para o novo concessionário. Caso esse processo não tenha êxito, devido ao descumprimento do termo aditivo de relicitação por parte do concessionário – art. 8º, inciso XII, do Decreto 9.957/2019 – ou na hipótese de licitação deserta e/ou decurso do prazo de 24 meses – art. 20, §1º da Lei 13.448/2017 – deve o Poder Público instaurar ou dar continuidade ao processo de caducidade.

(...)

Após a assinatura do termo aditivo de relicitação, o processo se encerra pelo cumprimento do seu objetivo ou pelas hipóteses previstas no art. 20, §1º, da Lei 13.448/2017 e art. 8º, inciso XII, do Decreto 9.957/2019, **sem margem de discricionariedade para o Poder Concedente.**²

Mesmo defendendo a inexistência de base legal para a revogação da decisão de “relicitar”, indicou, alternativamente às suas conclusões – ante a possibilidade de não ter seu entendimento principal acolhido –, possíveis balizas à adequada motivação da opção pelo desfazimento do processo de relicitação. Envolviam, em termos gerais, a necessária demonstração (i) da vantajosidade da retomada da concessão original em face da solução relicitatória e (ii) da capacidade econômico-financeira do atual concessionário de adimplir suas obrigações contratuais, inclusive aquelas em mora.

² Instrução à peça 8 dos autos do TC 008.877/2023-8; grifos meus.

O diretor da subunidade a que se vincula o auditor, André Luiz de Albuquerque Farias, discordou quanto à defendida irrevogabilidade da opção relicitatória, por entender, à luz da Lei federal nº 13.448/2017, que “a irrevogabilidade e irretratabilidade na adesão ao processo de relicitação dirigem-se ao contratado, não sendo vinculantes em relação ao Poder Concedente, na forma do art. 14, § 2º, III, e art. 15, I, da Lei 13.448/2017 e art. 3º, III, do Decreto 9.957/2019”. E, nesse sentido, quanto à primeira indagação da consulta, defendeu que:

Considerando que o processo de relicitação objetiva a extinção amigável do ajuste originário, inexistente vedação legal a cenário hipotético no qual, por iniciativa do Poder Concedente, e de comum acordo com o contratado originário, ambas as partes optem pelo retorno às condições contratuais originais anteriores ao termo aditivo de relicitação.³

A opinião, contudo, não foi endossada pela auditora-chefe da unidade de auditoria especializada do TCU, Laura Ávila Berlinck, que se filiou à primeira posição, do auditor instrutor, bem ilustrando a controvérsia e complexidade da questão.⁴ Não obstante, o posicionamento do diretor prevaleceu no Acórdão nº 1.593/2023, como se verá adiante.

Quanto aos parâmetros – e cautelas – a serem observados, como condição (e motivação) da extinção do procedimento de relicitação, o diretor da subunidade trouxe elenco considerável de condicionantes,⁵ abrangentes daquelas anteriormente pontuadas pelo auditor. Também nesse ponto, sua posição foi amplamente acolhida, tanto no parecer do MPTCU quanto no voto condutor do Acórdão nº 1.593/2023, sem prejuízo dos ajustes e acréscimos julgados devidos.

A possibilidade de modificações nos termos da concessão, no curso da execução contratual, foi bem esteada pelo diretor na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), em específico no precedente da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.991, cuja ementa reproduzimos parcialmente:

3 Pronunciamento à peça 9 dos respectivos autos.

4 Pronunciamento à peça 10 dos respectivos autos.

5 “28. Ante o exposto, para a questão “Quais as balizas técnicas que o gestor deve apontar na sua motivação para o encerramento do processo de relicitação, por iniciativa do Poder Concedente?”, entendo que deva ser respondido ao consulente que, ressalvada a possibilidade do Tribunal vir a exigir o encaminhamento de todos os documentos tipicamente exigidos nas análises de desestatização pela IN-TCU 81/2018, ou seja, a **demonstração da viabilidade completa do empreendimento nos novos moldes que vierem a ser pactuados**, as seguintes balizas mínimas devem ser observadas na motivação que anteceder o encerramento consensual da relicitação:

- a) demonstração dos fatos supervenientes que alteraram o entendimento do Poder Concedente em relação à manifestação pela viabilidade técnica e jurídica do requerimento de relicitação;
- b) demonstração da aderência do novo ajuste em relação ao escopo da política pública formulada para o setor pelo ministério competente;
- c) demonstração de que as justificativas e elementos técnicos sobre a necessidade e conveniência da adoção da relicitação não mais se encontram presentes;
- d) justificativa para que o contrato de concessão continue no âmbito do PPI e goze dos benefícios de sobrestamento das medidas destinadas a instaurar ou dar seguimento a processo de caducidade eventualmente, segundo os art. 2º c/c art. 13 [sic: 14], § 3º da Lei 13.448/2017, quando for o caso;
- e) demonstração da viabilidade econômico-financeira da manutenção da atual concessão, incluindo suas vantagens e desvantagens comparativamente ao prosseguimento regular da relicitação, devendo ser evidenciado o resultado superior alcançado com a celebração de um novo acordo que supere os benefícios esperados com a relicitação;
- f) análise da capacidade econômico-financeira do atual concessionário para adimplir todas as obrigações contratuais que vierem a ser restabelecidas para a prestação justa e adequada do serviço;
- g) comprovação do restabelecimento integral do pagamento de outorgas vencidas e não pagas, da instauração ou prosseguimento de processo de caducidade, da aplicação de novas multas contratuais que passaram a ser devidas, da retomada de investimentos obrigatórios anteriormente suspensos, da reconstituição das garantias contratuais, e do efetivo retorno de todas as demais disposições contratuais aplicáveis essenciais à prestação do serviço e não mais suspensas em razão da desistência da relicitação;
- h) comprovação da validade e eficácia de todas as alterações legais e normativas que sejam pressupostos para a viabilidade e a aceitabilidade do novo acordo;
- i) comprovação, no caso de alterações materialmente relevantes do contrato original, de que os novos estudos e documentos jurídicos que suportem o novo acordo foram submetidos a consulta pública e a análise prévia das contribuições recebidas, de modo a possibilitar a manifestação da sociedade sobre o novo ajuste, em razão de sua excepcionalidade, resguardando assim os direitos dos usuários e o conhecimento do projeto pelas partes interessadas até então assegurados com as consultas públicas no processo de licitação original e na própria relicitação.” (peça 9; grifos no original)

(...) A imutabilidade do objeto da concessão não impede alterações no contrato para adequar-se às necessidades econômicas e sociais decorrentes das condições do serviço público concedido e do longo prazo contratual estabelecido, observados o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e os princípios constitucionais pertinentes. (...)⁶

Em linha com o diretor, o procurador destacou a necessidade de se alcançar um consenso entre o poder concedente e o atual concessionário, não só quanto à extinção do processo de relicitação, mas quanto a eventuais ajustes a serem feitos no contrato original de concessão, capazes de lhe viabilizar a continuidade sem desnaturá-lo. Por isso, frisou que as renegociações deveriam anteceder a desconstituição do processo de relicitação.⁷

Acrescentou que “afigurar-se-ia contraditório e contraproducente da parte do Poder Concedente desfazer-se da anterior solução consensual sem um efetivo compromisso por parte do concessionário de retomada de suas obrigações, ainda que repactuadas”; o que acabaria por empurrar a concessão para outra forma de extinção anômala, “mais penosa e conflituosa”, qual seja, a caducidade.⁸

Defendeu, assim, que a celebração de novo termo aditivo, desconstitutivo da relicitação e substitutivo do termo aditivo até então vigente (em que se pactuou aquela solução extintiva da concessão), com fins à restauração da concessão original, admitiria ajustes que não a desfigurassem, inclusive o equacionamento, em prazo razoável, do respectivo passivo regulatório (obrigações contratuais não adimplidas), à luz da demonstrada capacidade econômico-financeira do atual concessionário e a fim de afastar a inevitabilidade da caducidade. Essencial, no entanto, a seu ver, a preservação da equação econômico-financeira e da matriz de riscos originais do contrato.⁹

Nesse sentido, o membro do MPTCU opôs-se à aventada necessidade de instauração de processo de caducidade – ou de seu prosseguimento, na eventualidade de haver sido instaurado anteriormente à pactuação da relicitação –, em virtude de descumprimentos contratuais prévios, motivadores, justamente, da adoção da solução relicitatória, como suposta decorrência necessária da extinção anômala da relicitação e da consequente cessação do sobrestamento de que trata o art. 14, § 3º, da Lei 13.448/2017.¹⁰ Ressaltou a incongruência da medida, diante do reconhecimento da viabilidade e do interesse público na retomada da concessão original, a fundamentar a escolha pela desconstituição do processo relicitatório.¹¹

A procuradora-geral do MPTCU, por seu turno, evidenciando mais uma vez a extraordinariedade da controvérsia jurídica, opinou em sessão pela impossibilidade da retomada da concessão original, uma vez pactuada a relicitação, fundada, entre outras razões, no seguinte forte argumento:

12. (...) a negociação sob consulta visa à celebração de um novo contrato de concessão justamente com a empresa que não apresentou um desempenho satisfatório prévio – concessão a caminho da extinção por caducidade –, e em condições não ofertadas a outras

6 ADI 5.991, Relator(a): Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2020, Processo Eletrônico DJe-045: Divulg. 09/03/2021; Public. 10/03/2021.

7 Parecer do procurador do MPTCU Rodrigo Medeiros de Lima, à peça 13 dos respectivos autos.

8 *Ibidem*.

9 *Ibidem*.

10 “Art. 14. ... § 3º Qualificado o contrato de parceria para a relicitação, nos termos do art. 2º desta Lei, serão sobrestadas as medidas destinadas a instaurar ou a dar seguimento a processos de caducidade eventualmente em curso contra o contratado.”

11 “Ressalva-se que não se defende a existência de “imunidade” do contratado contra a possibilidade de vir a ser arrolado em novo processo de caducidade ou mesmo voltar a ser demandado em processo anteriormente autuado antes da qualificação do empreendimento para relicitação. O que deve restar claro é que a impossibilidade de comportamento contraditório do Poder Concedente implica a necessidade de que seja conferido ao parceiro egresso de relicitação desconstituída tratamento excepcional e diferenciado dos casos usuais, sem prejuízo de que novos descumprimentos ao contrato de concessão (observada eventual modulação do ajuste originário) impliquem sanções e, no limite, a instauração ou continuidade de processo de caducidade.” (trecho do parecer do procurador do MPTCU à peça 13 dos respectivos autos).

empresas interessadas, sem qualquer respaldo legal para tanto. Ou seja, o que se está a propor é a antítese da relicitação.

(...)

14. Deixar de proceder à regular licitação de um ativo já qualificado para essa finalidade à luz do arcabouço legal vigente, em especial da Lei n.º 13.448/2017, para renegociá-lo, em ambiente não competitivo e sem amparo legal, com empresa que não vinha atendendo às disposições contratuais ou que foi incapaz de adimplir as obrigações assumidas originalmente não parece ser medida razoável nem passível de regramento por parte do Tribunal.¹²

O relator do processo, ministro Vital do Rêgo, porém, aderiu, em essência – conforme já adiantado –, ao parecer do diretor da subunidade técnica, “com os ajustes e complementações sugeridas pelo MPTCU”, por meio do procurador Rodrigo Medeiros de Lima, trazendo aquele julgador seus próprios ajustes e complementações, também em acolhimento a ponderações de outros membros do colegiado.¹³

A reforçar a possibilidade do desfazimento do processo de relicitação, o relator colacionou prestigiada doutrina de Marçal Justen Filho e Cesar Pereira:

A relicitação não é unilateralmente revogável nem retratável, mas é reversível mediante acordo entre as partes. O poder concedente tem a prerrogativa, senão o dever, de adotar a solução mais compatível com os interesses públicos subjacentes à concessão. A evolução dos fatos pode evidenciar que a alternativa mais satisfatória é o encerramento do processo de relicitação e o ajuste das condições contratuais para superar os problemas anteriores.

(...)

Como regra, manter a concessão é a melhor solução. O sistema jurídico – retratado nas determinações da Lindb (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) introduzidas em 2018 – prestigia a compreensão abrangente dos fatos e dos efeitos práticos das decisões administrativas. A União não está constrangida a manter uma solução administrativa anterior, especialmente quando se revelar como mais danosa ou economicamente insuportável. Tem o dever de adotar o caminho mais adequado, que pode ser o de consensualmente não dar continuidade à devolução e à relicitação.¹⁴

Invocou também o art. 26 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 – denominado Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lindb) –, como autorizativo da celebração de acordos no curso de processos de caducidade e relicitação, na medida em que:

(...) possibilita a ‘celebração de compromissos como instrumento para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público’ e ‘formas mais flexíveis para lidar com a dinamicidade e a complexidade em certos terrenos do direito público, como os contratos de parcerias e investimentos, que são mutáveis por natureza’, observada a legislação aplicável.¹⁵

Nesse sentido, ressaltou a essencialidade do consenso para a retomada da concessão original, como pressuposto da reversão da solução consensual anteriormente pactuada, qual seja, a relicitação do objeto da concessão: “há que se observar idênticos atributos que levaram à formação do procedimento de relicitação para percorrer o caminho inverso, isto é, para seu desfazimento ou encerramento prematuro”.¹⁶

12 Manifestação da procuradora-geral do MPTCU à peça 22 dos respectivos autos.

13 Voto inicial e voto complementar do ministro Vital do Rêgo às peças 20 e 19 dos respectivos autos.

14 Voto à peça 20; grifos na citação original.

15 Voto à peça 20; grifos no original.

16 *Ibidem*.

Ainda a respeito, prosseguiu de maneira didática:

91. (...) para que o encerramento ocorra por iniciativa do Poder Concedente, há que se ter um novo acordo entre as partes (consensual), de maneira que o atual concessionário tenha interesse em continuar prestando os serviços objeto dos contratos de parceria.

92. Caso o concessionário não manifeste esse interesse, não vejo como obrigar o contratado a permanecer em uma situação que ele entende não ser mais atrativa, em termos, pelo menos, econômicos, financeiros e operacionais.¹⁷

Reforçou, igualmente, com respaldo doutrinário, a mutabilidade dos contratos de concessão. Aqui reproduzimos, por sua especial pertinência, ensinamento doutrinário por ele colacionado, de Egon Bockmann Moreira e Célio Lucas Milano:

(...) os contratos de concessão são incompletos e dinâmicos, seja devido ao elevado volume de informações, seja por conta de seu longo prazo - e de todas as evoluções das necessidades sociais relacionadas ao seu objeto experimentadas durante esse longo período - , seja em razão do elevado custo para a construção do modelo concessionário. Como dito, são pactos que precisam ser compreendidos como contratos abertos, pois convivem e se nutrem de grande quantidade de informação diariamente recebida. Os deveres, obrigações e direitos do contrato de concessão não são estáticos, fechados e exaustivos (limites que certamente implicarão ~ sua ruptura com o passar do tempo), mas sim evolutivos. Merecem ser aplicado na condição de realidade sociocultural apta a conviver com o novo e a aprimorar-se por meio de soluções legítimas (assim reconhecidas pelo Direito) (Contratos públicos de longo prazo: a segurança jurídica advinda da certeza da mudança. *Revista de direito público da economia RDPE*, ano 9, publicação trimestral, n. 34, abril/jun. 2011, p. 180).¹⁸

O ministro Vital do Rêgo deixou claro que a possibilidade de revisão de condições inicialmente pactuadas é própria dos contratos de concessão, estando inclusive prevista nos instrumentos vigentes, além de aderente à doutrina e às melhores práticas regulatórias, complementando que, “[t]al previsão é importante, pois as condições econômicas, financeiras e sociais podem sofrer alterações ao longo do transcurso de 20, 25 ou 30 anos de contrato”.¹⁹

Sobre a possível instauração ou prosseguimento do processo de caducidade, em decorrência do encerramento do procedimento de relicitação, o ministro relator filiou-se à percepção do procurador do MPTCU quanto à incoerência entre tal encaminhamento e o propósito de retomada da concessão original. Conforme ele bem traduziu em seu voto, “estar-se-ia trocando a extinção amigável pela extinção litigiosa do contrato de parceria”.²⁰

Quanto à necessidade de preservação da equação econômico-financeira e da matriz de riscos do contrato de concessão original, frisada pelo procurador, ele a acolheu em termos similares, ainda que ligeiramente mais abertos, como “a garantia do equilíbrio econômico-financeiro do novo acordo e a manutenção dos princípios norteadores adotados na alocação de riscos do contrato vigente que fundamentou a matriz de riscos”.²¹

A diferença relevante da fórmula adotada reside, em nossa leitura, em uma maior liberdade para repactuação entre o poder concedente e o concessionário no que tange à matriz de riscos, permitindo realocações de riscos desde que aderentes aos invocados “princípios norteadores adotados na alocação de riscos [original] do contrato”. Assim, riscos poderiam vir a ser redistribuídos, desde que mantida a coerência com a

17 Voto à peça 20.

18 Voto à peça 20, grifos na citação original.

19 Voto à peça 20.

20 *Ibidem*.

21 *Ibidem*.

sua repartição original, o que abrange, no mínimo – presume-se –, a busca por se preservar, em máxima medida, o equilíbrio original no que tange aos potenciais impactos econômicos a serem assumidos por ambas as partes, ponderados quanto a sua dimensão e probabilidade de ocorrência.

A respeito de eventual reprogramação dos pagamentos devidos pela concessionária (principalmente a título de outorga), o ministro relator entendeu que a medida deveria “ser efetuada por meio de critérios fixados por normativos legais”, indicando, em princípio, a necessidade de aprovação legislativa, devendo-se assegurar, de qualquer modo, “a manutenção do valor presente líquido das outorgas originalmente assumidas”, condição, aliás, para a preservação da equação econômico-financeira do contrato.²²

O ministro relator, acolhendo cautelas suscitadas pelo procurador, inseriu, também, entre as condicionantes da readequação e retomada do contrato de concessão original, a necessária inclusão, no novo aditivo a ser celebrado, de duas cláusulas adicionais: (i) uma impeditiva de novo requerimento de adesão, por parte do concessionário, ao procedimento de relicitação; (ii) outra de renúncia à rediscussão de controvérsias anteriores relacionadas à concessão, inclusas demandas judiciais e arbitrais. Objetivou-se, com isso, dar “maior segurança jurídica à continuidade do contrato, mitigando-se riscos financeiros e até operacionais que poderiam vir a comprometer o interesse público na solução pretendida”,²³ sem prejuízo – tal como bem ressaltou o relator – “de que tais demandas [ou controvérsias] sejam tratadas em uma possível resolução consensual entre o Poder Concedente e o concessionário originário”²⁴.

Entre as relevantes contribuições dos demais julgadores, merecem especial destaque as declarações de voto formalizadas pelos ministros Walton Alencar Rodrigues e Jhonatan de Jesus, das quais resultou, entre outros ajustes, a explicitação, no acórdão, da impossibilidade de alteração de condições contratuais que espelhem o critério de julgamento da licitação de que decorreu o contrato de concessão, em observância ao art. 37, inciso XXI,²⁵ c/c art. 175 da Constituição da República: no caso do setor rodoviário, esse critério seria a tarifa básica de pedágio ofertada e, no caso do setor aeroportuário, o valor da outorga.²⁶

Ao final, a lista de condicionantes veiculada no Acórdão nº 1.593/2023 – Plenário findou extensa, o que desaconselha sua inteira transcrição (senão em nota²⁷). Convém extrairmos, porém, suas principais

22 *Ibidem*.

23 Tal como sustentado pelo MPTCU, no parecer de peça 13.

24 Voto à peça 20.

25 “Art. 37. ... XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” (grifos meus)

26 Voto complementar do relator, ministro Vital do Rêgo, à peça 19.

27 “ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de Plenário, ante as razões expostas pelo Relator em:

9.1. conhecer da consulta, por preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 264, caput, inciso VI, e §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do TCU;

9.2. responder aos consulentes que:

9.2.1. o caráter irrevogável e irretroatável se restringe exclusivamente à declaração formal do contratado (concessionário), conforme previsão expressa nos arts. 14, § 2º, inciso III, e art. 15, inciso I, da Lei 13.448/2017;

9.2.2. uma vez firmado o termo aditivo de relicitação, o Poder Concedente não pode revogá-lo unilateralmente, o que não afasta a possibilidade de as partes convencionarem a desistência da relicitação;

9.2.3. as possibilidades de encerramento do processo de relicitação, previstas no art. 20, § 1º, da Lei 13.448/2017, e de desqualificação do empreendimento disposta no Decreto 9.957/2019, não obstam a decretação de sua nulidade, caso identificada ilegalidade e/ou desvio de finalidade no bojo do conjunto dos atos preparatórios que motivaram a relicitação;

9.2.4. a possibilidade de encerramento do processo de relicitação, ou seja, do termo aditivo de relicitação, por acordo de vontade entre as partes, requer que sejam observadas, entre outras medidas, as que se seguem:

9.2.4.1. o contratado (concessionário) preencha os seguintes requisitos:

9.2.4.1.1. não ter descumprido Termos de Ajustamento de Conduta firmados com o poder concedente;

9.2.4.1.2. ter manifestado formalmente o interesse em permanecer prestando o serviço público objeto do contrato de concessão vigente, tendo em vista o disposto nos arts. 78, inciso XII, e 79, inciso I, da Lei 8.666/1993, arts. 137, inciso VIII, e 138, inciso I, da Lei 14.133/2021, e art. 26 da Lei 13.655, de 2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lindb);

diretrizes, as quais julgo poderem ser assim traduzidas: i) a necessária consensualidade da retomada da concessão; ii) a possibilidade de modificação de seus termos e condições, desde que preservados a natureza do objeto contratual, o cerne da proposta ofertada, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e os “princípios norteadores” da matriz de risco original, atendidos os objetivos originais da concessão e o escopo da política pública; iii) a demonstração da viabilidade econômica, financeira e operacional da retomada da concessão, nos termos renegociados; iv) a sua vantajosidade e v) a capacidade econômico-financeira do concessionário para prosseguir na sua execução, inclusive com o equacionamento de seus passivos regulatórios, igualmente nos termos renegociados.

9.2.4.2. a demonstração do interesse público e a aderência ao princípio da legalidade, destacando-se, em especial, os objetivos e os princípios que regem o Programa de Parcerias de Investimentos, previstos nos arts. 2º e 3º da Lei 13.334/2016, o princípio da continuidade da prestação do serviço público, estabelecido no art. 13 da Lei 13.448/2017, e o disposto no art. 26 da Lei 13.655, de 2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lindb);

9.2.4.3. a desqualificação do empreendimento, tendo em vista o disposto no art. 1º, § 1º, inciso I, e § 2º, da Lei 13.334/2016, e no art. 7º, caput, do Decreto 9.957/2019;

9.2.4.4. a formalização de novo termo aditivo, de comum acordo e amigável entre as partes, em substituição ao termo aditivo de relicitação, para o equacionamento da retomada, em prazo razoável, da contratação original de obrigações de investimento e de níveis de prestação de serviço, adaptando-os, ainda que sob novo perfil ou configuração, para levar em consideração o período em que as obrigações estiveram suspensas, o excedente tarifário cobrado e a tarifa básica de pedágio oferecida e o valor de outorga oferecido nos respectivos leilões, mantendo-se, em relação ao contrato em vigor, a natureza do objeto contratual, o equilíbrio econômico-financeiro e os princípios norteadores que fundamentaram a matriz de riscos, durante o prazo remanescente do contrato de concessão em vigor, a fim de mitigar a necessidade de adoção de medidas destinadas a instaurar ou dar seguimento a processo de caducidade que eventualmente se encontrasse em curso antes da qualificação do empreendimento para relicitação, à luz do disposto no art. 15 da Lei 13.448/2017 e no art. 7º, inciso I, do Decreto 9.957/2019;

9.2.4.5. a eventual reprogramação de pagamentos de contribuição devida ao Poder Concedente, caso adotada, deve ser efetuada por meio de critérios fixados por normativos legais que, entre outros aspectos, assegure o restabelecimento integral do pagamento de outorgas vencidas e não pagas (ou eventual parcelamento), e leve em consideração a manutenção do valor presente líquido das outorgas originalmente assumidas e a quitação (ou eventual parcelamento) de multas contratuais e/ou moratórias ainda pendentes, observando-se a aplicação do disposto no subitem

9.2.4.9.1 deste acórdão no caso das multas em litígio, e, no caso de postergação de pagamentos, preveja a anuência prévia do Ministério da Fazenda;

9.2.4.6. a realização, para os setores ferroviário, rodoviário e aeroportuário, de estudos para demonstrar a vantajosidade de celebrar um novo termo aditivo de readaptação do contrato de concessão vigente em vez de prosseguir com o processo de relicitação, tendo em vista o disposto no art. 26 da Lei 13.655, de 2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lindb) e, no caso do setor aeroportuário, observar, também, os dispositivos especificamente aplicáveis para esse setor: Decretos 6.780/2008 (Política Nacional de Aviação Civil) e 7.624/2011, com destaque para o disposto no art. 18, incisos II a IV, do Decreto 7.624/2011;

9.2.4.7. a garantia de viabilidade econômica, financeira e operacional de novo termo aditivo ao contrato de concessão vigente, considerando, em relação aos elementos que constarão do estudo de vantajosidade, pelo menos, aqueles previstos no art. 17, caput, e § 1º, incisos I a VI, da Lei 13.448/2017, de maneira que fique demonstrada a capacidade econômico-financeira do concessionário originário para adimplir todas as obrigações do novo termo aditivo ao contrato de concessão vigente, inclusive com o reestabelecimento das garantias contratuais a serem exigidas do concessionário originário durante o período restante do contrato de parceria;

9.2.4.8. a aderência do novo termo aditivo ao contrato de concessão vigente à manutenção dos objetivos da concessão original e ao escopo da política pública formulada para o setor pelo ministério competente, considerada a necessária isonomia de tratamento em relação aos demais detentores de contratos de parceria do mesmo setor, a fim de evitar tratamento privilegiado, em observância ao previsto no art. 3º da Lei 8.666/1993, no art. 14 da Lei 8.987/1995 e no art. 5º da Lei 14.133/2021;

9.2.4.9. a inclusão, no novo termo aditivo que vier a readaptar o contrato de concessão vigente, de cláusula de:

9.2.4.9.1. renúncia aplicada ao concessionário à rediscussão de controvérsias anteriores à assinatura do termo aditivo da relicitação, no caso desta ser desfeita, a exemplo de demandas judiciais e arbitrais, sem afastar a possibilidade de que tais demandas sejam tratadas em uma possível resolução consensual entre o Poder Concedente e o concessionário originário;

9.2.4.9.2. de impedimento aplicada ao concessionário ao requerimento de novo processo de relicitação;

9.2.4.10. a avaliação acerca de incorporação de mecanismo para amortização de empreendimentos geradores de receitas não tarifárias, no âmbito do estudo de vantajosidade e dos estudos atinentes ao processo de relicitação, tendo em vista os termos do art. 34 da Lei 13.448/2017 e, no caso específico do setor aeroportuário, as diretrizes para ações estratégicas voltadas para o desenvolvimento da aviação civil estabelecidas pelo Decreto 6.780/2008 (Política Nacional de Aviação Civil);

9.2.4.11. a avaliação de utilização da metodologia do fluxo de caixa marginal no estudo de vantajosidade para fins de garantia de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de parceria relacionados aos setores de que trata a Lei 13.448/2017, conforme dispõe seu art. 24;

9.2.4.12. a avaliação da repercussão sobre as receitas da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), tendo em vista ser acionista relevante com 49% de participação no capital social de Sociedades de Propósito Específico (SPEs) com procedimento de relicitação em curso, no âmbito dos estudos de vantajosidade e dos estudos atinentes ao processo de relicitação ante a possibilidade facultada ao Poder Concedente de prever indenização do novo concessionário à Infraero, haja vista o disposto nos arts. 14, § 2º, inciso IV, 17, 16, incisos I e II, e 23, todos da Lei 13.448/2017, e no art. 3º, inciso IV, do Decreto 9.957/2019;

9.2.4.13. os estudos de vantajosidade e o novo termo aditivo ao contrato de concessão vigente deverão ser encaminhados ao TCU, seguindo a lógica prevista nos arts. 8º e 17 da Lei 13.448/2017;

(...)” (trecho extraído do Acórdão nº 1.593/2023-Plenário, à peça 16 dos respectivos autos)

Chegou-se, assim, a solução algo flexível e deferente ao juízo de interesse público discricionário do administrador público, particularmente, do gestor politicamente legitimado para fazer escolhas, sem vedações *a priori*. O tribunal cercou-se, porém, de cautelas e exigências argumentativas e comprobatórias, extraídas de regras e princípios pertinentes, com o intuito de prevenir desvios de finalidade e/ou decisões insuficientemente embasadas.

Os primeiros desdobramentos da decisão sobre as concessões federais ora em processo de relicitação ainda não haviam se materializado quando da finalização deste artigo. Os prognósticos mais otimistas são de que importantes concessões, uma vez saneadas, voltem a impulsionar investimentos necessários à infraestrutura do país, com algum potencial de aquecimento do setor da construção civil e da própria economia.

Há, por outro lado, fundado receio de que soluções voltadas à superação de quadros de inadimplemento, como a aqui tratada, possam servir de desincentivo à conformidade dos parceiros privados de modo geral, diante da possível geração de expectativas quanto a equacionamentos futuros de seus passivos regulatórios, em termos mais benéficos, que lhes permitam a continuidade da exploração dos ativos públicos a eles concedidos (o denominado *risco moral*). Daí a preocupação do TCU, ao reconhecer a juridicidade da retomada de concessões em processo de relicitação, de explicitar, em rol extenso e minudente, as condicionantes a serem observadas.

Artigos científicos

MATRIZ DE RISCOS EM CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS

Dinamismo necessário

RISK MATRIX IN PUBLIC CONSTRUCTION CONTRACTS

Necessary dynamism



Cristiana Fortini

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora do Mestrado, Doutorado e Graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Professora da Faculdade Milton Campos. Visiting Scholar na George Washington University. Professora Visitante na Universidade de Pisa. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA). Representante MG do Instituto Brasileiro de Direito Sancionatório (IDASAN) e Diretora em Minas Gerais do Instituto Brasileiro de Estudos da Infraestrutura (IBEJI). Membro do corpo de árbitros/mediadores - Corpo de Mediadores e Árbitros do Centro Brasileiro de Litígios Econômicos. Diretora-editora da Rbep, Revista Brasileira de Estudos Políticos da Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada.

André Canelas Alves

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - área Direito e Administração Pública; Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Especialista em Direito Civil Aplicado pelo Instituto de Educação Continuada da PUC Minas (IEC – PUC Minas). Advogado.

Sumário: 1. Introdução; 2. Contratos de obras e riscos na execução; 3. Contratos de obras e riscos na execução; 4. Da alocação de riscos entre as partes nos contratos de obras e o paradigma da matriz de riscos; 4.1. Alocação de riscos na Lei nº 8.666/1993 e na Lei 14.133/2021: da teoria das áleas à matriz de riscos; 4.2. O que é e como é tradicionalmente elaborada uma matriz de riscos; 4.3. Cláusula de matriz de riscos na Lei 14.133/21; 5. A matriz de riscos em contratos de obras: vicissitudes de elaboração e o problema de uma figura estática; 5.1. Falhas no design da matriz; 5.1.1. Incertezas e falta de conhecimento; 5.1.2. Padronização indevida; 5.1.3. Desconsideração do apetite de risco do contratado; 5.2. Matriz estática x matriz dinâmica; 6. Considerações finais; Referências.

Resumo: A previsão de uma cláusula de matriz de riscos em contratos administrativos ordinários é uma das mais significativas inovações da Nova Lei de Licitações (Lei federal nº 14.133/2021). O presente trabalho visa compreender o que é, como é elaborada e como é utilizada uma matriz de riscos, além de investigar os principais problemas que a acometem em empreendimentos de engenharia; tudo isso a fim de averiguar se esse mecanismo é adequado para garantir segurança na gestão de riscos e na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de obras públicas, e propor caminhos para que o particular e a administração pública possam melhor operá-lo em contratos de obras públicas. Para o desenvolvimento, foi empreendida pesquisa exploratória, de caráter compreensivo/interpretativo e prospectivo. Os dados primários de análise foram as leis federais e as normas técnicas que tratam da alocação de riscos em contratos de obras públicas e matrizes de risco; enquanto os dados secundários foram extraídos da doutrina especializada de diferentes campos do conhecimento, artigos acadêmicos, estudos, pesquisas estatísticas e guias sobre o tema. Todas as fontes passaram por análise qualitativa, reputada como a mais adequada para o tipo de pesquisa e os objetivos propostos. Ao final, foi possível concluir que a matriz de riscos deve ser empregada como um instrumento dinâmico, sujeito a mudanças, revisões e reinterpretações ao longo da execução de um contrato de obra pública, para que as partes possam identificar e corrigir falhas no design inicial ou adequá-la a mudanças no cenário de riscos que ameaçam o empreendimento.

Abstract: The adoption of a risk matrix clause in ordinary public contracts is one of the most significant innovations of the New Brazilian General Law of Public Contracts (Federal Law nº 14.133/21). The present work aims to understand what a risk matrix is, how it is created and how it is used, in addition to investigating the main problems that affect it in engineering projects; All this in order to determine whether this mechanism is adequate to guarantee security in risk management and in maintaining the economic-financial balance of public works contracts, and to propose ways so that individuals and the Public Administration can better operate it in contracts of public construction. For the development of the investigation, theoretical research was carried out by the legal-dogmatic aspect, with a comprehensive/interpretive and prospective character. The primary data analyzed were federal laws and technical standards that deal with risk allocation in public contracts and risk matrices; while secondary data were extracted from specialized doctrine, academic articles, studies, statistical research and guides on the topic. All sources were submitted to qualitative analysis, reputed to be the most appropriate method for the type of research and the proposed objectives. In the end, it was possible to conclude that the risk matrix must be understood as a dynamic instrument, subject to changes, revisions and reinterpretations throughout the execution of a public construction contract, so that the parties can identify and correct flaws in the initial design or adapt it to changes in the risk scenario that threaten the enterprise.

Palavras-chave: Contratos de obras públicas. Alocação de riscos. Matriz de riscos.

Keywords: Public Construction Contracts. Risk allocation. Risk matrix.

1 INTRODUÇÃO

Buscando contemplar a crescente demanda por maior previsibilidade, segurança e transparência nas relações entre os particulares e o poder público, a Nova Lei de Licitações (Lei federal nº 14.133/2021) inovou ao consagrar um regime de alocação prévia dos riscos contratuais entre as partes por meio da chamada “cláusula de matriz de riscos”.

A matriz de riscos é uma ferramenta há muito conhecida e utilizada nos processos de gestão de riscos, tradicionalmente apresentada em formato de representação gráfica que contém a análise e a classificação dos riscos de um empreendimento, permitindo a estruturação de ações para seu controle e mitigação.

A Lei de Licitações, contudo, trata desse mecanismo como cláusula contratual em que será definida de forma clara e objetiva a esfera de responsabilidades de cada uma das partes sobre os eventos que podem impactar a execução do objeto pactuado.

Ela servirá também como bússola para aferir a equivalência entre os encargos e vantagens de cada uma das partes, e distribuir o ônus decorrente de eventos supervenientes à contratação, permitindo verificar de plano a necessidade ou não da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

O legislador consagra a matriz de riscos como garantia de maior segurança e eficiência nas contratações, tornando-a obrigatória nos casos considerados mais sensíveis e complexos: obras e serviços de engenharia de grande vulto e contratos celebrados pelos regimes de contratação integrada ou semi-integrada (art. 22, § 3º da Lei 14.133/21) (BRASIL, 2021).

Todavia, ainda são escassos os estudos acerca dos reflexos do uso das matrizes de risco na prática das contratações públicas, o que torna preocupante o prestígio que o legislador conferiu ao instituto.

Com efeito, conquanto sejam inegáveis alguns benefícios que decorrem da utilização da matriz de riscos, como a prevenção de discussões futuras entre as partes e a possibilidade de melhor precificação das propostas, são graves os danos que podem advir de sua utilização inadequada, especialmente no âmbito de contratos com objetos mais sensíveis e complexos, como é o caso das obras públicas.

Assim, questiona-se se a matriz de riscos representa, de fato, uma solução satisfatória para garantir segurança e previsibilidade na gestão de riscos dos contratos de obras públicas e, principalmente, se é prudente confiar nesse mecanismo para a garantia de equilíbrio econômico-financeiro da avença.

Diante disso, o que se propõe no presente trabalho é uma análise acerca de como são realizados os processos de divisão de riscos e dos principais problemas que costumam acometer uma matriz de riscos, para, ao final, propor a forma mais apropriada para o emprego desse instrumento nos contratos de obras públicas.

2 CONTRATOS DE OBRAS E RISCOS NA EXECUÇÃO

A Orientação Técnica OT-IBR 002/2009, do Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas (Ibraop), define obra como “a ação de construir, reformar, fabricar, recuperar ou ampliar um bem, na qual seja necessária a utilização de conhecimentos técnicos específicos envolvendo a participação de profissionais habilitados” (BRASIL, 2009a, p. 2).

Esse conceito está em perfeita sintonia com o que é apresentado no inciso XII do art. 6º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (14.133/2021):

XII - obra: toda atividade estabelecida, por força de lei, como privativa das profissões de arquiteto e engenheiro que implica intervenção no meio ambiente por meio de um conjunto harmônico de ações que, agregadas, formam um todo que inova o espaço físico da natureza ou acarreta alteração substancial das características originais de bem imóvel; [...]. (BRASIL, 2021)

Apesar de as definições legais de obra e serviço de engenharia ainda sofrerem severas críticas,¹ é importante observar a inovação positiva que a Lei nº 14.133/2021 apresenta nesse ponto. Enquanto sua predecessora (Lei nº 8.666/1993) se limitava a listar as atividades que deveriam ser consideradas obras e as que deveriam ser classificadas como serviços,² a Nova Lei de Licitações e Contratos apresenta conceitos que permitem enquadrar os objetos contratuais em cada categoria.

Para superar o casuísmo da lei anterior, o legislador consagrou o critério de distinção que já era usualmente presente na doutrina, da materialidade do objeto. A obra introduz uma nova forma em algum espaço, o que pode ser feito a partir da construção em um local antes vazio ou da modificação substancial de uma estrutura já existente, conforme ensina Furtado:

Será obra o contrato que crie nova materialidade, o mesmo não sendo verificado nos serviços. Assim, no caso de um edifício que necessite de “reforma”, como será criado novo aspecto material, será licitada e contratada a execução de obra. Ao contrário, na conservação (serviço), não será criado nenhum aspecto material visualmente novo. (FURTADO, 2017, p. 787)

Essa distinção, longe de ter serventia apenas teórica, permite ao jurisdicionado compreender melhor as metodologias de formação de preços em obras e serviços a partir da decomposição de suas bases:

1 GUIDI, José Eduardo. Um breve reparo à definição de “obras” da Lei nº 14.133/2021. Revista Zênite. 19 abril 2021. Disponível em: https://zenite.blog.br/um-breve-reparo-a-definicao-deobras-da-lei-no-14-133-2021/#_ftn2. acesso em 31/07/2022.

2 “ Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: I - Obra - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta; II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;” (BRASIL, 1993)

material, aplicação técnica e mão de obra. Nas obras comumente preponderam os custos de material e aplicação técnica, enquanto nos serviços a mão de obra é o fator mais relevante.³

A diferenciação também se mostra especialmente relevante no controle da modalidade licitatória para a contratação: ao contrário dos serviços, as obras não podem ser licitadas pela via do pregão.

Na prática, com a unificação dos ritos da concorrência e do pregão pela Nova Lei de Licitações, a distinção implica apenas uma restrição quanto ao critério de julgamento. No pregão sempre será feita seleção do menor preço ou maior desconto; enquanto a concorrência admite os demais critérios, exceto o de maior lance, privativo do leilão.

Essa preocupação de assegurar-se maior diversidade de critérios de seleção – especialmente a inclusão daqueles relacionados à análise da técnica – justifica-se pelo fato de que obras são, em geral, empreendimentos de maior complexidade e sempre muito distintos entre si, o que dificulta a padronização necessária para o uso do pregão.

Isso porque obras não seguem o processo convencional de produção industrial. A execução é quase toda realizada na área de destino do produto final, de modo que o projeto é muito afetado pelas particularidades do local do empreendimento, como o tipo de solo, o clima, os custos locais e a produtividade regional da mão de obra.

Ademais, todo processo de construção envolve a relação entre diversos atores, como fornecedores, transportadores, arquitetos, designers, engenheiros, pedreiros, seguranças para o canteiro de obras, etc., cada um deles com diferentes habilidades e interesses.

Por todos esses fatores, os contratos de obras são extremamente heterogêneos e sensíveis a riscos internos e externos no curso de sua execução. Os reflexos dessa alta vulnerabilidade puderam ser vislumbrados na auditoria operacional realizada em 2019 pelo Tribunal de Contas da União (TCU), sob a relatoria do ministro Vital do Rêgo, em que foram constatadas mais de 14 mil obras públicas paralisadas, de um total de quase 38 mil contratos celebrados pelo governo federal (cerca de 37% das obras interrompidas) (BRASIL, 2019).

Evidentemente, se empreendimentos dessa natureza já demandam especial cuidado quando contratados entre particulares, quando se fala de obras financiadas com recursos públicos, todo o processo deve ser conduzido com especial cautela e enfoque na gestão de riscos.

3 O QUE SÃO RISCOS E COMO É FEITA A GESTÃO DE RISCOS

Apesar de a ideia geral de riscos parecer intuitiva, traçar seu conceito não é tarefa fácil.⁴ A definição mais comumente utilizada é fornecida pela International Organization for Standardization, por meio da ISO 31.000/2009 (Norma Internacional da Gestão de Risco), que apresenta o risco como o “efeito da incerteza nos objetivos” (BRASIL, 2009b).

A despeito de sua precisão técnica, essa definição é muito abstrata e não permite visualizar de forma clara os efeitos práticos do risco nos contratos de obra. Para os fins a que se destina este trabalho, melhor compreender-se o risco simplesmente como a “probabilidade de perigo” (HOUAISS; VILLAR, 2009) ou como a chance de ocorrência de algum evento indesejável.

3 “43. Convém que se tenha em mente, desde logo, que o objeto licitado no Pregão nº [...] refere-se a serviços de engenharia, segundo a conceituação doutrinária que assim classifica as atividades do ramo nas quais o emprego de mão-de-obra e equipamentos prepondera sobre a aplicação técnica” (BRASIL, 2007).

4 A noção de risco é como a noção de tempo ou felicidade: todos sabemos perfeitamente o que é, até tentarmos explicá-lo aos outros (ou a nós próprios, aliás). O risco é intangível. (HEIJDEN, 2019, p.3 – tradução livre).

O risco em contratos de obras é usualmente aferido a partir da relação entre a probabilidade de ocorrência de um evento indesejável e a magnitude de suas consequências para o projeto.⁵

Esse evento indesejável pode se manifestar das formas mais variadas possíveis. Praticamente todo acontecimento que afeta negativamente o contrato é considerado um risco: problemas com o material, falhas técnicas, acidentes, doenças, roubos, ocupações, impactos ambientais, greves, terremotos, enchentes, incêndios, pandemias etc.

É óbvio, portanto, que todo empreendimento sempre estará sujeito a certo nível de risco que escapa às tentativas de previsão. Mas isso não significa que os esforços para o controle e mitigação de riscos sejam infrutíferos. Justamente por serem empreendimentos sensíveis à influência de fatores externos e internos, o sucesso de qualquer obra está diretamente ligado à análise mais precisa possível dos eventos que podem impactar negativamente o projeto, para que se possa adotar as medidas corretas no sentido de evitar sua ocorrência ou abrandar seu impacto.

O conjunto de técnicas e procedimentos para controlar a probabilidade e/ou o impacto dos eventos que possam interferir positiva ou negativamente no projeto compreende o que se chama de gestão de riscos.

As diretrizes gerais para a gestão de riscos, aplicáveis à maioria dos empreendimentos, são traçadas no Guia PMBOK, uma publicação do Project Management Institute que consolida melhores práticas mundialmente aceitas sobre gestão de projetos:

O gerenciamento dos riscos do projeto inclui os processos de condução do planejamento, da identificação, da análise, do planejamento das respostas, da implementação das respostas e do monitoramento dos riscos em um projeto. O gerenciamento dos riscos do projeto tem por objetivo aumentar a probabilidade e/ou o impacto dos riscos positivos e diminuir a probabilidade e/ou o impacto dos riscos negativos, a fim de otimizar as chances de sucesso do projeto. (PROJECT MANAGEMENT INSTITUTE, 2017, p. 395)

O PMBOK elenca sete processos de gerenciamento de riscos de um projeto: (i) planejar o gerenciamento dos riscos; (ii) identificar os riscos; (iii) realizar a análise qualitativa dos riscos; (iv) realizar a análise quantitativa dos riscos; (v) planejar as respostas aos riscos; (vi) implementar respostas a riscos; e (vii) monitorar os riscos (PROJECT MANAGEMENT INSTITUTE, 2017).⁶

Contudo, nos contratos de obras públicas, a gestão de riscos deve sempre partir do pressuposto de que o empreendimento envolve a relação entre duas partes – a administração pública contratante e o particular responsável pela execução – e cada uma delas carrega uma parcela de responsabilidade pelo sucesso do empreendimento.

O fato de haver duas partes interessadas no sucesso do empreendimento vinculadas por um negócio jurídico significa que os riscos do projeto poderão ser compartilhados ou divididos entre elas (ALVES, 2020, p. 21-22).

Destarte, nos contratos de obras públicas, pode-se inserir um elemento adicional aos processos listados pelo Project Management Institute para a gestão de riscos: a repartição adequada dos riscos do empreendimento entre as partes do contrato.

5 Definição longa: A probabilidade e magnitude de uma perda, desastre ou outro evento indesejável. Definição mais curta (equivalente): algo ruim pode acontecer (HUBBARD, 2020, p.8 – tradução livre).

6 Apesar de serem apresentados de forma segmentada, que dá a impressão de uma sequência de atos concatenados, a verdade é que todos esses processos se sobrepõem e são realizados de forma concomitante e constante.

4 DA ALOCAÇÃO DE RISCOS ENTRE AS PARTES NOS CONTRATOS DE OBRAS E O PARADIGMA DA MATRIZ DE RISCOS

4.1 Alocação de riscos na Lei nº 8.666/1993 e na Lei nº 14.133/2021: da teoria das áleas à matriz de riscos

Por força do princípio da legalidade estrita (art. 37 da Constituição da República), que vincula a atuação administrativa,⁷ a divisão de riscos nos contratos de obras públicas somente poderá ser realizada na forma e nos limites que a lei impuser. A matéria é disciplinada na Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos – antiga Lei nº 8.666/1993 – e atual Lei nº 14.133/2021.

A Lei nº 8.666/1993 consagrava solução geral e abstrata para a alocação dos riscos nos contratos de obras públicas conhecida como “teoria das áleas” (art. 65, inciso II, alínea “d”).⁸

O grande problema da utilização dessa forma de repartição de riscos é muito bem sintetizado por Liana Cajal: “só é conhecida a parte a qual é alocado determinado risco após a efetiva concretização do prejuízo” (CAJAL, 2021, p. 141).

A lei fornece apenas parâmetros genéricos e abstratos para a classificação de um evento na álea ordinária ou extraordinária, e muitas vezes seu enquadramento na esfera de responsabilidades do particular ou da administração dependerá das circunstâncias de sua ocorrência.

Como as partes não têm conhecimento prévio acerca de sua parcela de responsabilidade pelos riscos do contrato, seu tratamento costuma ser “profilático”, mediante busca de soluções para os prejuízos depois que eles já se materializaram. Conforme sublinha Simone Zanotello de Oliveira, “efetua-se uma verificação *a posteriori*, de forma objetiva, de forma corretiva, na hipótese da ocorrência de alguma situação que gere desequilíbrio na contratação” (OLIVEIRA, 2022, p. 116).

Além de dificultar a precificação das propostas pelos particulares, que não sabem exatamente com quais riscos precisarão arcar e quais poderão motivar pleitos de reequilíbrio perante a administração pública, esse cenário é um verdadeiro pesadelo para a gestão de riscos, pois desestimula a definição de planos de ação eficientes para controlar e mitigar os possíveis eventos danosos.

Despiciendo dizer que esse panorama legislativo motivou inúmeros litígios em que a administração pública e o particular discutiam o direito ou não ao reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos pela superveniência de eventos que não se podia alocar de forma clara na álea ordinária ou extraordinária (PIRONTI, 2018, p. 432 *apud* OLIVEIRA, 2022, p. 116). Quando confrontadas com a ocorrência efetiva de um evento negativo para o contrato, nenhuma das partes costuma estar disposta a assumir seus custos e consequências.

7 Na lição clássica do insigne administrativista Hely Lopes Meirelles: “na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. 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, 1995, p. 83).

8 A teoria das áleas pode ser sintetizada da seguinte forma: ao particular eram atribuídos os riscos ordinários do empreendimento, eventos previsíveis e derivados da inserção do agente no mercado (álea ordinária); enquanto a Administração Pública se responsabilizava pela chamada “álea extraordinária”, que engloba eventos de duas origens: a) administrativa ou b) econômica. A álea administrativa abrange atos da Administração Pública que modificam as condições contratuais; como medidas governamentais gerais que repercutem indiretamente sobre o contrato (fato do príncipe) e medidas administrativas diretamente dirigidas ao contrato, que venham a retardar, impedir ou agravar sua execução (fato da Administração). Já a álea econômica relaciona-se aos eventos imprevisíveis, que independem da vontade ou responsabilidade das partes, capazes de alterar completamente a situação econômica em que se insere o contrato. Um exemplo contemporâneo seria a pandemia do COVID-19.

Nesse cenário, floresceram demandas por maior previsibilidade, segurança e transparência nas relações entre os particulares e a administração, que foram endereçadas na Nova Lei de Licitações (Lei Federal nº 14.133/2021) através da consagração de um regime objetivo de distribuição de riscos calcado em cláusula contratual de matriz de riscos, que define as responsabilidades das partes pelos impactos decorrentes de eventos supervenientes e caracteriza o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato (art. 6, inciso XXVII; art. 22; art. 92, inciso IX; art. 103; e art. 133) (BRASIL, 2021).

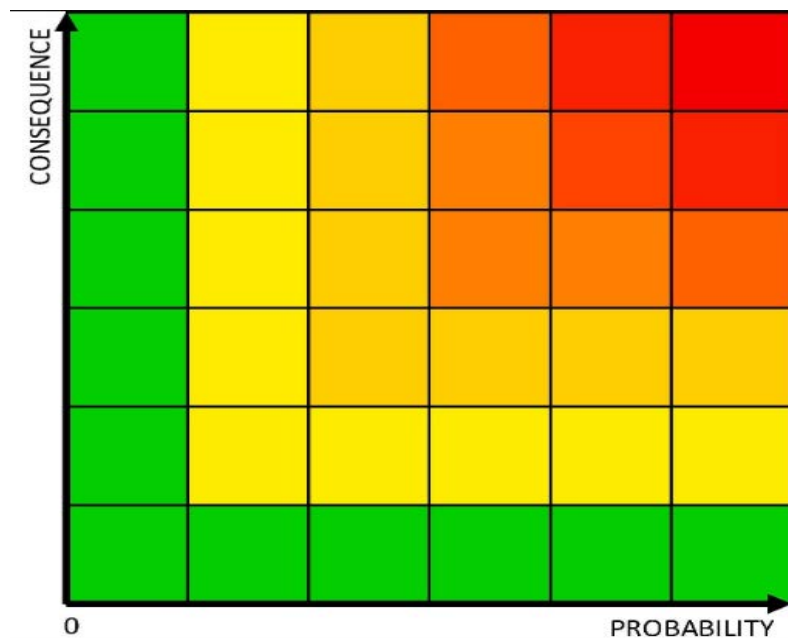
4.2 O que é e como é tradicionalmente elaborada uma matriz de riscos

A matriz de riscos é um instrumento de gestão de riscos estruturado sob a forma de um diagrama que permite a visualização e classificação dos eventos que podem impactar negativamente um empreendimento.

Normalmente esse instrumento é representado na forma de um gráfico bidimensional, que reflete a forma mais usual de análise e classificação dos riscos a partir da relação entre a probabilidade de ocorrência do evento danoso e de suas consequências.⁹ Sob esse prisma, a matriz de riscos é usualmente desenvolvida através da fórmula introduzida por Stanley Kaplan e John B. Garrick, em que risco (R) é expressado por um evento indesejável (s), a probabilidade de ocorrência desse evento (p) e o quão severas podem ser suas consequências (c): $R = f(s,p,c)$ (KAPLAN; GARRICK, 1981).

Nicola Paltrinieri, Louise Comfort e Genserik Reniers apresentam um exemplo de matriz de riscos estabelecida com base nessa fórmula (variáveis: probabilidade e consequência), em que o espaço de cor verde representa riscos aceitáveis, o amarelo, os riscos intermediários e o vermelho, os inaceitáveis (PALTRINIERI; COMFORT; RENIERS, 2019).

Figura 1 - Matriz de risco bidimensional de acordo com a fórmula $R = f(s,p,c)$



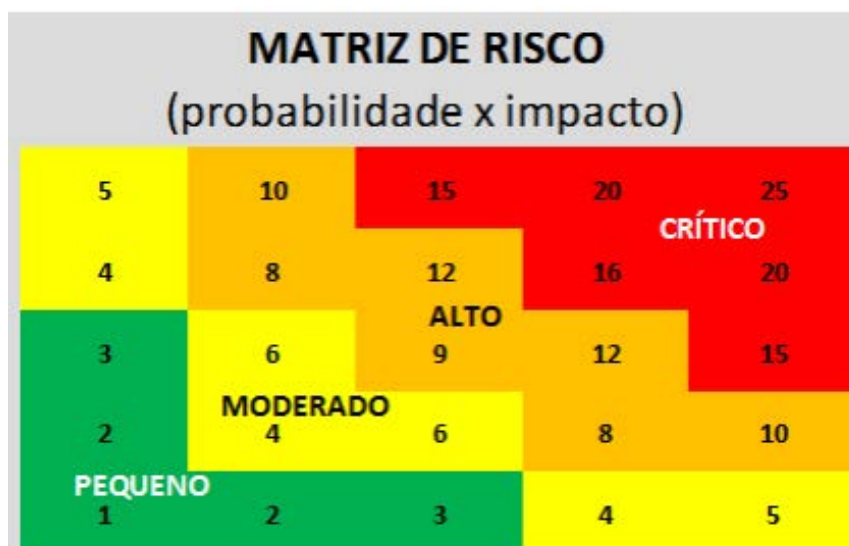
Fonte: PALTRINIERI; COMFORT; RENIERS, 2019, p. 476.

⁹ O próprio Guia ISO 73 define a matriz de riscos como uma “ferramenta para classificar e exibir riscos por meio da definição de intervalos de consequência e probabilidade” (BRASIL, 2009b), apesar de essa ser apenas uma das muitas formas sobre as quais pode-se apresentar a matriz, e na maioria das vezes não ser a mais adequada

Veja-se que, à medida que aumentam a probabilidade de ocorrência e a gravidade das consequências, mais perigoso e indesejável é o risco. Por outro lado, quanto menor a probabilidade de ocorrência e a gravidade das consequências, maior a “aceitabilidade” do risco.

Também é esse o modelo adotado no Manual de Gestão de Integridade, Riscos e Controles Internos da Gestão, documento oficial do que deve servir como guia para gestão de riscos nos contratos celebrados pelo Ministério do Desenvolvimento Regional:

Figura 2 - Modelo geral de matriz de riscos



Fonte: BRASIL, 2017, p. 25, fig. 10.

Analisar e posicionar os eventos que possam incidir negativa ou positivamente no contrato dentro dessa matriz põe em evidência os pontos mais sensíveis do empreendimento (áreas de prioridade) e, conseqüentemente, permite que as partes possam alocar de forma mais eficiente recursos humanos e materiais em processos de gestão de riscos.

Esse modelo básico de matriz bidimensional que relaciona vetores de probabilidade e impacto é replicado na maioria dos contratos de obras que se servem desse instrumento no Brasil, especialmente no âmbito das contratações públicas.

4.3 Cláusula de matriz de riscos na Lei nº 14.133/2021

A Lei de Licitações e Contratos não trata da matriz de riscos apenas como “ferramenta ou técnica para atribuir um nível de risco aos resultados de um evento” (COOK, 2008). Para além de seu papel original, de representação objetiva e classificação dos riscos de um empreendimento, o legislador determinou que nos contratos de obras públicas a matriz de riscos servirá também para repartir esses riscos entre as partes.

Para cumprir essa segunda função, o gestor deve utilizar a matriz de riscos para formular cláusula contratual capaz de promover “a alocação eficiente dos riscos e estabelecer a responsabilidade que caiba a cada parte contratante” (FORTINI; OLIVEIRA; CAMARÃO, 2022a, p. 315). Assim, antecipa-se o debate quanto ao responsável pelo ônus financeiro decorrente dos eventos supervenientes que possam afetar o contrato, evitando litígios no curso de sua execução e permitindo a estruturação de processos de gestão de riscos.

Estando cientes dos riscos que estarão sob sua esfera de responsabilidades, os particulares podem estruturar uma proposta mais condizente com o esforço que lhe será exigido para garantir o sucesso do empreendimento. O legislador espera que os riscos assumidos pelo particular sejam por ele precificados, de modo a garantir equivalência entre encargos e vantagens no contrato.

Dessa forma, o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato será definido de forma objetiva, e a própria cláusula de matriz de riscos indicará qual das partes deverá arcar com os custos de eventos supervenientes – ordinários ou extraordinários – que impactarem a execução. Conforme ensina Cristiana Fortini:

Ao assumir o risco, a parte reconhece que na hipótese de sua ocorrência, os efeitos serão por ela suportados. Assim, na hipótese de risco distribuído para o particular, a ele não se reconhece o direito ao reequilíbrio, ainda que potencializados os seus encargos. (FORTINI; OLIVEIRA, CAMARÃO, 2022b, p. 315)

A Lei nº 14.133/2021 tornou obrigatória a presença da matriz de riscos nas contratações que reputa mais sensíveis: (i) para obras e serviços de grande vulto; ou (ii) quando forem adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada (art. 22, §3º da Lei nº 14.133/2021) (BRASIL, 2021).

É de se ver, portanto, que o legislador mostrou especial preocupação com os riscos em contratos de obra, impondo a adoção de matriz de riscos pelo menos nos casos de projetos mais complexos. É o que constata Cristiana Fortini:

Obras e serviços de engenharia são fonte de preocupação do legislador por distintas razões. Manifestações do TCU que relatam casos de paralisia e interrupção e não atendimento do escopo explicam parte da atenção dedicada ao tema. A isso se soma a preocupação com corrupção (FORTINI; OLIVEIRA; CAMARÕES, 2022a, p.316).

Essa preocupação se justifica porque, conforme demonstrado alhures, a heterogeneidade e a complexidade dos objetos dos contratos de obras fazem com que eles sejam excepcionalmente suscetíveis a riscos internos e externos, demandando um excepcional cuidado na fase preparatória e no controle de intercorrências que possam afetar a execução.

5 A MATRIZ DE RISCOS EM CONTRATOS DE OBRAS: VICISSITUDES DE ELABORAÇÃO E O PROBLEMA DE UMA FIGURA ESTÁTICA

A Lei nº 14.133/2021 atribuiu prestígio tremendo à matriz de riscos. Além de apresentar esse mecanismo como garantia de maior segurança, obrigatório nas contratações mais sensíveis, o legislador o elegeu como a âncora do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Assim, o ônus decorrente de qualquer evento superveniente que impacte o contrato deverá ser suportado pela parte sobre a qual o risco respectivo foi alocado na matriz.

Não há previsão legal de revisão da matriz de riscos, o que faz parecer que esse instrumento reflete a alocação ideal dos riscos do contrato, de forma a assegurar a equivalência entre as obrigações e vantagens de cada uma das partes.

O legislador admitiu apenas que, quando um evento previsto na matriz de riscos majorar excessivamente o ônus de uma das partes ou impedir a continuidade da execução contratual, o prejudicado possa optar pela resolução do contrato (art. 22, § 2º, inciso II, da Lei nº 14.133/2021) (BRASIL, 2021). Ou seja, a hipótese de que um evento demonstre a ineficiência ou injustiça da matriz de riscos é tão excepcional que, diante de sua ocorrência, sequer valeria a pena dar continuidade ao empreendimento. A única saída seria o fim do contrato.

Contudo, da forma como tem sido utilizada pela administração pública, a matriz de riscos nem sempre assegura maior segurança aos contratos de obra públicas, e é bastante preocupante a sua consagração como remédio absoluto, capaz de definir de forma certa e permanente o equilíbrio contratual. É certo o alerta de Flávio Teixeira Júnior, Marcos Nóbrega e Rodrigo Cabral de que “as matrizes de risco não são isentas de falhas e definitivamente não são uma panaceia para todos os males” (TEIXEIRA JÚNIOR; NÓBREGA; CABRAL, 2021, p. 70).

A realidade é que não são raros os casos em que a distribuição dos riscos através da matriz se revela ineficiente ou injusta, e a situação – supostamente excepcional – que autoriza a resolução do contrato pode acabar por se revelar terrivelmente comum.

A experiência mostra que as principais falhas em processos de gestão de riscos decorrem de incorreções na fase inicial, em que é feita a análise e classificação dos eventos que podem impactar o empreendimento positiva ou negativamente – justamente o momento de formulação da matriz. Douglas Hubbard faz um diagnóstico preciso, mas desanimador, do cenário atual de gestão de riscos:

As catástrofes naturais, geopolíticas e financeiras nos primeiros anos do século XXI criaram, talvez apenas temporariamente, uma nova consciência do risco entre os agentes públicos, as empresas e os legisladores. Isto estimulou o desenvolvimento de vários métodos de gestão de risco, tanto nos setores financeiros como não financeiros. Infelizmente, quando estes métodos são medidos rigorosamente, não parecem funcionar. A maioria dos novos métodos não financeiros não se baseia em quaisquer teorias anteriores de análise de risco e não há provas científicas reais de que resultem em uma redução mensurável do risco ou numa melhoria das decisões. Onde existem dados científicos, os dados mostram que a maioria dos métodos de gestão de risco não leva em conta as fontes conhecidas de erros na análise de risco ou, pior ainda, acrescenta os seus próprios erros. Mesmo no sector financeiro e noutras áreas que utilizam métodos quantitativos mais sofisticados, há uma percepção crescente de que certos tipos de erros sistemáticos minaram a validade da sua análise durante anos.¹⁰ (HUBBARD, 2020, p. 4)

No que se refere a contratos de obras públicas, é possível localizar duas fontes principais de problemas na matriz de riscos: falhas de design e incapacidade de acompanhar as mudanças no cenário de riscos.

5.1 Falhas no design da matriz

Sem a pretensão de taxatividade ou exaustividade, apresentam-se aqui alguns dos principais problemas que surgem no processo de elaboração da matriz em contratos de obras públicas e refletem em falhas no design inicial: incertezas e falta de conhecimento; padronização indevida; desconsideração do apetite de risco do contratado.

5.1.1 Incertezas e falta de conhecimento

No item 4.2 do presente trabalho, apresentou-se a forma como usualmente é trabalhada a matriz de riscos em contratos de obras públicas no Brasil: um diagrama bidimensional que procura relacionar a probabilidade e a consequência do risco.

10 No original: “Natural, geopolitical, and financial disasters in the first few years of the 21st century have, perhaps only temporarily, created a new awareness of risk among the public, businesses, and lawmakers. This has spurred the development of several risk management methods, in both financial and nonfinancial sectors. Unfortunately, when these methods are measured rigorously, they don’t appear to work. Most of the new non-financial methods are not based on any previous theories of risk analysis and there is no real, scientific evidence that they result in a measurable reduction in risk or improvement in decisions. Where scientific data does exist, the data shows that most methods fail to account for known sources of error in the analysis of risk or, worse yet, add error of their own. Even in the financial sector and other areas that use the most sophisticated, quantitative methods, there is a growing realization that certain types of systematic errors have undermined the validity of their analysis for years”

Trata-se de um design demasiado simplista, que dá a falsa impressão de que ali estão contemplados todos os eventos que podem afetar o contrato; e que seus impactos podem ser mensurados antecipadamente.

Entretanto, não é raro que os designers da matriz calculem mal a probabilidade e o impacto dos riscos que ameaçam um empreendimento por conta da falta de conhecimento técnico específico acerca daquele objeto contratual, principalmente em contratos de obras públicas, que costumam ser muito complexos e distintos entre si.

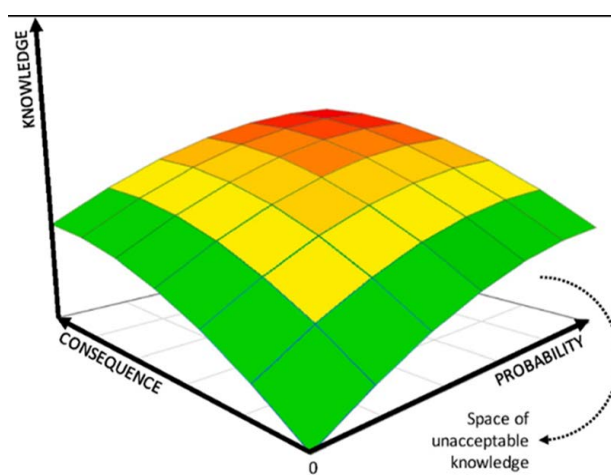
Ademais, ainda que a matriz seja elaborada pela equipe mais bem preparada possível, os riscos serão analisados e classificados com base em uma mera estimativa, cuja exatidão depende da quantidade e qualidade de informações disponíveis no momento da elaboração da matriz.

Essa questão não é levada em conta no modelo bidimensional de matriz de risco usualmente adotado nas contratações públicas brasileiras, conforme explicam Flávio Teixeira Júnior, Marcos Nóbrega e Rodrigo Cabral:

Frequentemente, não há fontes fidedignas que ofereçam informações de qualidade para a análise de dados. Isso não costuma ser percebido pelos designers e pelos usuários de matrizes de risco na maior parte das vezes, de tal sorte que, infelizmente, as matrizes são demasiadamente simplistas e só abordam os eixos “probabilidade x impacto” (sem maior aprofundamento quanto a esses vetores) (TEIXEIRA JÚNIOR; NÓBREGA; CABRAL, 2021, p. 70).

Pensando na incerteza e na falta de conhecimento como variável importante em processos de distribuição e gestão de riscos, Nicola Paltrinieri, Louise Comfort e Genserik Reniers apontam para a necessidade de inclusão de uma terceira dimensão na análise de riscos: o conhecimento (k) (PALTRINIERI; COMFORT; RENIERS, 2019). Assim, a fórmula tradicional para elaboração da matriz de riscos $R = f(s, p, c)$, receberia um elemento adicional: $R = f(s, p, c, k)$; e a matriz seria representada por um gráfico tridimensional:

Figura 3 - Matriz de risco tridimensional de acordo com a fórmula $R = f(s, p, c, k)$



Fonte: PALTRINIERI; COMFORT; RENIERS, 2019, p. 476, fig. 2.

A medida de conhecimento que as partes têm de cada cenário influencia diretamente a possibilidade de gestão do risco, de modo que somente os déficits de conhecimento são aceitáveis apenas para eventos de baixa probabilidade e baixa consequência. Desconsiderar o conhecimento disponível sobre um risco conduz irremediavelmente à sua classificação inadequada na matriz, podendo mascarar as áreas mais sensíveis do empreendimento e levar à alocação ineficiente de recursos ou até mesmo à distribuição inadequada do ônus de um evento indesejável sobre o contrato.

5.1.2 Padronização indevida

Ao tratar da alocação de riscos, a Lei nº 14.133/2021 registra que “poderão ser adotados métodos e padrões usualmente utilizados por entidades públicas e privadas, e os ministérios e secretarias supervisores dos órgãos e das entidades da administração pública poderão definir os parâmetros e o detalhamento dos procedimentos necessários a sua identificação, alocação e quantificação financeira” (art. 103, § 6º) (BRASIL, 2021).¹¹

Apesar de serem louváveis os objetivos perseguidos com a standardização de processos na administração pública, a tentação de seguir modelos bem-sucedidos em projetos anteriores pode enviesar a análise do responsável pela elaboração da matriz de riscos e levar à reprodução de uma matriz incompatível com as particularidades do contrato. Uma vez mais, o problema é constatado com precisão por Flávio Teixeira Júnior, Marcos Nóbrega e Rodrigo Cabral:

Cox notou que, não raras vezes, uma matriz não foi projetada para uma organização de usuários. Em vez disso, foi tirada de outra organização sem nenhuma tentativa de ajustá-la ou adaptá-la (“matriz emprestada”). Isso é problemático porque assumir que uma matriz original foi adequada para um determinado propósito não a faz, *ex ante*, adequada para o novo usuário ou situação, especialmente se pensarmos em matéria de contratos públicos de longo prazo e dotados de altíssima especificidade de ativos (como são as Concessões e PPPs, sobretudo as que tratam de projetos de infraestrutura).

Inclusive, no âmbito prático, a experiência com a Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais) na confecção das matrizes de riscos revelou uma padronização indesejada, com engessamento do instrumento ao invés da desejada abertura ao consensualismo. É a supramencionada realidade da “matriz emprestada”, em que, infelizmente, diversos gestores transformaram a matriz em um “padrão”, o que tende a implicar disfuncionalidades e ineficiências (TEIXEIRA JÚNIOR; NÓBREGA; CABRAL, 2021, p. 71-72).

Essa tendência é especialmente perigosa em contratos de obras em que projetos com o mesmo objeto final acabam por sofrer com riscos muito diferentes a depender das condições externas do local da execução.

5.1.3 Desconsideração do apetite de risco do contratado

Os riscos que uma empresa está disposta a aceitar dependem de sua estrutura organizacional, suas experiências anteriores, suas relações internas e externas, o perfil de seus dirigentes, sua política de objetivos e inúmeros outros fatores que são utilizados para traçar o que se chama de apetite de riscos. Alguns eventos são mais bem manejados por uma empresa do que por outras e, por isso, configuram riscos aceitáveis para alguns e inaceitáveis para outros.

Como não poderia deixar de ser, a disposição do risco em uma matriz e sua repartição entre as partes de um contrato deverá refletir os apetites de risco de cada uma delas. A matriz deve ser adequada à realidade das partes contratantes.

Todavia, no caso dos contratos de obras públicas, a alocação de riscos costuma ser definida de forma unilateral pelo poder público, ainda na fase interna da licitação, quando não se sabe com quem será celebrado o contrato. Conforme pontuam Cristiana Fortini e Marcos Nóbrega:

[...] como o contrato administrativo tem um caráter de contrato de adesão, considerando que sua minuta já vem anexada ao edital licitatório, não haveria condições *ex ante* de pactuar exaustivamente as cláusulas contratuais e fazer uma partilha adequada de riscos (FORTINI; OLIVEIRA; CAMARÃO, 2022a, p. 314).

¹¹ Têm-se aí uma clara manifestação de um dos eixos fundamentais eleitos pela Nova Lei de Licitações para a condução de contratações administrativas: a padronização.

Isso faz com que o particular precise se adequar à matriz predefinida pela administração, que muito dificilmente vai refletir o perfil do apetite de riscos da empresa.

5.2 Matriz estática x matriz dinâmica

Ainda que os gestores fossem capazes de elaborar a matriz de riscos mais acurada possível, perfeitamente adequada ao projeto, sem deficiências de informação e conformada ao apetite de risco de cada uma das partes, esse instrumento seria apenas uma “fotografia congelada no tempo, enquanto o sistema está mudando ao seu redor” (PALTRINIERI; COMFORT; RENIERS, 2019, p. 476, tradução nossa¹²).

A matriz de riscos traçada no momento da contratação retrata um cenário inicial e somente poderá servir como bússola para a estruturação de processos de gestão de riscos e definição do equilíbrio contratual enquanto forem mantidas essas condições. Contudo, no caso dos contratos de obra, esse cenário quase nunca é mantido.

A mera passagem do tempo já sujeita o projeto a “mudanças contextuais inimagináveis quando da apresentação da proposta ou da elaboração do instrumento convocatório” (FORTINI; NÓBREGA; CAVALCANTI, 2022), que podem fazer com que alguns riscos que ameaçavam o contrato inicialmente sejam superados e outros surjam.

Para além disso, especificamente no caso das obras, é comum que as mudanças no espaço físico que ocorrem à medida que o empreendimento avança tornem necessárias alterações no projeto inicial, que revelam novos riscos que não puderam ser vislumbrados antes do início dos trabalhos ou potencializam riscos que foram subestimados na matriz.

Ademais, a superveniência de um evento desfavorável pode gerar riscos indiretos e secundários que não haviam sido considerados na matriz de riscos inicial. Em uma crítica bem formulada às teorias tradicionais de análise de riscos estáticas, Nasirzadeh, Afshar e Khanzadi, do Departamento de Engenharia Civil da Universidade do Irã, apontam que:

[...] essas técnicas pecam ao desconsiderar as inter-relações e interações entre riscos diferentes. Por conta dessas interações, as consequências de um evento superveniente podem potencializar outros riscos já existentes ou até mesmo criar outros riscos. Assim, o impacto cumulativo de uma cadeia de riscos pode exceder muito a soma de seus impactos individuais. (NASIRZADEH; AFSHAR; KHANZADI, 2008, p. 821, tradução nossa)

Com efeito, a execução de uma obra envolve a manutenção de diversas relações além daquela estabelecida entre a administração pública e o contratado. É preciso levar em conta os contratos do particular com fornecedores de matéria-prima, os funcionários, a segurança do local, as condições climáticas e diversas outras variáveis que estão todas conectadas entre si, de modo que um evento que impacta diretamente uma delas provavelmente surtirá também efeitos indiretos em todas as demais.

A resposta que tem sido apresentada aos problemas relacionados à defasagem de uma matriz estática pelos campos da estatística e engenharia é a utilização de fórmulas que garantam certo dinamismo a esse instrumento (VILLA, 2016). Essa diretriz já foi adotada pelo Guia PMBOK:

Os riscos continuarão a surgir durante o ciclo de vida do projeto, de forma que os processos de gerenciamento dos riscos do projeto devem ser realizados iterativamente. Inicialmente, os riscos são tratados durante o planejamento através da modelagem da estratégia do projeto. Os riscos devem ser monitorados e gerenciados no decorrer do projeto, para

12 In addition, even if we can assess risk with all the knowledge available, we would provide a risk picture that is “frozen” in time, while the system is changing around it.

garantir que o projeto progrida como planejado e os riscos emergentes sejam tratados (PROJECT MANAGEMENT INSTITUTE, 2017, p. 398)

Uma matriz de riscos que possa ser constantemente adaptada, com inclusão de novos riscos e alterações de classificação ou distribuição de riscos através de revisões baseadas na evidência que surge conforme o projeto avança, mostra-se muito mais confiável.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A correta análise, qualificação e classificação dos riscos é fundamental para o sucesso de qualquer empreendimento, e esse processo adquire especial relevância em contratos de obras públicas, que são considerados projetos de alto risco, muito suscetíveis à influência de eventos supervenientes de origem interna ou externa.

O conhecimento prévio não só de quais riscos ameaçam o projeto, mas também de quais desses riscos se inserem dentro de sua esfera de responsabilidades, é fundamental para que as partes possam organizar e implementar processos de gestão de riscos dentro do orçamento destinado à execução do contrato.

Sob essa perspectiva, a Nova Lei de Licitações e Contratos (14.133/2021) andou bem ao propor uma repartição objetiva dos riscos positivada em cláusula contratual como alternativa à teoria das áleas consagrada pela Lei federal nº 8.666/1993.

Contudo, a matriz de riscos, instrumento eleito para essa finalidade, sofre com sérios problemas em sua aplicação prática, principalmente relacionados a falhas em seu design inicial e à defasagem das informações nela contidas à medida que a obra avança e o cenário de riscos muda.

A consequência prática desses defeitos é que a matriz de riscos não reflete corretamente os riscos que ameaçam o contrato, o que acaba por induzir à estruturação equivocada dos processos de gestão de riscos e impor um ponto de equilíbrio econômico-financeiro artificial, em que uma das partes está sujeita a um ônus maior do que a outra.

Por isso, uma matriz de riscos defeituosa ou ultrapassada acaba por se tornar um risco grave por si mesma, com o potencial de frustrar completamente a execução contratual.

Não é difícil imaginar a profusão de contratos encerrados antecipadamente com fundamento na faculdade do art. 22, § 2º, II, da Lei federal nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021) em função da superveniência de um evento que majore excessivamente o ônus contratual, mas não lhes assegure o reequilíbrio econômico por estar previsto na matriz de riscos. Trata-se de uma solução extrema, que frustra tanto o interesse público na integral e adequada execução do contrato quanto o interesse do particular na justa remuneração de seus serviços.

Para evitar esse cenário desastroso, urge reconhecer que a matriz de riscos não pode ser tratada como um mecanismo infalível, absoluto e imutável.

Os estudos mais recentes apontam que, em projetos de maior complexidade e longa duração, a matriz de riscos deve ser empregada de forma dinâmica, com capacidade de alteração para renovação, adaptação e retificação de projeções iniciais.

Partindo do pressuposto de que a matriz de riscos inicialmente pactuada pode – e deve – ser renovada e adaptada, as partes poderão reconhecer e corrigir eventuais erros de design que só sejam percebidos no

curso da execução do projeto ou ainda adaptar a divisão de riscos conforme as mudanças da realidade em que se insere a obra.

Entretanto, cumpre registrar o alerta de que essa necessidade de dinamismo precisa ser compatibilizada com a preocupação – desinente do princípio democrático – com uma forma de atuar tanto por parte da administração quanto do particular, pautada em procedimentos de negociação e na busca pelo consenso para melhor atender aos conflitos que emergem nas relações contratuais.

REFERÊNCIAS

ALVES, Thais Soares. Repartição de riscos em contratações públicas sob a Lei nº 13.303/2016. **Boletim do Gerenciamento**, v. 11, n. 11, p. 19-30, 2020

BRASIL. Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT. **ISO Guia 73: Gestão de riscos - Vocabulário**. [S.l.], 2009a.

BRASIL. Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT. **NBR ISO 31000: Gestão de riscos – princípios e diretrizes**. Rio de Janeiro, 2009b.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas - IBRAOP. **Orientação Técnica OT-IBR 002-2009 – Obra e serviço de engenharia**, 2009c.

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

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37 inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [1993]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 30 abr. 2022.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. **Manual de gestão de integridade, riscos e controles internos da gestão**, 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1.079/2019 (RA:011.196/2018-1)**, Plenário. Rel. Min. Vital do Rêgo, DOU, 15 mai. 2019. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1079%2520ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 04 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2.079/07 (REPR: 009.930/2007-7)**, Plenário. Rel. Min. Marcos Vileça. DOU, 03 out. 2007. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2079%2520ANOACORDAO%253A2007/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 05 jul. 2022.

CAJAL, Liana Cláudia Hentges. O risco da incerteza: as possíveis contribuições da risk-based theory no enquadramento da pandemia de COVID-19 na matriz de riscos dos contratos de concessão de serviço público. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, v. 7, n. 2, p. 136-156, outubro 2021.

COOK, R. **Simplifying the creation and use of the risk matrix**. Paper presented at the Safety-critical Systems Symposium, Bristol organized by Safety and Reliability Society. 2008.

FORTINI, Cristiana; NÓBREGA, Marcos Antônio Rios; CAVALCANTI, Caio Mário Lana. Matriz de riscos dos contratos de parceria público-privada: alteração consensual. **Revista Consultor Jurídico**, 30 jun. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-30/interesse-publico-matriz-riscos-contratos-parceria-publico-privada>. Acesso em: 05 jul. 2022.

FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coord.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2022. Belo Horizonte: Fórum, 2022a. v. 1 - Artigos 1º ao 70.

FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coord.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2022. Belo Horizonte: Fórum, 2022b. v. 2 - Artigos 71 ao 194.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e contratos administrativos**. 7 ed. rev. atual. e ampl. com comentários sobre a Lei nº 13.303/2016 – Lei das Empresas Estatais. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

HEIJDEN, Jeroen van Der. Risk Governance and Risk-Based Regulation: a review of the international academic literature. **State of The Art In Regulatory Governance Research Paper Series**, Wellington, p. 1-33, jun. 2019. p. 3

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

HUBBARD, Douglas W. **The failure of risk management**: Why it's broken and how to fix it. John Wiley & Sons, 2020.

KAPLAN, Stanley; GARRICK, B. John. On the quantitative definition of risk. **Risk analysis**, v. 1, n. 1, p. 11-27, 1981.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1995.

NASIRZADEH, Farnad; AFSHAR, Abbas; KHANZADI, Mostafa. Dynamic risk analysis in construction projects. **Canadian Journal of Civil Engineering**, v. 35, n. 8, p. 820-831, 2008.

OLIVEIRA, Simone Zanotello de. **Alocação de riscos e equilíbrio econômico-financeiro nas contratações públicas**. São Paulo: Dialética, 2022.

PALTRINIERI, Nicola; COMFORT, Louise; RENIERS, Genserik. Learning about risk: Machine learning for risk assessment. **Safety Science**, v. 118, p. 475-486, 2019.

PROJECT MANAGEMENT INSTITUTE (Ed.). **Um guia do conhecimento em gerenciamento de projetos (Guia PMBOK)**. 6.ed. Newtown Square, PA: Project Management Institute, 2017.

TEIXEIRA JÚNIOR, Flávio Germano de Sena; NÓBREGA, Marcos; CABRAL, Rodrigo Torres Pimenta. Matriz de riscos e a ilusão da perenidade do passado: precisamos ressignificar o conceito de tempo nas contratações públicas. **Revista Brasileira de Direito Público** [Recurso Eletrônico]. Belo Horizonte, v. 19, n. 74, jul./set. 2021. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/42426>. Acesso em: 30 nov. 2021.

A TEORIA DAS INVALIDADES NA NOVA LEI DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E O EQUILÍBRIO DOS INTERESSES ENVOLVIDOS

THE THEORY OF INVALIDITIES IN THE NEW PUBLIC CONTRACTS LAW AND THE BALANCE OF INTERESTS INVOLVED



Flávio Germano de Sena Teixeira Júnior

Advogado da Universidade de Pernambuco (UPE). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Integrante do Grupo de Pesquisa Desafios do Controle da Administração Pública Contemporânea (UFPE). Autor e coautor de vários artigos e livros jurídicos.

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 (UFPE). Bacharel em Economia pela UFPE. Bacharel em Administração pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). 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.

Sumário: 1. Introdução; 2. O anacronismo da Teoria das Invalidades no Direito Administrativo Brasileiro clássico: colocação do problema; 3. A Lei nº 13.655/2018 e o consequencialismo: ruptura com o paradigma do Direito Administrativo clássico; 4. A Teoria das Invalidades à luz da Nova Lei de Contratações Públicas e o Equilíbrio dos Interesses Envolvidos; 5. À guisa de conclusão: invalidação e equilíbrio de interesses envolvidos; Referências.

Resumo: A Teoria das Invalidades erigida pelo Direito Administrativo Brasileiro clássico não mais atende às exigências da sociedade complexa, mormente no tocante ao regime jurídico da anulação dos contratos administrativos. Com a evolução social e jurídica, o disciplinamento atinente à invalidação na Lei 8.666/1993 veio a tornar-se inapropriado, inefetivo, falho e ultrapassado. No presente artigo, propõe-se lançar luzes sobre esse cenário e apontar as mudanças que vêm sendo implementadas no direito positivo, notadamente, no que se refere a uma nova teorização das invalidades dos atos e contratos administrativos. Para tanto, aborda-se a Lei 13.655/2018, precursora desse movimento, ao introduzir, na LINDB, relevantes balizas interpretativas à tomada de decisões públicas, inclusive (e especialmente) no tocante à invalidação. Em seguida, discorre-se sobre a teoria da invalidação legislativamente plasmada na Nova Lei de Contratações Públicas e como essa “nova teoria da invalidação” pode funcionar na promoção do equilíbrio dos interesses envolvidos em relações dessa natureza.

Abstract: The Invalidity Theory established by Classical Brazilian Administrative Law no longer meets the demands of a complex society, especially with regard to the legal regime for the annulment of administrative contracts. With social and legal evolution, the discipline regarding invalidation in Law 8,666/1993 became inappropriate, ineffective, flawed and outdated. In this article, we propose to shed light on this scenario and point out the changes that have been implemented in positive law, notably with regard to a new theorization of the invalidities of administrative acts and contracts. To this end, Law 13.655/2018 is addressed, a precursor to this movement by introducing, into LINDB, relevant interpretative guidelines for public decision-making, including (and especially) regarding invalidation. Next, we discuss the theory of invalidation legislatively established in the New Public Procurement Law and how this “new theory of invalidation” can work in promoting the balance of interests involved in relationships of this nature.

Palavras-chave: Teoria das Invalidades. Compras Públicas. Equilíbrio de interesses.

Keywords: Invalidity Theory. Public Procurement. Balance of Interests.

“Toda a evolução da ciência indica que a melhor gramática para pensar o mundo é a da mudança, não a da permanência. Do acontecer, não do ser”¹ Carlo Rovelli.

1 INTRODUÇÃO

O tempo, sugeria Aristóteles, é a medida da mudança.² Comentando o pensador grego, o físico teórico Carlo Rovelli³ questiona: “mas então, se nada muda, se nada se move, o tempo não passa?”. A despeito das diversas teorias sobre o tempo, algo, porém, nos parece seguro afirmar: “pode-se escolher diferentes variáveis para medi-lo e nenhuma delas terá todas as características do tempo que conhecemos, mas isso jamais eliminará o fato de que o mundo está em constante mudança”.⁴ Diante disso, então, “a melhor gramática para pensar o mundo é a da mudança, não a da permanência. Do acontecer, não do ser”.⁵ Com o Direito Administrativo não pode ser diferente.

A deflagração do processo legislativo relativo ao novo marco legal de licitações e contratos se deveu, em grande parte, ao apontamento, pela Comissão Especial do Senado Federal, de que a Lei nº 8.666/1993 “cria insegurança para os administradores públicos”^{6,7}, de tal maneira que o anacronismo legislativo engendrou um cenário de assimetria de informações e dificuldades aos *players* que se aventuram a participar de certames licitatórios e contratos públicos, sobretudo à administração (e, como corolário, à coletividade), alijada por famigerados fenômenos como *seleção adversa* e *moral hazard*.⁸

Há um verdadeiro descompasso entre o *ser* e o *dever ser* em razão da “obsolescência gramatical” de certos dispositivos da Lei Geral de Licitações e Contratos, que já ostenta quase 30 (trinta) anos. Assim, a Lei nº 14.133/2021 se reveste de grande importância, eis que a Lei 8.666/1993 se mostrou incapaz de atender aos desafios do Estado frente à sociedade complexa.⁹

Esse cenário de imprecisão e insegurança jurídica potencializou diversas mazelas na administração pública, tais como o que se convencionou chamar de *Direito Administrativo do Medo*,¹⁰ colocando-se em evidência uma *análise crítica do controle*,¹¹ falando-se até mesmo em *crise da ineficiência pelo controle*.¹² Não se pode perder de vista, no entanto, que o papel do controlador também não é fácil, eis que, por diversas vezes, depara-se com denúncias de irregularidades em licitações e contratos, mas não se encontra munido das informações e dados técnicos necessários a uma tomada de decisão devidamente motivada. A “missão civilizatória”, usualmente, também se afigura ingrata.

1 Cf. ROVELLI, Carlo. **A ordem do tempo**. Tradução: Silvana Cobucci. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018. p. 80

2 *Ibidem*, p. 56.

3 *Ibidem*, p. 80.

4 *Ibidem*.

5 *Ibidem*.

6 Cf. SENADO FEDERAL. **Relatório Final da Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/1993) – CTLICON**.

7 Cf. NÓBREGA, Marcos; JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. **Assimetrias de informação na nova Lei de Licitação e o problema da seleção adversa**.

8 *Ibidem*.

9 Cf. NÓBREGA, Marcos. Esperando Godot: Poderá a nova lei de licitações revolucionar as compras públicas no Brasil? **O Licitante**, 2020.

10 Em razão da hipertrofia/sofisticação da atividade controladora, essa expressão (*Direito Administrativo do Medo*) tem sido utilizada para designar a inibição do administrador público frente ao cenário de ampliação dos riscos jurídicos sobre suas ações. “Decidir sobre o dia a dia da Administração passou a atrair riscos jurídicos de toda a ordem, que podem chegar ao ponto da criminalização da conduta”. Cf. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Direito do Estado**, n. 71, 31 jan. 2016.

11 Cf. DE PALMA, Juliana Bonarcosi. **A proposta de Lei da Segurança Jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas**.

12 Cf. GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *op. cit.*

Nesse diapasão, algumas saídas legislativas foram propostas com o escopo de conferir maior segurança jurídica às decisões tomadas pela administração pública e facilitar o diálogo com os órgãos de controle. No âmbito do Direito Público em geral, tem-se as significativas normas instituídas pela Lei nº 13.655/2018, que enfatizam, no decorrer dos seus dispositivos, a necessidade de serem consideradas *as circunstâncias práticas da decisão*,¹³ incorporando-se a lógica *consequencialista* como mecanismo de combate ao “ambiente de geleia geral, em que princípios vagos podem sustentar qualquer decisão”.¹⁴

Especificamente em relação ao novo marco legal de licitações e contratos administrativos, ressaltam-se os artigos 147 a 150 (Capítulo XI), que dispõem sobre o regime jurídico das nulidades nas contratações públicas, agora, com um viés claramente *consequencialista*. Essa “inovação legislativa”¹⁵ é pertinente, sobretudo porque “as pesquisas apontam que, não raro, controladores reputam a decisão administrativa válida ou inválida com base em princípios ou conceitos jurídicos indeterminados e valores abstratos”¹⁶, sendo comum observar tais condutas em matéria de licitações e contratos públicos. Sobre o tema, Juliana de Palma pondera:

Na prática, a motivação tende a não considerar as consequências concretas da decisão controladora: no geral, os controladores adotam uma visão deliberativa limitada ao caso concreto – a casuística –, que não considera os impactos da decisão específica, ou do conjunto decisório, sobre a gestão pública em termos de custos, tempo, legitimidade, eficácia da política pública e isonomia perante os demais cidadãos.¹⁷

Outro ponto indicado pelos pesquisadores é o de que “as decisões administrativas são meramente provisionais”.¹⁸ É dizer: na medida em que atos, contratos, licitações, decisões de políticas públicas e processos administrativos em geral são submetidos a um acentuado grau de controle, frequentemente sem balizas bem delineadas, “as decisões administrativas assemelham-se a uma ‘primeira tentativa’¹⁹, cuja deliberação final depende do aval do controlador”.²⁰

Nessa esteira, por mais que se critique a Lei nº 14.133/2021 em alguns aspectos, não se pode olvidar que a incorporação de ideais *consequencialistas* na construção de uma “nova” teoria da invalidação atende aos anseios de um Direito Administrativo mais próximo da realidade da sociedade complexa, eis que pautado na análise dos riscos e nos impactos econômico-sociais, num contínuo movimento pendular entre o mundo fenomênico e o arcabouço *jus* normativo. Adota-se uma espécie de hermenêutica da facticidade, em que o direito não se sobrepõe aos fatos, mas dialoga com eles. A resignificação do conceito de interesse público, cujo enfoque passa a ser o *equilíbrio de interesses envolvidos*, é um dos corolários desse movimento.

O presente artigo estrutura-se, portanto, da seguinte forma: em um primeiro momento, aborda-se o regime jurídico da invalidação na Lei nº 8.666/1993, perquirindo-se a “inadequação gramatical” do Direito Administrativo clássico para a teorização da invalidade em contratações públicas na sociedade complexa;

13 Cf. art. 20 da LINDB.

14 A frase é de Carlos Ari Sundfeld. SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça. In: _____. **Direito Administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Direito GV/ Malheiros, 2014, p. 205.

15 Tecnicamente, não se trata de uma inovação, já que a Lei nº 13.655/2018, ao introduzir diversos dispositivos na LINDB, já demonstrou a preocupação do legislador com a segurança jurídica e com a motivação das decisões públicas. Os artigos 20, 21, 22 e 24 são prova disso, onde se enfatiza a necessidade de consideração das circunstâncias práticas da decisão, bem como o estabelecimento de óbice à decretação de invalidação de situações fáticas plenamente constituídas. Em outras palavras: a ilegalidade, *de per se*, não tem mais o condão de ensejar, automaticamente, a extirpação integral dos efeitos do contrato ou do administrativo. Não se descure que tanto o STF quanto o TCU já adotavam entendimentos pautados numa análise *consequencialista*, no entanto, a positivação desse *modelo decisório*, tanto na LINDB quanto no novo marco legal de contratações públicas, tende a conferir maior segurança jurídica e qualidade nas decisões.

16 Cf. DE PALMA, *op. cit.*

17 *Ibidem*.

18 *Ibidem*.

19 *Ibidem*.

20 *Ibidem*.

segundo, destaca-se a ruptura com o Direito Administrativo tradicional e a virada paradigmática promovida pela Lei nº 13.655/2018, que alterou substancialmente a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e positivou novas e relevantes referências interpretativas no Direito Público, inclusive, no que diz respeito ao instituto da invalidação; terceiro, discute-se o regime jurídico das invalidades estatuído na Nova Lei de Contratações Públicas, estabelecendo-se a relação com a noção de *equilíbrio dos interesses envolvidos*.

Desta feita, sem maiores propensões teóricas, pretende-se, tão somente, comentar o significativo avanço que o novo diploma legal tende a promover, superando-se (ao menos em parte), a partir de uma nova gramática legislativa, o sectarismo e a dicotomia (ato válido-inválido) que permeavam o Direito Administrativo clássico, conjecturando-se sobre as possibilidades de teorizar a nulidade/invalidade no Direito Administrativo (e, mais especificamente, no âmbito das licitações e contratos) a partir do *equilíbrio dos interesses envolvidos*, numa perspectiva dialógica, dando-se primazia ao aspecto *funcional* do princípio da legalidade.

2 O ANACRONISMO DA TEORIA DAS INVALIDADES NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO CLÁSSICO: COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

No Direito Administrativo, costuma-se dizer que anulação (ou invalidação)²¹ “é o desfazimento do ato administrativo por razões de ilegalidade”²², ou, ainda, “a eliminação, de um ato administrativo ou da relação jurídica por ele gerada, ou de ambos, por terem sido produzidos em desconformidade com a ordem jurídica”²³.

Um dos temas mais debatidos na doutrina diz respeito à classificação dos atos inválidos. O assunto é de grande relevância, tendo em vista que, na doutrina clássica, conforme seja o tipo de invalidade do ato, a reação da ordem jurídica será diversa.

Não existe (e nunca existiu), no Brasil, uma unificação legislativa no que tange ao regime jurídico dos atos inválidos. A razão para isso reside na ausência de codificação do Direito Administrativo brasileiro e na autonomia política conferida pela Constituição a cada ente federativo.²⁴ É o princípio federativo que fundamenta a inexistência de uma legislação comum. Isso sempre trouxe (e ainda traz) dificuldades para sistematizar a matéria.

Durante muito tempo, não havia qualquer legislação que fornecesse contornos mais seguros para a construção de uma teoria das invalidades dos atos administrativos. Em 1965, foi editada a Lei 4.717 (Lei de Ação Popular), a qual dispõe, em seu art. 2º, sobre os atos nulos e anuláveis. No entanto, como não conferiu tratamento jurídico diferenciado para essas figuras, ela não ajudou muito na tarefa de diferenciar os atos administrativos inválidos.²⁵

Talvez por força disso, alguns juristas de escol se socorreram da teoria das invalidades dos atos de Direito Privado, adaptando-a ao Direito Administrativo, sob o argumento de que se tratava de teoria geral do

21 Neste trabalho, a despeito de relativa cizânia doutrinária quanto à questão terminológica, utilizaremos os vocábulos *anulação* e *invalidação* como expressões sinônimas e que, portanto, versam sobre o mesmo instituto.

22 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 243.

23 VITTA, Heraldo Garcia. **Invalidação dos atos administrativos**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 220, p. 35-51, abr./jun. 2000.

24 Cf. FREIRE, André Luiz. **Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 69.

25 A Lei de Ação Popular prevê, em seu art. 2º, que os atos administrativos lesivos ao patrimônio público serão nulos nos casos de incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos e vício de finalidade. Já o art. 3º dispõe que os atos portadores de vícios diversos daqueles citados no art. 2º seriam anuláveis.

Direito. Essa foi a postura adotada, por exemplo, por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que diferenciou os atos administrativos inválidos em nulos e anuláveis.²⁶

Por outro lado, houve quem afastasse a aplicação integral da teoria das invalidades do Direito Privado aos atos administrativos. É o caso de Seabra Fagundes, para quem a classificação do Direito Privado em atos nulos e anuláveis, constante no Código Civil de 1916, não se ajusta ao Direito Administrativo, tendo em vista o princípio do interesse público.²⁷ Com base nesses pressupostos, ele classifica os atos inválidos em absolutamente insanáveis (nulos), relativamente inválidos (anuláveis) e atos irregulares. A distinção entre eles se funda na maior ou menor ofensa ao interesse público (gravidade do vício).²⁸

Hely Lopes Meirelles também afasta a aplicação da classificação dos atos em nulos e anuláveis no âmbito do Direito Administrativo. Na lição do jurista, nulidade e anulabilidade se fundam, respectivamente, no interesse público e no interesse privado na manutenção ou eliminação do ato inválido. Como para ele não há, no Direito Público, ato editado no interesse privado, não existe a categoria dos atos administrativos anuláveis. Nesse vetor, o autor assevera que os atos administrativos inválidos serão sempre nulos:

Duas observações se impõem em tema de anulação de ato administrativo: a primeira, é a de que os efeitos do anulamento são idênticos para os atos nulos como para os chamados atos inexistentes; a segunda, é a de que em Direito Público não há lugar para os atos anuláveis. Isto porque a nulidade (absoluta) e a anulabilidade (relativa) assentam, respectivamente, na ocorrência do interesse privado e do interesse público na manutenção ou eliminação do ato irregular. Quando o ato é de exclusivo interesse dos particulares – o que só ocorre no Direito Privado – embora ilegítimo ou ilegal, pode ser mantido ou invalidado segundo o desejo das partes; quando é de interesse público – e tais são todos os atos administrativos – a sua legalidade se impõe como condição de validade e eficácia do ato, não se admitindo o arbítrio dos interessados para a sua manutenção ou invalidação, porque isto ofenderia a exigência de legitimidade da atuação pública. O ato administrativo é legal ou ilegal; é válido ou inválido. Jamais poderá ser legal ou meio legal; válido ou meio válido, como ocorreria se se admitisse a nulidade relativa ou anulabilidade como pretendem alguns autores que transplantam teorias do Direito Privado para o Direito Público sem meditar na sua inadequação aos princípios específicos da atividade estatal.²⁹

Já Celso Antônio Bandeira de Mello sistematiza, conforme o regime jurídico aplicável, os atos inválidos em inexistentes, nulos e anuláveis. Os atos inexistentes seriam os que se encontram no campo do impossível jurídico, ou seja, aqueles cujo comportamento consiste na prática de crimes que ofendam os direitos fundamentais da pessoa humana, ligados à sua personalidade ou dignidade. A diferença entre os atos nulos e anuláveis, segundo ele, reside basicamente na possibilidade de convalidação, a qual só existe em relação aos atos anuláveis. Ademais, no curso de uma lide, a arguição do vício dos atos nulos pode ser feita pelo Ministério Público ou de ofício pelo juiz; nos atos anuláveis, tal arguição somente pode ser feita pelo interessado.³⁰

26 “a distinção entre atos nulos e anuláveis, embora objeto de sistematização pelos civilistas, não envolve matéria jurídica de direito privado, mas da teoria geral do direito, pertinente à ilegitimidade dos atos jurídicos, e, portanto, perfeitamente adaptável ao direito público, especialmente, ao direito administrativo. Não se trata, por conseguinte, de transplantação imprópria da teoria do direito privado para o direito público inconciliável com os princípios informadores do ato administrativo”. Cf. (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. 1, p. 656.

27 “A infringência legal no ato administrativo, se considerada abstratamente, aparecerá sempre como prejudicial ao interesse público. Mas, por outro lado, vista em face de algum caso concreto, pode acontecer que essa situação resultante do ato, embora nascida irregularmente, torne-se útil àquele interesse. Também as numerosas situações pessoais alcançadas e beneficiadas pelo ato vicioso podem aconselhar a subsistência dos seus efeitos. Por tudo isso, a aplicação dos princípios do direito privado aos atos administrativos tem de ser aceita, limitadamente, no tocante à sistematização geral e pela jurisprudência, no que respeita aos casos concretos, de modo a articulá-los com os princípios gerais e especiais de direito administrativo”. Cf. FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. Atual. por Gustavo Binebojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 53-54.

28 *Ibidem*, p. 64 e ss.

29 *Revogação e anulação de ato administrativo*. Texto publicado em 1964. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/25736>. Acesso em 12.02.2021.

30 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 467 e ss.

Seria possível escrever páginas e páginas acerca das diversas classificações feitas pela doutrina, cada uma diversa da outra. Não é oportuno cansar o leitor com essa descrição. Esse não é o propósito desse trabalho. O que nos move aqui é perquirir sobre a teoria da invalidação no “novo” Direito Administrativo, sobretudo no âmbito das licitações e contratos administrativos. A grande pergunta é: como construir um regime jurídico de invalidades que esteja mais atento às questões que permeiam as contratações públicas na sociedade complexa?

Não se descure que o tema da invalidade está entre os tópicos mais difíceis do Direito Administrativo. Certo é que a sociedade mudou e, com ela, os conceitos tradicionais do Direito Administrativo precisam ser ressignificados. Luís Cabral de Moncada³¹ alerta que, no contexto atual, de um Direito Administrativo voltado e dirigido à realização de fins econômicos e sociais, as figuras tradicionais da invalidade, que eram coevas do seu nascimento, passam a ter maiores dificuldades para atender demandas cada vez mais intrincadas:

A rigidez do regime jurídico das invalidades administrativas adaptava-se bem a uma conjuntura em que a Administração actuava pouco mas quando o fazia era pela via unilateral e executória, *máxime* policial, e de modo agressivo da esfera jurídica do particular súdito. Ora, hoje a Administração entra em relações muito mais complexas com os particulares a tender para uma cada vez mais nítida paridade a pedir adequada tutela e de que resultam até efeitos atendíveis exteriores aos que afectam as entidades diretamente intervenientes. O regime jurídico das invalidades deve ser assim construído de modo diversificado e os respectivos efeitos devem ser equacionados numa perspectiva abrangente que se não fica pela simples consideração da relação entre as entidades diretamente visadas.

Nesse diapasão, a nossa proposta no presente artigo, portanto, é a de enfatizar o papel *funcional* do princípio da legalidade, a fim de que sirva de maneira mais efetiva ao Direito Administrativo atual, o qual reclama uma dogmática própria em matéria de invalidades, permeável a regimes jurídicos elásticos compatíveis com a vastidão das questões suscitadas e que estejam, portanto, atentos à complexidade dos problemas práticos e à necessidade de *equilibrar os interesses envolvidos*³².

A título de esclarecimento, não é despiciendo ressaltar que o previsto nos dispositivos da LINDB e no Novo Marco Legal de Contratações Públicas (em matéria de invalidade de ato/contrato administrativo) não se confunde com o instituto da *convalidação*, já consagrado há tempos no Direito Administrativo brasileiro, inclusive na doutrina clássica. Sobre isso, para evitar maiores confusões conceituais, cumpre tecer alguns esclarecimentos.

Segundo Di Pietro, a *convalidação* ou *saneamento* é “o ato administrativo pelo qual é suprido o vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que este foi praticado”.³³ No magistério de Weida Zancaner,³⁴ “é um ato, exarado pela Administração Pública, que se refere expressamente ao ato de convalidar para suprir seus defeitos e resguardar os efeitos por ele produzidos”.

Antônio Carlos Cintra do Amaral³⁵ leciona que a convalidação ainda depende da possibilidade de retroação dos efeitos do ato *convalidador* ao momento de nascimento do ato a convalidar, salvo quando decorre exclusivamente de ato do particular. Nesta última hipótese, nenhum ato é praticado pela administração, como ocorre, por exemplo, com alguém que foi destinatário de uma exoneração a pedido, sem que

31 MONCADA, Luiz Cabral de. **A nulidade do acto administrativo**.

32 Essa é a razão pela qual a expressão *equilíbrio dos interesses envolvidos* consta no título do artigo. Com isso, queremos nos referir à capacidade de construir uma noção de legalidade que leve em conta, sobretudo, a acomodação do interesse das partes, encontrando um ponto em comum onde interesses conflitantes possam repousar.

33 DI PIETRO, *op. cit.*, p. 253

34 **Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 55.

35 **Ato Administrativo, Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 62.

houvesse requerido. Se fizer o pedido depois, com expressa intenção legitimadora do ato exonerante, tê-lo-á convalidado.

Entretanto, emerge uma dificuldade a superar: Se se põe como regra a irretroatividade do ato administrativo, como saber em que hipóteses, excepcionalmente, produzirá efeitos retroativos? Concebendo a irretroatividade como defluência dos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança, possível compreender-se que cederá ante a retroação, quando esta for justamente necessária para concretização daqueles princípios em dada situação concreta.

Como sintetiza Carlos Ari Sundfeld,³⁶ para diagnosticar-se a retroatividade ou não de um ato administrativo em dado caso concreto, basta verificar se a *retroeficácia* realiza os valores da segurança e da estabilidade das relações jurídicas. Se o fizer, a retroação é admissível; se negar tais valores, deve-se proscrevê-la.

Em se tratando de convalidação ou convalidamento, portanto, a regra é a retroação. Todavia, não se poderá admiti-la quando resultar prejudicial ou danosa aos administrados. É o segundo critério aferidor da retroação. À nossa vista, a eficácia *ex tunc* para prejudicar frustra a sua base principiológica e axiológica: a segurança jurídica e a proteção à confiança, que, militando em favor da harmonia social, se preordenam à inalterabilidade de situações positivas fruídas pelos administrados. Por conseguinte, vale salientar que, para que aconteça a convalidação, além da possibilidade de o ato ser praticado novamente sem vício e da possibilidade de retroação, é imprescindível que o ato convalidador nenhum prejuízo acarrete aos interessados.

Ademais, no Direito Administrativo clássico, a obrigação de convalidar surgia, em muitos casos, como o único caminho apto a realizar, *in concreto*, os cânones da segurança jurídica e da boa-fé, tão caros ao Estado Democrático de Direito. Para Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari,³⁷ no entanto, que endossam a posição assumida por Weida Zancanner, tanto a anulação quanto a convalidação são atividades vinculadas, e esse cenário em nada foi alterado pelo art. 55 da Lei nº 9.784/1999. É pensamento dos autores mencionados que o dispositivo em foco não tornou a convalidação mera faculdade ou expressão de discricionariedade administrativa. Expressam-se nos seguintes termos:

A flexão verbal “poderão”, aí utilizada, significa a expressa atribuição de um poder-dever: “expressa” porque sempre existiu, mesmo antes da lei; “poder-dever” porque a convalidação é emanção direta dos princípios da legalidade e da segurança jurídica, não remanescendo, destarte, margem de volição para o agente administrativo.

Não se pode negar que a questão não desfruta de uniformidade na doutrina. Edmir Netto de Araújo,³⁸ divergindo dos juristas transcritos, é peremptório em assegurar que

(...) não há um dever de convalidar o ato anulável, mas o dever de recompor a legalidade ferida, o que se faz tanto fulminando o ato viciado quanto convalidando-o, e esta opção, como se viu, é *discricionariamente* voltada à melhor solução para o Direito, com vistas ao cumprimento do fim específico de interesse público do *ato em revisão*, pois o fim especial do novo ato é o *resguardo* da ordem jurídica.

Prega-se, portanto, a utilização da convalidação com fundamento não somente no princípio da segurança jurídica, mas também nos princípios da proporcionalidade e da boa-fé, uma vez que se pode entender que a atuação desproporcionada é atentatória ou contrária à boa-fé. Consoante Clarissa Sampaio Silva,³⁹ deve-se adotar a convalidação nas hipóteses em que atos vinculados criaram benefícios aos particulares,

36 **Ato Administrativo Inválido**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 72.

37 **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 201.

38 **Convalidação do Ato Administrativo**. São Paulo: LTr, 1999, p. 135.

39 **Limites à Invalidação dos Atos Administrativos**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 133-134.

por constituir meio menos gravoso do que a invalidação e atingir idêntico fim, que é a recuperação da legalidade ferida.

Não nos cabe aqui um estudo aprofundado acerca do instituto da *convalidação*. A exposição acima foi feita apenas com o escopo de lembrar ao leitor que a *convalidação* pressupõe a supressão da ilegalidade, com efeitos, em regra, retroativos (*ex tunc*). No caso da LINDB e do Novo Marco Legal de Contratações Públicas, como será demonstrado mais à frente, foi positivada a possibilidade de decidir por *não invalidar* um ato/ contrato formalmente viciado, quando a declaração de invalidade, a partir de um juízo de ponderação (dentro dos *standards* legais, obviamente), não atender ao *equilíbrio de interesses envolvidos*. A legalidade, portanto, passa a ostentar um caráter notadamente *funcional*.

2.1 Aplicabilidade da teoria da invalidação dos atos administrativos nas contratações públicas e a “obsolescência gramatical” da Lei nº 8.666/1993

“A gramática formou-se a partir da nossa experiência limitada, antes de nos darmos conta de sua imprecisão em apreender a rica estrutura do mundo.”⁴⁰

Antes de passarmos ao próximo tópico, não é despendendo esclarecer que, como o contrato administrativo nada mais é do que um ato administrativo bilateral,⁴¹ as considerações que aqui foram feitas sobre invalidação de atos administrativos se aplicam plenamente às contratações públicas. É dizer: “como por detrás do contrato administrativo há um ato administrativo, que deve vir exercitado com legitimidade, os vícios que maculam os atos são os mesmos dos contratos”⁴²

Isso significa que a sistematização referente aos atos administrativos inválidos é a mesma para os contratos administrativos (quanto às licitações, nenhuma dúvida paira sobre a aplicabilidade dessa sistematização). Dessa forma, o tema será abordado a partir da teoria dos atos administrativos inválidos. Logo, o que será (e o que foi) exposto se aplica integralmente aos contratos administrativos portadores de vício de legalidade.

Do exame do regime jurídico de nulidades plasmado na Lei 8.666/1993, infere-se a presença de dispositivos como “a nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato” e o artigo 59, o qual prevê a desconstituição (*ex tunc*) de todos os efeitos jurídicos produzidos pelo contrato administrativo declarado inválido/nulo:

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Dessumimos, portanto, ao investigarmos a gramática legislativa do Direito Administrativo Brasileiro clássico, notadamente em matéria de contratações públicas, que inexistia preocupação (legislativa) com as circunstâncias práticas da decisão, tampouco se recomendava uma análise de riscos, impactos, despesas etc. (evidências empíricas). Esse foi um dos fatores que tornou a Lei Geral de Licitações – LGL (Lei 8.666/1993) um diploma normativo falho, ultrapassado e ineficiente.⁴³

Cediço que o elemento textual-normativo é indefectível à atividade de controle,⁴⁴ e a estrutura da realidade atual não é aquela que essa gramática (da LGL) pressupõe. As licitações e os contratos públicos são muito

40 ROVELLI, *op. cit.*, p. 91.

41 Cf. FREIRE, *op. cit.*

42 Cf. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. **Contratos Administrativos**, p. 112. No mesmo sentido: Lúcia Valle Figueiredo. **Extinção dos Contratos administrativos**, p. 85.

43 NÓBREGA, *op. cit.*

44 Cf. MAZZONI, Cosimo Marco. *I Controlli Sulle Attività Economiche*. In: GALGANO, Francesco; GENGHINI, Riccardo (direzione). **Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico Dell’Economia**. Padova: CEDAM, 1977. v. 1.

mais do que um punhado de procedimentos administrativos, posto que envolvem altos custos, riscos, empregos etc. Existem inúmeros fatores que impactam sobremaneira a vida das pessoas, das empresas e do meio ambiente.

Assim, desvela-se o cenário de insuficiência que marca o (início do) fim do sectarismo dicotômico que marca a teoria das invalidades do Direito Administrativo clássico. Referido panorama ensejou uma virada paradigmática do Direito Administrativo, cujo marco legislativo, no Brasil, pode ser atribuído à Lei nº 13.655/2018, chamada por alguns de “Lei da Segurança Jurídica” ou “Lei de Segurança Jurídica para a Inovação Pública”.⁴⁵ O exame das evidências e circunstâncias práticas do caso concreto passa a ser regra. Na realidade, “apesar de não serem novidade no Brasil, os processos decisórios orientados por evidência paulatinamente deixam de ser uma experiência burocrática pontual. Hoje são uma tendência”.⁴⁶

3 A LEI Nº 13.655/2018 E O CONSEQUENCIALISMO: RUPTURA COM O PARADIGMA DO DIREITO ADMINISTRATIVO CLÁSSICO

O entendimento de que o interesse público não pode ser prejudicado pela anulação de atos ou contratos administrativos não é novidade. A preservação de um contrato administrativo viciado já poderia ocorrer através da convalidação (supressão do vício de legalidade) ou da estabilização em virtude da incidência de prazos extintivos.

De mais a mais, a *decisão de não invalidar* um ato ou contrato – por conta das circunstâncias práticas da decisão ou pelos efeitos que o ato já produziu – já era aceita pela jurisprudência e por parte da doutrina, todavia, por ser comumente desconsiderada pelos órgãos de controle e pelo Poder Judiciário, precisou ser positivada pelo legislador, o que aconteceu (conforme acima alinhavado), de maneira mais efetiva, com o advento da Lei nº 13.655/2018 e as alterações e acréscimos que promoveu na LINDB.⁴⁷

Por questões metodológicas e para que o artigo não fique demasiado extenso, focaremos, por enquanto, o artigo 20 da LINDB, o qual prescreve que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

Ao comentar o dispositivo, Marçal Justen Filho alerta que “o art. 20 não impede que a decisão seja fundada em valores abstratos, mas exige um processo de sua concretização em vista das circunstâncias verificadas no mundo dos fatos”.⁴⁸ É que o processo de concretização do direito envolve, de modo inarredável, a determinação (inclusive) do conteúdo dos valores abstratos.⁴⁹ “A solução adotada no mundo dos fatos é orientada por valores, mas, isso envolve a determinação do conteúdo do valor em face das circunstâncias da situação examinada.”⁵⁰ É dizer: não está proibida a argumentação com base em princípios, mas a motivação vai além da checagem da legalidade (criando-se o ônus, ao administrador/controlador/juiz, de argumentar pela consequência prática), sobrelevando-se o vetor constitucional da proporcionalidade. Sobre esse ponto, o já citado Justen Filho destaca:

45 Cf. DE PALMA, *op. cit.*

46 Cf. DE PALMA, Juliana Bonarcosi. **Consequencialismo, evidências e controle pelo TCU**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/consequencialismo-evidencias-e-o-controle-pelo-tcu-03042019>

47 Cf. NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As Normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro: paradigmas para a interpretação e aplicação do direito administrativo**. São Paulo: Contracorrente, 2019, p. 73.

48 Cf. 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.

49 *Ibidem*.

50 *Ibidem*.

Como toda e qualquer decisão da autoridade estatal deve ser compatível com a proporcionalidade-adequação, isso significa que o art. 20 da LINDB apenas tornou inquestionável uma exigência que era implicitamente reconhecida como inafastável requisito de validade.⁵¹

Ora, a autoridade deve tomar em vista os efeitos causados pelas diversas alternativas decisórias, sendo obrigatório escolher aquela solução que acarretar as restrições menos intensas aos interesses e valores em jogo (primazia do equilíbrio de interesses). A lei prevê ainda a possibilidade de serem oferecidas alternativas de regularização (art. 21), sem esquecer de considerar as orientações gerais da época (art. 24) e os obstáculos reais do gestor (art. 22).

Com efeito, por diversas vezes, ao anular ou invalidar um ato o contrato administrativo simplesmente exacerbará o desequilíbrio de interesses envolvidos, de sorte que é imprescindível que a autoridade formule uma projeção quanto aos efeitos práticos de sua decisão, o que inclui, em alguns casos, a *decisão de não invalidar* um ato ou contrato administrativo eivado de vício de legalidade.

A decisão, portanto, deve ser o resultado de um “processo estimativo” realizado pela autoridade competente, que leve em consideração os interesses envolvidos, e a consideração aos efeitos práticos da decisão deve obrigatoriamente constar da motivação do ato.⁵²

Como já se destacou no presente artigo, o enfoque tradicional do Direito Administrativo “reputa que a teoria das invalidades não atribui margem de autonomia para a autoridade estatal preservar atos defeituosos. A constatação de defeito grave imporia o desfazimento do ato administrativo, independentemente dos efeitos daí decorrentes”.⁵³

Essa concepção vinha sofrendo mitigações na atuação prática dos órgãos de controle – sobretudo do TCU. Em diversos casos, a Corte de Contas até reconheceu a nulidade, mas não pronunciou a invalidade do ato em virtude de um juízo de proporcionalidade que considerava o equilíbrio dos interesses fragmentados (o que não impedia, entretanto, a punição aos envolvidos nos atos defeituosos). Em outros termos: o controle de viés consequencialista já era implementado, mas, infelizmente, não tão raras vezes, o excessivo culto ao formalismo da Lei nº 8.666/1993 acabava por imperar em detrimento do exame das consequências práticas da invalidação.

Esse “ambiente de incerteza” (no âmbito do Direito Público em geral) foi enfrentado pela Lei nº 13.655/2018, a qual aliou, num arremate só, o reforço à regra de competência (a administração pública interpreta e sua interpretação tem peso), a integração do controlador na tomada de decisão pública, o diálogo institucional (ou interinstitucional) e o regime especial de motivação. Este último, em duas situações: a) *ratio decidendi* construída em valores jurídicos abstratos e b) invalidação.⁵⁴

O parágrafo único do art. 20, inclusive, apregoa expressamente que a técnica de proporcionalidade se aplica à invalidação de atos administrativos, de sorte que o desfazimento de um ato administrativo defeituoso não deriva da mera verificação de sua incompatibilidade com norma jurídica hierarquicamente superior.⁵⁵ O simples reconhecimento da ausência de requisito de validade se afigura insuficiente para ensejar, *de per si*, o desfazimento do ato ou contrato administrativo.

51 *Ibidem*.

52 *Ibidem*.

53 *Ibidem*.

54 Cf. Informações extraídas de apresentação produzida por Juliana Bonarcosi de Palma, intitulada de *Motivação, segurança jurídica e controle das decisões administrativas: lei de segurança jurídica para a inovação pública (arts. 20, 21, 22 e 28)*.

55 Cf. JUSTEN FILHO, *op. cit.*

Desta feita, afigura-se imprescindível avaliar os efeitos concretamente produzidos pelo ato defeituoso. Caso – a partir do juízo de ponderação das evidências (custo econômico, estágio físico e financeiro da obra/contrato, impactos sociais e ambientais etc.) – se verifique que o desfazimento dos efeitos do ato ou contrato viciado tende a comprometer os fins colimados pela administração, ou, existindo solução que, aparentemente, melhor acomoda os interesses envolvidos, tornar-se-á obrigatória a preservação do ato ou a adoção de providências destinadas a promover o seu saneamento (em detrimento da anulação).

4 A TEORIA DAS INVALIDADES À LUZ DA NOVA LEI DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E O EQUILÍBRIO DOS INTERESSES ENVOLVIDOS

A nova Lei de Contratações Públicas estabelece parâmetros indicativos para a administração, Judiciário e órgãos de controle, que, para fins de analisar eventual invalidade na licitação ou no contrato, deverão considerar, nessa avaliação, os fatos, prognoses e assimetrias informativas contemporâneas à tomada de decisão. Elas são um misto de critérios políticos, econômicos e sociais, variando de “impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios” previstos para o contrato a “riscos sociais, ambientais e à segurança da população decorrentes do atraso na fruição” desses benefícios.

O exame também pode considerar a “motivação social e ambiental do contrato”, o “custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas”; a “despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados”; o “fechamento dos postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação”, o “custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato”, entre outros.⁵⁶ Tais aspectos materializam a moderna ideia de *legalidade funcional*, o que implica admitir que a legalidade seja maleável, ajustável, buscando-se o balanceamento do interesse das partes. A existência de um tratamento funcional do princípio da legalidade dá sentido à questão do equilíbrio de interesses.

Nos dizeres de Jacintho Arruda Câmara, “a invalidação deve ser preterida quando for incompatível com qualquer interesse público que imponha a preservação do contrato”.⁵⁷ Essa avaliação será obrigatória. Não basta constatar ilegalidade para expurgar um ato ou contrato administrativo; será necessário ponderar se invalidá-lo é compatível com o “interesse público” (art. 148).⁵⁸ Se, para atender ao interesse público, a avença for preservada, a irregularidade poderá gerar apenas indenização por perdas e danos, além da responsabilização de quem lhe tiver dado causa. Vejamos:

Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos:

I – impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;

II – riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;

III – motivação social e ambiental do contrato;

IV – custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas;

V – despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados;

VI – despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades;

VII – medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados;

56 Tudo isso está no art. 147 da Lei nº 14.133/2021. Referido dispositivo é o enfoque da nossa abordagem no presente artigo.

57 CÂMARA, Jacintho Arruda. Invalidação de contratos públicos na nova lei: um exemplo de consequencialismo. *Jota*, 12 jan. 2021.

58 Interesse público aqui, no nosso sentir, é o equilíbrio dos interesses envolvidos, o que também inclui a situação do particular contratado.

VIII – custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas;

IX – fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação;

X – custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato;

XI – custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.

Parágrafo único. Caso a paralisação ou anulação não se revele medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis.

O dispositivo acima transcrito é o ponto nevrálgico da nossa análise, porquanto traz grande impacto para o futuro das contratações públicas ao estabelecer *standards* à invalidação (o mecanismo de lei-quadro, similar ao que acontece no âmbito das agências reguladoras). Assim, afigura-se oportuno comentar, ainda que brevemente, os onze incisos e o parágrafo único que o compõem, deixando para outra oportunidade um detalhamento mais agudo. A intenção não é nos aprofundarmos nisso, mas apenas dar algumas pistas para a compreensão da importância desses critérios nas atividades administrativa, controladora e judicial na seara das contratações públicas.

I – Impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato

Da leitura do primeiro inciso, depreende-se que a eventual declaração de invalidação da licitação ou do contrato depende de prévia análise *dos impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato*. Eis o grande desafio que permeia a incompletude intrínseca aos contratos públicos: aglutinar concomitantemente o interesse do Estado, o da coletividade e o da contratada.⁵⁹

Em estudo realizado pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), divulgado no dia 12 de julho de 2018, apresenta-se o desperdício do dinheiro público com 2.797 obras públicas paralisadas no Brasil. A maior parte é do saneamento básico. Nessa esteira, um dos principais fatores a ser levado em conta é o *custo econômico-financeiro* que será enfrentado, por exemplo, em razão da invalidação do contrato e a consequente suspensão ou interrupção da execução contratual.⁶⁰

A análise sobre invalidar ou preservar a conclusão da obra deve considerar duas questões complementares: 1) olhando exclusivamente para o volume de recursos adicionais para concluir e operar o projeto, bem como considerando os benefícios que ele trará, o projeto é viável econômica e financeiramente? 2) se a resposta à questão anterior for positiva, isto é, sendo viável econômica e financeiramente, faz sentido ser o setor público a financiar e/ou a realizar o restante do projeto?⁶¹

Paralisar uma obra pública implica, necessariamente, revisão ou cancelamento de contratos com projetistas, empreiteiras, montadoras, gerenciadoras, fabricantes de equipamentos etc. Isso desencadeia desequilíbrios econômico-financeiros às partes afetadas e provoca a proliferação de litígios judiciais (ou arbitrais) que acabam onerando bastante a administração pública e por um longo prazo.⁶²

A existência de vício na licitação ou no contrato não pode ensejar automaticamente a suspensão ou interrupção da execução contratual, sob pena de trazer grande prejuízo à coletividade e à própria

59 Cf. TEIXEIRA JÚNIOR, Flávio Germano de Sena. Covid 19, Estado de Incerteza e reequilíbrio econômico-financeiro na concessão. **Revista Consultor Jurídico**, 7 out. 2020.

60 Cf. <https://www.conjur.com.br/dl/estudo-cni-grandes-obras-paradas.pdf>

61 *Ibidem*.

62 Cf. <https://www.buildin.com.br/obras-publicas-impacto-das-paralisacoes/>

administração pública. Imperioso que se faça um juízo de ponderação levando-se em conta o equilíbrio dos interesses fragmentados/envolvidos, o que se materializa por meio do exame das evidências. Quando se paralisa abruptamente uma obra, por exemplo, deixa-se de fazer investimentos, de gerar empregos e de atender à demanda da sociedade em áreas essenciais como saúde, educação, transporte e segurança pública.

II – Riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato

Um dos maiores problemas existentes em uma obra paralisada refere-se ao risco estrutural da exposição de intempéries decorrentes da descontinuidade dos trabalhos de conclusão da obra, resultando em danos muitas vezes irreversíveis. Por exemplo, uma obra paralisada, cuja estrutura não tinha previsão de impermeabilização que a protegesse da ação das águas, implica a exposição da estrutura ao tempo, acarretando corrosões das armaduras, bem como uma desagregação do concreto em função do aumento de volume das barras de aço. Essa evidência é muito comum no meio da Engenharia Estrutural.⁶³

Os riscos ambientais, por sua vez, relacionam-se com as consequências da paralisação com o meio ambiente. *Exempli gratia*, um corolário desastroso da exposição das fundações e muros de contenção é o comprometimento da estabilidade do prédio como um todo, tendo em vista que tal exposição poderá tirar o apoio de tais elementos de sustentação, provocando uma situação de instabilidade, bem como poderá ocorrer a oxidação da armadura de ferragem. Formação de poças d'água em locais não abrigados, potencializando a procriação do mosquito *Aedes Aegypti*, entre outras doenças conseqüências da depreciação resultante da interrupção abrupta de uma obra pública.⁶⁴

III – Motivação social e ambiental do contrato

A motivação social e ambiental do contrato, no nosso sentir, é mais do que já fora exposto em relação ao inciso II. Necessário se faz aprimorar os modelos de fiscalização das contratações públicas para levar em consideração não apenas a busca pelo menor preço, mas também a promoção do desenvolvimento sustentável do país (que, inclusive, já era um dos objetivos plasmados na Lei nº 8.666/1993). É dizer: deve-se dar primazia à função social do contrato ou da licitação, abarcando-se a preocupação ambiental, social e o desenvolvimento econômico.

IV – Custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas

De norte a sul do país, milhares de obras estão paradas, e algumas delas sem perspectivas de serem retomadas.⁶⁵ Hoje, o maior desafio do setor é evitar que esses empreendimentos se transformem em grandes esqueletos Brasil afora e causem ainda mais prejuízos para os cofres públicos e a população.

V – Despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados

Outro ponto a ser levado em consideração são os custos decorrentes da necessária preservação das estruturas semiacabadas e dos equipamentos entregues. É de praxe a administração solicitar das empresas que tiveram contratos invalidados a definição de medidas voltadas à preservação das estruturas civis e equipamentos disponíveis na obra paralisada. Portanto, vale aqui, também como critério de avaliação de

63 Cf. documento disponível em <http://www.mrcl.com.br/upav/28.pdf>, no qual se discorre sobre depreciação e desvalorização de obra paralisada.

64 *Ibidem*.

65 Cf. matéria jornalística intitulada "o país das obras paradas", disponível em [https://oglobo.globo.com/opiniao/o-pais-das-obras-paradas-1-24709363#:~:text=Os%20projetos%20integram%20o%20acervo,Contas%20da%20Uni%C3%A3o%20\(TCU\)](https://oglobo.globo.com/opiniao/o-pais-das-obras-paradas-1-24709363#:~:text=Os%20projetos%20integram%20o%20acervo,Contas%20da%20Uni%C3%A3o%20(TCU).).

ponderação para eventual invalidação do contrato, a contabilização das despesas de preservação, que se estendem à segurança patrimonial, à manutenção do legado, à perda de garantias etc.

VI – Despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades

Mobilização e desmobilização são o conjunto de providências e operações que o executor dos serviços tem de efetivar para transportar pessoal e equipamentos até o local da obra e, ao final dos trabalhos, retorná-los para o ponto de origem.⁶⁶ Esse gasto é comum, por exemplo, nas obras rodoviárias, sendo comum a adoção de taxa de mobilização e desmobilização no orçamento global. É mais um aspecto a ser levado em consideração na eventual invalidação de um contrato administrativo.

VII – Medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados

Quanto a esse dispositivo, alertamos para a necessidade de observância do “primado da realidade”. Não raras vezes, o administrador público se vê diante de recursos humanos e materiais escassos, o que deve ser levado em conta pelos órgãos de controle e pelo Poder Judiciário.^{67 68}

Exempli gratia, as medidas fiscalizatórias disponíveis ao alcance do gestor público de um município interiorano “pequeno” nem de longe são as mesmas de que dispõe o administrador no âmbito federal. Considerar o “primado da realidade”, portanto, implica avaliar as dificuldades reais da administração pública em cada caso. Na maior parte das vezes, executar aquilo que está no papel é bem mais difícil do que parece.

VIII – Custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas

Além do custo da própria licitação, não se pode olvidar os gastos globais no cumprimento de cada contrato e os respectivos estágios físico e financeiro. Em outras palavras: imagine o impacto negativo caso ocorra a paralisação ou abandono de uma obra de grande vulto que já estava “em vias” de conclusão?

O investimento realizado (tanto em termos pecuniários quanto o “tempo” ali empregado) não pode ser desconsiderado. Muito pelo contrário. Preservar um contrato “viciado”, às vezes, pode ser o caminho que melhor atende o equilíbrio dos interesses envolvidos (particular contratado, administração e coletividade). É critério, portanto, imprescindível na ponderação de eventual declaração de nulidade.

IX – Fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação

Há quem diga, inclusive, que a reversão do cenário de desemprego no Brasil depende diretamente da reativação de obras públicas paralisadas.⁶⁹ Nesse diapasão, ao verificar-se alguma invalidade num contrato administrativo, tanto o administrador quanto o controlador devem levar em conta o fechamento (direto ou indireto) de postos de trabalho em razão da suspensão ou interrupção da execução contratual.

66 Cf. MENDES, André Luiz; BASTOS, Patrícia Reis. Um aspecto polêmico das obras públicas: benefícios e despesas indiretas (BDI). **Revista do TCU**, v. 32, n. 88, abr./jun. 2001.

67 NOBRE JÚNIOR, *op. cit.*, p. 78.

68 Eduardo Jordão, em artigo sobre o art. 22 da LINDB, discorre sobre o “pedido de empatia” com o gestor público. Entendemos que essa ideia também é aplicável no tocante à teoria da invalidação na Nova Lei de Contratações Públicas. *Art. 22: acabou o romance. O reforço do pragmatismo no direito brasileiro*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650/>. Acesso em 17.02.2021.

69 Cf. <https://www.istoedinheiro.com.br/a-saida-esta-no-canteiro-de-obras/>

A despeito do trivial exame dos aspectos formais do regime licitatório e contratual, é importante lembrar que, mesmo observados os rígidos padrões da Constituição brasileira, há sensível margem para a utilização da modelagem das contratações públicas como mecanismo de indução do desenvolvimento econômico e social. A geração de empregos, inquestionavelmente, é pedra de toque nessa abordagem. Este critério, portanto, não pode ser, de maneira alguma, desconsiderado.

X – Custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato

Cediço que a licitação ou a própria execução contratual implicam gastos para a administração pública. Um estudo realizado pelo Instituto Negócios Públicos, em fevereiro de 2015, possibilitou analisar o custo médio de uma licitação através dos gastos em cada fase do processo.⁷⁰ A economia aos cofres públicos é critério de extrema relevância para decidir-se pela invalidação ou não de um contrato administrativo.

XI – Custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação

O *Manual de Custos Rodoviários – Volume 1 – Metodologia e Conceitos* (Sicr2), de 2003, descreve que o custo de capital representa o “custo incorrido pelo empresário, pelo fato de aplicar, num negócio específico, seu capital próprio ou o capital captado de terceiros”.⁷¹

O custo de oportunidade, por sua vez, é definido por Brigham como a “taxa de retorno que se poderia obter com investimentos alternativos de risco semelhante”.⁷² Assim, na análise de eventual invalidação de contrato administrativo, não se pode perder de vista os valores desembolsados pelo contratado que se presta a cumprir o contrato, ainda mais quando este não deu causa ao vício de legalidade.

Parágrafo único. Caso a paralisação ou anulação não se revele medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis.

O parágrafo único do artigo 147 resume a ideia geral dos incisos aqui comentados, qual seja, a imposição de *standards consequencialistas* pelo legislador, a fim de orientar a atuação do administrador e dos órgãos de controle à busca pela acomodação dos interesses envolvidos/fragmentados no âmbito de uma contratação pública, autorizando-os, inclusive, a *não invalidar* um contrato que, numa análise perfunctória e descontextualizada, seria declarado nulo. Esse aspecto *funcional* da legalidade, respeitada a densificação mínima da lei, é o que se deve buscar.⁷³

Por fim, cumpre ressaltar, como previsto expressamente, que a preservação de um contrato viciado não impede a melhor apuração da irregularidade, a possibilidade de serem arbitradas indenizações por perdas e danos, bem como a aplicação de penalidades aos responsáveis pela ilegalidade.

70 Segundo o referido estudo, a identificação da necessidade de bens ou serviços tem um custo de R\$ 1.051,51; a análise e aprovação de aquisição somam um custo de R\$ 726,99; o custo da realização de pesquisa de mercado de valores e quantidade é de R\$ 2.561,07; a determinação da modalidade e projeto básico ou termo de referência custam R\$ 2.095,44; a elaboração de minuta do edital, contrato e publicação custam R\$ 3.954,17; o custo da abertura de propostas e habilitação dos interessados em ato público é de R\$ 1.475,27 e, por fim, a verificação nas conformidades do edital, adjudicação e homologação, e publicação do resultado custam R\$ 2.487,35. E todo esse processo licitatório gera um custo médio de R\$ 14.351,50. Isso em 2015.

71 Cf. *Manual de Custos Rodoviários – Volume 1 – Metodologia e Conceitos* (Sicr2), de 2003, p. 208.

72 Cf. BRIGHAM, Eugene F.; HOUSTON, Joel F. **Fundamentos da moderna administração financeira**. Trad. Maria Imilda da Costa e Silva. Rio de Janeiro: Campus, 1999, p. 208.

73 Sobre o tema “densidade mínima da lei”, ver: CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. **A reserva de densificação normativa da lei para preservação do princípio da legalidade**. *Revista Duc In Altum - Caderno de Direito*, v. 1, n. 1, p. 59-80, jul-dez. 2009.

5 À GUIA DE CONCLUSÃO: INVALIDAÇÃO E EQUILÍBRIO DE INTERESSES ENVOLVIDOS

Diante de todo exposto, concluímos que o tradicional dualismo no regime jurídico das invalidades do ato administrativo – assente na distinção radical entre nulidade e anulabilidade – não serve ao Direito Administrativo atual. Este necessita de dogmática própria, em matéria de invalidação, permeável a regimes jurídicos elásticos e compatíveis com a vastidão das questões suscitadas, atenta às complexidades dos problemas práticos e aos valores/interesses que deverão ser levados em conta.⁷⁴ Nesse sentido, substitui-se a legalidade tradicional pela noção de legalidade *funcional*.

As normas estatuídas pela nova Lei de Contratações Públicas, no que tange à teorização das invalidades, têm justamente esse objetivo. Orientar, induzir e até mesmo determinar que o administrador e o controlador ponderem sobre os interesses envolvidos, evitando que a invocação do princípio da legalidade seja realizada para amparar arbitrariedades.

Esses dispositivos (sobretudo o art. 147 do novo Marco Legal de Contratações Públicas, que recebeu nosso enfoque no presente artigo) buscam dar maior segurança jurídica aos interesses legitimamente protegidos em uma licitação ou contrato administrativo (administração, coletividade e particular licitante/contratado). Há a imposição de *standards* que, não obstante impliquem relativa maleabilidade na aplicação do direito, mantêm uma reserva de densificação normativa mínima, preservando o princípio da legalidade, o que garante, como corolário, certo grau de previsibilidade na atuação administrativa (o que é crucial num Estado Democrático de Direito).

Por outro lado, a construção de uma teoria do *equilíbrio de interesses* será feita caso a caso e é tarefa conjunta da doutrina, da jurisprudência dos tribunais judiciais e dos tribunais de contas, num esforço contínuo de diálogo interinstitucional. Isso, inexoravelmente, ensejará debate e cizânia, mas é na divergência que se constroem as melhores teorias do conhecimento.

Destarte, concluímos que a evolução (inclusive gramatical) crescente das regras que envolvem as condições para o desfazimento do ato ou do contrato administrativo e as exigências da sociedade complexa tornaram anacrônica a teoria das invalidades do Direito Administrativo clássico. O disciplinamento das condições para o desaparecimento do ato ilegal criador de direitos não pode mais ser estruturado *apenas* em torno do princípio da legalidade, exceto se consideramos a legalidade em seu aspecto *funcional*, ou seja, como produto de uma série de outros princípios voltados a equilibrar os interesses envolvidos nas contratações públicas.

Desta feita, ao analisarmos a eventual nulidade de um ato ou contrato administrativo, devemos levar em conta as consequências práticas da decisão e, principalmente, a estabilização dos interesses envolvidos. Continuar a apresentar o regime de invalidades levando em consideração apenas a *summa divisio* clássica levaria a distorcer a percepção desse equilíbrio e enviar um sinal errado ao destinatário da norma. Por isto, o Novo Marco Legal de Contratações Públicas, sobretudo pelo art. 147, tende a promover importante avanço na conformação de uma teoria das invalidades menos dissonante da realidade. É o que esperamos.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Ato administrativo, licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Malheiros, 1995.

⁷⁴ MONCADA, *op. cit.*

- ARAÚJO, Edmir Netto de. **Convalidação do ato administrativo**. São Paulo: LTr, 1999.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. 1.
- BRIGHAM, Eugene F.; HOUSTON, Joel F. **Fundamentos da moderna administração financeira**. Trad. Maria Imilda da Costa e Silva. Rio de Janeiro: Campus, 1999.
- CÂMARA, Jacintho Arruda. Invalidação de contratos públicos na nova lei: um exemplo de consequencialismo. **Jota**, 12 jan. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/invalidacao-de-contratos-publicos-na-nova-lei-um-exemplo-de-consequencialismo-12012021>.
- CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A reserva de densificação normativa da lei para preservação do princípio da legalidade. **Revista Duc In Altum - Caderno de Direito**, v. 1, n. 1, p. 59-80, jul-dez. 2009. Disponível em: <https://revistas.faculdadedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/158>.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos atos administrativos especiais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- DE PALMA, Juliana Bonarcosi. **A proposta de Lei da Segurança Jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas**. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6955317/mod_resource/content/1/LINDB-juliana%20PL.pdf.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. atual. por Gustavo Binebojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- FREIRE, ANDRÉ LUIZ. **Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Direito do Estado**, n. 71, 31 jan. 2016. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>.
- 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. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>.
- MAZZONI, Cosimo Marco. *I Controlli Sulle Attività Economiche*. In: GALGANO, Francesco; GENGHINI, Riccardo (direzione). **Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico Dell'Economia**. Padova: CEDAM, 1977. v. 1.
- MENDES, André Luiz; BASTOS, Patrícia Reis. Um aspecto polêmico das obras públicas: benefícios e despesas indiretas (BDI). **Revista do TCU**, v. 32, n. 88, abr./jun. 2001. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/889>.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Artigo 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. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77649/74312>.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**/ Délcio Balestero Aleixo, José Emanuel Burle Filho. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. Revogação e anulação de ato administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 75, 1964. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/25736>.

MONCADA, Luiz Cabral de. **A nulidade do acto administrativo**. Disponível em https://recil.grupolusofona.pt/bitstream/10437/4399/1/a_nulidade_do_acto_administrativo.pdf.

NÓBREGA, Marcos; JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. **Assimetrias de informação na nova Lei de Licitação e o problema da seleção adversa**. Disponível em <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/37919>.

NÓBREGA, Marcos. Esperando Godot: Poderá a nova lei de licitações revolucionar as compras públicas no Brasil? **O Licitante**, 2020. Disponível em: <https://www.olicitante.com.br/wp-content/uploads/2020/12/Esperando-Godot-Podera-a-Nova-Lei-de-Licitacao-revolucionar-as-compras-publica-no-Brasil-Marcos-Nobrega.pdf>.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As Normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro: paradigmas para a interpretação e aplicação do direito administrativo**. São Paulo: Contracorrente, 2019.

PIRES, Gabriel Lino de Paula. **Ministério Público e Controle da Administração Pública: enfoque sobre a atuação extrajudicial do Parquet**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, USP, São Paulo, 2014.

ROVELLI, Carlo. **A ordem do tempo**. Tradução: Silvana Cobucci. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça. In: _____. **Direito Administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Direito GV/ Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. Qual o papel do Judiciário no combate à Covid 19? **Jota**, 13 abr. 2020. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/qual-o-papel-do-judiciario-no-combate-a-covid-19-13042020>.

TEIXEIRA JÚNIOR, Flávio Germano de Sena. Covid 19, Estado de Incerteza e reequilíbrio econômico-financeiro na concessão. **Revista Consultor Jurídico**, 7 out. 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-out-07/teixeira-junior-contratos-concessao-covid-19>.

VITTA, Heraldo Garcia. Invalidação dos atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 220, p. 35-51, abr./jun. 2000. Disponível em <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/47525/45219>.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

ANÁLISE TÉCNICA, ECONÔMICA E JURÍDICA DOS CRITÉRIOS DE SELEÇÃO DE PROPOSTAS A SEREM ADOTADOS EM LICITAÇÕES PARA CONCESSÃO DE SERVIÇOS DE SANEAMENTO

TECHNICAL, ECONOMICAL AND LEGAL ANALYSIS OF THE CRITERIA DO BE ADOPTED TO SELECT PROPOSAL IN BIDS FOR SANITATION SERVICES CONCESSIONS



Frederico Ferreira de Vasconcelos

Engenheiro Civil e Sanitarista, MBA Gestão de Negócios e MBA Direito da Infraestrutura

Maiara Ludmila Miranda Marinho Costa

Administração de Empresas, especialização em Modelagem Econômico-financeira em Concessões em PPP's

Patricia Helena Gambogi Boson

Engenheira Civil – Coordenadora da Comissão Técnica de Recursos Hídricos e Saneamento da Sociedade Mineira de Engenheiros – SME

Tácito Ribeiro de Matos

Advogado, especializado em Direito Tributário e Administrativo

Sumário: 1. Introdução; 2. Aspectos técnicos; 2.1 Aspectos tecnológicos dos Sistemas de Abastecimento de Água (SAA); 2.2 Aspectos tecnológicos dos Sistemas de Esgotamento Sanitário (SES); 2.3 Considerações sobre inovações em SAA e SES; 2.4 Aspectos técnicos específicos – licitações de saneamento dos municípios de Extrema e de Campos Altos; 2.5 Aspecto técnico: conclusões; 3. Aspectos econômicos; 3.1 Vantagens e desvantagens da adoção da proposta técnica como fator de cálculo para a seleção das propostas dos licitantes; 3.2 Vantagens e desvantagens da adoção do critério “outorga+tarifa” como fator de seleção das propostas dos licitantes; 3.3 Vantagens e desvantagens da adoção da outorga como único fator de seleção das propostas dos licitantes; 3.4 Aspectos econômicos: conclusão; 4. Aspectos jurídicos; 4.1 Viabilidade jurídica, vantagens e desvantagens da adoção da proposta técnica como fator de seleção das propostas dos licitantes; 4.2 Viabilidade jurídica, vantagens e desvantagens da adoção de outorga+tarifa como fator de cálculo para a classificação das propostas dos licitantes; 4.3 Viabilidade jurídica, vantagens e desvantagens da adoção de outorga+tarifa como fator de cálculo para a classificação das propostas dos licitantes; 5. Conclusão; Referências

Resumo: Este artigo busca analisar a adequação e licitude dos critérios usualmente adotados na seleção de propostas em licitações para concessão de serviços de saneamento, tendo como base experiências vividas nacional e internacionalmente e análise da legislação. Conclui-se que a combinação dos critérios de técnica e preço não representa adequada interpretação e aplicação da lei de licitações em processos concessivos de saneamento, tanto mais quando consideradas as normas apresentadas em atos administrativos e a jurisprudência dos tribunais de contas.

Abstract: We propose, in this article, to evaluate (considering technical, economic and legal grounds) which bidding criteria shall be adopted in sanitation public bids. This article aims to prove that the adoption of technical+economic proposals are not adequate criteria to be applied in sanitation services bids, especially considering the legal cases decided in judicial and administrative courts.

Palavras-chave: Modelo de licitação. Critérios de seleção de propostas. Proposta técnica e financeira

Keywords: Public bid models. Criteria for proposal selection. Technical and financial proposal

1 INTRODUÇÃO

O setor econômico do saneamento apresenta uma enorme demanda reprimida e necessidade de grandes investimentos. Isso porque, durante muitas décadas, foi monopolizado por empresas estatais – empresas estaduais e autarquias municipais¹ – que não foram capazes de atingir a universalização dos serviços.

Considerando tal cenário, é inevitável pensar em concessões dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, com concorrência entre empresas públicas e privadas, tanto mais quando o Novo Marco do Saneamento² estabelece os processos licitatórios concessivos como diretriz para a evolução do setor e define metas arrojadas de universalização que não serão atingidas sem investimentos privados.

Uma vez que o processo concessivo tem de ser por licitação, o propósito deste artigo é discutir qual(ais) o(s) melhor(es) critério(s) a constar em editais para a definição da proposta vencedora nos certames de concessões comuns para água e esgoto, para o alcance do melhor resultado para o beneficiário final. Sob uma perspectiva técnica, econômica e jurídica, são analisados os critérios de seleção de propostas previstos na legislação (técnica+preço; outorga+preço, apenas outorga ou menor tarifa) para verificar se há justificativa plausível para sua adoção em licitações de saneamento, dado o grau de domínio tecnológico atual nos serviços de água e esgoto. Nossa análise tem como referência o princípio apresentado por Peter Drucker (2021), considerado o pai da administração moderna, “o trabalho mais importante e mais difícil não é encontrar a resposta correta, mas fazer a pergunta certa”, e se baseia em experiências vividas nacional e internacionalmente e revisões bibliográficas.

Sem prejuízo de considerar o cenário nacional, tem-se especial atenção às licitações de serviços de saneamento realizadas no Estado de Minas Gerais, que abrange 853 municípios de variados portes, populações e capacidades de autofinanciamento, além de predomínio (583 municípios)³ dos serviços de saneamento prestados (integral ou parcialmente) pela Companhia de Saneamento de Minas Gerais (Copasa), alguns com contratos de programa vencidos e sem metas de universalização, em descompasso com o Novo Marco Legal Regulatório.⁴

Em um estado cuja população alcança a cifra de 21,4 milhões de habitantes, 82,4% da população tem acesso a redes de água potável (93,2% da população urbana) e 74,1% têm conexão a redes de esgoto (83% da população urbana).⁵ Vale destacar que, de todo o esgoto gerado, apenas 44,1% são tratados, em prejuízo da saúde pública e do meio ambiente.

Para mudar o cenário do saneamento e estimular a universalização dos serviços, em 15 de julho 2020, foi editado o Novo Marco Legal do Saneamento, que determinou a licitação de novas concessões, em detrimento dos Contratos de Programa, figura jurídica extinta pelo novo diploma legal. Desde então, diversos processos licitatórios de relevância tiveram êxito em contratar aproximadamente R\$ 100 bilhões em investimentos, com aumento da participação do setor privado no mercado de prestação de serviços de água e esgoto de 9% para 17%.⁶

1 SAAE – Serviço Autônomo de Água e Esgoto.

2 Lei federal 11.445/2007 atualizada pela Lei federal 14.026/2020.

3 SNIS, Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento, 202 - snis.gov.br.

4 Lei federal 14.026/2020.

5 <https://www.gov.br/mdr/pt-br/assuntos/saneamento/snis/painel>

6 <https://www.infomoney.com.br/negocios/empresas-de-saneamento-demonstram-apetite-mas-cobram-regulatorio-firme-para-seguir-com-investimentos/#:~:text=Da%20san%C3%A7%C3%A3o%20do%20marco%20at%C3%A9,17%25%20no%20setor%20de%20saneamento.>

2 ASPECTOS TÉCNICOS

É bem verdade que a legislação regulamentadora das licitações faculta como critérios de seleção dos licitantes as propostas técnicas, propostas de tarifas e propostas de outorga, bem como a combinação delas. Ocorre que a escolha do critério a ser adotado em cada licitação deve ser orientada para a maximização das ofertas do licitante, que demonstre maior capacidade de executar os serviços públicos concedidos.

Do ponto de vista da tecnologia, há de se avaliar se, em concessões comuns para prestação de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, é justificável e adequada a adoção da proposta técnica como critério de seleção dos licitantes.

Para orientar essa análise, a pergunta a ser respondida é: existem variações tecnológicas nos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário que possam ser ofertadas por um licitante e que lhe sejam proprietárias ou que só possam ser adotadas pelo ofertante que o torne mais apto do que os demais ou torne a sua proposta mais vantajosa?

2.1 Aspectos tecnológicos dos Sistemas de Abastecimento de Água (SAA)

O SAA pode ser definido como o conjunto de obras, equipamentos e serviços destinados ao abastecimento de água potável a uma comunidade para fins de consumo doméstico, serviços públicos, consumo industrial e outros usos (NETTO, 1998). O sistema é composto por (a) captação de água – superficiais e subterrâneas; (b) tratamento de água; (c) bombeamento e adução; (d) reservação; (e) distribuição; (f) ligações domiciliares; e (g) medição e faturamento.

Um levantamento sobre as principais inovações tecnológicas disponíveis nos acervos das principais universidades e centro de pesquisas no campo das engenharias de saneamento, como nos mostra Hernandez e Szigethy (2019), fornece conforto para a afirmação de que não existem diferenciais tecnológicos para nenhum componente do SAA a ponto de, como critério de seleção, ser um diferencial na definição do melhor prestador desses serviços, ou que possa diferenciar e qualificar as propostas em processo licitatório de concessão desses serviços. Mesmo quando se considera as fases de construção e operação, não há alto grau de complexidade ou exclusividade tecnológica (com características de inovação e/ou domínio exclusivos de expertos), capaz de justificar a classificação de concorrentes em uma licitação de saneamento.

Ao contrário, todas essas etapas dos serviços estão tecnicamente sedimentadas e são de domínio tecnológico dos diversos prestadores de serviços e fornecedores, públicos ou privados. Portanto, a universalização e qualidade do SAA depende única e exclusivamente de capacidade financeira dos concessionários e do comprometimento na execução (gestão) da concessão.

Como exemplo, podemos citar as atividades de captação superficial ou de águas subterrâneas, realizadas por técnicas de total domínio da engenharia hídrica e de saneamento. Não há inovação tecnológica para essa tipologia que possa justificar uma qualificação específica em processo de concessão. São os estudos hidrológicos e hidrogeológicos (constituintes dos Planos de Bacia e Planos Estadual e Nacional de Recursos Hídricos) e a capacidade da concessionária para interpretá-los que geram a adequação e eficiência na etapa de captação de água bruta. O diferencial, portanto, não está na tecnologia de captação, mas na capacidade técnica do prestador de serviço (equipe e experiência) em considerar e avaliar adequadamente os estudos hidrológicos e hidrogeológicos, para a segurança hídrica qualiquantitativa.

A tecnologia das Estações de Tratamento de Água (ETAs) também é de uso e acesso comuns. As ETAs realizam processos físicos e químicos ordinários, sendo dimensionadas de acordo com as características

físico-químicas da água captada, para atingir parâmetros de potabilidade determinados pelo Ministério da Saúde.⁷ Não existe variação tecnológica que promova um diferencial competitivo de relevância entre licitantes. Da mesma forma, nenhuma tecnologia disruptiva se aplica à adução e distribuição da água tratada.

Novidades tecnológicas podem ser apontadas para os sistemas de gestão de redes e medição, em especial, os hidrômetros eletrônicos. Todavia, essas evoluções tecnológicas são fornecidas por terceiros e, portanto, acessíveis a qualquer licitante, desde que portador de capacidade financeira e técnica (equipe capacitada e experiência).

2.2 Aspectos tecnológicos dos Sistemas de Esgotamento Sanitário (SES)

O SES pode ser definido como o conjunto de obras, equipamentos e serviços destinados à coleta, ao afastamento, ao tratamento e à diluição do esgoto (NETTO, 1998, p. 465). São compostos de (a) ligações/ramais domiciliares; (b) rede coletora; (c) bombeamento e elevação; (d) estações de tratamento de esgoto (ETEs) e lançamento (diluição).

Os recursos tecnológicos das ETEs são acessíveis a qualquer dos licitantes. A engenharia brasileira domina, há muitos anos, os processos de concepção, projeto e execução de SES. Evoluções tecnológicas são desenvolvidas por fabricantes e fornecedores de insumos, máquinas, equipamentos e bens de tecnologia e automação, incluindo soluções para polimento do efluente tratado para aplicações de reúso, quando economicamente viável.

Verifica-se, assim, que a expansão e universalização do esgotamento sanitário também dependem apenas da capacidade de investimentos da concessionária, uma vez que o tamanho e a extensão dos ativos requerem um montante razoável de recursos financeiros para sua execução e operação, além da capacidade técnica da equipe para a identificação da melhor tecnologia disponível no mercado.

Para reforçar esse entendimento, Pompemayer e Sobrinho (2023) estimam que os investimentos necessários em esgotamento sanitário no Brasil para se atingir a universalização até 2033 estejam na ordem de R\$ 290 bilhões.

2.3 Considerações sobre inovações em SAA e SES

Como dito, não existem inovações tecnológicas para os SAA e os SES com domínio exclusivo de uma ou algumas empresas postulantes a prestadoras dos serviços de saneamento. Tais inovações ocorreram e estão em desenvolvimento, mas não são de domínio restrito e, muito menos, podem ser consideradas fatores diferenciais em um processo de licitação.

Como exemplo, Mambretti e Nascimento (2022) trazem as técnicas atuais de racionalização e otimização dos serviços de água e esgoto, de modo a proporcionar melhorias na qualidade de vida das populações com a universalização de tecnologias e gestão de sistemas de referência internacional, demonstrando que não há exclusividade no acesso às tecnologias em seu estado da arte.

No contexto, destacam-se as soluções de automação, que podem, ao leigo, parecer algo de alta complexidade técnica. Entretanto, o domínio da engenharia de automação encontra-se em tal patamar que já é possível aplicar o conceito de redes inteligentes aos SAA e SES, baseando-se nas mesmas soluções aplicáveis, há mais de uma década, a sistemas de energia elétrica e outras utilidades públicas.

⁷ Portaria GM/MS Nº888, de 4 de maio de 2021. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2021/prt0888_07_05_2021.html.

Outro item importante dos serviços de saneamento são as perdas de água, definidas como a quantidade de água que é tratada, mas não é entregue aos usuários (perda física) ou que foi entregue, mas não foi faturada (perda comercial) (GOMES, 2005). A redução dessas perdas também demanda certo grau de inovação tecnológica, mas dita tecnologia é acessível a qualquer licitante proponente. Ademais, a redução das perdas é uma obrigação (meta) legal/contratual, que terá de ser cumprida por qualquer licitante que seja vencedor do certame. Portanto, não é diferencial em processo de seleção.

Da mesma forma, a eficiência energética (obrigação incorporada ao Novo Marco Regulatório) deve ser, obrigatoriamente, uma meta nos contratos de prestação dos serviços de saneamento básico,⁸ até porque o consumo de energia elétrica tem papel relevante na planilha de custos dos SAA e SES. Para atingir essas metas, todas as concessionárias têm vários recursos, inclusive a de compra de energia no mercado livre e projetos de autoprodução. Ou seja, a eficiência energética também não é um elemento adequado de seleção de propostas em um processo licitatório de saneamento.

Portanto, a inexistência de elementos tecnológicos nos SAS e SES que possam ser ofertados por um licitante proponente e que não sejam acessíveis ou possam ser implementados por qualquer outro licitante é notória. Logo, de um ponto de vista técnico de engenharia, não faz sentido adotar a proposta técnica como elemento de seleção do licitante vencedor.

2.4 Aspectos técnicos específicos – licitações de saneamento dos municípios de Extrema⁹ e de Campos Altos¹⁰

Para tornar mais concreto o que sustentamos no item anterior, analisamos dois casos de licitações de serviços de saneamento no Estado de Minas Gerais.

A escolha da proposta técnica como critério de seleção de licitantes em processos licitatórios de saneamento, quase sempre, vem da inspiração, mais que meritória, do fomento à inovação tecnológica para a melhor prestação de serviços. O critério de “melhor proposta técnica” apresentada no certame busca fazer com que os concorrentes demonstrem que estão atualizados e que se obrigam a adotar as mais avançadas técnicas para a prestação dos serviços de saneamento, comprovando a intenção de estarem sempre na vanguarda de inovações tecnológicas e operacionais.

Entretanto, a constatação de que as técnicas de operação, manutenção e expansão dos SAA e SES estão sedimentadas e são de domínio tecnológico dos diversos prestadores de serviços e fornecedores, públicos ou privados, indica que o diferencial tecnológico não se configura como questão imprescindível de seleção de propostas em licitações de saneamento.

Vale a pena lembrar que o Novo Marco Legal do Saneamento contém exigências, por si só, fomentadoras das inovações tecnológicas, seja como mecanismo para vencer o enorme desafio do cumprimento das metas de universalização seja pelas obrigações legais de eficiência e atualidade.

A Lei federal nº 14.026/2020, que atualizou a Lei federal nº 11.445/2007, em seu artigo 11, detalha as condições de validade dos contratos de concessão de serviços de saneamento, a saber:

⁸ Art.10-A, Inciso I, Lei federal 14.026/2020.

⁹ Processo Licitatório nº 021/2023 - Concorrência Pública nº 001/2023 - Concessão da prestação do serviço público de abastecimento de água e esgotamento sanitário do Município de Extrema.

¹⁰ Processo nº 034/2023 - Concorrência Pública nº 001/2023 - Concessão da prestação do serviço público de abastecimento de água e esgotamento sanitário do Município de Campos Altos/MG.

- I existência de plano de saneamento básico;
- II a existência de estudo que comprove a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação dos serviços, nos termos estabelecidos no respectivo plano de saneamento básico;
- III a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes dessa lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização;
- IV a realização prévia de audiência e de consulta públicas sobre o edital de licitação, no caso de concessão, e sobre a minuta do contrato;
- V a existência de metas e cronograma de universalização dos serviços de saneamento básico.

Desse modo, o conteúdo técnico (tecnológico) mínimo e necessário para a referida concessão já deve constar do Plano Municipal de Saneamento Básico (PMSB)¹¹ e do estudo de viabilidade técnica e econômica (EVTE), de acordo com as Normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), especialmente as NBR 12.722 e NBR 14.653-4. Ademais, as normas técnicas são complementadas pelas normas jurídicas de regulação e as metas e cronograma de universalização. Portanto, o arcabouço normativo já define as obrigações de natureza técnica e tecnológica a serem cumpridas pelo titular do contrato de concessão (vencedor da licitação).

A análise dos processos licitatórios para concessão dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário nos municípios de Extrema e de Campos Altos ratifica o entendimento antes esposado. Os editais publicados não conseguem dar substância minimamente acolhedora para a pretensão do fomento à inovação tecnológica ou desestímulo à acomodação tecnológica do prestador de serviços.

Os editais desses certames demandam, como parte da “proposta técnica dos licitantes”, um diagnóstico do sistema atual. Ora, mas o Plano Municipal de Saneamento Básico é um elemento essencial da licitação (por expressa disposição legal) e referido plano já deve conter o diagnóstico dos sistemas. Se um documento público da licitação já diagnostica o SAS e SES, como um diagnóstico feito pelo licitante pode representar uma inovação diferencial que o distingue de outros licitantes? Pode um mesmo sistema ter dois diagnósticos diferentes sem que um deles esteja errado ou incompleto?

Como dito, é conteúdo mínimo do PMSB o diagnóstico da situação atual da prestação dos serviços (do SAS e do SES), sem o que não é possível avançar para uma licitação da concessão, pois é a partir do diagnóstico que se pode definir um prognóstico (com metas, programas, projetos e ações futuras para o avanço da universalização). O diagnóstico, por definição, deve conter o levantamento de todos os ativos existentes e apresentar a sua condição operacional, limitações, necessidades e características técnicas de instalação e funcionamento. Portanto, o PMSB deve apresentar o conhecimento do problema, bem como estimar a demanda futura dos serviços.

Em outras palavras: se o PMSB é condição de validade da licitação e dos contratos de concessão correlatos e eles já trazem o diagnóstico e prognóstico técnico dos serviços, o que se pode exigir na proposta técnica das licitações de Extrema e de Campos Altos nada mais é que a elaboração de um documento redundante: documento que indica que o licitante tem conhecimento do diagnóstico dos SAA e SES, que foi previamente feito por técnicos ao elaborar o PMSB.

A segunda condição *sine qua non* de validade de futuros contratos de concessão de saneamento é a existência de EVTE (elaborado pela administração), perfeitamente alinhado ao PMSB. Esse alinhamento pressupõe o conhecimento atualizado dos ativos existentes, bem como suas condições operacionais

¹¹ <https://www.arsae.mg.gov.br/planos-municipais/>; <https://www.funasa.gov.br/site/wp-content/uploads/2016/09/PMSB.pdf>.

atuais e suas necessidades de expansão. Sem tais informações, não é possível estabelecer qualquer viabilidade técnica ou econômica da concessão. Tais estudos precisam, necessariamente, apresentar as soluções técnicas (e tecnológicas) mínimas a serem aplicadas nos futuros contratos de concessão e dimensioná-las para atingimento da universalização e expansão contínua dos serviços de acordo com os crescimentos populacionais projetados. São essas informações que balizam os orçamentos para estimativa dos investimentos ao longo do prazo previsto para os futuros contratos. São referências de CAPEX (*capital expenditures* – em português: despesas de capital) e OPEX (*operational expenditures* – em português: despesas operacionais) dos estudos econômico-financeiros.

As conclusões apresentadas para o diagnóstico e prognóstico dos sistemas aplicam-se ao EVTE. Nos editais dos municípios de Extrema e de Campos Altos, não há nenhuma exigência de inovações ou diferenciais tecnológicos que já não estejam no EVTE elaborado pela comissão licitante. Não há qualquer diferencial tecnológico de proposta que o licitante possa apresentar que seja uma novidade ou inovação adicional ao EVTE.

Portanto, resta demonstrada a improcedência da adoção de proposta técnica como critério de seleção de licitantes em certames concessivos de serviços de saneamento.

Não é por demais lembrar que os diagnósticos, tanto do PMSB quanto do EVTE, devem apresentar: os registros fotográficos dos ativos, as condições civis, elétricas, mecânicas e hidráulicas das redes, análises de qualidade de mananciais, qualidade da água distribuída, capacidade de coleta e tratamento de esgotos, volumes de reservação, condições físicas das redes de distribuição e coleta e ligações domiciliares, índices de perdas de água, consumo de energia elétrica, entre outros dados do SAS e SES. Deve ainda descrever os sistemas operacionais, gerenciais, comerciais e de atendimento aos usuários em uso.

O EVTE também deve apresentar todas as proposições para expansão e manutenção dos serviços em seu estado da arte, trazendo a rota tecnológica esperada para a prestação dos serviços durante o prazo de concessão, inclusive especificações técnicas mínimas de equipamentos, materiais, obras e serviços ao longo do contrato. Todas essas informações estão consignadas no Plano de Negócios Referencial e no Cronograma Físico-Financeiro da concessão, documentos sem os quais a licitação não pode ocorrer por impossibilitar a elaboração de propostas pelos licitantes.

Nesse sentido, caso as administrações públicas de Extrema e de Campos Altos, titulares dos serviços a serem concedidos, considerem que os PMSB e EVTE propostos no edital são insuficientes para pleno desenvolvimento dos futuros contratos de concessão, devem suspender a licitação. Não é lícito requerer que as propostas dos licitantes complementem ou até revisem o PMSB e EVTE.

Sendo assim, demonstra-se a improcedência da pretensão de selecionar propostas para concessões de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário tomando como critério diferencial informações técnicas que teriam de ser legalmente providas pela entidade concedente dos serviços. O conhecimento do SAA e SES e as definições tecnológicas dos sistemas devem estar bem definidos nos documentos que suportam e fundamentam o certame. Não se vislumbra, nos editais daqueles municípios, qualquer requisito ou elemento que demande ou incentive uma inovação tecnológica dos postulantes.

Como se não fosse suficiente, é também condição de validade dos contratos e, por consequência, das licitações, a existência das normas de regulação, nas quais estarão definidas as regras e especificações da prestação dos serviços, alinhadas ao EVTE feito pela administração. Mais uma vez, não há por que selecionar um licitante proponente a partir de ofertas de inovações em sua proposta técnica, uma vez que o licitante vencedor deverá seguir estritamente as definições regulamentares e utilizar-se das melhores tecnologias para atingir as metas contratuais por expressa determinação legal.

Por consequência lógica dos argumentos expostos, toda e qualquer proposta técnica apresentada em licitação que replique e observe o PMSB e o EVTE deve obter pontuação máxima. A apresentação de propostas técnicas tende a não produzir qualquer diferenciação entre os licitantes.

2.5 Aspecto técnico: conclusões

O desenvolvimento de novas tecnologias é vertiginoso nos tempos atuais e inovações são incorporadas rotineiramente ao cotidiano de pessoas e empresas. O setor de saneamento pode se beneficiar de tecnologias inovadoras desenvolvidas para setores mais complexos de infraestrutura, desde que haja disposição e recursos para se investir em tais processos. A engenharia moderna dispõe de um arcabouço gigantesco de soluções de prateleira, bastando haver a disposição para se investir em modernização. Há domínio tecnológico para a construção, expansão, operação, manutenção e prestação dos serviços de água e esgoto e de seus ativos associados, inclusive no que tange à modernização através de automação, controle de perdas e eficiência energética. Portanto, não há justificativa plausível para selecionar propostas, em processos licitatórios de saneamento, com base em critérios técnicos. Os exemplos dos municípios de Extrema e de Campos Altos confirmam esse entendimento, demonstrando a inadequação do uso de propostas técnicas como critério de seleção dos licitantes.

A conclusão acima sustentada em nenhuma hipótese deve ser confundida com a dispensa de habilitação técnica do proponente licitante. Do ponto de vista da engenharia especializada em recursos hídricos e saneamento, é recomendável (e até exigível) que a administração seja ciosa ao demandar a qualificação técnica dos licitantes, em fase de habilitação, através da apresentação de atestados e certificados, conforme facultado na legislação vigente. Entretanto, comprovada capacidade técnica (equipe e experiência) dos licitantes, tem-se os critérios econômicos (tarifa e outorga) como pontos críticos de sucesso da concessão, especialmente se considerada a necessidade de investimentos muito vultosos durante longo prazo (30 a 35 anos), pois se trata de um projeto que requer alta capacidade financeira e de alavancagem do licitante para cumprimento das obrigações previstas, o que induz a adoção desse critério (outorga e tarifa, juntos ou separados) para definição do licitante vencedor.

Em outras palavras: o que se espera, com a exigência de atestados (normalmente ratificados pelo Conselho de Classe através da Certidão de Acervo Técnico), é a comprovação da capacidade técnica profissional e operacional para executar a concessão, demonstrada pela experiência pregressa na execução dos serviços de saneamento básico. A apresentação dos atestados em fase de habilitação não tem por objetivo pontuar e selecionar as propostas, mas somente demonstrar a capacidade de execução de serviços pelos licitantes proponentes. Ou seja, a habilitação técnica visa qualificar os proponentes em fase anterior à seleção das propostas.

3 ASPECTOS ECONÔMICOS

Os critérios de seleção de propostas, ora em discussão, afetam os investimentos em infraestrutura, bem como os custos de operação e manutenção dos serviços concedidos. Assim, é necessária uma análise dos efeitos econômicos gerados em cada um deles. Em outras palavras: critérios de seleção de propostas têm relação direta com a competitividade do certame e a modicidade tarifária, como se passa a detalhar.

3.1 Vantagens e desvantagens da adoção da proposta técnica como fator de cálculo para a seleção das propostas dos licitantes

Ao adotar a proposta técnica como elemento de seleção de propostas, tem-se a intenção de estimular os licitantes a apresentarem as melhores soluções técnicas para o objeto licitado – o “estado da arte tecnológico”. Ocorre que, no caso do saneamento, esse objetivo não é atingido, como já demonstrado nos

parágrafos antecedentes (item 2 acima). Ademais, esse critério não demonstra se o proponente, com uma suposta melhor proposta técnica, terá capacidade financeira para se manter sustentável em um contrato de longo prazo e com características de altos investimentos.

É importante considerar uma característica dos serviços de saneamento. Como explicado, a tecnologia de saneamento não é proprietária dos concessionários, mas fornecidas por terceiros. Portanto, o uso de inovações tecnológicas depende fundamentalmente de capacidade financeira e habilitação técnica dos gestores da concessão. Relembremos.

Se a tecnologia é provida por terceiros, qualquer licitante proponente poderá adquiri-la, desde que tenha capacidade financeira para tanto e seus gestores saibam qual tecnologia melhor se adequa a cada caso. Logo, deve prevalecer nas licitações de saneamento a viabilidade econômico-financeira da concessão, concatenada com a modicidade tarifária, indicando que os critérios de seleção “outorga e tarifa” (combinados ou isolados) são mais adequados do que técnica e preço.

Até porque, para utilizar do critério técnica e preço como forma de julgamento de propostas, é necessário atribuir pesos a cada fator. E, se a engenharia indica que não é possível haver diferenças relevantes na proposta técnica, ter-se-á como resultado uma minimização do fator econômico, em prejuízo da concorrência e modicidade, sem efetivo benefício tecnológico.¹²

Tal assertiva pode ser exemplificada pela seguinte fórmula matemática:

$$NF = 7XNT + 3XNC$$

em que: NF = Nota Final;

NT = Nota da PROPOSTA TÉCNICA; e

NC = Nota da PROPOSTA COMERCIAL = desconto proposto na tarifa máxima.

A relação de pesos, estabelecidos nesse exemplo, para os índices técnicos e de preços (7x3) acaba por provocar um desincentivo à competitividade da proposta comercial. Isso porque, quanto maior a nota técnica, menor será a importância da nota comercial. Imagine-se a seguinte simulação:

	Nota técnica	Desconto ofertado	Cálculo paramétrico =(NTX7) + (NCX3)	Resultado
Proponente A	8	50%	=(8*7) + (5*3)	71
Proponente B	9	30%	=(9*7) + (3*3)	72

¹² <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/42107/o-tipo-quot-tecnica-e-preco-quot-quando-a-tecnica-supera-o-preco>.

Veja que o Proponente B teve uma proposta técnica 12,5% melhor que o Proponente A e venceu com uma proposta comercial 66% pior. Uma pequena diferença técnica, em função de equivocada sobrevalia desse elemento, impactou de forma absurdamente relevante a modicidade tarifária.

É por isso que o critério de técnica e preço só deve ser aplicado quando há elementos técnico-tecnológicos absolutamente relevantes e diferenciadores dos proponentes licitantes. Consideremos uma licitação para instalação de equipamentos de vigilância e controle das vias públicas de uma cidade.

Existe uma tecnologia proprietária que, a partir de microfones instalados nas câmeras de vigilância, consegue identificar sons de disparos de armas de fogo e gerar uma localização georreferenciada de onde ocorreu o disparo. O licitante que detém essa metodologia terá um diferencial tecnológico importante. Outro pode ter uma solução de identificação facial que permite identificar *on time* indivíduos com ordem de prisão que estejam em trânsito nas vias sob vigilância. Outro pode ter um sistema de *machine learning* (aprendizado de máquina) e inteligência artificial que consegue identificar, mediante análise de imagens captadas pelas câmeras, possíveis atos delituosos, informando automaticamente as autoridades competentes. Nesse caso, há um indiscutível diferencial tecnológico a segregar potenciais prestadores desse serviço público.

Contudo, no saneamento, essa diferenciação tecnológica não se aplica, como já esclarecido. A adoção de técnica e preço acaba por violentar indevidamente a modicidade tarifária e o interesse público sem qualquer efetivo ganho tecnológico.

3.2 Vantagens e desvantagens da adoção do critério “outorga+tarifa” como fator de seleção das propostas dos licitantes

A adoção de outorga + tarifa como fator de seleção das propostas dos licitantes é mais conveniente na medida em que está diretamente relacionada ao EVTE da concessão, o que também incentiva a eficiência (princípio legal) na apresentação da proposta comercial.

O critério híbrido (outorga + tarifa) gera ao ente público uma outorga maior (gera receita pública), acompanhada de tarifa mais competitiva para o usuário.

Nesse sentido, vale lembrar algumas combinações já aplicadas em concessões de serviços públicos:

- Piso tarifário: alternativa em que é definida menor tarifa até o alcance de piso tarifário considerado praticável (conceito de viabilidade econômica da concessão). Após o alcance desse desconto-teto predeterminado, o critério de desempate passa a ser a maior outorga. Trata-se de solução bastante positiva, por combinar a busca por modicidade tarifária com sustentabilidade econômica. Nesse caso, se o projeto for muito atrativo e alguns licitantes desejarem ser mais arrojados, a disputa migra para a maior outorga, situação benéfica aos cofres públicos.
- Outorga fixa: diferente da modalidade do piso tarifário, o licitante é obrigado a pagar um valor fixo de outorga, porém o critério de classificação permanece sendo a menor tarifa. A vantagem dessa modalidade é o maior comprometimento dos concessionários ao desembolsar recursos financeiros (da outorga) logo no início do contrato de concessão. A desvantagem é que a competitividade fica restrita às propostas de tarifas, com risco de ofertas excessivamente arrojadas que depois se mostram economicamente inexecutáveis, prejudicando a execução do contrato ou a qualidade do serviço.

3.3 Vantagens e desvantagens da adoção da outorga como único fator de seleção das propostas dos licitantes

A adoção do critério de maior outorga como único fator de seleção das propostas dos licitantes carrega a vantagem de potencializar a receita da administração. Por outro lado, resulta em maior oneração do projeto, com repasse (ainda que indireto) ao usuário do valor da outorga (princípio legal da solidariedade), uma vez que a tarifa a ser aplicada na modelagem econômico-financeira da concessão vai remunerar os investimentos, operação, manutenção e o valor da outorga.

No critério exclusivo de maior outorga, ao mesmo tempo que se gera a atração de *players* mais bem qualificados econômica e financeiramente, gera desincentivo à concorrência, visto que aqueles que não possuam alta liquidez não conseguem participar.

3.4 Aspectos econômicos: conclusão

Considerando os efeitos econômicos dos critérios de seleção de propostas em licitações de saneamento, tem-se que o critério combinado de outorga + tarifa nos parece ser a melhor alternativa, embora também se possa escolher um desses elementos como critério único, a depender do maior interesse público a ser satisfeito (menor tarifa ou maior arrecadação de receitas públicas).

Há diversos *cases* no mercado em que a adoção de outorga e/ou tarifa gerou ganhos econômicos relevantes, demonstrando, na prática, a inadequação de adoção de critérios técnicos de seleção em licitações de saneamento.

Nas concessões de saneamento dos blocos do Estado do Rio de Janeiro¹³, o Grupo Águas do Brasil venceu o leilão de um dos blocos (2021) com um lance de R\$ 2,2 bilhões – ágio de 90%, em relação à outorga mínima prevista em edital (R\$ 1,6 bilhão). Outro bloco foi arrematado pelo Grupo Aegea, com outorga de R\$ 15,4 bilhões, e o outro pelo Grupo Iguá, com outorga de R\$ 7,3 bilhões. A adoção de “maior outorga” como critério de seleção de propostas privilegiou o orçamento público e valorizou os ativos vertidos às concessões. Imagina-se quantas melhorias nos serviços de saúde, educação e segurança, apenas para citar alguns, essas outorgas vão proporcionar.

No caso do leilão da parceria público-privada (PPP) de esgotamento sanitário da Sanesul (MS),¹⁴ adotou-se o critério de menor tarifa e o Grupo Aegea venceu com um deságio de 38,46% no valor da tarifa por metro cúbico em relação ao preço máximo do edital. O efeito de modicidade tarifária é muito significativo. Efeito similar foi obtido na concessão de saneamento do Estado do Amapá (2021), que teve como vencedor o Consórcio Marco Zero, com um desconto de 20% na tarifa da concessão plena de saneamento.

Referidos casos reais demonstram as vantagens econômicas para o público, o privado e a sociedade, com a adoção de propostas de outorga e tarifa como fator de cálculo para seleção das propostas de licitantes. De outra parte, demonstram como a proposta técnica como critério de seleção pode impedir tais ganhos econômicos, ainda mais em um setor em que as tecnologias não são efetivamente diferenciais das propostas dos licitantes.

Em reforço dos parágrafos acima, convém destacar que o Decreto nº 11.467, de 5 de abril de 2023, estabelece que terão prioridade na alocação de recursos públicos federais e nos financiamentos com recursos da União ou operados por órgãos ou entidades da União as licitações de saneamento que tiverem adotado critérios de seleção que promovam a modicidade tarifária e a antecipação da universalização do

13 Informações públicas e notórias, apresentadas em diversos meios de comunicação.

14 *Ibidem*.

serviço público de saneamento. Isso significa que o governo federal também entende que, em licitações de saneamento, devem-se privilegiar os critérios econômicos em prejuízo das propostas técnicas.

4 ASPECTOS JURÍDICOS

Como é de conhecimento geral, os atos públicos estão submetidos ao princípio da legalidade. Enquanto o ente privado pode executar qualquer ato não proibido em lei, o ente público só pode realizar os atos previstos em lei e consonantes com a adequada interpretação da lei ao caso concreto (subsunção do fato à norma).

Assim, não basta que a lei preveja determinado ato para que a administração possa realizá-lo. A legalidade não pode ser apenas formal. Deve ser material. Em outros termos: o ato público, ainda que previsto em lei, deve ter justa motivação e representar o melhor interesse público, observados os princípios da eficiência, eficácia, moralidade, razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade e segurança jurídica. E mais: nos processos licitatórios concessivos de serviços públicos, devem ainda privilegiar os princípios da competitividade e modicidade tarifária.¹⁵ Portanto, o ente público, ao definir as regras de uma licitação, deve interpretar a lei, orientado pelos princípios, para derivar a melhor aplicação ao caso concreto.

Nessa linha de pensar, para que se possam avaliar os melhores critérios de seleção de propostas em licitações, é necessário considerar os objetivos de quem lança o edital. Um edital que adota a proposta técnica como critério de seleção deve indicar o resultado que pretende alcançar. As seguintes perguntas devem ser respondidas:

- i. A melhor técnica busca diminuir o custo operacional e tarifário?
- ii. A melhor técnica proporciona vantagem competitiva ao objeto licitado?
- iii. A melhor técnica será capaz de alcançar as metas em menor prazo?
- iv. A melhor técnica gera qual resultado, para qual serviço, para qual parâmetro?

Em outras palavras, o princípio da “justa motivação” obriga a administração a explicar por que imputa peso (seleção) a questões técnicas (recursos tecnológicos) e que finalidade busca atingir com tal critério seletivo.

É preciso ainda ter o cuidado de não engessar o licitante a determinada técnica, que hoje é melhor, mas que amanhã poderá não ser adequada. Esse cuidado é especialmente relevante em concessões de saneamento, que pressupõem uma operação de mais de três décadas.

Isso porque sempre há um risco inerente de adoção de proposta técnica como critério de seleção de licitantes. Ainda quando um proponente licitante detém uma técnica inovadora, a ponto de representar um diferencial em um processo de licitação (o que não parece ser o caso de saneamento), é de se considerar que essa tecnologia pode trazer maior risco de execução e performance, tanto mais se houver poucos dados de aferição de resultados ou referencial em normas técnicas e organismos de regulação e controle. O setor de saneamento é especialmente sensível a essa questão, porque inovações tecnológicas tendem a ter mais dificuldades de licenciamento ambiental ou de outorga pelo direito de uso da água (seja para captação seja para lançamento de efluentes).

Ademais, não se pode confundir (como já explicado) o uso da proposta técnica como fator de seleção de licitantes proponentes com a capacidade técnica da operadora dos serviços de saneamento. A

¹⁵ Artigo 5º da Lei federal 14.133/2021.

capacidade técnica da (potencial) concessionária, ou a certeza de que essa tem em seus quadros o melhor da engenharia hídrica e de saneamento, deve ser uma exigência indispensável na fase de habilitação, mas não um elemento de seleção de propostas.

4.1 Viabilidade jurídica, vantagens e desvantagens da adoção da proposta técnica como fator de seleção das propostas dos licitantes

Feitas tais ponderações iniciais, cabe uma análise mais acurada da legislação de regência, da jurisprudência e da doutrina.

É bem verdade que as normas reguladoras das licitações (seja na Lei nº 8.666/1993 – artigo 45, seja na Lei nº 14.133/2021 – artigo 33) facultam diversos critérios de seleção de propostas: melhor técnica, técnica e preço, maior lance (outorga) e/ou menor preço (menor tarifa). Assim, em tese (legalidade formal), qualquer comissão licitante poderia adotar qualquer desses critérios.

Ocorre que, como sustentamos, não basta a legalidade formal. A definição dos critérios de seleção de propostas em um processo licitatório não pode ser arbitrária. Deve ser justificada, com a adequada motivação do critério escolhido, além de demonstrar a absoluta adesão a todos os princípios, em cada caso concreto.

Nesse sentido, cabe perguntar: a adoção de critérios de seleção de propostas baseados em técnica+preço é lícita (licitude material) em concessões de saneamento? Critérios de outorga+preço (ou um desses elementos de forma isolada) estariam mais alinhados aos princípios orientadores das licitações de saneamento?

O artigo 35 da Lei nº 14.133/2021, em seu parágrafo único, indica que o critério “melhor técnica” é aplicável à contratação de projetos e trabalhos de natureza técnica, científica ou artística. E o artigo 36 da mesma lei determina que o critério técnica+preço será escolhido quando estudo preliminar demonstrar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas são relevantes aos fins pretendidos pela administração.

Daí surge outra pergunta: em concessões de saneamento, as propostas técnicas são relevantes para os fins pretendidos pela administração? Qual a finalidade da concessão dos serviços de saneamento?

A concessão de saneamento é finalística. Isso significa que se trata de uma concessão de serviço, de “obrigações de fazer”, que busca atingir um fim definido e específico: a universalização (oferta dos serviços a toda a população). De forma mais prática, as obrigações primordiais do concessionário serão: captar, tratar, aduzir e distribuir água. Coletar, aduzir, tratar e diluir adequadamente o esgoto.

Se, no tratamento da água, o concessionário vai usar o floculador A ou B, o filtro com tecnologia X ou Y e secar o lodo em *bags* ou centrífuga, pouco importa à administração, desde que a água distribuída atenda aos parâmetros de potabilidade, disponibilidade e continuidade e o lodo seja adequadamente descartado. Na coleta e tratamento de esgoto, pouco importa se o sistema é unitário ou separador, a ETE em sistema fechado ou aberto, com os produtos químicos Alfa ou Beta, contanto que o efluente diluído nos cursos hídricos atenda aos parâmetros estabelecidos nas normas ambientais e o lodo seja adequadamente destinado.

Se existem diversas tecnologias que os concorrentes licitantes podem escolher, acessíveis a todos eles e se todas são capazes de atingir as finalidades da concessão, então, conclui-se pela inadequação (ilegalidade) da adoção da proposta técnica como critério de seleção de propostas. Isso porque o artigo 36 da Lei nº 14.133/2021 só faculta esse critério “se relevante para os fins pretendidos pela Administração”. Ainda que

uma proposta técnica possa ser requerida no certame, sua função deveria ser somente validar a viabilidade da proposta comercial apresentada.

Vale lembrar que o legislador teve a cautela de listar, no §1º do artigo 36 antes citado, os casos em que obrigatoriamente o critério técnica+preço será adotado, criando paradigmas que parecem sustentar a conclusão do parágrafo anterior, como se vê: (i) serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual; (ii) serviços majoritariamente dependentes de tecnologia sofisticada e de domínio restrito; (iii) bens e serviços especiais de tecnologia da informação e comunicação; (iv) obras e serviços especiais de engenharia.

Em todos os casos acima, destaca-se a relevância tecnológica para o atingimento dos fins desejados pela administração. Mas nenhum desses paradigmas se aplica ao saneamento. Como descrito no item 2 deste artigo, as tecnologias de saneamento estão disponíveis a qualquer licitante vencedor. Não são de domínio restrito. Nem dependem da habilidade intelectual dos operadores da concessão ou se qualificam como serviços especiais de engenharia. E os resultados dos serviços de saneamento podem ser igualmente atingidos com a tecnologia A ou B. Portanto, a interpretação da nova Lei de Licitações deveria resultar em desqualificação do critério “proposta técnica” como fator de seleção em processos licitatórios concessivos de saneamento.

Em apoio ao entendimento acima esposado, citamos interpretação da referida lei apresentada pelo governo federal na Instrução Normativa SEGES/MGI 2/2023. No artigo 12 desse ato normativo, o Executivo federal esclarece que o uso do critério de julgamento “técnica+preço” depende de estudo preliminar que justifique os fatores de pontuação e julgamento da proposta técnica. Se o estudo da administração demonstrar que os serviços envolvem soluções específicas de natureza intelectual, científica e técnica que podem ser descritos como comuns, nos termos do inciso XIII do art. 6º da Lei 14.133/2021, o objeto será licitado pelo critério de julgamento “menor preço” ou “maior desconto”.

Já que, neste artigo, analisamos dois editais licitatórios de serviços de saneamento propostos por municípios mineiros, não custa analisar o entendimento do Tribunal de Contas do referido estado. No Processo nº 997.743, o conselheiro relator (Hamilton Coelho) entende pela licitude da escolha do critério “técnica+preço”, quando¹⁶: “as características e peculiaridades do objeto, cuja natureza é preponderantemente intelectual”, justificariam o critério “havendo tal opção sido suficientemente justificada pelos gestores nos autos”. No Processo nº 1.053.930, o conselheiro relator (Telmo Passareli) reforça:¹⁷ “Como se vislumbra, a Lei 8.666/1993 dispõe que deve ser adotado o critério de julgamento do tipo ‘melhor técnica e preço’ exclusivamente para a contratação de serviços de natureza predominantemente intelectual. (...)”.

Em outra decisão, o tribunal foi ainda mais contundente ao definir quando a adoção de técnica como critério de seleção de propostas se justifica. A ementa do acórdão prolatado no Processo nº 1.104.837 (conselheiro relator Cláudio Terrão) esclarece:¹⁸ “A eleição do tipo licitatório ‘técnica e preço’ em detrimento do ‘menor preço’ pressupõe justificativa com base em critérios técnicos, devendo a técnica ser representada não só pela qualificação dos profissionais das licitantes, mas também pela metodologia de trabalho, pela organização a ser impressa e pelas tecnologias aplicadas para a melhor solução do problema central ao objeto licitado”.

Destaca-se que os entendimentos acima reproduzidos estão alinhados com a tese aqui apresentada. No caso de concessões de saneamento, há diversas tecnologias capazes de atingir a mesma finalidade (distribuir água tratada e coletar e diluir adequadamente o esgoto). Sendo assim, como criar “critérios

16 MINAS GERAIS. TCE-MG. Processo 997.743, acórdão da 1ª Câmara prolatado em 11/08/2020 - Inteiro Teor do Acórdão, página 8 de 13.

17 MINAS GERAIS. TCE-MG. Processo 1.053.930, acórdão da 1ª Câmara prolatado em 07/03/2023 - Inteiro Teor do Acórdão, página 3 de 7.

18 MINAS GERAIS. TCE-MG. Processo 1.104.837, acórdão da 2ª Câmara prolatado em 18/08/2022 - Inteiro Teor do Acórdão, página 1 de 8.

objetivos que indiquem que uma técnica ou tecnologia proposta é melhor que outra”? Se as tecnologias são comuns e acessíveis a qualquer licitante, deve-se adotar o critério de menor preço e/ou maior desconto na tarifa para seleção de propostas.

A adoção da proposta técnica como fator de seleção em processos licitatórios de saneamento não representa adequada interpretação e aplicação das normas legais vigentes. Admite-se que a administração possa entender que esse critério estimula a adoção das melhores tecnologias no planejamento e oferta do licitante, resultando em propostas comerciais mais realistas e adequadas, em atenção aos princípios da eficiência e atualidade. Também poderiam sustentar que esse critério induz propostas no “estado da arte”, de um ponto de vista tecnológico.

Ocorre que, no caso do saneamento, essa vantagem deve ser ponderada pelos princípios da finalidade (universalização) e da modicidade tarifária. O Marco Legal do Saneamento privilegiou, por motivos óbvios, o atingimento de metas de universalização, que pressupõe investimentos muito relevantes. E, de outro lado, a maioria dos usuários tem poder aquisitivo limitado, o que induz a busca da modicidade tarifária. Ora, se o mais importante é expandir os SAA e SES com a menor tarifa viável, então, por certo, o estado da arte tecnológico não é uma meta a ser priorizada. Os princípios da eficácia e eficiência pressupõem usar a melhor tecnologia, mas cotejando seu custo-benefício. Logo, a vantagem descrita no parágrafo antecedente fica superada nas licitações de saneamento.

Não fosse o bastante, há outra desvantagem na adoção de proposta técnica em licitações de saneamento. O artigo 34 da Lei de Licitações esclarece que os critérios adotados para seleção das propostas devem considerar o menor dispêndio para a administração. Como regra, nas concessões, os maiores dispêndios da administração são os riscos por ela assumidos em eventos de desequilíbrio (usualmente definidos na matriz de risco contratual). De forma mais simples: quanto mais eventos de risco a administração assume, maior será seu dispêndio (ou dos usuários – via tarifa).

No saneamento, o risco tecnológico, como regra, é assumido pelo concessionário, em atenção aos princípios da atualidade e eficiência dos serviços.¹⁹ Ocorre que, se a proposta técnica é adotada como fator de seleção de licitantes, haverá justa dúvida sobre a imputação do risco derivado do uso de tecnologias distintas daquelas propostas no certame. De forma prática: se o licitante vencedor propõe uma solução tecnológica X, devidamente avaliada e valorada pela comissão de licitação e, após a assunção da concessão, por razões alheias à sua vontade, deve adotar outra solução tecnológica, a quem cabe os custos dessa solução alternativa?

Não se poderá exigir que o concessionário assumo o risco tecnológico de uma solução que ele não propôs no momento da licitação, tanto mais quando a sua proposta foi validada pela comissão licitante. O risco tecnológico deverá ser assumido pela administração (com o equivalente reequilíbrio da concessão), em prejuízo da modicidade tarifária. Por mais essa razão, a adoção desse critério técnico como diferencial de propostas parece inadequada no caso de licitações de serviços de saneamento.

4.2 Viabilidade jurídica, vantagens e desvantagens da adoção de outorga+tarifa como fator de cálculo para a classificação das propostas dos licitantes

Uma vez que concluímos que o critério “técnica+preço” não é adequado em licitações de saneamento, restaria à administração adotar os critérios de “tarifa+outorga” ou apenas tarifa ou apenas outorga. Há de se avaliar as vantagens de cada opção em cada caso.

¹⁹ Artigo 6º, §§1º e 2º da Lei federal 8.987/1995 (Lei de Concessões).

Em nossa avaliação, o critério misto (maior outorga + menor tarifa) atende dois princípios legais importantes e conciliáveis: interesse público e modicidade tarifária. De um lado, não se pode desconsiderar que a concessão de serviços de saneamento pressupõe a cessão de ativos (bens) públicos ao concessionário, que vai usá-los para auferir lucros. Portanto, o pagamento de outorga pelo licitante não apenas indeniza os entes públicos que operavam os serviços (nos casos de privatização), mas também remunera a sociedade pelos bens públicos cuja posse é cedida ao concessionário.

Além disso, a outorga atende ao princípio da solidariedade. Os ativos de saneamento são bens do povo. Portanto, a cessão desses bens deve gerar benefícios a toda a população (não apenas aos usuários dos serviços), o que é viabilizado pelo adequado investimento da outorga paga pelo concessionário em serviços básicos e essenciais como: saúde, drenagem urbana, educação, recuperação ambiental e outros. Essa linha de entendimento é tanto mais justificada quanto for o estado de necessidade da população beneficiada.

A desvantagem desse critério misto é uma minimização do efeito da modicidade tarifária. É óbvio que um concessionário que ofertar outorga computará esse encargo em sua planilha de custos para definição da tarifa ofertada. Portanto, a outorga minimiza a agressividade (descontos) nas propostas tarifárias.

Há, portanto, um pretense conflito de dois princípios que devem ser calibrados nos casos concretos. Os benefícios propiciados a todos do povo pela outorga deve justificar desconto tarifário menor concedido aos usuários dos serviços de saneamento. A adoção de apenas um dos critérios econômicos (maior outorga ou menor tarifa), como único elemento de seleção de propostas, deve ser justificada (princípio da motivação) nos casos concretos.

O critério de maior outorga (adotado em muitos certames recentes) implica preferir a modicidade tarifária, em absoluto privilégio do conceito indenizatório e do princípio da solidariedade. Nos casos das concessões do Rio de Janeiro e de Alagoas, por exemplo, havia um ativo relevante não amortizado pela empresa antecessora que precisava ser indenizado, sob pena de ilegalidade e de sua inviabilização econômica. Tal fato justificou a licitação por maior outorga. Não fosse o bastante, estamos a falar de áreas de concessão com enormes demandas de serviços básicos à população, em que as outorgas terminam por beneficiar de forma imediata toda a população em prejuízo da modicidade tarifária que beneficia apenas os usuários do saneamento.

Diferentemente, no caso da Sanesul – MS e de Amapá, as administrações privilegiaram a menor tarifa, seja porque os ativos vertidos eram pouco significativos seja para estimular a universalização mais rápida com menor encargo aos usuários.

Não se vislumbra ilegalidade nessas escolhas, uma vez que devidamente justificadas e fundamentadas em cada caso. É poder-dever da administração priorizar a alocação dos recursos, observados o interesse público e os princípios constitucionais já citados.

4.3 Aspectos jurídicos: conclusão

Do ponto de vista jurídico, a adoção do critério “técnica+preço” para seleção de propostas não representa adequada interpretação e aplicação da Lei de Licitações em processos concessivos de saneamento. Essa conclusão está apoiada na interpretação das normas legais pertinentes contidas em atos administrativos e na jurisprudência dos tribunais de contas.

5 CONCLUSÃO

Como demonstrado no item 2 deste artigo, não há elemento técnico ou tecnológico pertinente ao saneamento que não esteja disponível e seja acessível a qualquer dos licitantes. Não há predominância de atividade técnico-intelectual no saneamento e na apresentação das propostas dos licitantes que justifique esse critério. Os requisitos técnicos e tecnológicos da concessão devem estar definidos no PMSB e no EVTE, a partir dos projetos técnicos de engenharia, que são elementos exigidos no processo licitatório. Sem esses requisitos, o procedimento administrativo fica viciado no nascedouro.

Para dar ainda mais concretude a esse entendimento, tomemos o paradigma oposto ao saneamento (já descrito no item 3 – licitação do serviço de vigilância e monitoramento de ruas). Nesse caso, pode haver um proponente licitante que tenha tecnologia que consegue identificar o som de um disparo de arma de fogo ou tecnologia proprietária de reconhecimento facial ou soluções de tecnologia da informação que relacionam ações de pessoas ou veículos com possíveis infrações administrativas ou penais. Nesse exemplo, é certo que a proposta técnica do licitante poderá ser tanto mais vantajosa ao poder público quanto forem as soluções tecnológicas ofertadas. Assim, o cotejo de tecnologia + preço como fator de seleção de propostas se justifica. Mas esse cenário não se aplica ao saneamento, como demonstrado neste artigo.

E não apenas isso. Também restou demonstrado neste artigo (e as maiores concessões realizadas nos últimos anos confirmam) que licitações de saneamento baseadas em maior outorga e/ou menor tarifa são aquelas que melhor atendem aos princípios de competitividade no certame, interesse público e modicidade tarifária. Basta lembrar que a maior parte dessas licitações foi decidida por propostas em viva voz, que aumentaram exponencialmente a agressividade dos lances (confirmando a competitividade). A licitação da grande Maceió arrecadou R\$ 2 bilhões em outorga para o estado e os municípios (privilegiando o interesse público). Imagina-se a quantidade de benefícios que poderão ser providos ao povo alagoano. E no caso da Sanesul (MS), o deságio nas tarifas foi absolutamente relevante, com efeito de modicidade tarifária que beneficia diretamente todos os usuários.

Não se está a dizer que a questão tecnológica é irrelevante no saneamento. Não é isso que o presente artigo quer sustentar. Mas é de suma importância que a administração, ao elaborar um edital, consiga entender e adequadamente refletir a diferença entre a demanda de habilitação técnica dos licitantes e a justa motivação dos critérios de seleção de propostas. Permitam-nos repetir: em nenhum momento, estamos a sustentar que os licitantes não devem ter habilitação e qualificação técnica adequada a desempenhar o objeto licitatório. Mas, se a técnica é uma qualidade demandada do licitante, e não do objeto da licitação, não se justifica a adoção da proposta técnica como elemento de seleção de licitantes. Esse é exatamente o caso das concessões de saneamento.

No item 2 deste artigo, demonstramos que a construção, operação e manutenção dos sistemas de saneamento (SAA e SES) têm razoável complexidade. O tratamento de água requer desde adequado monitoramento dos pontos de captação (com medição, por exemplo, da turbidez da água captada) à precisa quantificação dos produtos químicos usados no tratamento e fluoretação para atingir a potabilidade, nos termos das normas sanitárias vigentes. E a distribuição da água potável demanda a gestão de redes de muitos quilômetros de extensão, incluindo equipamentos como elevatórias, *boosters*,²⁰ válvulas, macromedidores e hidrômetros.

De forma similar, a coleta, o afastamento, o tratamento e a diluição de esgoto demandam desde a tempestiva identificação de vazamentos na rede de coleta à gestão de elevatórias e redes de afastamento

²⁰ Estação Pressurizadora de Água Tratada (EPAT).

para o transporte dos efluentes até as ETEs, que devem executar a correta eliminação ou minimização de contaminantes para evitar que os efluentes diluídos nos cursos hídricos ou no mar provoquem danos ao ambiente.

Portanto, não resta a menor dúvida de que licitações para concessões de serviços de saneamento devem exigir, na fase de habilitação, provas robustas da qualificação técnica dos licitantes, na forma de atestados de concessões já operadas com sucesso e certificados de pessoas qualificadas e experientes na operação desses sistemas. Mas essa necessidade de qualificação do licitante não reflete uma diferenciação de proposta.

A linha de entendimento apresentada nos parágrafos anteriores foi adotada em todos os processos licitatórios das maiores concessões de saneamento feitas nos últimos anos no Brasil. Basta analisar os editais da grande Porto Alegre (Corsan - RS), grande Maceió (Casal - AL), Cariacica, Serra e Vila Velha (Cesan - ES), Sanesul (MS), Rio de Janeiro (Cedae - RJ), Blocos (metropolitanos) B e C de Alagoas e do Estado do Amapá. Todos tinham a habilitação técnica rigorosa como condição elementar de participação dos licitantes no certame, mas nenhum deles adotou o critério “técnica+preço” na seleção do licitante vencedor.

Para arrematar a procedência da interpretação legal que ora se propõe, adotamos *ipsis literis* as ponderações do conselheiro Cláudio Terrão (TCE-MG), apresentadas no Processo nº 1.104.837, uma vez que indicam absoluta consonância com a avaliação até aqui feita, senão vejamos²¹:

Os tipos de licitação são estabelecidos em *numerus clausus* pelo art. 45, §1º, da Lei nº 8.666/93. A regra geral é a adoção do tipo ‘menor preço’, segundo o qual deverá ser declarada vencedora a licitante que apresentar proposta com menor encargo econômico-financeiro e que cumpra as exigências constantes no ato convocatório.

No entanto, ciente da insuficiência de se resumir a vantajosidade da contratação à métrica econômica, estabeleceu o legislador outros tipos licitatórios que utilizam a técnica a ser aplicada para o adimplemento do objeto licitado como valor a ser ponderado. É o caso dos tipos ‘melhor técnica’ e ‘técnica e preço’.

Buscando refletir sobre o conteúdo do conceito de ‘técnica’ leciona Celso Antônio Bandeira de Mello que: ‘[...] o ato convocatório indicará o preço máximo admissível, o índice de valorização técnica mínima, para aceitabilidade das propostas e os critérios de avaliação técnica delas, os quais não de ser pertinentes ao objeto, enunciados com clareza e objetividade, e levarão em conta a capacitação e experiência do proponente, a qualidade técnica da proposta, compreendendo metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados, bem como qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para o trabalho’.

Conforme se observa, a ‘técnica’ abrange não só a qualificação das equipes técnicas dos licitantes, mas também a metodologia de trabalho, a organização a ser impressa e as tecnologias aplicadas para a melhor solução do problema central ao objeto licitado.

Portanto, há ‘técnica’ quando se avalia mais que a capacidade técnica-profissional do licitante em executar o objeto pretendido, aferindo-se ‘como’ será ele executado, em todos os seus aspectos.

Noutro giro, a etapa de qualificação – anterior ao julgamento das propostas – destina-se ‘a garantir que o licitante, na hipótese de ser o vencedor do certame, tenha condições técnicas, financeiras e idoneidade para adequadamente cumprir o contrato objeto da licitação’.

De mesmo modo, leciona Bandeira de Mello ser a qualificação a etapa em que se verifica a aptidão do licitante para adimplir o contrato, entendendo-se por aptidão ‘a qualificação indispensável para que sua proposta possa ser objeto de consideração’.

21 MINAS GERAIS. TCE-MG. Processo 1.104.837, acórdão da 2ª Câmara prolatado em 18/08/2022 - Inteiro Teor do Acórdão, páginas 6 e 7 de 8.

Em suma: em licitações de saneamento, a proposta técnica não é elemento válido (lícito) de seleção dos licitantes, uma vez que as tecnologias aplicáveis estão à disposição de todos os proponentes licitantes e seus requisitos essenciais devem estar definidos no PMSB, EVTE e projetos técnicos que instruem o certame. A adoção dos critérios “outorga+tarifa” ou um desses dois de forma isolada reflete uma interpretação mais adequada das normas legais pertinentes, sendo mais ou menos recomendadas ante uma avaliação fática concreta dos serviços concedidos e da área da concessão.

O que podemos concluir é que, sob o aspecto técnico, econômico e jurídico, os editais de licitação de concessão de serviços de saneamento não devem conter critérios técnicos para a seleção de propostas. A um, pela vertiginosa evolução tecnológica, tornando uma inovação de hoje obsoleta amanhã. A dois, porque a engenharia moderna dispõe de arcabouço gigantesco de soluções “de prateleira”, acessíveis a qualquer licitante com disposição para investir em automação, controle de perdas e eficiência energética. De modo que não nos parece haver justificativa plausível e lícita para exigir e selecionar propostas em licitações de saneamento com base em critérios técnicos. Os exemplos dos municípios de Extrema e de Campos Altos, aqui mencionados, ratificam nosso entendimento, demonstrando a inadequação do uso de propostas técnicas como critério de seleção dos licitantes.

Reiteramos que, em nenhuma hipótese, deve-se confundir a conclusão retrossustentada com a dispensa de habilitação técnica do proponente licitante. Do ponto de vista da engenharia especializada em recursos hídricos e saneamento, é recomendável que a administração seja ciosa ao exigir qualificação técnica dos licitantes, em fase de habilitação, por meio da apresentação de atestados e certificados. Entretanto, comprovada capacidade técnica (equipe e experiência) dos licitantes, têm-se os critérios econômicos (tarifa e outorga) como pontos críticos de sucesso da concessão, especialmente se considerada a necessidade de investimentos muito vultosos durante longo prazo (30 a 35 anos), o que induz a adoção desse critério (outorga e tarifa, juntos ou separados) para definição do licitante vencedor.

Considerando os efeitos econômicos de cada critério de seleção de propostas, parece-nos que o critério combinado de “outorga+tarifa” pode ser a melhor alternativa em concessões de saneamento, embora também se possa escolher um desses elementos como critério único. Há diversos *cases* no mercado em que a adoção de outorga e/ou tarifa gerou ganhos econômicos relevantes, reforçando, na prática, a inadequação de adoção de critérios técnicos.

Por fim, do ponto de vista jurídico, a adoção do critério “técnica+preço” não representa adequada interpretação e aplicação da lei de licitações em processos concessivos de saneamento.

Como demonstrado ao longo deste artigo, não há elemento técnico ou tecnológico pertinente ao saneamento que não esteja disponível e seja acessível a qualquer dos licitantes. Não há predominância de atividade técnico-intelectual no saneamento e na apresentação das propostas dos licitantes que justifique esse critério. Os requisitos técnicos e tecnológicos da concessão devem estar definidos no PMSB e no EVTE, a partir dos projetos técnicos de engenharia, que são elementos exigidos no processo licitatório. Sem esses requisitos, o procedimento administrativo fica viciado no nascedouro.

REFERÊNCIAS

BOSON, Patricia H. G. Comitê de Bacia, Governança e Controle Social – A visão do Setor Empresarial. In: SBRH - SIMPÓSIO BRASILEIRO DE RECURSOS HÍDRICOS - SBRH04589, 17., 25 a 29 nov. 2007. **Anais...** São Paulo: Associação Brasileira de Recursos Hídricos. Disponível em: <https://anais.abrhidro.org.br/job.php?Job=10024>.

BOSON, Patricia H. G.; PESSOA, Paulo Fernando Pereira. Gerenciamento de recursos hídricos – razão e sensibilidade. **Revista Brasileira de Meio Ambiente & Sustentabilidade**, v. 3, n. 3, 2023. Disponível em: <https://rbmaes.emnuvens.com.br/revista/issue/view/15>.

DUCKER, Peter Ferdinand. **O gestor eficaz**. Rio de Janeiro: LTC, 2021.

Gomes, Heber Pimentel. **Eficiência hidráulica e energética em saneamento**: análise econômica de projetos. Rio de Janeiro: ABES, 2005.

HERNANDEZ, Luís Carlos; SZIGETHY, Leonardo. **Crises hídricas**: tecnologia e inovação no combate à insuficiência de água. Brasília: IPEA, 2019. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/cts/pt/central-de-conteudo/artigos/artigos/96-crisis-hidricas-tecnologia-e-inovacao-no-combate-a-insuficiencia-de-agua>.

KELMAN, Jerson. **Desafios do regulador**. Rio de Janeiro: Synergia; CEE/FGV, 2009.

MAMBRETTI, Stefano; NASCIMENTO, Ademar Nogueira. **Gestão e tecnologia do saneamento básico**: uma abordagem na perspectiva brasileira e internacional. Ponta Grossa: Atena, 2022.

MUÑOZ, Héctor. **Interfaces da gestão de recursos hídricos**: desafios da Lei das Águas de 1997. Brasília: Secretaria de Recursos Hídricos, 2000

NETTO, Azevedo. **Manual de hidráulica**. São Paulo: Edgard Blücher, 1998.

POMPENMAYER, Fabiano Mezade; SOBRINHO, Edson Silveira. A necessidade de investimentos para a universalização do saneamento no Brasil: uma proposta de abordagem conforme a situação contratual dos grupos de municípios. **Boletim Regional, Urbano e Ambiental**, Brasília, IPEA, n. 29, jan.-jun. 2023. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/12150/4/BRUA_29_Artigo_3_A_necessidade_de_investimentos_para_a_universalizacao_do_saneamento_no_Brasil.pdf

APLICAÇÃO DA LEI DE NEWCOMB-BENFORD PARA ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE FRAUDE EM EMPENHOS DE RESTOS A PAGAR NÃO PROCESSADOS NO ESTADO DE MINAS GERAIS NO PERÍODO DE 2018 A 2022

APPLYING NEWCOMB-BENFORD LAW TO ANALYZE THE POSSIBILITY OF FRAUD IN E A FINANCIAL COMMITMENTS DEBTS IN THE STATE OF MINAS GERAIS FROM 2018 TO 2022



Frederico Martins de Paula Neto

Mestre em Administração Pública pela Escola de Governo da Fundação João Pinheiro (2022).
Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2009).
Atualmente é docente na Escola de Governo da Fundação João Pinheiro e no
Instituto Federal do Sul de Minas.

Ricardo Carneiro

Doutor em Ciências Humanas: Sociologia e Política pela Universidade Federal de Minas Gerais (1999). Mestre em Economia pela Universidade Federal de Minas Gerais (1990) e graduado em Matemática pela Universidade Federal de Minas Gerais (1975). É professor e pesquisador da Escola de Governo Paulo Neves de Carvalho da Fundação João Pinheiro. Ex-diretor da Escola de Governo e ex-Presidente da Fundação João Pinheiro. Tem experiência nas áreas de economia do setor público, administração pública, ciência política e sociologia, atuando principalmente nos seguintes temas: análise de impacto ambiental, análise organizacional e institucional, formulação e avaliação de políticas públicas, planejamento governamental, gestão urbana e metropolitana e reforma do Estado.

Sumário: 1. Introdução; 2. Aplicação da Lei de Newcomb-Benford na busca de transparência das contas públicas; 3. Limitações da aplicação da Lei de Newcomb-Benford; 4. Metodologia; 5. Análise e discussão de resultados; 6. Conclusões; Referências.

Resumo: O presente artigo científico aborda a aplicação dos princípios de Newcomb-Benford na análise de gastos públicos, com foco na detecção de possíveis irregularidades nas contas públicas. Em especial, analisa os Restos a Pagar Não Processados utilizando de tecnologias de processamento de dados, em especial, a Lei de Newcomb-Benford, para identificar possíveis inconsistências nos valores empenhados. O estudo realizou a replicabilidade de pesquisas anteriores, testando amostras de valores empenhados como Restos a Pagar Não Processados. A metodologia incluiu a coleta de dados do Portal de Transparência das contas do Poder Executivo de Minas Gerais entre 2018 e 2022. Os resultados indicaram que a distribuição dos valores empenhados não estava em conformidade com a distribuição teórica de Benford, tanto para o primeiro quanto para os dois primeiros dígitos dos valores empenhados. Os resultados sugerem que os registros de Restos a Pagar Não Processados podem não refletir as necessidades reais do orçamento em Minas Gerais. Embora isso não seja prova de má conduta, recomenda-se a realização de testes e análises adicionais para identificar possíveis manipulações de dados em órgãos do estado. Como limitação, o estudo não examinou individualmente cada Unidade Financeira do estado, e estudos futuros são sugeridos para investigar essa dimensão. Em resumo, este artigo destaca a importância da análise estatística na detecção de irregularidades nos gastos públicos, contribuindo para uma gestão mais transparente e eficiente dos recursos públicos.

Abstract: This scientific paper discusses the application of Newcomb-Benford principles in the analysis of public spending, with a focus on the detection of possible irregularities in public accounts. It analyzes a form of public

expenditure commitment, known in Brazil as *Restos a Pagar Não Processados (RPNP)*, using data processing technologies, especially the Newcomb-Benford Law, to identify possible inconsistencies in its values. The study replicates previous research, testing samples of values committed as RPNP. The methodology included the scraping of data from the Transparency Portal of the Minas Gerais state between the years of 2018 and 2022. The results indicated that the distribution of the analyzed values was not in accordance with the theoretical distribution proposed by Benford, both for the first and for the two first digits of the committed values. The results suggest that the value of RPNP inscribed in the public debt system may not reflect the real budget need in Minas Gerais state. Although this is not proof of misconduct, it is recommended that additional tests and analyses be carried out to identify possible data manipulation in state agencies and branches. As a limitation, the study did not examine each Financial Unit of the state individually, and future studies are suggested to investigate this dimension.

Palavras-chave: Orçamento público. Restos a pagar. Newcomb-Benford. Tribunal de Contas.

Keywords: Public Budget. Unpaid Commitments. Newcomb-Benford. Court of Auditors.

1 INTRODUÇÃO

Um dos desafios no campo das finanças públicas se liga à busca pela maior qualidade dos gastos públicos, tanto por vias de maior eficiência na alocação dos recursos como uma maior eficácia em seus resultados. Nesse quadro, atualmente tanto as agências públicas quanto os órgãos de controle externo têm tentado desenvolver ferramentas tecnológicas para facilitar a detecção de fraudes no sistema de empenhos e pagamentos dos governos.

Especificamente no Brasil, com a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, o controle dos gastos se tornou foco, dada a necessidade de prestação de informação constante e a imposição do princípio da transparência pública como base. Em igual medida, nas duas primeiras décadas dos anos 2000, o grande aumento da quantidade de informação disponibilizada por digital tornou uma obrigação o uso de tecnologias de processamento de dados na análise de demonstrativos contábeis e fiscais dos governos em todas as suas instâncias (OLIVEIRA; MILANI FILHO, 2016)

Uma dessas técnicas tem sido a aplicação dos princípios de Newcomb-Benford (BENFORD, 1938; PRADO *et al.*, 2017) para o tratamento de grandes quantidades de dados, na busca de indícios de inconsistência, em especial, na área fiscal (NIGRINI, 1996) e análise de contas públicas.

No presente artigo, foi realizada a replicabilidade de estudos anteriores (CELLA; ZANOLLA, 2018; CUNHA; BUGARIN, 2014; PRADO *et al.*, 2017; SILVA, 2022), que realizaram a testagem de amostras de grupos de valores empenhados como Restos a Pagar Não Processados (RPNP) na tentativa de identificar discrepâncias com base nos princípios de Benford. Os resultados desses trabalhos apontam para uma boa precisão nos testes baseados no algoritmo de Benford como preditor de possíveis fraudes ou erros de lançamentos.

Para fins de melhor estruturar a leitura e análise, o trabalho se divide em cinco seções, sendo esta primeira introdução complementada pela seção dois, com a revisão teórica, a seção três, que contém a metodologia do estudo e bases para sua replicabilidade, a quatro, com análise e discussão de resultados, e a quinta seção, que encerra uma conclusão.

2 APLICAÇÃO DA LEI DE NEWCOMB-BENFORD NA BUSCA DE TRANSPARÊNCIA DAS CONTAS PÚBLICAS

Os princípios que regem o que hoje chamamos de Lei dos Números Anômalos foram inicialmente propostos por Simon Newcomb (1881), quando este percebeu em visitas a bibliotecas que, nos antigos livros contendo tabelas logarítmicas, as folhas aparentavam maior desgaste nas primeiras páginas, contendo valores iniciados com algarismos um e dois, indicando que elas costumavam ser mais manuseadas. Por outro

lado, as páginas contendo valores iniciados por oito e nove mantinham-se mais conservadas, o que levou o pensador a concluir que a frequência de uso diminuía. Assim, Newcomb estabeleceu uma relação de probabilidade de ocorrência do primeiro e segundo dígitos associados ao uso das tabelas de logaritmos (SILVA; TRAVASSOS; COSTA, 2017).

Posteriormente, Benford (1938) replicou os estudos de Newcomb em mais de vinte mil amostras aleatórias, chegando a uma tabela de distribuição teórica com as frequências esperadas para que o primeiro algarismo significativo estivesse entre 1 e 9. Esse fenômeno ficou conhecido como Lei de Benford, embora seja também chamado de Lei de Newcomb-Benford, Lei dos Números Anômalos ou Lei do Primeiro Dígito.

Quadro 1 – Frequências esperadas pela Lei de Benford

Dígito	1ª posição	2ª posição	3ª posição	4ª posição
0	-	11.968	10.178	10.018
1	30.103	11.389	10.138	10.014
2	17.609	19.882	10.097	10.010
3	12.494	10.433	10.057	10.006
4	9.691	10.031	10.018	10.002
5	7.918	9.668	9.979	9.998
6	6.695	9.337	9.940	9.994
7	5.799	9.035	9.902	9.990
8	5.115	8.757	9.864	9.986
9	4.576	8.500	9.827	9.982

Fonte: adaptado de Nigrini (1996); Oliveira e Milani Filho (2016).

Posteriormente, estudos verificaram que poderiam ser criadas tabelas de frequências esperadas similares, para a apresentação dos algarismos de 0 a 9 da segunda posição em diante (OLIVEIRA; MILANI FILHO, 2016).

Ainda assim, testes envolvendo a Lei de Newcomb-Benford geralmente são desenvolvidos utilizando como base apenas o primeiro dígito significativo dos valores identificados na amostra (NIGRINI, 1996; CUNHA; BUGARIN, 2014; SILVA; TRAVASSOS; COSTA, 2017; CELLA; ZANOLLA, 2018). Todavia, alguns estudos recentes propuseram que as análises não estejam concentradas apenas no primeiro dígito significativo (DIEKMANN, 2007).

Segundo Diekmann (2007), ao se realizar uma análise com base nos desvios entre as frequências observadas e esperadas junto ao segundo dígito significativo, dados forçados ou preenchidos de forma voluntariamente incorreta – e provavelmente falsos – seriam mais facilmente identificáveis, por terem a diferença mais pronunciada.

Expandindo essa noção, Hill (1995) expôs tabela contendo a distribuição esperada, dentro das probabilidades da Lei de Newcomb-Benford, mas considerando o conjunto dos dois primeiros dígitos dos algarismos no conjunto analisado:

Tabela 1 – Frequências esperadas pela Lei de Benford para dois primeiros algarismos

		Segundo dígito										
		0	1	2	3	4	5	6	7	8	9	$\approx \Sigma$
P r i m e i r o d í g i t o	1	4.14	3.78	3.48	3.22	3.00	2.80	2.63	2.48	2.35	2.23	30.10
	2	2.12	2.02	1.93	1.85	1.77	1.70	1.64	1.58	1.52	1.47	17.61
	3	1.42	1.38	1.34	1.30	1.26	1.22	1.19	1.16	1.13	1.10	12.49
	4	1.07	1.05	1.02	1.00	0.98	0.95	0.93	0.91	0.90	0.88	9.69
	5	0.86	0.84	0.83	0.81	0.80	0.78	0.77	0.76	0.74	0.73	7.92
	6	0.72	0.71	0.69	0.68	0.67	0.66	0.65	0.64	0.63	0.62	6.69
	7	0.62	0.61	0.60	0.59	0.58	0.58	0.57	0.56	0.55	0.55	5.80
	8	0.54	0.53	0.53	0.52	0.51	0.51	0.50	0.50	0.49	0.49	5.12
	9	0.48	0.47	0.47	0.46	0.46	0.45	0.45	0.45	0.44	0.44	4.58
$\approx \Sigma$	11.97	11.39	10.88	10.43	10.03	9.67	9.34	9.04	8.76	8.50		

Fonte: Hill (1995, p. 355).

Os procedimentos de auditoria no Brasil, apoiados na Lei dos Números Anômalos, geralmente se utilizam de testes Z (*Z-test*) e de X^2 (*Chi-squared*) para averiguar a conformidade de amostras de valores à distribuição padrão proposta por Benford (CELLA; ZANOLLA, 2018).

Via de regra, nos casos de aplicação do Teste Z, mensura-se a frequência obtida para o dígito analisado – ou conjunto de dígitos – e verifica-se se ela difere estatisticamente da frequência teórica apresentada pela Lei de Benford. Esse teste leva em conta a amplitude dessa diferença entre as frequências esperada e obtida, comparando com o tamanho do banco de dados (NIGRINI, 2012).

Já o teste Teste Qui-Quadrado (QQ) costuma ser utilizado para se testar certa aderência da distribuição real do primeiro, dos dois primeiros ou de outro conjunto de dígitos do banco de números com a prevista pela Lei de Benford (VIANA, 2021). De maneira resumida, os testes QQ não são desenvolvidos especificamente para aplicação na Lei de Benford, mas podem ser utilizados em pesquisas que a englobam porque comparam um conjunto (qualquer) de resultados reais com um conjunto (qualquer) de resultados esperados (CUNHA; BUGARIN, 2015).

3 LIMITAÇÕES DA APLICAÇÃO DA LEI DE NEWCOMB-BENFORD

A aplicação da Lei de Newcomb-Benford na busca de transparência das contas públicas tem sido apontada como uma ferramenta promissora, mas também apresenta algumas limitações. Uma delas é que a Lei de Newcomb-Benford não é capaz de detectar, sem probabilidade de erro, possíveis fraudes no banco de dados. Isso ocorre porque a Lei de Newcomb-Benford é baseada em uma distribuição probabilística, e os desvios da distribuição padrão podem ser causados por fatores que não necessariamente indicam fabricação de números, tais como erros de digitação, erros de conversão de unidades, alterações de valores por motivos legítimos, inserção de valores verdadeiros, mas que sejam extremos (*outliers*) ou discrepantes – como valores muito altos em contratações de obras ou muito baixos em empenhos que, na verdade, deveriam ter sido o saldo cancelado por insubsistência do débito – ou que possam ser explicados por fatores reais relativos à correta aplicação de políticas públicas (CUNHA; BUGARIN, 2014).

Outra limitação é que a aplicação da Lei de Newcomb-Benford pode ser complexa e exigir conhecimentos técnicos especializados. Isso pode dificultar seu uso por parte de órgãos de controle e auditoria que não possuem recursos humanos especializados ou máquinas com capacidade de processamento de dados suficiente para rodar os softwares recomendados (CELLA; ZANOLLA, 2018).

Para superar essas limitações, a literatura recomenda o desenvolvimento de métodos de aplicação da Lei de Newcomb-Benford que sejam mais eficazes na detecção de fraudes e erros (SILVA; TRAVASSOS; COSTA, 2017). Esses métodos poderiam incluir o desenvolvimento de algoritmos mais robustos que sejam capazes de identificar desvios da distribuição padrão mesmo em casos de erros de digitação, conversão de unidades ou alterações de valores por motivos legítimos.

Complementarmente, o treinamento para análise gráfica de dados que facilitam a interpretação dos resultados da aplicação da Lei de Newcomb-Benford junto a servidores das agências de controle pode ser importante. A realização de treinamentos e capacitações para órgãos de controle e auditoria sobre o uso da lei é, pois, recomendada.

4 METODOLOGIA

Foram coletados dados referentes aos valores em restos a pagar não processados no Estado de Minas Gerais, conforme valores disponibilizados no Portal de Transparência estadual (MINAS GERAIS, 2023). As colunas de interesse foram selecionadas para o órgão, função, elemento e item da despesa, além dos favorecidos. Essas colunas foram especificamente escolhidas entre outras possíveis, como função, ação ou grupo de despesa, devido a individualizar de maneira suficiente à pesquisa os dados, sem sobrecarregar o tamanho dos bancos de dados.

Por outro lado, apesar de não terem feito parte do escopo específico da presente pesquisa, a inclusão dos favorecidos no banco de dados pode permitir, no futuro, sua análise em unidades mais profundas, como, inclusive, a verificação se existe determinada empresa especificamente apontada como envolvida em números possivelmente discrepantes.

O recorte temporal envolveu os valores inscritos entre os anos de 2018 e 2022, de forma a refletir os últimos cinco anos fiscais disponíveis e consolidados. Secundariamente, houve interesse de que o recorte englobasse os dois anos anteriores à pandemia da Covid-19, os dois anos da fase mais aguda da emergência em saúde pública, e o primeiro ano posterior.

Após o download dos dados, estes foram preparados para produção de estatísticas descritivas básicas. Esse passo envolveu inicialmente a exclusão dos empenhos em resto a pagar não processados relativos a pessoas físicas, mantendo-se apenas empenhos que tivessem números do Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) como beneficiários.

Também foram excluídos todos os empenhos que, apesar de constarem do banco de dados do Portal de Transparência do Governo do Estado de Minas Gerais, possuísem a coluna inscrita como resto a pagar não processado com valor zerado. Isso fez com que se desconsiderassem os restos a pagar processados, além de possíveis erros do próprio sistema de transparência.

Assim, de um total inicial de 393.356 (trezentos e noventa e três mil trezentos e cinquenta e seis) pontos de dado, foram selecionados 40.798 (quarenta mil setecentos e noventa e oito) empenhos sem o valor da coluna restos a pagar não processados zerado, dos quais 25.558 (vinte e cinco mil quinhentos e cinquenta e oito) tinham o beneficiário como pessoa jurídica.

Na fase de aplicação dos testes de Benford, para fins de adequação da distribuição, foram excluídos todos os valores inferiores a R\$ 0,10 (dez centavos de real). Essa preparação levou em consideração a necessidade de remoção de valores em base da integral de potências de 10 e foi carreada visando evitar a contaminação dos dados com informações incorretas ou desprezíveis (NIGRINI, 2012). Todavia, após a análise, não houve diminuição da amostra.

Posteriormente, todos os valores da lista foram multiplicados por 10^3 , visando evitar problemas com a leitura dos dois primeiros dígitos nos casos em que os valores eram menores que um mil, visto que o segundo dígito poderia ser a casa decimal. Após essa preparação dos dados, foi construída uma amostra contendo as colunas com os primeiros dois dígitos significativos, entre 10 e 99, as contagens real e teórica por Benford da sua distribuição, o valor absoluto das diferenças entre as duas contagens e a estatística Z com base nos valores anteriores.

A essa amostra, foi aplicada a função *benford*, presente no pacote *Benford Analysis for Data Validation and Forensic Analytics* (CINELLI, 2018), que inclui o teste Qui Quadrado (*Chi-squared*), retornando um *p*-valor para análise dentro do intervalo de confiança. Complementarmente, o teste apresenta a raiz do desvio quadrático médio (*root mean square deviation (RMSD)*) – entre a distribuição real da amostra e a distribuição de Benford.

A programação foi realizada através da linguagem R v. 3.6.3 (R Core Team, 2020) e processada através do software R Studio v. 1.4.1717 “Juliet Rose” for macOS (R Studio Team, 2020). Toda a base de dados, o código de programação com a indicação dos pacotes empregados e as saídas foram disponibilizados no repositório *Harvard Dataverse* (<https://doi.org/10.7910/DVN/6OUN0B>).

5 ANÁLISE E DISCUSSÃO DE RESULTADOS

Os resultados da estatística descritiva encontraram uma amostra com $n = 25.558$ linhas descritivas com valores inscritos como restos a pagar não processados em Minas Gerais, no período entre 2018 e 2022. Ressalta-se que o sistema desenvolvido pelo estado não apresenta valores individualizados por empenho, mas por credor, de forma que é possível que haja mais empenhos do que esse número, considerando a possibilidade de dois ou mais empenhos em nome do mesmo credor.

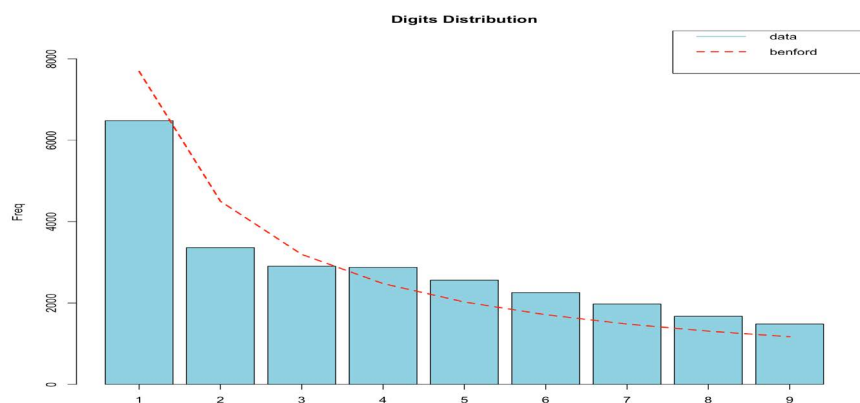
Ao todo, foram identificadas 314 pessoas jurídicas credoras de RPNP no estado no período, das quais 25,15% em 2018, 22,29% em 2019, 19,10% em 2020, 17,83% em 2021 e 15,63% em 2022. Houve, assim, variação de -37% no número de CNPJ inscritos com RPNP comparando o primeiro e o último ano da amostra.

Em relação à comparação entre a distribuição real obtida da amostra para o primeiro dígito e a distribuição teórica proposta pela Lei dos Números Anômalos, os empenhos de RPNP apresentaram uma Média da Diferença Absoluta (*Mean Absolute Difference - MAD*) de 0,0023 com indicação de não conformidade. Para os dois primeiros dígitos, a MAD foi de 0,0035, também com indicação de não conformidade.

Ademais, o teste de X^2 (*Chi-Squared test*) teve *p*-valor inferior a 0,0001 em ambos os casos (para o primeiro e para os dois primeiros dígitos), indicando com 99% de probabilidade que a amostra possui distribuição diversa da distribuição teórica proposta por Benford. A menor estatística Z encontrada foi de 5,5, para valores iniciando com ‘3’ para o primeiro dígito e de 0,46 para os dois primeiros dígitos. O maior valor de Z *Stat* foi de 11,6, para valores iniciados com ‘99’ como os dois primeiros dígitos e 18,8 para valores teto ‘2’ como o primeiro dígito.

Abaixo, os gráficos 1 e 2 apresentam um comparativo entre a distribuição da amostra e de Benford, para fins de inspeção visual:

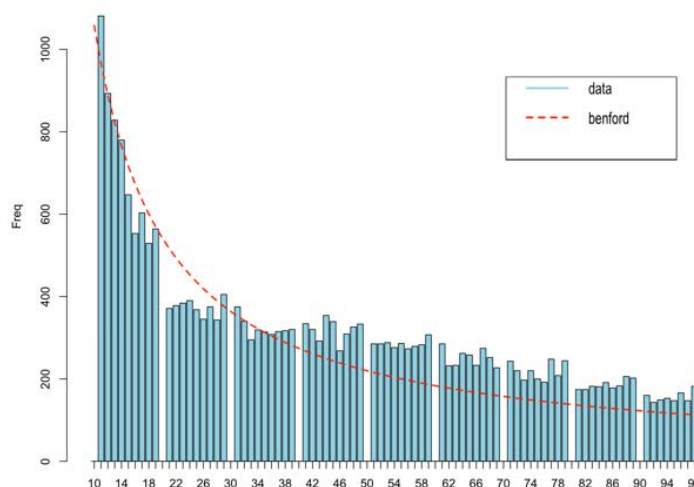
Figura 1 – Frequências alcançadas e esperadas pela Lei de Benford para o primeiro algarismo – Empenhos de restos a pagar não processados – Minas Gerais – 2018 a 2022



Fonte: dados da pesquisa

É possível observar que a frequência de valores iniciados com os algarismos 1 e 2 foi significativamente menor do que a esperada, ao passo que os valores iniciados com algarismos entre 4 a 9 foi acima da esperada.

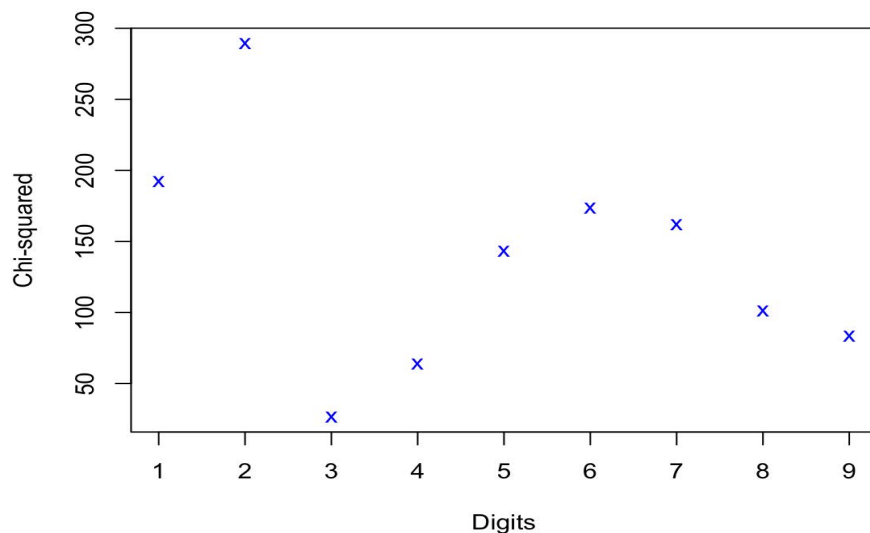
Figura 2 – Frequências alcançadas e esperadas pela Lei de Benford para os dois primeiros algarismos – Empenhos de restos a pagar não processados – Minas Gerais – 2018 a 2022



Fonte: dados da pesquisa

Já no caso da análise pela Lei de Benford com os dois primeiros algarismos, houve uma diferença visual importante para os algarismos entre 21 e 28 (para menor) e entre 42 e 98 para maior. Empenhos tendo 98 ou 99 como os dois primeiros algarismos se mostraram bem acima da curva esperada.

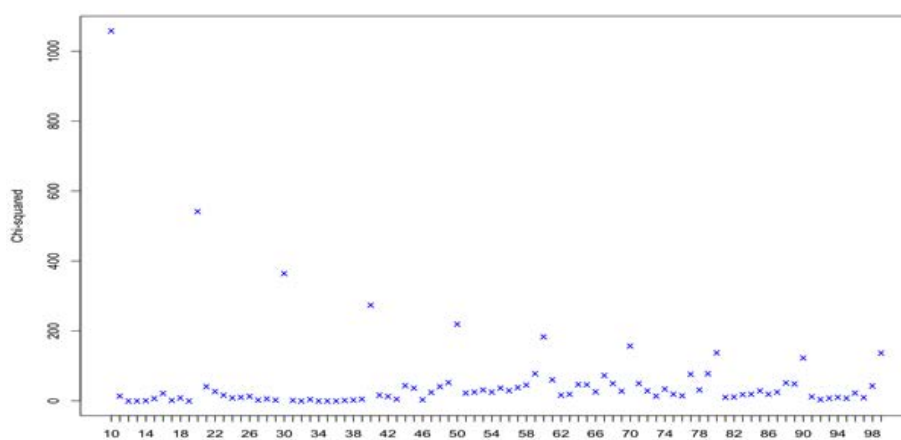
Figura 3 – Qui-Quadrado das Diferenças entre a distribuição verificada e a distribuição de Benford para o primeiro algarismo – Empenhos de restos a pagar não processados – Minas Gerais – 2018 a 2022



Fonte: dados da pesquisa

Conforme apontado pelos resultados do *Teste Z*, houve discrepância para valores da lista iniciados com 2, com resultado 18,8, e com 3, com resultado de 5,5. Complementarmente, os valores iniciados com 6 tiveram resultado 13,6 e os iniciados com 7 tiveram *Z-stat* igual a 13,1.

Figura 4 – Qui-Quadrado das Diferenças entre a distribuição verificada e a distribuição de Benford para os dois primeiros algarismos – Empenhos de restos a pagar não processados – Minas Gerais – 2018 a 2022



Fonte: dados da pesquisa

No caso da análise dos dois primeiros dígitos dos empenhos de restos a pagar não processados, os resultados do *Teste Z* mostraram discrepância em todos os valores que tinham 0 (zero) como o segundo algarismo. Em especial, valores tendo 10 como primeiros algarismos tinham valor de 33,24.

Todos esses casos estavam acima da distribuição de Benford. Considerando serem valores com o algarismo 0 como segundo dígito significativo, é de se esperar que sejam resultados de empenhos com valores altamente arredondados, à casa das centenas, milhares ou até dezenas de milhar, indicando valores provavelmente inseridos manualmente, maquiados ou fora da realidade.

Por outro lado, valores com 9 como o segundo algarismo também se mostraram discrepantes, em especial 99, com *Z-stat* de 11,67 e 79, com valor de 8,81 para o mesmo teste. Isso pode ser resultado, em igual maneira, de arredondamentos fáceis, o que pode ser indicativo de fabricação.

6 CONCLUSÕES

A aplicação da Lei de Newcomb-Benford na detecção de fraudes financeiras por auditores públicos apresenta algumas vantagens, entre as quais a sua eficiência. A Lei de Newcomb-Benford é uma ferramenta objetiva e com possibilidades de automatização, que pode ser aplicada a grandes volumes de dados em um curto espaço de tempo. Isso pode contribuir para a melhoria da eficiência dos processos de auditoria e para a redução dos custos operacionais.

Além disso, esses algoritmos possuem abrangência suficiente para que a Lei de Newcomb-Benford possa ser aplicada a uma ampla variedade de dados financeiros, incluindo balanços contábeis, demonstrações financeiras, registros de gastos e contratos públicos. Isso significa que a ferramenta pode ser utilizada para identificar fraudes em diferentes áreas da administração pública.

Quanto à sua precisão, a Lei de Newcomb-Benford tem sido comprovadamente eficaz na detecção de fraudes financeiras em diversos estudos. Os estudos avaliados na revisão teórica do artigo demonstram que aplicações do teorema de Benford são capazes de identificar fraudes com algo entre 85% e 90% de precisão.

Finalmente, a Lei de Newcomb-Benford é uma ferramenta objetiva, que não depende da interpretação subjetiva de auditores (o que pode contribuir para a redução de erros e para a melhoria da confiabilidade dos resultados da auditoria), bem como pode ser adaptada para atender às necessidades específicas de cada órgão de controle. Isso pode ser feito, por exemplo, através da modificação dos parâmetros de análise ou do desenvolvimento de ferramentas específicas para a aplicação da lei em determinados tipos de dados.

Em suma, a aplicação da Lei de Newcomb-Benford na detecção de fraudes financeiras por auditores públicos é uma ferramenta promissora que pode contribuir para a melhoria da efetividade dos mecanismos de controle e auditoria das contas públicas.

Quanto aos resultados específicos da pesquisa, foi possível verificar, dentro do intervalo de confiança proposto de 99% de confiança, que existem indicativos de que os registros de restos a pagar não processados no Estado Minas Gerais não estejam em conformidade com as reais necessidades da lógica orçamentária.

Essa informação, em que pese não significar prova de má conduta, recomenda que sejam desenvolvidos testes e análises complementares visando identificar se há e em quais órgãos do estado pode estar havendo maquiagem de dados, em especial, com o intuito de reter como RPNP os créditos em tela no momento do fechamento do exercício financeiro.

Como limitações do presente estudo, ressalta-se que não foi possível empreender testes individualizados entre cada Unidade Financeira do Estado de Minas Gerais, visando entender com mais detalhes a situação em cada órgão.

No campo dos estudos futuros, sugere-se que sejam carreadas pesquisas complementares, replicando os modelos estatísticos aqui inseridos, mas com a separação por Unidade Financeira.

REFERÊNCIAS

BENFORD, F. The Law of Anomalous Numbers. **Proceedings of the American Philosophical Society**, v. 78, n. 4, p. 551-572, 1938.

CELLA, R. S.; ZANOLLA, E. Benford's Law and transparency: an analysis of municipal expenditure. **Brazilian Business Review**, v. 15, n. 4, p. 331-347, 2 jul. 2018.

CINELLI, C. **Benford Analysis for Data Validation and Forensic Analytics**. University of California, Los Angeles, CA, USA: CRAN, 2018. Disponível em: github.com/carloscinelli/benford.analysis. Acesso em: 30 ago. 2021.

CUNHA, F. C. R.; BUGARIN, M. S. Benford's Law and Public Works Audit: an analysis of overpricing in the maracanã remodeling. **Revista do TCU**, Brasília, DF, Brasil. v. 35, n. 2, p. 1168-1176, set.-dez. 2014.

CUNHA, F. C. R.; BUGARIN, M. S. Benford Law for audit of public works: An analysis of overpricing in Maracanã soccer arena's renovation. **Economics Bulletin**, 2015.

HILL, T. P. A Statistical Derivation of the Significant-Digit Law. **Statistical Science**, v. 10, n. 4, 1995.

MINAS GERAIS. Restos a pagar. 2023. **Portal da Transparência do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Governo do Estado de Minas Gerais, 2021. Disponível em: transparencia.mg.gov.br/despesa-estado/restos-a-pagar/restospagar-pesquisa-avancada. Acesso em: 21 ago. 2023.

NEWCOMB, S. Note on the frequency of the different digits in natural numbers. **The American Journal of Mathematics**, v. 4, p. 39-40, 1881.

NIGRINI, M. J. A taxpayer compliance application of Benford's Law. **The journal of the American Taxation Association**, Sarasota, FL, USA. v. 18, n. 1, p. 72-91, 1996.

NIGRINI, M. J. **Benford's law**: applications for forensic accounting, auditing, and fraud detection. Hoboken, New Jersey, USA: Wiley Corporate F&A, 2012.

OLIVEIRA, J. A. J.; MILANI FILHO, M. A. F. Aplicação da Lei de Newcomb-Benford: uma análise nas contas da União. In: XIX SEMEAD SEMINÁRIOS EM ADMINISTRAÇÃO, 2016. **Anais [...]**. São Paulo, SP, USA: FEAD - USP, 2016. Disponível em: <https://login.semead.com.br/19semead/anais/arquivos/1006.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2021.

PRADO, J. W.; ALCÂNTARA, V. C.; CORRÊA, U.; SANTOS, A. C.; CARVALHO, F. M. Em busca de Números Anômalos: Aplicação da lei de Newcomb-Benford em Notas de Empenho de um Instituto Federal. **XVII International Conference in Accounting**, USP, 2017.

R CORE TEAM. **R: A language and environment for statistical computing**. Vienna, Austria: R Foundation for Statistical Computing, 2020. Disponível em: <https://www.R-project.org/>. Acesso em: 30 ago. 2021.

RSTUDIO TEAM. **RStudio**. Boston, MA, USA: Integrated Development for R. RStudio, 2020. Disponível em: <http://www.rstudio.com/>. Acesso em: 30 ago. 2021.

SILVA, J. A. B.; **Gastos públicos federais com emendas parlamentares: uma análise à luz da Lei de Benford**. 2022. 140 f., il. Dissertação (Mestrado Profissional em Economia) – Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

SILVA, W. B.; TRAVASSOS, S. K. de M.; COSTA, J. I. de F. Using the Newcomb-Benford Law as a Deviation Identification Method in Continuous Auditing Environments: A Proposal for Detecting Deviations over Time*. **Revista Contabilidade & Finanças**, v. 28, p. 11-26, abr. 2017.

VIANA, M. C. **Lei de Benford aplicada aos números de casos e de mortes por COVID19 no Brasil**. 149 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Econômicas) – Universidade de Brasília, Brasília, 2021.

A IMPLEMENTAÇÃO DE UMA POLÍTICA DE GOVERNANÇA EM AQUISIÇÕES E CONTRATAÇÕES EM EMPRESAS ESTATAIS

THE IMPLEMENTATION OF A GOVERNANCE POLICY IN ACQUISITIONS AND PROCUREMENTS IN STATE-OWNED ENTERPRISES



Kenia Marcia Fonseca Santos Guimarães

Coordenadora de Licitações na Codemge, Advogada, Especialista em Gestão Estratégica.

Gabriel Caires Feltrin

Assessor de Compras na Codemge, Bacharel em Direito. Endereço Profissional.

Sumário: 1. Introdução; 2. Governança em Contratações e Aquisições: O que é governança?; 2.1. Governança em Contratações e Aquisições: O que é governança em Aquisições e Contratações?; 2.2. Contextualização histórica da governança em aquisições e contratações; 2.3. Por que as Estatais devem implementar uma Política de Governança em Aquisições e Contratações?; 2.4. Quais os benefícios de se implementar uma política de governança em aquisições e contratações?; 2.5. Dos eixos propostos para implementação de uma política de governança em aquisições e contratações; 2.6. Dos instrumentos de gestão associados a uma política de governança em aquisições e contratações; 2.6.1. Plano anual de contratações; 2.6.2. Plano anual de capacitações; 2.6.3. Plano de logística sustentável; 2.6.4. Plano de gestão de competência; 2.6.5. Plano de tratamento dos riscos; 3. Conclusão; Referências.

Resumo: Neste trabalho, explora-se a dimensão de governança em empresas estatais, conforme estabelecido pela Lei nº 13.303/2016, também conhecida como "estatuto das estatais", especificamente a governança em aquisições e contratações, que consiste em mecanismos de liderança, estratégia e controle, postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão das aquisições e contratações, com a finalidade de que as aquisições agreguem valor ao negócio da entidade, com riscos aceitáveis. Na análise proposta, utilizam-se duas abordagens metodológicas distintas: estabelecimento de parâmetros descritivos por meio de revisão bibliográfica e abordagem explicativa para identificar os fatores determinantes ou contribuintes para a implementação de políticas de governança nesse âmbito. De fato, é imprescindível que empresas estatais adotem uma política de governança em aquisições e contratações, uma vez que isso garante a eficiência, transparência e a correta utilização dos recursos públicos, princípios fundamentais em qualquer administração pública responsável e ética. Os resultados pretendidos estão relacionados à demonstração dos eixos propostos para o desenvolvimento de uma política de governança que vá ao encontro da modernização das compras públicas, incluindo a modelagem, padronização e normatização dos procedimentos de compras para garantir o alinhamento das licitações com o planejamento estratégico, adequando as prioridades de contratação de acordo com as diretrizes estabelecidas e aumentando as chances de sucesso das contratações. Em geral, o objetivo é promover a eficiência e transparência na utilização dos recursos públicos por meio da adoção de uma política de governança em aquisições e contratações pelas empresas estatais.

Abstract: The aim of this work is to explore the dimension of Governance in state-owned enterprises, as established by Law No. 13,303/2016, also known as the "state-owned company statute," specifically Governance in acquisitions and contracts. This involves mechanisms of leadership, strategy, and control, put in place to assess, direct, and monitor the performance of acquisitions and contracts management, with the purpose of ensuring that acquisitions add value to the entity's business, with acceptable risks. In the proposed analysis, we will employ two distinct

methodological approaches: establishing descriptive parameters through literature review, and also using an explanatory approach to identify the determining or contributing factors for the implementation of Governance policies in this context. Indeed, it is essential that state-owned enterprises adopt a Governance policy for acquisitions and contracts, as this allows for greater efficiency, transparency, and the proper use of public resources, fundamental principles in any responsible and ethical public administration. The intended results are related to the proposed axes for the development of a Governance policy that aligns with the modernization of public procurement, including modeling, standardization, and regulation of procurement procedures to ensure alignment of bidding processes with strategic planning, adjusting procurement priorities in accordance with established guidelines, and increasing the likelihood of successful contracts. Therefore, the implementation of Governance policies in acquisitions and contracts is recommended to ensure that these institutions fulfill their strategic role and contribute to national development and the proper delivery of public value.

Palavras-chave: Governança. Empresas estatais. Aquisições. Contratações. Planejamento estratégico.

Keywords: Governance. State-owned Companies. Acquisitions. Public Purchase. Strategic Planning.

1 INTRODUÇÃO

As estatais são empresas públicas ou sociedades de economia mista, de direito privado, pertencentes à administração pública indireta, e suas constituições se fundamentam principalmente na Lei nº 13.303/2016, comumente titulada como “estatuto das estatais” ou “Lei das Estatais”.

Segundo a Constituição da República (art. 173, *caput*), as estatais desempenham posição estratégica junto aos governos dos estados brasileiros. Afinal, é por meio das empresas públicas que o Estado está autorizado a realizar a exploração de atividade econômica ou a prestar serviços de relevante interesse público. Um importante comando legal relacionado a essas empresas está esculpido no art. 6 da Lei nº 13.303/2016, que determina ao estatuto das empresas públicas “observar regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno”.

Este trabalho pretende explorar a dimensão de governança determinada pelo supramencionado artigo, especificamente, a governança em aquisições e contratações, que consiste em “mecanismos de liderança, estratégia e controle, postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão das aquisições e contratações, com a finalidade de que as aquisições agreguem valor ao negócio da entidade, com riscos aceitáveis” (Acórdão nº 1.545/16 – Plenário TCU, Referencial Básico de Governança no setor público).

De forma geral, a governança pública nas empresas estatais reveste-se de papel fundamental no direcionamento e na busca por um modelo de gestão eficiente e transparente dos recursos públicos. Nessa perspectiva as compras realizadas pelas empresas públicas, para além do atendimento às suas necessidades rotineiras, ocupam papel fundamental em diversas estratégias de negócios dessas empresas, desde ações voltadas para o custeio das operações, investimentos e até mesmo na boa gestão do patrimônio público por meio de parcerias, concessões e alienações pertinentes a interação dos atores públicos com *players* de mercado.

A implementação da governança em aquisições e contratações, desta feita, pode ser identificada como movimento inovador e disruptivo. Sendo assim, cabe à alta administração dessas empresas a elaboração de diretrizes gerais de atuação que garantam a execução de seus metaprocessos finalísticos com a correta entrega do valor público, conforme definições do Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017, que estabelece diretrizes básicas de governança pública.

Busca-se definir, com base na literatura estudada, um recorte sobre a implementação de uma política de governança que cuide de direcionar a gestão das contratações com base em procedimentos modelados; baseados em formalismos acertados; planejamento de compras e das compras; em controles internos que auxiliem a apuração de riscos aceitáveis; e que sejam baseados preferencialmente em mentalidade ágil – ou seja, um grande desafio.

Por consequência, o objetivo deste trabalho é a demonstração dos eixos propostos para o desenvolvimento de uma norma de governança que vá ao encontro da modernização das compras públicas, incluindo diagnóstico do processo de compras, elaboração de um referencial teórico, convencimento da alta administração, modelagem, padronização e normatização dos procedimentos de compras. Esses eixos são necessários para garantir o alinhamento das licitações com o planejamento estratégico, adequando as prioridades de contratação de acordo com as diretrizes estabelecidas e aumentando as chances de sucesso das contratações.

A análise pretendida neste trabalho terá duas abordagens metodológicas: (i) estabelecer parâmetros descritivos por meio de revisão bibliográfica, e (ii) utilizar o método explicativo para identificar os fatores que determinam ou que contribuem para a ocorrência da governança em aquisições e contratações.

2 GOVERNANÇA EM CONTRATAÇÕES E AQUISIÇÕES: O QUE É GOVERNANÇA?

Primeiramente, é imperativo esclarecer que inúmeros esforços têm sido empreendidos na delimitação e conceituação do fenômeno conhecido como “governança”. Segundo definição constante no sítio eletrônico do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC (2022), “Governança Corporativa são as práticas e os relacionamentos entre os Acionistas/Cotistas, Conselho de Administração, Diretoria, Auditoria Independente e Conselho Fiscal, com a finalidade de otimizar o desempenho da empresa e facilitar o acesso ao capital”.

Já para o Tribunal de Contas da União – TCU (2021):

[...] a Governança envolve as atividades de avaliar o ambiente, os cenários, as alternativas, e os resultados atuais e os almejados, a fim de direcionar a preparação e a coordenação de políticas e de planos, alinhando as funções organizacionais às necessidades das partes interessadas; e monitorar os resultados, o desempenho e o cumprimento de políticas e planos, confrontando-os com as metas estabelecidas (TCU, 2021, p.12)

Ainda sobre a definição de governança, para Rosenau (2000):

[...] Governança é um fenômeno mais amplo que governo; abrange as instituições governamentais, mas implica também mecanismos informais, de caráter não-governamental, que fazem com que as pessoas e as organizações dentro da sua área de atuação tenham uma conduta determinada, satisfaçam suas necessidades e respondam às suas demandas. (ROSENAU, 2000, p. 15)

Indica-se ainda de forma complementar a definição elaborada pelo World Development Report (2017) do World Bank:

Para efeitos do presente Relatório, a governação é o processo através do qual atores estatais e não estatais interagem para conceber e implementar políticas dentro de um determinado conjunto de regras formais e informais que moldam e são moldadas pelo poder. Este Relatório define poder como a capacidade de grupos e indivíduos de fazer com que outros ajam no interesse desses grupos e indivíduos e de produzir resultados específicos. (Tradução livre) (WORLD BANK, 2017, p.17)

Para o presente, opta-se pela utilização da definição incorporada pelo Decreto federal nº 9.203/2017, cujo propósito foi uniformizar o conceito de governança pública. Em virtude da necessidade de estabelecer uma interpretação analógica, esse decreto conceitua o fenômeno como: “conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade”.

Além disso, em relação ao mencionado decreto federal, é importante destacar que sua formulação está alinhada com a evolução dos critérios de controle, qualidade e a necessidade de melhor atender ao interesse público, introduzidos após a reforma administrativa da década de 1990. É por esse motivo que o Estado brasileiro tem adaptado suas regulamentações com o objetivo de promover uma administração pública gerencial que priorize a governança em seus processos administrativos e na gestão das entidades vinculadas a ele.

É nesse sentido que discorre o Guia da Política de Governança Pública:

Esse avanço institucional pode ser oriundo de racionalidade, hierarquia e análises de custo-benefício, se a perspectiva adotada pela teoria clássica burocrática (weberiana). Pode ser também focado na desagregação, na concorrência intragovernamental e nos incentivos pecuniários vinculados ao desempenho, se a visão estiver ligada ao paradigma gerencialista (*new public management* – NPM). Ou, ainda, pode estar relacionado às ideias de integração, colaboração e processo decisório inclusivo, se a base teórica puder ser enquadrada na gestão pública pós-NPM [...]. (CASA CIVIL, 2018, p. 29)

2.1 Governança em contratações e aquisições: o que é governança em aquisições e contratações?

A governança em aquisições e contratações consiste em mecanismos de liderança, estratégia e controle, postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão das aquisições e contratações, com a finalidade de que as aquisições agreguem valor ao negócio da entidade, com riscos aceitáveis.

Da leitura do conceito elucidado acima, verifica-se uma relação de bilateralidade entre governança e gestão, ou seja, de um lado a aplicação de objetivos, finalidades diretrizes e do outro a gestão dos instrumentos de governança e dos processos administrativos derivados. É nesse sentido que instrui o Tribunal de Contas da União (2021): “Governança não é o mesmo que gestão. Enquanto a governança é a função direcionadora, a gestão é a função realizadora.”

Mesma interpretação é observada na definição da mestre Maria Rita Jardim Hennigen (2018):

A Governança de aquisições é a aplicação dos princípios e práticas de Governança com enfoque na função aquisição das organizações. A gestão das aquisições, por sua vez, compreende a gestão do processo de aquisições. Elas são complementares e interdependentes, porém ambas atuam no manejo dos riscos implicados nos processos de aquisição para que esses agreguem efetivamente valor ao negócio da organização. (HENNIGEN, 2018, p. 6)

2.2 Contextualização histórica da governança em aquisições e contratações

Com a conquista do Estado Democrático de Direito e em razão dos avanços mundiais em pautas como atendimento do interesse público e melhorias estruturais na administração pública, é que o legislador consolidou a última grande reforma administrativa brasileira que deu origem à administração pública gerencial com a promulgação da Emenda Constitucional 19/1998.

Sabe-se que o tema governança ganhou destaque na administração pública após a reforma administrativa da década de 1990, a qual deu origem ao princípio da eficiência e a necessidade de se estipular uma lei especial (art. 173, §1º da CR/88) que tratasse das empresas públicas.

Após os ajustes iniciais implementados pela reforma administrativa, em 2014, o TCU, por meio da Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog), produziu um relatório sobre a maturidade da implementação do sistema de governança em aquisições e contratações nos órgãos e entidades vinculadas à administração pública federal.

Passada a etapa de elaboração do relatório sobre a situação e saúde da governança em aquisições e contratações, em 2015, o TCU exarou seu posicionamento no inovador Acórdão 2622/2015 – Plenário, o qual trazia, de forma consolidada, indicações aos órgãos da administração pública federal para que adequassem suas sistemáticas de aquisições a um plano/política de governança em aquisições e contratações.

Em 2016, foi promulgada a Lei nº 13.303/2016, em atendimento à EC 19/1998, a qual dispõe sobre o estatuto das empresas públicas e sociedade de economia mista, e em atenção à determinação máxima da Constituição o legislador fundamentou a existência das estatais a práticas de governança corporativa, transparência e controles internos cumulados com gestão de riscos.

Passados alguns anos, em 2021, foi sancionada a Nova Lei Geral de Licitações e Contratos, Lei nº 14.133/2021, aplicável a todos os órgãos vinculados a administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. E como avanço histórico, cuidou o legislador de incorporar as determinações do Acórdão 2622/2015 no art. 11, parágrafo único do texto legal.

Após a promulgação da Nova Lei de Licitações, ainda no ano de 2021, foi editada pela Secretaria de Gestão do Ministério da Economia a Portaria SEGES/ME nº 8.678/2021, que dispõe sobre a governança das contratações públicas no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e serve atualmente como farol de boas práticas para a governança em aquisições e contratações.

Por último, desde 2021, o Tribunal de Contas da União vem se posicionando sobre o uso analógico da Lei nº 14.133/2021 por empresas estatais na persecução do interesse público e em razão da dinâmica concorrencial à qual as estatais estão sujeitas.

Uma das explicações vinculadas a esses recentes posicionamentos da Corte de Contas está no fato de que, com o advento da Lei nº 13.303/2016, conforme Bragagnoli (2022):

[...] surgiu, assim, o desafio de criar normas e institutos para regulamentar o que a Lei das Estatais não detalha ou não prevê. E é nesse ponto que surge a necessidade latente de as empresas públicas e sociedades de economia mista observarem o ordenamento jurídico como um todo e buscar absorver o que possa ser útil e eficiente, mediante análise crítica dos institutos já postos. (BRAGAGNOLI, 2022, p. 5)

2.3 Por que as estatais devem implementar uma política de governança em aquisições e contratações?

Por estar vinculada indiretamente à administração pública, as empresas públicas têm como dever/obrigação o cumprimento das formalidades legais e infralegais necessárias em seus processos internos. Dessa forma, o processo de aquisição deve estar alinhado no que diz respeito à Lei 13.303/2016, popularmente conhecida como “Estatuto das Estatais ou Lei das Estatais”, que trata objetivamente das regras às quais a empresa pública e sociedade de economia mista estão sujeitas.

Bem, como já tratamos, a supramencionada lei inovou ao trazer um ordenamento jurídico específico para as empresas públicas e sociedades de economia mista. Um importante aspecto relacionado à Lei das Estatais está determinado no art. 6º. Vejamos:

Art. 6º O estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias deverá observar regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para sua proteção, todos constantes desta Lei.

Dessa forma, fixou o legislador que as empresas estatais devem se organizar, especialmente, sob uma espécie de tripé: governança, transparência e gestão de risco cumulada com controles internos (integridade). Segundo Cristóvam & Bergamini (2019): “Esses aspectos demarcam a necessidade de que as empresas públicas se municiem de instrumentos que garantam que todas as atividades da empresa se norteiem por meio desta perspectiva lastreada no epicentro político -normativo das empresas estatais.”

Em complemento, elucidamos, ainda, que a governança em aquisições e contratações guarda direta ligação com o determinado no art. 32 da Lei nº 13.303/2016, no sentido de perseguir a padronização de instrumentos, procedimentos e decisões com base em um direcionamento político-administrativo com vistas a asseverar maior vantajosidade para as aquisições e contratações das empresas públicas.

Passo outro, o Tribunal de Contas da União vem se posicionando sobre o uso analógico da Lei nº 14.133/2021 pelas estatais com vistas a “melhor atender o interesse público”, conforme Acórdão 362/2022.

Ademais, em outra ocasião, o TCU se posicionou no Acórdão 533/2022, no sentido de que:

[...] é razoável admitir que as novas regras de flexibilização e busca de eficiência dos processos seletivos para contratações públicas, ao ser aprovadas pelo Poder Legislativo para aplicação no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional – de rito administrativo mais rigoroso –, podem, e devem, ser estendidas, por analogia, às sociedades de economia mista, que, sujeitas ao regime de mercado concorrencial, exigem, com mais razão, instrumentos mais flexíveis e eficientes de contratação. (TCU, 2022, p. 32)

Destarte, conforme discutido até este ponto, as estatais devem implementar uma política de governança em aquisições e contratações com a finalidade de perquirir o alinhamento das atividades da empresa com as regras estabelecidas pela Lei nº 13.303/2016, que determina as normas a serem seguidas por essas empresas, especificamente para as compras, aquisições e alienações, garantindo uma perspectiva político-administrativa que assegure a vantajosidade para as aquisições e contratações das empresas públicas. Portanto, a implementação de uma política de governança em aquisições e contratações é fundamental para garantir a efetividade e a transparência dos processos de aquisições e contratações das empresas estatais.

2.4 Quais os benefícios de se implementar uma política de governança em aquisições e contratações?

Em um levantamento realizado em 2017 pelo Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada – Ipea (BRASIL, 2017), verificou-se que as compras públicas representavam percentuais próximos a 12,5% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro, sendo considerado um importante eixo como política pública de desenvolvimento econômico no país.

Inúmeros estudos, análises e avaliações têm sido conduzidos em relação ao tema das compras públicas, considerando sua significativa importância nos âmbitos econômico, social e ambiental. Em virtude de estarem sujeitas ao regime concorrencial, as empresas estatais demandam procedimentos ágeis, desprovidos dos excessivos formalismos característicos do regime administrativo burocrático.

Contudo, atualmente, testemunhamos uma mudança de paradigma em relação às compras públicas no país. É amplamente reconhecido que a própria Lei das Estatais representa um avanço regulatório, com o propósito de promover a modernização e a alteração dos parâmetros relacionados às aquisições e contratações, visando adequá-las a um modelo de administração pública mais plural, inovador e orientado para a gestão eficiente.

Podemos inferir que, nesse novo modelo, as compras públicas buscam equilibrar diversos requisitos, tais como preço econômico, qualidade do objeto, sustentabilidade, transparência, qualidade do processo decisório, celeridade, tudo isso com custos processuais equilibrados.

A convergência desses fatores é conhecida como desenvolvimento nacional sustentável, que visa, nos limites da lei, balancear o trinômio ambiental, econômico e social. Essa é a definição elaborada pelo portal de compras do governo federal (2021), vejamos:

Toda ação do Estado deve ter por base o princípio do desenvolvimento nacional sustentável, [...] as contratações públicas são instrumentos para a implementação de políticas públicas e devem ser planejadas e executadas observando o princípio do desenvolvimento nacional sustentável ao longo de todo o ciclo da contratação. (BRASIL, 2021)

Ou seja, a implementação da governança em aquisições e contratações tem como finalidade principal instituir a cultura do planejamento a partir de um direcionamento que objetive o estabelecimento de compras e aquisições com vistas a garantir o cumprimento do princípio do desenvolvimento nacional sustentável de forma estratégica para a estatal, é o que sustenta a literatura, vejamos o que diz Barbosa (2015):

A qualidade do gasto e a eficiência das compras públicas do Estado apresentam-se como pressupostos importantes para o êxito de qualquer gestão. Compras públicas idealizadas, estruturadas e planejadas com excelência inevitavelmente resultam em melhores serviços e melhor qualidade de vida aos cidadãos. (BARBOSA, 2015, p. 41)

Nessa perspectiva, o processo de compras passa a ser instruído obrigatoriamente a partir de diretrizes de planejamento garantindo maior diálogo entre todos os atores além de gerar compras e aquisições com maior acuidade e que se baseiem no ciclo de vida do objeto, garantindo o desenvolvimento econômico sustentável previsto na Lei das Estatais.

Ademais, a adequação da lógica de contratação sob a perspectiva de uma política corporativa vai ao encontro das recentes boas práticas que vêm sendo implementadas pela administração pública, além de garantir adequação a padrões internacionais de qualidade como os constantes do Acordo de Contratação Pública (GPA – Agreement On Government Procurement) da Organização Mundial do Comércio, o qual dispõe dos seguintes itens:

I. garantias de tratamento nacional e não discriminação para os fornecedores das partes do Acordo com relação à aquisição de bens, serviços e serviços de construção cobertos, conforme estabelecido nos cronogramas de cada parte; II. requisitos processuais detalhados relativos ao processo de aquisição, concebidos para garantir que as aquisições abrangidas pelo Acordo sejam realizadas de forma transparente e competitiva que não discrimine bens, serviços ou fornecedores de outras partes, evite conflitos de interesse e evite práticas corruptas; III. requisitos adicionais relativos à transparência de informações relacionadas a aquisições (por exemplo, estatutos e regulamentos relevantes); IV. requisitos relativos à disponibilidade e natureza dos procedimentos de revisão domésticos para contestações de fornecedores que devem ser implementados por todas as partes do Acordo. Fonte: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gpa_1994_e.htm (tradução livre).

Por fim, citamos o trabalho de Paim Terra (2018) que consigna o seguinte sobre a importância da governança frente aos avanços técnicos das compras públicas, a saber:

[...] o potencial estratégico e o uso do poder das compras públicas pressupõem que sua atividade seja realizada a partir de uma Governança sólida, passando pela sua gestão executada de maneira responsável e estratégica. Para tanto, as definições mais simplificadas ou primárias das compras públicas não estão de acordo com essas premissas, pois existe o entendimento de que as compras públicas operam dentro de um novo paradigma e devem assim atuar de forma estratégica, por meio de um processo inteligente. (PAIM TERRA, 2018, p. 9)

Dessa forma, os benefícios de se implementar uma política de governança em aquisições e contratações são amplos e permitem às estatais a modernização de seus procedimentos de compras visando ao desenvolvimento nacional sustentável. Alguns desses benefícios incluem: maior planejamento; busca ativa na qualidade do gasto e eficiência das compras públicas; observância a práticas de compras sustentáveis; promoção da adequação a padrões internacionais de qualidade; e o uso eficiente do poder de compras do Estado.

2.5 Dos eixos propostos para implementação de uma política de governança em aquisições e contratações

São eixos propostos para a implementação de uma política de governança em aquisições e contratações: (i) diagnóstico; (ii) levantamento teórico e endosso da alta administração; (iii) reformulação dos procedimentos; (iv) modernização do regulamento interno de licitações e contratos; (v) desenvolvimento e implementação de ferramentas de monitoramento; e (vi) treinamento.

Primordialmente, é necessário conhecer o processo. A etapa de diagnóstico da governança em aquisições e contratações é fundamental para garantir o conhecimento de todos os procedimentos internos e as particularidades do negócio da empresa pública, principalmente em situações em que o objeto social e a possibilidade de atuação são amplos, como é o caso das companhias de desenvolvimento. Ainda na etapa de diagnóstico, é essencial que sejam prospectados os principais gargalos envolvidos no desenvolvimento da compra.

Passada a etapa de avaliação interna, é hora de realizar os levantamentos teóricos necessários para elaboração de uma sistemática de governança, a busca por normativos, paradigmas, pareceres, decretos, leis, jurisprudências e doutrinas correlatas à área para então formatar um referencial.

Com base nesse referencial, juntamente com as limitações identificadas no processo de diagnóstico, o passo seguinte a ser considerado é a busca pela aprovação da formulação de uma política por parte da alta administração da empresa. O comprometimento da diretoria com a implementação de uma estratégia de governança é elemento fundamental para sua correta execução, visto que as diretrizes de uma empresa pública são definidas e mantidas sob a responsabilidade da alta administração e pela diretoria, perante os empregados e outros agentes da organização.

Superada a etapa deliberativa pela alta administração, necessário reformular os procedimentos de compras em vigor, incorporando inovações que promovam a dinamização dos processos. Isso envolve a adoção de metodologias ágeis para desempenho de atividades operacionais, e uma clara definição das atividades analíticas. Essas medidas visam aprimorar os fluxos de trabalho já existentes, bem como elaborar estratégias para implementar uma cultura de planejamento e execução de compras e das compras, com foco prioritário na eficiência, na economicidade e na vantajosidade das contratações.

Outro importante aspecto reside na necessidade de modernização dos regulamentos internos de licitações e contratos em atenção ao que determina o art. 40 da Lei nº 13.303/2016. Fato é que, diante das inovações trazidas pela Lei das Estatais, muitas empresas, ao editar seus regulamentos, cuidaram apenas de realizar

cópia das disposições legais constantes na Lei das Estatais, afastando, todavia, a capacidade regulamentar concedida pela lei.

Para além, é possível observar cotidianamente, nesses instrumentos (os regulamentos internos), o engessamento de procedimentos internos, provavelmente em razão da perceptível confusão entre o procedimento de compras ou metaprocessos de compras e o processo administrativo interno. Este último deve, via de regra, estar previsto em instrumentos normativos internos que permitam a flexibilização dos procedimentos para incorporação de inovações e automatizações, formalismo moderado com pontos de controle e gestão de riscos.

Desse modo, se a estatal estiver diante de um cenário similar ao citado acima, é necessário que haja uma etapa de avaliação para segmentar os dispositivos do Regulamento Interno de Licitações e Contratos com a finalidade de extrair o conteúdo referente a procedimentos e transferindo-os para uma normativa de compras, mantendo apenas o conteúdo referente ao metaprocessos de compras, permitindo maior flexibilização procedimental. Além de promover a incorporação de normas que viabilizem a execução dos procedimentos modelados.

Em complemento, cabe ainda, em sede de implementação da governança, o desenvolvimento de metodologias e ferramentas de gestão que auxiliem o monitoramento das aquisições e contratações baseados em tecnologia da informação, o que faz muito sentido, uma vez que o modelo de administração pública gerencial está umbilicalmente vinculado às transformações do Governo Digital, vivemos a experiência do 4.0, processos eletrônicos, bancos de dados, inteligência artificial, que são excelentes ferramentas para auxiliar na persecução do interesse público, além de auxiliar diretamente nas quatro dimensões do processo detalhadas por Gart Capot (2015), que consistem, basicamente, em qualidade, capacidade, custo e tempo.

Findada a etapa de desenvolvimento da governança em aquisições e contratações, é necessário que a empresa promova amplos treinamentos para que a implantação seja bem-sucedida, levando em consideração tópicos de gestão de mudanças.

Conforme apresentado neste tópico, e com fulcro no recorte bibliográfico utilizado no presente trabalho, observa-se que o tema governança em aquisições e contratações está em seus primeiros movimentos, sendo facilmente reconhecido no âmbito federal de forma macro, e passou a ganhar corpo com promulgação da nova lei de licitações, a Lei nº 14.133/2021, que está em implementação pelos entes e órgãos da administração pública. Dessa forma, o retrato geral relacionado à implementação dessa sistemática proposta nos eixos deste trabalho se encontra em seus primeiros passos, o que, por si só, se revela como um marco inovador e disruptivo sobre o assunto.

2.6 Dos instrumentos de gestão associados a uma política de governança em aquisições e contratações

Como já tratado neste trabalho, a governança em aquisições e contratações tem como finalidade principal estipular diretrizes gerais de atuação vinculadas às compras e aquisições do órgão, entidade ou da estatal. Todavia, a gestão dessas diretrizes é consolidada e gerenciada por meio de instrumentos de governança que consistem em marcos de controle interno que buscam a efetividade dos comandos propostos.

Passemos à análise pormenorizada de alguns instrumentos já utilizados pela administração pública e com diversos normativos relacionados.

2.6.1 Plano anual de contratações

Quanto ao planejamento de compras, podemos dividi-lo em duas dimensões. A primeira, o planejamento de compras, está relacionada ao cronograma de compras, comumente aprovado junto ao orçamento das empresas públicas em face do novo exercício fiscal. É esse instrumento que auxilia a gestão e alocação dos recursos de forma dinâmica e acima de tudo diligente nas estatais. Já a segunda dimensão, o planejamento da compra, trata-se da modelagem específica do procedimento de compras aplicada a determinado objeto a ser contratado e/ou adquirido.

O plano anual de contratações é um dos mais importantes instrumentos associados à política de governança em aquisições e contratações. Trata-se da consolidação do planejamento de compras que contempla bens, serviços, obras e soluções relacionadas a tecnologia da informação e comunicação (TIC) que o órgão ou entidade pretende contratar no exercício subsequente e que será divulgado externamente. Para este trabalho, identificamos como principais normativos relacionados ao tema a IN 01/2019 – da SEGES/ME; Resolução nº 347 de 13/10/2020 e Resolução nº 701/2021 do Conselho da Justiça Federal; Lei nº federal 14.133/2022; Decreto federal nº 10.947/2022.

O planejamento possibilita a percepção da realidade fática de certa situação, a avaliação das alternativas e dos possíveis caminhos a serem trilhados. É o que nos apresenta Leonez (2022): “à medida que o planejamento é amplo, com suas etapas bem definidas[...], prováveis situações que impactem no objetivo pretendido poderão ser previstas, sendo possível ao gestor antever possíveis soluções”.

2.6.2 Plano anual de capacitações

O plano anual de capacitações é uma importante ferramenta para dimensionamento de contratações que, muitas vezes em razão de suas especificidades, são manejadas via inexigibilidade de licitação ou via dispensa de procedimento licitatório e carecem de um planejamento da compra personalizado para o caso concreto, fato este que, se não for bem dimensionado, pode trazer prejuízo ao desenvolvimento funcional o qual as empresas públicas possuem como dever/obrigação.

Ademais, cabe ao plano anual de capacitações contar com um ciclo de formações anuais sobre itens relacionados ao universo das compras públicas em razão da necessidade de formar tecnicamente o corpo de empregados, gestores e fiscais de contratos para aperfeiçoamento de suas funções, garantindo eficiência e a promoção de uma melhor gestão da contratação.

Um dos principais normativos paradigmas associados a esse instrumento é o Decreto federal nº 9.991, de 28 de agosto de 2019, que dispõe sobre a “Política Nacional de Desenvolvimento de Pessoas da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e regulamenta dispositivos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, quanto a licenças e afastamentos para ações de desenvolvimento”; as resoluções do Conselho da Justiça Federal nº 347, de 13 de outubro de 2020; e nº 701/2021, bem como a Lei federal nº 14.133/2022.

2.6.3 Plano de logística sustentável

O plano de logística sustentável tem como principal finalidade adequar as compras públicas às diretrizes previstas na ABNT NBR ISO 20400, que prevê normas relacionadas a compras sustentáveis. Conforme descreve o International Organization for Standardization (2017), “o processo de tomada de decisões de compras que atendam às necessidades de uma organização para bens e serviços de uma forma que beneficie não só a organização, mas a sociedade como um todo, minimizando seu impacto no meio ambiente”.

São objetivos do plano de logística sustentável, de forma geral, a promoção por meio do poder de compras do Estado relacionado ao impacto na cadeia de fornecimento, a busca por reduções de emissões, inovações no processo produtivo, desenvolvimento da economia local e a inclusão de micro e pequenas empresas com consequentes reduções de custos para a administração pública.

2.6.4 Plano de gestão de competência

O plano de gestão de competências é um instrumento fundamental para o controle dos processos de compras associado ao regulamento interno de licitações e contratos. Consiste em um ferramental visual que se presta a decodificar o metaprocessos de compras, que por sua vez consiste em um norteador metodológico que visa padronizar e otimizar o processo de compras na administração pública, e compreende uma abordagem estratégica que tem como objetivo garantir a transparência, a eficiência e a legalidade no processo de aquisição e contratação.

Um metaprocessos para aquisições públicas pode ser dividido em três fases, na seguinte ordem: (i) planejamento da contratação, (ii) seleção do fornecedor e (iii) gestão do contrato ou recebimento do objeto.

Em resumo, o plano de gestão de competência deverá conter:

- a) o mapeamento do metaprocessos de contratação;
- b) a definição dos atores envolvidos no processo de contratação;
- c) a definição das fases de que os atores participam;
- d) a definição dos procedimentos operacionais de competência dos atores;
- e) os artefatos, produtos e documentos produzidos; e
- f) a indicação do conhecimento necessário para cada ação.

2.6.5 Plano de tratamento dos riscos

O plano de tratamento de riscos é o instrumento elaborado pela área detentora do risco com o objetivo de municiar os responsáveis pela tomada de decisão, em todos os níveis da estatal (estratégico, tático e operacional), no processo de contratações, inclusive para determinar questões relativas à delegação de competência, se for o caso, com acesso tempestivo às informações relativas aos riscos aos quais eventualmente expostos.

Segundo o Manual de Gerenciamento de Riscos Corporativos – Estrutura Integrada (COSO II):

O gerenciamento de riscos corporativos é um processo conduzido em uma organização [...], aplicado no estabelecimento de estratégias, formuladas para identificar em toda a organização eventos em potencial, capazes de afetá-la, e administrar os riscos de modo a mantê-los compatível com o apetite a risco da organização e possibilitar garantia razoável do cumprimento dos seus objetivos.

A gestão de risco e o controle preventivo deverão acontecer fundamentando-se no plano de tratamento de riscos elaborado, com vistas a racionalizar a atividade administrativa ao longo do processo de contratação, estabelecendo-se controles proporcionais aos riscos de forma compatível com as diretrizes internas balizadoras do apetite a risco da organização, suprimindo-se rotinas puramente formais e auxiliando na correta entrega do valor público, alvo do processo de compras.

3 CONCLUSÃO

Em síntese, as empresas estatais possuem uma função estratégica na realização de atividades econômicas e prestação de serviços de relevante interesse público, e sua gestão deve ser baseada em regras de governança corporativa, transparência e práticas de gestão de riscos e controle interno. Nesse contexto, como já mencionado, a governança em aquisições e contratações é um movimento inovador e disruptivo que visa garantir a execução dos metaprocessos finalísticos com a correta entrega do valor público.

Promovendo a demonstração do compromisso da alta administração para a pauta, práticas de planejamento poderão ser implementadas com maior rigor e procedimentos multidisciplinares.

Cabe ressaltar que a governança em aquisições e contratações está relacionada diretamente com a evolução das compras públicas e se trata de um elemento fundamental na persecução do interesse público no processo de compras, além de existir como figura central no direcionamento estratégico das aquisições e contratações que, como apresentado neste trabalho, figuram como ferramenta de desenvolvimento econômico.

Portanto, é salutar que as empresas estatais busquem a implementação de uma política de governança em aquisições e contratações, a fim de garantir a correta entrega do valor público e a realização de atividades econômicas e prestação de serviços de interesse público de forma estratégica e eficiente.

Com uma política de governança em aquisições e contratações sólida e um planejamento bem estruturado, as estatais poderão seguir evoluindo no cumprimento de sua função estratégica, contribuindo para o desenvolvimento nacional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10/05/2023.

BRASIL. **Decreto nº 9.203/2017**. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/aceso-a-informacao/governanca-publica/comite-interno-de-governanca/legislacao/decreto-no-9-203-de-22-de-novembro-de-2017.pdf/view>. Acesso em 10/05/2023.

BRASIL. **Lei nº 13.303/2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em 10/05/2023.

BRASIL. **Lei nº 14.1333/2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em 10/05/2023.

BRASIL. IPEA. **O mercado de compras governamentais brasileiro (2006- 2017)**: mensuração e análise.

BRASIL. **Portal de Compras do Governo Federal**, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/agente-publico/logistica-publica-sustentavel/sustentabilidade-nas-contratacoes-publicas>. Acesso em: 27/01/2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Dez passos para a boa governança**. Edição 2. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Externo da Administração do Estado, 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2622/2015** – Plenário. Relator: Augusto Sherman. Data da sessão: 21/10/2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1539501%22>. Acesso em 27/01/2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1545/2016** – Plenário. Relator: Augusto Sherman. Data da sessão: 15/06/2016. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1649899%22>. Acesso em 27/01/2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 362/2022** – Plenário. Relator: Benjamin Zymler. Data da sessão: 23/02/2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2527254%22>. Acesso em 27/01/2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 533/2022** – Plenário. Relator: Antonio Anastasia. Data da sessão: 16/03/2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2527326%22>. Acesso em 27/01/2023

CASA CIVIL. **Guia da política de governança pública**. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 2018.

LIMA, Arthur; BRAGAGNOLI, Renila. A aplicação analógica da Nova Lei de Licitações e Contratos para as licitações regidas pela Lei das Estatais. **O Licitante**, 2022. Disponível em <https://www.olicitante.com.br/aplicacao-analogica-nova-lei-licitacoes-lei-estatais/>. Acesso em 27/01/2023

CRISTÓVAM, J. S. da S.; BERGAMINI, J. C. L. Governança corporativa na Lei das Estatais: aspectos destacados sobre transparência, gestão de riscos e compliance. **Revista de Direito Administrativo**, v. 278, n. 2, p. 179-210, 2019. <https://doi.org/10.12660/rda.v278.2019.80054> acesso em 27/01/2023.

BARBOSA, Alexandre A. de M. Sistema de registro de preços permanente com o registro de interesse de demanda - o avanço nos procedimentos licitatórios. In: FERRER, Florencia; SANTANA, Jair Eduardo (Coord.). **Compras Públicas Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

HENNIGEN, Maria Rita Jardim. **Governança e gestão em aquisições**: a proposição de um modelo para uma universidade pública brasileira, Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2018. Disponível em: Acesso em: 27/01/2023

LEONEZ, Angelina. **O que é planejamento** (2022). Disponível em https://www.sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=18609&n=undefined. Acesso em: 27/01/2023.

PAIM TERRA, Antonio Carlos. **Compras públicas inteligentes**: uma proposta para a melhoria da gestão das compras governamentais. Brasília, 2018.

ROSENAU, James N. Governança, ordem e transformação na política mundial. In: ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto. **Governança sem governo**: ordem e transformação na política mundial. Brasília: Ed. UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. p. 11-46.

WORLD BANK. **World Development Report 2017**: Governance and the Law. Washington, DC: World Bank, 2017. doi:10.1596/978-1-4648-0950-7. License: Creative Commons Attribution CC BY 3.0 IGO

MEDIAÇÃO DIGITAL

DIGITAL MEDIATION



Marcílio Barenco Corrêa de Mello

Doutor em Ciências Jurídicas Públicas pela Universidade do Minho / Braga / Portugal.
Mestre em Fundamentos Constitucionais dos Direitos. Especialista em Direito Processual. Bacharel em Direito.
Procurador-Geral do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais.

Sumário: 1. Introdução; 2. Mediação digital. 3. Encaminhamento final. Referências.

Resumo: O presente artigo discorre sobre a mediação como meio autocompositivo na solução alternativa de conflitos, em especial, pelos meios digitais de resolução de controvérsias. Trata-se de instância preliminar volitiva que não constitui requisito estanque de acesso ao Poder Judiciário (princípio da jurisdição universal). Algumas questões serão enfrentadas para sucesso da intervenção pretendida, a saber: 1) a mediação digital poderá ser considerada meio idôneo de acesso à Justiça? 2) é necessária a mudança da cultura jurídica brasileira para implantação da mediação digital? 3) trata-se de uma nova política pública do acesso à jurisdição? 4) quais as vantagens e desvantagens do meio alternativo proposto? 5) há normação suficientemente capaz de dotar a execução da mediação digital de segurança jurídica? 6) há profissionais capacitados para sua condução na qualidade de terceiros imparciais (mediadores digitais)? 7) existe doutrina suficientemente capaz de traçar os dogmas mínimos de sua implementação no sistema jurídico brasileiro de solução de controvérsias? Essas são as questões que serão abordadas neste artigo.

Abstract: The present proposal discusses mediation as a self-composing means in the alternative solution of conflicts, in particular, by digital means of dispute resolution. It is a voluntary preliminary instance that does not constitute a watertight requirement for access to the Judiciary (principle of universal jurisdiction). Some questions will be faced for the success of the intended intervention, namely: 1) can digital mediation be considered a suitable means of access to justice? 2) is it necessary to change the Brazilian legal culture to implement digital mediation? 3) is this a new public policy on access to jurisdiction? 4) what are the advantages and disadvantages of the proposed alternative medium? 5) is there a regulation sufficiently capable of providing the implementation of digital mediation with legal certainty? 6) are there professionals trained to conduct it as impartial third parties (digital mediators)? 7) is there a doctrine sufficiently capable of tracing the minimum tenets of its implementation in the Brazilian legal system of dispute settlement? These are the questions that will be addressed, especially, through this paper.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Autocomposição. Mediação digital.

Keywords: Access to Justice. Self-composition. Digital mediation.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo é um ensaio teórico sobre o uso da mediação de conflitos em plataforma digital como ferramenta indispensável ao aprimoramento da política pública de acesso à Justiça.

Para tanto, num primeiro momento, abordaremos a construção normativo-histórica brasileira da mediação até desaguar no neófito instrumento da mediação digital, tão importante em tempos de distanciamento social ocasionado pela pandemia de Covid-19, com o surgimento de repetidas lides individuais de naturezas difusas e transindividuais, que, no vetusto conceito de processo como meio de acesso à Justiça, são tencionadas a “abarrota” os tribunais judiciários ainda mais.

Numa segunda linha de pensamento, trataremos das vantagens entre a tecnicidade do uso da mediação como instrumento idôneo na pacificação de conflitos, aliada, tanto quanto possível, ao conhecimento empírico e às especificidades que envolvam as demandas regionais ou locais, cuja conjugação de fatores é forte propulsor de uma solução mais adequada da controvérsia em si.

Em último viés de pensamento, traçaremos os fundamentos dogmáticos acerca das vantagens do uso do método digital de acesso à Justiça, oportunizando-se, ainda, a homologação do acordo celebrado perante um juiz togado para que se produzam os efeitos legais, em especial, na conformação de título executivo extrajudicial, supedâneo de eventual ação judicial de curso forçado, garantindo-se, ao fim e ao cabo, a segurança jurídica e a eficácia que necessitam restar dotados os meios extrajurisdicionais.

De plano, a mediação pode ser compreendida como um meio alternativo de resolução de conflitos, em que uma terceira pessoa imparcial e sem poder decisório facilitará o restabelecimento do diálogo entre as partes litigantes, identificando as questões que as levaram ao embate pessoal, bem como os reais interesses envolvidos, tudo na busca da promoção de soluções eficazes acordadas pelos próprios interessados para a pacificação da contenda coexistente.

Com o grande volume de processos em curso nos órgãos jurisdicionais, é primordial o aprimoramento da solução de conflitos a partir de acordos volitivos coconstruídos pelas próprias partes, num verdadeiro modelo de diálogo e cooperação.

Hoje, com todos os avanços tecnológicos dos últimos vinte anos, é possível realizar mediações virtuais on-line, por meio da rede mundial de computadores (internet), com a presença de envolvidos (pessoas, empresas, órgãos e instituições interligadas) simultaneamente num mesmo canal oferecido por meio digital, facilitando-se o processo de solução de lides, de forma consensual, diminuindo-se distâncias e com a otimização do tempo. Se bem utilizado, pode ser instrumento idôneo de acesso à Justiça, na tutela dos direitos dos cidadãos, com grande potencial de eficiência, eficácia, celeridade e economicidade, capaz de trazer o deslinde de controvérsias com tempo e recursos mais vantajosos à tutela jurisdicional estatal.

Ocorre que, para o alcance de patamares positivos de atuação de resolução de problemas, é necessário tornar o método de solução de conflitos acessível a todos, por meio da inclusão digital e do desenvolvimento de uma cultura de colaboração voltada para a satisfação de resultados (política pública de resultados).

2 MEDIAÇÃO DIGITAL

2.1 Digressão normativa brasileira

A mediação é método alternativo de resolução de conflitos (*ADR - Alternative Dispute Resolution*), traduzindo-se em processo voluntário autocompositivo, sob a intervenção construtiva de um terceiro imparcial, com o fim de solucionar questões envolvendo partes interessadas e ligadas entre si sob viés cooperativo.

No sistema jurídico brasileiro, foi entronizada normativamente pela Resolução n.º 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça,¹ sendo disposta como meio consensual de solução de controvérsias.

¹ "Art. 1º. [...] Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Código de Processo Civil de 2015, combinado com o art. 27 da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação), antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão."

A ferramenta também foi disposta no Novo Código de Processo Civil (Lei federal n.º 13.105, de 16/03/2015),² ao tratar da solução consensual de conflitos e do uso de técnicas de autocomposição.

Os acordos por mediação podem ser realizados no bojo de um processo judicial; ou em procedimento extrajudicial, quando as partes optam por serviços extrajudiciais especializados em mediação.

Vale destacar que os acordos em mediação extrajudicial serão levados a termo e terão força de título executivo extrajudicial, gerando direitos e obrigações. Além disso, na hipótese de o instrumento de transação ser levado à homologação judicial, constituirá título executivo judicial previsto no Código de Processo Civil.³

Por sua vez, a Lei federal n.º 13.140, de 26/06/2015, trouxe a previsão da mediação pela internet,⁴ passando a ser utilizada na forma digital (eletrônica, virtual, telepresencial, videoconferência ou on-line), em substituição ao uso exclusivo dos centros presenciais de mediação. O objetivo é aproximar “digitalmente” os envolvidos nos conflitos de pretensão resistida, dando-lhes a chance de diálogo mediante a utilização de linguagem propositiva⁵.

Assim, os participantes de diversos locais, conectados pelo sistema on-line, poderão buscar encontrar uma solução extrajudicial para o seu conflito, de modo ponderado, rápido e econômico. Se aplicável, é possível que alguns casos sejam indicados e encaminhados para mediação presencial.

Quando utilizada na forma digital, é preciso atentar para que a essência da mediação seja preservada, como técnica autocompositiva, incluindo a observância dos princípios da imparcialidade do mediador e da confidencialidade das sessões e relatos nela apresentados. Desta feita, o resultado almejado deve ser o mais adequado como pacificador do conflito e de melhor promoção da justiça social.

2.2 A mediação digital como meio idôneo de acesso à Justiça

A ideia de um processo autocompositivo eficaz está diretamente ligada à promoção do acesso à Justiça como forma de implementação de direitos fundamentais.

É sabido que o acesso à Justiça é um direito individual preconizado no art. 5.º, XXXV, da Constituição da República,⁶ possibilitando a todos os cidadãos buscar uma atuação irrestrita do Poder Judiciário na solução de determinado problema (inafastabilidade do controle jurisdicional).

Para uma definição de acesso à Justiça, destacamos o conceito delineado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁷, como um método de obtenção de resultado socialmente justo e de tratamento de conflitos no esteio estatal.

2 BRASIL, 2015.

3 “Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...] III – a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza; [...]”

4 “Art. 46. A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo. [...]”

5 “A mediação pela internet é aquela na qual todos os debates acontecem no espaço cibernético. Além de encurtar distâncias trazendo ganho de tempo e diminuindo gastos, ela facilita a administração dos conflitos diretamente pelas partes. Sem sombra de dúvidas, a mediação digital ou online é um avanço significativo na utilização de novas tecnologias para lidar com os conflitos. Oferece mais possibilidade de rapidez e eficiência na resposta, além da visível economia monetária.”. In: SPENGLER; PINHO, 2018, p. 241-242.

6 “Art. 5º. [...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]”

7 “A expressão ‘acesso à Justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam social e individualmente justos.” Cf. CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 8.

Ainda segundo Cappelletti e Garth, o tema está amplamente ligado ao binômio “possibilidade e viabilidade” em ingressar no sistema jurídico em igualdade de condições, assegurando o direito de ambas as partes serem ouvidas, com observância do princípio do devido processo legal⁸ (substancial e adjetivo).

Decorreu dessa intelecção acima a divisão do acesso à Justiça em três ondas renovatórias do direito. A primeira está relacionada ao obstáculo econômico de acesso. A segunda refere-se à questão dos interesses difusos em juízo. A terceira, denominada de “o enfoque do acesso à Justiça”, detém a concepção mais ampla e tem como escopo instituir técnicas processuais adequadas, propondo que o magistrado abandone o tradicional papel de mero intérprete passivo de textos para se tornar criativo e inovador na condução dos feitos judiciais, buscando todos os meios idôneos para a prestação de uma tutela jurisdicional mais adequada e efetiva.

O acesso à Justiça envolverá a proposição de novos instrumentos aptos a alcançar os fins pretendidos. Além disso, Spengler e Pinho⁹ observam que não se deve confundir acesso à Justiça e acesso à jurisdição. Na verdade, o acesso ao Judiciário está contido no acesso à Justiça, sendo este último dotado de maior amplitude e capaz de assegurar a tutela aos direitos do cidadão como promotor da distributividade dos direitos sociais.¹⁰

Por conseguinte, o acesso à Justiça deve estar disponível a todos e de forma igualitária. Sob esse aspecto, decorre relação direta entre acesso à Justiça e igualdade social, cidadania plena, democracia participativa e efetivação de direitos fundamentais.

Ora, a desigualdade social compromete o acesso à Justiça, constituindo verdadeiro óbice que contingencia grande parte da população no exercício do direito, decorrente da insuficiência de recursos financeiros, da falta de instrução e/ou de informação, assim como do desconhecimento de seus direitos e da ausência de mecanismos digitais de acesso.¹¹

Cabe ao Estado superar os obstáculos que impedem a concretização dessa garantia fundamental, instruindo os cidadãos e ampliando as formas de acessibilidade, desde que atento às questões estruturais de possibilidade de atendimento da demanda de forma satisfatória. Entre os mecanismos já criados, destacamos os juizados especiais, a assistência judiciária gratuita, as defensorias públicas aos hipossuficientes, além dos meios alternativos de solução dos conflitos – conciliação e mediação (autocompositivo) e arbitragem (heterocompositiva).

A mediação digital surge como neófito hipótese de especialização de acesso universalizado, para que de modo mais célere, econômico e eficaz possa ser instrumento de uma nova política pública de solução volitiva de problemas, tudo por meio virtualizado. Virtualizado, pois, sob o enfoque da filosofia, exprime algo que existe apenas em potência (rede mundial de computadores), estando à disposição dos contendores, mas não remetendo em ato concreto em que pertença à existência do indivíduo (ser humano).

8 Aqui, Cappelletti aproveita para remeter este princípio ao estudo que se está introduzindo, referindo-se ao acesso à justiça, como “espelho da cultura de uma época”, pois como diz, “[...] Que princípio é este, se há casos, em que, por razões econômicas, culturais e sociais, a parte não se encontra em condições de se fazer ouvir?”. Cf. SPENGLER; PINHO, 2018, p. 224.

9 *Ibidem*, p. 225.

10 “Assim, a expressão ‘acesso à justiça’ em seu ‘conceito amplo’ pode significar: a) acesso ao Judiciário e; b) acessibilidade a uma determinada ordem de valores e de direitos fundamentais para o ser humano. Consequentemente – e conforme já dito –, o acesso à justiça é mais amplo e complexo, externando mais do que o ingresso mediante ajuizamento da ação (processo) junto ao Judiciário, ele vai além dos limites do acesso aos órgãos judiciais existentes. Então, acessar a justiça, significa ir além do acesso garantido pela Constituição Federal, alcançando, tutelando e garantindo os direitos e as garantias sociais fundamentais, assegurando, ao final, o acesso a uma ‘ordem jurídica justa’ a todos os cidadãos.” Cf. SPENGLER; PINHO, 2018, p. 227.

11 “O acesso à justiça, assegurado constitucionalmente, não vem sendo aplicado de modo irrestrito a todos os cidadãos. A desigualdade econômica possui graves consequências também no processo civil. Assim, ainda que o novo CPC tenha trazido significativos avanços buscando maior efetividade e celeridade processual, como é o caso da arbitragem e mediação, verifica-se que tais hipóteses são de aplicabilidade mitigada, já que uma camada da população não possui recursos financeiros aptos a tais medidas.” Cf. SILVA; BARBOSA, 2016.

De acordo com Spengler e Pinho,¹² a mediação digital deve ser ofertada a todos os cidadãos (universalização), de forma igualitária (infoinclusão digital), englobando-se os chamados “excluídos digitais”, para que se possa buscar os caminhos do acesso virtual da Justiça.

Nesse cenário, é possível questionar: somos integrantes e formadores das relações de uma nova “onda renovatória de acesso à Justiça”?

Na verdade, a tecnologia surgiu de forma célere e forçada em alguns “espaços institucionais” do próprio Direito, de modo que devem ser superadas as regras burocráticas de procedimentos tradicionais atrelados a um “fetichismo” de estrita legalidade, a imposição de regramentos objetivos de condutas sociais já postas, bem como as dificuldades de acesso à internet e ao mundo digital pelos infoexcluídos, passando-se a uma fase de maior envolvimento de toda a coletividade na facilitação da solução dos problemas e avanço de infoinclusão dos povos.

2.3 Por uma mudança da cultura jurídica para o sucesso da mediação digital

Prosseguindo na análise do tema, é possível verificar importantes avanços no cenário jurídico atual, com a possibilidade de resolução dos conflitos por meios alternativos de solução de problemas (ajustamento de conduta, ajustamento de gestão, transação, compromisso, cessação de conduta lesiva, acordos de leniência, entre tantos outros instrumentos).

Igualmente, no mundo hodierno há a possibilidade de se acessar à Justiça por meio eletrônico a fim de se restabelecer a comunicação entre as partes, de maneira informal, sem a imposição de regras, especialmente que poderá ser potencializada pelo uso da mediação digital.

Todavia, como asseveram Silva e Barbosa,¹³ mesmo que, em tese, tais medidas inovadoras possam ser aplicadas, ainda haverá a necessidade de superar uma limitação estrutural dos órgãos judiciários, visto como órgãos adjudicadores de conflitos individuais dentro de um “sistema capitalista e burguês”.

Apesar de sua grande importância, o sistema estrutural estatal (jurisdicional) é dos tempos de outrora, o que acarreta morosidade de processos, elevado valor das custas judiciais e inefetividade da jurisdição,¹⁴ cabendo uma reestruturação sob o aspecto jurídico-cultural, operacional, organizacional e instrumental, incluindo a obrigatoriedade do uso de plataformas digitais no âmbito dos tribunais e juízos de primeira instância, algo extraído a “fórceps” em tempos de distanciamento social imposto pela pandemia de 2019 (em diante).

De fato, outros tipos de conflitos também passaram a ser submetidos ao crivo judicial, como aqueles de interesses metaindividuais (complexos), envolvendo direitos difusos e, ainda, conflitos referentes a pequenos litígios (simplórios), com pouca importância pecuniária. Logo, é preciso tornar sólida a mudança da cultura jurídica para que o Poder Judiciário esteja preparado a oferecer resposta de forma adequada, dinâmica e célere, ampliando os canais de participação dos cidadãos (infoinclusão digital).

Para esse fim, é importante a facilitação do acesso à Justiça e a utilização de mecanismos integrados de solução de problemas, a exemplo da autocomposição pela mediação,¹⁵ sempre com a ideia do dever de cooperação entre os sujeitos do processo.

12 SPENGLER; PINHO, 2018, p. 235-236.

13 SILVA; BARBOSA, 2016.

14 “[...] neste contexto histórico, as falhas estruturais da instituição do Poder Judiciário – não preparada para atender às necessidades emergentes da nova ordem social – levou a uma crise do Direito. Este, ao ter alterado o seu centro de gravidade, não identificou prontamente sua verdadeira essência.” Cf. MARTINS, 2012, p. 95.

15 “Atualmente, a mediação vem sendo difundida e utilizada como possibilidade de tratamento mais adequada à complexidade conflitiva, pois propõe uma ‘outra cultura’, que vai além da jurisdição tradicional, inovando através de práticas consensuadas e autônomas que

Na verdade, a cultura adversarial e litigiosa no processo civil ordinário, dentro de uma relação angular (autor, juiz e réu), que induz a um mundo de sucesso ou insucesso sob ideia equivocada de vencidos e vencedores, deve passar a abrir novos espaços para a utilização de práticas autocompositivas, discursivas e inter-relacionais, com advento de soluções negociadas pelas próprias partes, na busca do melhor resultado de direito que se ajuste ao caso posto, pautado na promoção da Justiça e das prementes necessidades sociais mínimas.

De acordo com a observação de Humberto de Pinho, o Código de Processo Civil, em seu art. 3.º, *caput*,¹⁶ trouxe o comando no sentido de que não se excluirá da “apreciação jurisdicional” ameaça ou lesão a direito, ampliativo ao espectro protegido no art. 5.º, XXXV, da Constituição da República brasileira – “apreciação do Poder Judiciário” –, de forma a concretizar um ajuste ao cenário contemporâneo na possibilidade de solução de problemas por meios compositivos.¹⁷

Do acima posto, coloca-se necessária uma mudança da cultura jurídica (brasileira), ainda predominantemente de cultura litigante, passando à fase de construção de uma sociedade colaborativa na resolução de suas lides e problemas decorrentes de pretensões resistidas.

2.4 Por uma nova política pública do acesso à jurisdição

Podemos conceituar política pública como uma tentativa de intervenção na realidade social com o fim de mudança ou controle de uma circunstância indesejada que demandaria uma ação transformadora.¹⁸

De acordo com a Resolução n.º 125, de 29/11/2010, do Conselho Nacional de Justiça,¹⁹ a mediação está inserida na política pública de tratamento de conflitos, visando que a jurisdição seja aplicada com eficácia e modernização.

Como observa Maria Eduarda Copetti,²⁰ o Poder Judiciário, ao adotar uma política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses, acaba por absorver a responsabilidade de zelar pela efetividade e celeridade na sua jurisdição. Para alcançar esse objetivo, vislumbra-se a possibilidade de induzir a celebração de um novo Pacto Republicano de Estado.²¹

De fato, por ocasião da Reforma do Judiciário, logo após a promulgação da Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, os três Poderes se reuniram para criar o I Pacto Republicano de Estado, como uma alternativa para melhor desempenho do Poder Judiciário, envolvendo temas sobre eficiência dos julgamentos; celeridade de tramitação dos processos; reforma do sistema recursal e dos procedimentos; acesso à Justiça; julgados

devolvem ao cidadão (responsabilizando-o) a capacidade de lidar com a litigiosidade inerente à sua existência.” Cf. SPENGLER; PINHO, 2018, p. 250.

16 “Art. 3.º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. [...]”

17 “Por isso, o art. 3.º do NCP, ao se referir à apreciação jurisdicional, vai além do Poder Judiciário e da resolução de controvérsias pela substitutividade. O dispositivo passa a permitir outras formas positivas de composição, pautadas no dever de cooperação das partes e envolvendo outros atores. Cf. PINHO, (s.i.). 19/05/2021. Disponível em: <http://conhecimento.tjrj.jus.br>.

18 SCHMIDT, 2016.

19 “[...] cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação; [...]”.

20 COPETTI, (s.i.). 19/05/2021. Disponível em: <http://semanaacademica.org.br>.

21 “Os Pactos Republicanos consistem em um compromisso firmado entre os chefes dos três Poderes da República Federativa do Brasil para a implementação de modificações no ordenamento jurídico e de outras medidas, objetivando o aperfeiçoamento do aparelho estatal.” Cf. BORBA; PINHEIRO, (s.i.). 20/05/2021. Disponível em: <http://jus.com.br>.

especiais e justiça itinerante; execução fiscal; precatórios; graves violações contra os direitos humanos; informatização; produção de dados e indicadores estatísticos.²²

Posteriormente, no ano de 2009, surgiu a celebração do II Pacto Republicano de Estado, por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo, objetivando aprimorar as medidas do I Pacto e adotar outras novas, tais como o acesso universal à Justiça, especialmente dos mais necessitados; o aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e da prevenção de conflitos, entre outras questões minudentes.²³

Importante apontar a recente Resolução n.º 335, de 29/11/2020, do Conselho Nacional de Justiça,²⁴ que dispôs sobre a política pública nacional de gestão e governança do processo digital, unificando-o nos tribunais brasileiros com a criação da denominada “Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro”.

Logo, no esforço pela melhor prestação jurisdicional, verifica-se a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento da mediação digital, como mecanismo consensual de solução de controvérsias, que caminha a passos tênues ainda.

2.5 Vantagens e desvantagens da mediação digital

A mediação digital é instrumento efetivo de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e sua utilização tem trazido vantagens; porém, também existem desvantagens a serem enfrentadas,²⁵ como veremos adiante.

Pode-se destacar como vantagens prementes do neófito instituto, a redução a médio prazo da excessiva judicialização dos conflitos de interesses, da quantidade de recursos processuais e de execução de sentenças, sendo instrumento eficaz para o desafogamento das lides judiciárias brasileiras, com diminuição da sobrecarga de trabalho das estruturas judiciárias. De outra banda, destaca-se, também, o fato de ser fomento a um meio de infoinclusão digital, potencializando o exercício da cidadania plena.

É importante lembrar os aspectos referentes à maior celeridade, informalidade, desburocratização, efetividade e concretude/maximização de direitos, oportunizando-se, ainda, a homologação do acordo celebrado perante um juiz togado para formação de título executivo judicial.

Além disso, diante da circunstância excepcional da pandemia (2019), o uso da mediação digital tem-se mostrado de grande utilidade para a solução de conflitos e realização de audiências à distância, sem a presença física das partes e de terceiros, durante todo o período de distanciamento social.

Mais um aspecto de grande relevância na mediação digital é a manutenção das relações primevas, isto é, que possuem maior carga emocional nas lides em que se aplica a espécie autocompositiva, sendo um meio eficiente para restabelecer o diálogo entre as partes muitas vezes rompido quando do surgimento do conflito.

22 BORBA; PINHEIRO, (s.i.). 20/05/2021. Disponível em: <http://jus.com.br>.

23 *Ibidem*.

24 “Institui política pública para a governança e gestão de processo judicial eletrônico. Integra os tribunais do país com a criação da Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro – PDPJ-Br. Mantém o sistema PJe como sistema de Processo Eletrônico prioritário do Conselho Nacional de Justiça”

25 “Se, de um lado, a mediação on-line aproxima virtualmente os mediandos e o mediador, evitando gastos com deslocamentos e dispêndio de tempo, por outro, inviabiliza o contato pessoal (cara a cara) e dificulta a ampla percepção e captação dos sentimentos, das angústias, dos interesses subjacentes ao conflito, o que pode prejudicar o procedimento de construção do consenso.” Cf. PINHO, (s.i.). 19/05/2021. Disponível em: <http://conhecimento.tjrj.jus.br>.

Ademais, cabe mencionar o fato de que a solução advirá pela coconstrução das próprias partes interessadas, tudo sob facilitação de terceiro imparcial.

Outras vantagens estruturais são a economicidade e a agilidade na resolutividade dos problemas, encurtando-se tempo, recursos materiais e humanos.

De outra parte, é preciso mencionar as desvantagens existentes na utilização da mediação digital como técnica autocompositiva.

Assim, torna-se meio alternativo contingente, isto é, que exige condicionante de inclusão digital para que seja potencializado no exercício da cidadania plena, não abarcando os infoexcluídos, por vezes por falta de instrução e de conhecimento quanto aos meios eletrônicos de comunicação disponíveis. Tais questões referentes à falta de conhecimento e de instrução são óbices potenciais a não permitir a adaptação das pessoas aos novos meios de comunicação. Muitas vezes é o desconhecimento pessoal e ausência de *expertise* mínima que impedirão o domínio de ferramentas eletrônicas e da internet, não estando ligadas – diretamente – a questões econômicas, mas, também, sem excluí-la em concorrência como vetor de acessibilidade aos mecanismos indispensáveis.

Assim, em prejuízo concorrente, essas dificuldades se agravarão quando dizem respeito aos hipossuficientes. Segundo noticiado pelo Banco Mundial no “Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial: Dividendos Digitais (2016)”, quatro bilhões de pessoas não tinham acesso à internet, quase dois bilhões não utilizavam telefone celular e quase meio bilhão vivia fora de áreas com sinal de rede móvel.²⁶

Ainda no exame das desvantagens, podemos mencionar a existência de problemas estruturais, como a ausência de conectividade ampla na rede mundial de computadores, a exigência de suporte técnico e a carência de tecnologia adequada disponível às partes.

A título de ilustração, em recente auxílio emergencial concedido pelo governo federal brasileiro, aproximadamente 67 milhões de brasileiros ascenderam – compulsoriamente – na plataforma da empresa pública federal – Caixa Econômica Federal – para recebimento de benefício pago por meio de uma poupança digital. Todavia, foram registradas dificuldades de resposta no aplicativo quanto à inscrição no cadastro, consultas e transações posteriores, fatos que se espraiam passado mais de um ano da implementação da política de benefício assistencial.

Às desvantagens acima elencadas, somam-se a perda sensorial das “pistas” sobre o ponto base do conflito (ex. escuta ativa, comunicação ativa, empatia, entre outros), o que acabaria por prejudicar o objetivo de mudança de perspectiva das pessoas e de seus sentimentos envolvidos na lide. Assim, em questões mais sensíveis, a falta do ambiente presencial e de proximidade pode reduzir as chances de sucesso do procedimento, sobretudo durante a realização das *caucus*, isto é, reunião presencial entre o mediador e os mediados.

Sem prejuízo das fragilidades antepostas, cabe mencionar os desequilíbrios de poder existentes em sociedade. Sobre a questão, Owen Fiss²⁷ alerta que, em culturas ou comunidades nas quais os desequilíbrios de poder predominam – política, econômica, laboral ou social –, essas estruturas digitais merecem maior cuidado ao serem implantadas (ou transplantadas), posto que possivelmente manipuláveis em desfavor da parte hipossuficiente da relação posta sob mediação.

²⁶ Fonte: Banco Mundial, 2016.

²⁷ CRESPO, 2008, p. 108.

O uso de ferramenta digital traz ausência de aderência aos problemas e culturas locais, sejam eles comunitários, dramas familiares, dificuldades regionais, entre outros. Sendo o território brasileiro de porção continental, *verbi gratia*, um mediador sulista não teria, em tese, empiricamente, experiência para condução de *cases* de mediação nortistas. Os costumes, os valores, os ideais e os propósitos regionais devem até se equalizar no plano normativo, como fenômeno de redução de desigualdades de um único povo, mas não podem ser afastados de suas realidades locais para solução de controvérsias.

Além disso, predomina na sociedade certa desconfiança do método de resolução de conflitos não estatal (privatístico), decorrendo uma ideia de crise de legitimidade, onde residiria certa desconfiança quanto à idoneidade e à boa-fé do procedimento em si, onde a lógica de atuação de mediação privada possa trazer consigo certa carga indutiva ao desfecho (papel do mediador), com encaminhamento para construção pelas próprias partes de autossolução na disputa de interesses postos, sobressaindo, aqui, eventual melhor condição de resolutividade a um dos envolvidos, atividade típica do objeto de transação negocial em matéria de direitos disponíveis, cuja adjudicação estatal, em tese, não restaria influenciada pelos critérios de imparcialidade, equidade e justiça.

Podemos ainda apontar como critério de desfavoritismo o alto custo cobrado por hora de facilitação e de comunicação entre as partes perante as câmaras de conciliação e mediação privatísticas, de acordo com o valor estimado da causa, isto é, em patamar brasileiro inicial de até R\$40.000,00 (quarenta mil reais), a desaguar numa especialização focada ao direito empresarial.

Tem-se, por fim, a questão acerca das regras de confidencialidade aplicáveis ao procedimento autocompositivo que poderão vir a ser colocadas em xeque na utilização da mediação digital, isto é, presente numa plataforma da rede mundial de computadores.

Por todo o exposto, é essencial que haja um esforço contínuo para enfrentar as desvantagens existentes, em regime de colaboração de todos os sujeitos do processo, fazendo predominar as vantagens do uso das plataformas digitais nas neófitas mediações virtuais.

2.6 Da juridicidade da mediação digital

A mediação digital no continente europeu foi inspirada na Diretiva n.º 11/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, que normatizaram a resolução alternativa de litígios consumeristas, criando-se, assim, uma plataforma digital (RLL) para facilitar essa atividade (Regulamento UE n.º 524/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho União Europeia, de 21/05/2013, sobre a resolução de litígios de consumo em linha).

No Brasil, a evolução do instituto teve início com a Lei federal n.º 11.419/2006, que dá formato eletrônico no acesso à Justiça (inicialmente nos tribunais).²⁸ Posteriormente, o Decreto federal n.º 6.991/2009 tratou da política de inclusão digital do governo central.²⁹

Ainda, o Decreto federal n.º 7.175/2010 (revogado) regulamentava o Programa Nacional de Banda Larga, a fim de fomentar e difundir o uso de serviços de tecnologia da informação.³⁰ De grande importância, como já visto em linha atrás, tivemos a Resolução n.º 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, que dispôs sobre a política judiciária de mediação e conciliação³¹.

28 Dispõe sobre a informatização do processo judicial e dá outras providências.

29 Institui o Programa Nacional de Apoio à Inclusão Digital nas Comunidades – Telecentros.BR, no âmbito da política de inclusão digital do Governo Federal e dá outras providências.

30 Institui o Programa Nacional de Banda Larga PNBL e dá outras providências.

31 Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

Um notável avanço na matéria se deu com a edição do Novo Código de Processo Civil brasileiro – Lei federal n.º 13.105/2015 –, ao estabelecer a promoção, sempre que possível, da solução consensual dos conflitos (arts. 165 a 175),³² além de impor o dever de colaboração das partes no processo (art. 334).³³

A Lei federal n.º 13.140/2015, denominada Lei de Mediação brasileira, aplicável inclusive na administração pública, contém previsão expressa de utilização da atividade na forma digital.³⁴ Decorrendo do normativo anteposto, o Enunciado n.º 58, aprovado na “I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios” do Conselho da Justiça Federal, realizada em Brasília nos dias 22 e 23/08/2016,³⁵ consolidou o uso da mediação por meio eletrônico em qualquer tempo e grau de jurisdição.

Além disso, no primeiro semestre de 2016, o Conselho Nacional de Justiça elaborou portal de livre acesso ao cidadão denominado “Mediação Digital: a justiça a um clique”.³⁶ Nesse portal, depois de efetuado um cadastramento prévio, o usuário poderia descrever o seu conflito e com isso se abria um canal de diálogo com o outro conflitante, para que, mediante a técnica da mediação digital, pudessem ser construídas, pela via da facilitação, hipóteses consensuadas pelas próprias partes para pôr fim à contenda descrita.

Recentemente, como já dito alhures, a Resolução n.º 335, de 29/09/2020, do Conselho Nacional de Justiça, instituiu a política pública para a governança e a gestão de processo judicial eletrônico; dispendo sobre a integração dos tribunais do país com a criação da Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro – PDPJ-Br e manutenção do sistema PJe como processo eletrônico prioritário do Conselho Nacional de Justiça.³⁷ Por derradeiro, a Resolução n.º 358, de 02/12/2020, do Conselho Nacional de Justiça, dispôs sobre a criação de soluções tecnológicas para a resolução de conflitos pelo Poder Judiciário (mediação e conciliação),³⁸ impulsionada sua normação – em estado de emergência, isto é, pelos sucessivos fechamentos físicos dos fóruns locais, medida administrativa adotada por motivos sanitários e de distanciamento social, visando à contenção de propagação do novo coronavírus (2019).

32 “Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. [...]”; art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. [...]”; art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional. [...]”; art. 168. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação.

[...]”; art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.”

33 “Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

§ 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes. [...]”

34 “Art. 46. A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo. [...]”

35 Enunciado n.º 58. A conciliação/mediação, em meio eletrônico, poderá ser utilizada no procedimento comum e em outros ritos, em qualquer tempo e grau de jurisdição.

36 Fonte: CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Mediação Digital: a justiça a um clique. [21/05/2021]. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/mediacaodigital/>.

37 “Art. 1º. Fica instituída a política pública para a governança e gestão de processo judicial eletrônico, integrando todos os tribunais do país com a criação da Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro – PDPJ-Br, mantendo-se o sistema PJe como sistema de Processo Eletrônico prioritário do Conselho Nacional de Justiça.”

38 “Art. 1º. Os tribunais deverão, no prazo de até 18 (dezoito) meses a contar da entrada em vigor desta Resolução, disponibilizar sistema informatizado para a resolução de conflitos por meio da conciliação e mediação (SIREC). [...]”

Assim, existe regulamentação suficientemente capaz acerca da matéria no ordenamento jurídico europeu e brasileiro para supedâneo de juridicidade de aplicação do neófito instituto, restando assegurar-se a sua eficácia plena no plano realístico, sem prejuízo da ampliação do arcabouço normativo, por meio de normas específicas para melhor adequação na busca de produção de resultados sociais desejáveis.

2.7 Da capacitação profissional dos mediadores digitais

Em que pese a mediação ser técnica autocompositiva já experimentada no meio jurídico, serão necessários a capacitação, o treinamento, a atualização e a reciclagem permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores para utilização de métodos virtuais consensuais de solução de conflitos.

Além disso, há diferença substancial entre condução presencial e a condução telepresencial (digital). Nesse ponto, como observa Humberto de Pinho,³⁹ é importante que os mediadores on-line tenham capacitação técnica, habilidade e familiaridade com as particularidades desse ambiente virtual.

De outra parte, os centros de mediação privados especializados acabam por suplantam a ideia de eficiência publicista, até pelo volume das demandas, filtrado pela capacidade econômica de estar num *locus* melhor estruturado.

Tais fatos demonstram a necessidade de melhor regular os critérios de qualidade que garantam o adequado funcionamento do procedimento da mediação digital, com vistas à eficiência do método autocompositivo.

2.8 Da doutrina e seus dogmas mínimos

As discussões doutrinárias sobre o tema são dotadas de tibieza, considerado ser o instituto neófito dependente de construção acadêmica sólida a partir da utilização de métodos científicos idôneos. Assim, a matéria ainda carece de maior conhecimento e embasamento doutrinário que lhe dê supedâneo para indispensáveis estudos com maior difusão do conhecimento.

É interessante colacionar a observação de José Carlos de Almeida Filho,⁴⁰ segundo o qual ainda se avista uma grande resistência quanto à implantação de meios eletrônicos, seja no sistema judicial seja no próprio ordenamento controlador da sociedade. Tal fato acaba por influenciar a carência de estudos básicos sobre Direito Eletrônico, embora imprescindíveis para maior aprofundamento de questões referentes à mediação digital e ao acesso virtual à jurisdição.

Portanto, é necessário desenvolver maior volume de estudos doutrinários acerca do tema, a partir de seus marcos e referenciais teóricos partindo de sua base, isto é, dos seus conceitos principiológicos, imprescindíveis à definitividade da escolástica jurídica clássica.

3 ENCAMINHAMENTO FINAL

A mediação digital pela internet é meio – idôneo e eficaz – alternativo na resolução de controvérsias, utilizada como neófito instrumento publicista e privatístico de acesso à Justiça na busca da tutela de direitos individuais e coletivos.

Para maximização de seus impactos positivos, será necessário tornar o novo método de solução de litígios acessível a todos, por meio da inclusão digital e do desenvolvimento de uma cultura de colaboração

39 PINHO, (s.i.). 19/05.2021. Disponível em: <http://conhecimento.tjrj.jus.br>.

40 ALMEIDA FILHO, (2015), p. 48.

voltada à satisfatividade de resultados. Essa inovação deve ser compreendida no contexto de uma política pública permanente de acesso à jurisdição.

Sem prejuízo de carência doutrinária específica da matéria, como num contexto do Direito Eletrônico no todo, há juridicidade capaz de dar supedâneo à utilização do meio alternativo com vantagens muito mais superiores às desvantagens escrutinadas no presente ensaio.

A qualificação dos operadores do direito, aliada a melhor capacitação do terceiro imparcial (mediador) para uso de ferramentas tecnológicas, propiciará a confiança, celeridade e segurança jurídica indispensáveis ao meio adequado da solução de problemas submetidos à mediação digital.

Concludentemente, a mediação digital é meio tecnológico capaz de promover uma célere realização da Justiça, pela via da resolução alternativa de disputas entre indivíduos, desde que estejam em posição de igualdade material na relação jurídica mediada. Depende de um melhor planejamento na inclusão digital do cidadão, com difusão horizontal de maior aderência pela sociedade em grau de efetividade, tudo como novo movimento dialógico de uma possível “onda renovatória de acesso à Justiça”, premente de uma transição digital segura, eficaz e fincada numa nova política pública de infoinclusão digital.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, José Carlos de. **Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico. A informatização judicial no Brasil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BORBA, Rodrigo Rosa; PINHEIRO, Linda Yang Gil Lima. Os pactos republicanos brasileiros. (s.i.). 20 maio 2021. Disponível em: <http://jus.com.br>.

BRASIL. **Lei federal n.º 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil brasileiro.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Mediação Digital: a justiça a um clique. Brasília. (s.i.), 21 maio 2021. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/mediacaodigital/>. 2021.

COPETTI, Maria Eduarda Granel. Mediação e Conciliação: políticas públicas de resolução de conflitos complementares à jurisdição. (s.i.), 19 maio 2021. Disponível em: <http://semanaacademica.org.br>.

CRESPO, Mariana Hernandez. A systemic perspective of ADR in Latin America: enhancing the shadow of the law through citizen participation. **Cardozo Journal of Conflict Resolution**, n. 91, 2008.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados aprovados na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios. Brasília. (2016). 21 maio de 2021. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br>.

GASTALDI, Suzana. As ondas renovatórias de acesso à justiça sob enfoque dos interesses metaindividuais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3817, 2013. (s.i.). [18/05/2013]. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/26143>.

MARTINS, Daniela Dias Graciotto. O acesso à justiça frente às crises do direito, da Administração da justiça e do juiz. In: SIQUEIRA, Dirceu; OLIVEIRA, Flávio Luís de (Org.). **Acesso à Justiça: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica**. São Paulo: Boreal, 2012.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação online e as novas tendências em tempos de virtualização por força da pandemia de covid-19. (s.i.), 19 maio 2021. Disponível em: <http://conhecimento.tjrj.jus.br>.

SCHMIDT, João Pedro. Condicionantes e diretrizes de políticas públicas: um enfoque comunitarista da transformação social. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, UniCEUB, Brasília, v. 6, n. 3, dez. 2016.

SILVA, Guilherme Barbosa da; BARBOSA, Amanda Querino dos Santos. Acesso à justiça e desigualdade social: reflexos na efetivação dos direitos fundamentais. **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 913-933, jan.-jun./2016.

SPENGLER, Fabiana Marion; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação judicial de conflitos como política judiciária de acesso à justiça no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 72, jan./jun. 2018.

O CONTROLE DOS TRIBUNAIS DE CONTAS SOBRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A (IN) APLICABILIDADE DO ARTIGO 22 DA LINDB NA JURISPRUDÊNCIA DO TCE-MG

THE CONTROL OF COURTS OF ACCOUNTS OVER PUBLIC ADMINISTRATION: THE (IN) APPLICABILITY OF ARTICLE 22 OF THE LINDB IN THE JURISPRUDENCE OF THE TCE-MG



Pollyana Dutra Costa Plantikow

Procuradora-Geral do Município de Aimorés/MG. Especialista em Governança, Gestão Pública e Direito Administrativo pelo Centro Universitário Fаметro. Especialista em Advocacia Pública pela Escola da Advocacia Geral da União (AGU).

Sumário: **1** Introdução; **2** O atual sistema do controle externo dos tribunais de contas sobre a administração pública; **2.1** Os efeitos do atual controle externo dos tribunais de contas na gestão pública; **3** Objetivos das inovações promovidas na LINDB; **3.1** Comentários ao artigo 22 da LINDB; **4** Impactos das disposições do artigo 22 da LINDB nas decisões do TCE-MG; **5** Conclusão; Referências

Resumo: O presente artigo tem como escopo analisar se o artigo 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) tem sido aplicado na jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE-MG). Para tanto se apresenta o atual sistema do controle externo realizado pelos Tribunais de Contas, bem como os seus efeitos no âmbito da Administração Pública. Com isso, em seguida aponta-se os objetivos das alterações promovidas na LINDB pela Lei nº 13.655/2018 e destaca-se os preceitos positivados no artigo 22, considerando as disposições do Decreto 9.830/2019 e os enunciados de interpretação desse artigo formulados pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA). Para verificar os reflexos de tal dispositivo na atividade decisória do TCE-MG, esta pesquisa apresenta uma análise jurisprudencial da atuação da Corte nos acórdãos proferidos em sede de recursos ordinários que efetivamente aplicaram o referido artigo, dentro do recorte temporal de 26/04/2018 até 01/03/2023. Observa-se no sucinto conjunto de acórdãos analisados que a Corte de Contas, ao exercer a sua atividade controladora, admite a necessidade de avaliar as considerações acerca do agente, do fato e de suas circunstâncias, indicando a intenção de adoção do entendimento preconizado no artigo 22 da LINDB na formação de sua jurisprudência.

Abstract: This article aims to analyze whether article 22 of the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law (LINDB) has been applied in the jurisprudence of the Court of Auditors of the state of Minas Gerais (TCE-MG). Therefore, the current system of external control carried out by the Courts of Auditors is presented, as well as its effects in the scope of Public Administration. With this, then, the objectives of the changes promoted in LINDB by Law nº 13.655/2018 are pointed out, and the precepts set forth in article 22 are highlighted, considering the provisions of Decree 9.830/2019 and the interpretation statements of this article formulated by the Institute Brazilian Institute of Administrative Law (IBDA). In order to verify the effects of such a device on the decision-making activity of the TCE-MG, this research presents a jurisprudential analysis of the Court's performance in the judgments handed down in the context of ordinary appeals that effectively applied the aforementioned article, within the time frame of 04/26/2018 until 01/03/2023. It is observed in the brief set of judgments analyzed that the Court of Auditors, when exercising its controlling activity, admits the need to evaluate the considerations about the agent, the fact and its circumstances, indicating the intention of adopting the understanding advocated in the article 22 of LINDB in the formation of its jurisprudence.

Palavras-chave: Administração Pública do medo. Controle. Gestor Público. LINDB. TCE-MG.

Keywords: Public Administration of fear. Control. Public Manager. LINDB. TCE-MG.

1 INTRODUÇÃO

Desde a promulgação da Constituição da República de 1988, o sistema de controle externo da Administração Pública brasileira sofreu ampliação, causando impactos diretos no exercício da atividade administrativa. As alterações promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) pela 13.655/2018 tiveram como objetivos sofisticar a sistemática desse controle e proporcionar maior segurança jurídica aos gestores.

Portanto, o escopo desta pesquisa é verificar se, neste atual cenário jurídico, após a publicação da alteração legislativa, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE-MG) tem aplicado o artigo 22 da LINDB, especialmente no julgamento dos Recursos Ordinários pelo Pleno, objeto da pesquisa.

O método adotado é o empírico de abordagem, com uso de técnicas de pesquisa bibliográfica, documental e legislativa. O recorte temporal da pesquisa contempla decisões proferidas desde a publicação da Lei 13.655/2018, a partir de 26 de abril de 2018 até 1º de março de 2023. Os acórdãos foram pesquisados no site do TCE-MG, em consulta à jurisprudência, na opção pesquisa avançada¹, na qual se localizou a quantidade de 32 acórdãos, com a análise qualitativa de 29 acórdãos que efetivamente aplicaram o artigo 22 da LINDB, com a redação inserida pela Lei 13.655/2018, em sede de recursos ordinários, utilizando-se dos seguintes parâmetros no termo de pesquisa: “art.22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro” e “artigo 22 do Decreto-Lei 4.657/42 ou Art. 22 da LINDB”, ambas as pesquisas em “Inteiro teor”. Já o termo “Art. 22 da LINDB” foi pesquisado em “Ementa”.

O trabalho está desenvolvido em três seções. A primeira aborda o atual sistema do controle externo dos tribunais de contas, no qual se verifica a ampliação de suas atribuições e os seus efeitos no dia a dia no âmbito da administração pública, não só em nível federal, como também estadual e municipal, pois há predisposição que os demais tribunais de contas sejam influenciados pelos seus posicionamentos.

A segunda seção expõe os objetivos das alterações da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e uma análise dos dispositivos do artigo 22, com abordagem ao Decreto regulamentador nº 9.830/2019 e dos enunciados de interpretação do dispositivo formulados pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA), também no ano de 2019, na cidade de Tiradentes.

A última seção avalia a aplicação do artigo 22 da LINDB pela Corte de Contas do Estado de Minas Gerais, por meio de consulta à sua jurisprudência.

2 O ATUAL SISTEMA DO CONTROLE EXTERNO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS SOBRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, as formas de controle sobre a atuação administrativa expandiram de modo significativo. Arelada a essa ampliação, a legislação infraconstitucional que trata da efetivação desse controle, em sua grande maioria, não foi elaborada a partir dos seus impactos na administração pública, mas sim amparada em preceitos jurídicos indeterminados, baseados em critérios subjetivos e principiológicos, o que também contribuiu para superestimar a sua competência.²

¹ Disponível em: <https://tcjuris.tce.mg.gov.br/>.

² De acordo com Marques Neto e Palma (2017, p. 22) “a legislação de controle estrutura-se na tríade *principiologia, sanção e prerrogativas*. A *principiologia* legitima a conferência de prerrogativas de controle à instituição que goza de boa reputação, inexoravelmente a instituição de controle, valendo-se da sanção caso alguma irregularidade seja apurada”.

Para Marques Neto e Palma (2017, p. 23), a atual forma do controle baseia-se nos seguintes fatores:

[...] A percepção do Constituinte com relação à Administração Pública e à instância controladora, em um primeiro momento, e a opinião popular legitimando a legislação de controle redigida pelos próprios controladores, em um segundo, foram os grandes fatores responsáveis pela atual modelagem do controle externo da Administração Pública. Trata-se de um processo aleatório, voluntarioso e desmensurado.

O controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União (TCU)³ possui previsão no artigo 71 da CR, que dispõe o rol de sua competência, cuja função precípua é o controle financeiro e orçamentário da administração pública. Já o artigo 75 declara que as normas referentes ao TCU se aplicam, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos tribunais de contas dos estados e do Distrito Federal, bem como dos tribunais e conselhos de contas dos municípios.⁴

Nos últimos anos, observa-se, por vezes, um controle excessivo pelo Tribunal de Contas da União, o qual se intitulou de “ativismo de contas”.⁵ Após a análise de algumas de suas deliberações, foi identificada uma atuação além da competência estabelecida pela CR, interpretações contrárias aos textos das legislações, ofensas a precedentes judiciais e até mesmo a elaboração de normas sem o devido processo legal, demasiadamente baseadas apenas em princípios (CABRAL; SARAI, 2023, p. 903).

Ainda nesse sentido, de acordo com a equipe do Observatório do TCU da Fundação Getúlio Vargas (FGV) Direito SP + SBDP, “aos poucos, o Tribunal parece deixar de exercer a específica missão de polícia das finanças públicas, assumindo a posição de juiz de última instância de todos os interesses públicos” (BRAGA *et al.*, 2020).⁶

Convém destacar que, à medida que o TCU passa a se manifestar sobre assuntos típicos de gestão, próprios da função administrativa, propicia deliberações no mesmo sentido pelos tribunais de contas dos entes federados, pois é tendência que estes reproduzam o “entendimento” apresentado pelo TCU, o que impacta as decisões emanadas pelo controle externo no âmbito de toda a administração pública (federal, estadual e municipal).

Sabe-se que a sujeição ao controle se encontra intrínseca no exercício das atividades da administração pública e tem um papel fundamental no aprimoramento da democracia, servindo como garantia não só para a administração, como também para os administrados. Contudo, não é razoável que se estenda a ponto de interferir na atividade administrativa, precedendo-se ao administrador.

2.1 Os efeitos do atual controle externo dos tribunais de contas na gestão pública

O controle externo excessivo estimula condutas ou resultados indesejáveis no desempenho da função pública e o favorecimento da “administração pública do medo”⁷, expressão bastante difundida no dia a dia

3 Zockun e Zockun (2007, p. 137) asseguram que o termo “Tribunal de Contas” foi empregado na Constituição da República de forma técnica, como um órgão cuja “análise de contas” ocorre em sua forma originária, sem qualquer vínculo com a ideia de tribunal como órgão recursal e revisor.

4 Atualmente, são 33 tribunais de contas brasileiros, divididos em três níveis: União (TCU), estados (nas 26 capitais e Distrito Federal), Municípios do Estado (Bahia, Goiás e Pará) e tribunais de contas do Município (São Paulo e Rio de Janeiro).

5 Sobre o tema, Cabral (2021, p. 8) compreende por ativismo de contas “o comportamento dos Tribunais de Contas, que a pretexto de se mostrarem proativos ou de serem encarados como concretizadores de direitos fundamentais ou controladores de políticas públicas, acabam por exercer suas atribuições em desconformidade com o que permite o texto constitucional e infraconstitucional, demonstrando a subjetividade na tomada de decisões por seus membros”.

6 Disponível em: http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2020/01/TCU_justi%C3%A7a-administrativa_-JOTA-Info.pdf. Acesso em: 12 mar 2023.

7 De acordo com Nohara (2020), a expressão *administração pública do medo* “designa a situação em que, diante da proliferação de oportunidades de responsabilização do administrador, este começa a ficar com receio de manejar com segurança as oportunidades de agir, em virtude da possibilidade de lhe imputar a responsabilidade e de ser condenado, mesmo quando agiu da melhor forma ante os obstáculos”. Disponível em: <https://direitoadm.com.br/administracao-publica-do-medo>. Acesso em: 05 fev 2023.

da administração, em virtude das crescentes vias de responsabilização do gestor público, que tem deixado muitas vezes de agir com receio de condenações e buscado a autoproteção, ainda que em detrimento do interesse público (GUIMARÃES, 2016).⁸

Dessarte, inseriu-se a crise da ineficiência pelo controle,⁹ ou seja, buscar melhores resultados deixou de ser o alvo da administração pública. O agente público passou a atuar preocupado em minimizar os riscos de tomar decisões ou adotar condutas questionáveis pelo controlador. A propósito, não raras vezes, os controladores estão sendo vistos como “engenheiros de obras prontas”, isto significa que, no exercício do controle, é frequente o apontamento de incorreções e desconformidades após a ação do agente, mirando apenas na sanção (MOTTA; NOHARA, 2019, p. 25).

O excesso de subjetivismo também tem causado insegurança jurídica no âmbito do controle externo. O TCU, há alguns anos, utiliza o referencial do “administrador médio”, ou seja, aquele dotado de cautela, diligente, fiel aplicador da lei e que age em consonância com a jurisprudência do tribunal, para fundamentar suas decisões na imputação de responsabilidade aos gestores públicos, ao ponto que todo e qualquer administrador que se furte desse parâmetro é responsabilizado (PALMA, 2018).¹⁰

À vista disso, rotineiramente, o que se assiste é o “apagão das canetas”, ou seja, o administrador público deixa de tomar decisão, tendo em vista o temor de no futuro ser responsabilizado por esta, ainda que acertada no momento em que foi adotada, mas contrária às orientações do controlador (MOTTA; NOHARA, 2019, p. 24).

Além da fuga da responsabilização pelo excesso de controle, são corriqueiros os “jogos da culpa”, ou seja, o agente público, na tentativa de escapar da responsabilização, atribui a culpa ao seu superior, o que causa um expressivo desconforto no cotidiano administrativo, sendo mais uma consequência do controle desmedido na gestão pública (SANTOS, 2020, p. 173).

Dessa forma, o excesso de controle não tem implicações só na atuação do gestor público, mas abrange todos os servidores da administração pública, sejam aqueles que exercem cargos efetivos, comissionados ou prestadores de serviços, como também na atividade da advocacia pública, sobretudo, no exercício das funções de consultoria e assessoramento do Poder Executivo, principalmente nas contratações públicas e no auxílio da efetivação das políticas públicas.

É cada vez mais comum que os atos administrativos precedidos de pareceres jurídicos sejam alvos, também, dos órgãos de controle externo, na tentativa de atribuir responsabilidade solidária do parecerista com o gestor, que de igual modo se torna receoso e mero aplicador da lei.

Em paralelo, percebeu-se que o medo não é somente consequência do controle excessivo, mas também pode ser visto como causa, já que, quanto mais o agente público busca se eximir de responsabilização seja através de “jogos de culpa”, de respostas imediatas, sem fundamentação, seja se abstendo de se decidir, mais rígido é o exercício do controle, o que gera consequências significativas na gestão pública (SANTOS, 2020, p.173).

8 Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-cri-se-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 26 fev 2023.

9 Guimarães (2016) pontua que diante da crise de ineficiência pelo controle (...) “tomar decisões heterodoxas ou praticar ações controvertidas nas instâncias de controle é se expor a riscos indigestos.” Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-cri-se-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 26 fev 2023.

10 PALMA (2018) localizou 133 acórdãos no TCU que utilizou a expressão administrador médio para comparar o comportamento do administrador, com base na razoabilidade da conduta. Ao final da pesquisa assegurou que para o TCU “se a carapuça do administrador médio não servir, responsabiliza-se.” Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/control-e-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018>. Acesso em: 20 mar 2023.

É indiscutível que o medo paralisa o gestor, de forma que este não se voluntaria a correr os riscos próprios da inovação em face de possível responsabilização, ou seja, tem-se por protagonista um gestor inerte aguardando as orientações do controlador, que tende a um “fechamento institucional à inovação, principalmente pela necessidade de o agente público proteger-se na esfera do controle” (CRISTÓVAM; SOUSA, 2022, p. 30).

Portanto, difundir a ideia do excesso de controle, ainda que seja na tentativa de conter episódios de desmazelos e até mesmo de corrupção noticiados pela mídia ou para atender aos anseios da opinião pública, nada mais tem ocasionado senão um entrave à eficiência da administração.

Nessa conjuntura, a Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, promoveu alterações substanciais na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942, na busca de orientar a interpretação do direito público, o que evidenciou a necessidade de ajuste na atuação dos órgãos de controle.

3 OBJETIVOS DAS INOVAÇÕES PROMOVIDAS NA LINDB

A iniciativa das inovações na LINDB originou-se com o advento do Projeto de Lei nº 349/2015, apresentado no Senado pelo então senador Antonio Anastasia, que contou com a elaboração do seu texto pelos administrativistas Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto. Ao ser remetido à Câmara dos Deputados, foi renumerado sob o nº 7448/2017, para, por conseguinte, ser sancionado e publicado como Lei, de n.º 13.655/2018.

De acordo com o autor do projeto da lei, a proposta vislumbrou “novas balizas interpretativas, processuais e de controle, a serem seguidas pela administração pública federal, estadual e municipal” (ANASTASIA, 2015).¹¹

A proposta de lei foi alvo de muitas críticas, inclusive, com divulgação de “fake news institucionais”,¹² e alvo de diversas manifestações,¹³ até mesmo dos órgãos de controle, especialmente pelo Ministério Público e Tribunal de Contas, que ficaram receosos com a suposta possibilidade de limitação do controle sobre a administração pública e eventual comprometimento da autonomia e da competência que lhes foram amplamente concedidas pela Constituição da República de 1988.

Apesar das críticas, com a sua promulgação, foram inseridos os artigos 20 a 30 na LINDB, com alguns vetos no projeto original.¹⁴ Quanto ao conteúdo promulgado, ainda foi constatado que a Lei n.º 13.655/2018 possuía muitas expressões e termos generalizados, o que predispôs que alguns de seus dispositivos fossem vistos como *solublemas*.¹⁵

11 Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121664>. Acesso em: 01 mar 2023.

12 Modesto (2018) destaca que projeto de lei que promoveu as alterações na LINDB, por limitar o arbítrio e exigir dos órgãos de controle menor grau de discricionariedade em favor da segurança jurídica, foi difamado por representantes de auditores dos tribunais de contas, de juízes e membros do Ministério Público “como um projeto voltado a facilitar o malfeito, para usar uma expressão que entrou em voga”. Tais entidades pediram o veto integral, propagando autênticas *fake news*.

13 Como exemplo dessas manifestações cita-se o documento elaborado pela Consultoria Jurídica do Tribunal de Contas da União, intitulado “Análise Preliminar do PL 7.448/2017”, bem como o Ofício nº 219/2019, endereçado ao Presidente da República, protocolado por um conjunto de associações nacionais, em que foi sugerido o veto integral do PL nº 7.448.

14 O presidente da República, embasado na contrariedade ao interesse público e inconstitucionalidade, vetou os seguintes dispositivos: parágrafo único do art. 23; o art. 25 integral; incisos II e §2º do art. 26; os §§ 1º, 2º e 3º do art. 28 e o § 2º do art. 29.

15 Nesse contexto, Motta e Nohara (2019, p. 25) apresentam o termo “Solublemas da LINDB”, como uma nova expressão, que surgiu no cenário dos debates de interpretação das alterações da LINDB e o conceituam como: “apesar de o diagnóstico da gestão ser correto, nem sempre os dispositivos da LINDB efetivamente solucionam as questões de segurança jurídica e de eficiência, como pretendido e anunciado pela Lei 13.655/2018, primeiramente, porque muito dos novos dispositivos legais empregam conceitos jurídicos tão abstratos e indeterminados como os que geram os problemas de insegurança na interpretação do direito público, depois, porque, ao incentivar as soluções mais customizadas, com individualização da pena e mais consensuais, o que é desejável, isso não implica necessariamente em maior padronização e previsibilidade da ação do controle, seja administrativo, seja externo, dos Tribunais de Contas ou do Poder Judiciário”.

Buscando esclarecer alguns desses termos, no dia 11 de junho de 2019, foi publicado o Decreto nº 9.830/2019, que regulamentou o disposto nos artigos 20 a 30 da LINDB e serviu como orientador de interpretação. Ainda nesse sentido, o Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA), também em junho de 2019, na cidade de Tiradentes, elaborou 21 enunciados de interpretação aos novos dispositivos da LINDB no intuito de orientar a sua aplicação tanto pela gestão pública como até mesmo pelos órgãos de controle.

Segundo Diniz (2018, p. 306), os objetivos da lei ao introduzir tais artigos na LINDB foram aperfeiçoar a qualidade das decisões dos órgãos administrativos de controle ao positivar a motivação; fixar limites à interpretação e ao modo de aplicar as normas sobre gestão pública; determinar a transparência e a eficiência em todo ajuste que envolva autoridades públicas e particulares, por facilitar o diálogo; bem como permitir a responsabilidade subjetiva do agente público que agir dolosamente ou praticar erro grosseiro.

Cristóvam e Sousa (2022, p. 31) afirmam que a nova LINDB possibilita a inovação na administração pública. De fato, após a entrada em vigor dessas alterações, há certa predisposição de que os gestores se sintam mais seguros para decidir. Para Motta e Nohara (2019, p. 25), a lei estimulou soluções mais justas na busca de conter a excessiva responsabilização do agente, procurando ressaltar o consequencialismo, e favoreceu “a consideração, na *ratio decidendi*, também das dificuldades fáticas enfrentadas, quando do cumprimento legal”, ou seja, as limitações materiais e o contexto fático.

A Lei n.º 13.655/2018 passou a exigir não apenas a “contextualização” na interpretação do direito, mas também na aplicação de sanções e na responsabilização dos gestores públicos, ao passo que a partir de então é inevitável sopesar as condições materiais para se atingir o propósito de uma “aplicação mais realista do direito público brasileiro” (JORDÃO, 2018, p. 69).

3.1 Comentários ao artigo 22 da LINDB

Nesse contexto, surge o artigo 22, *caput*, da LINDB,¹⁶ que determina que, “na interpretação de normas de 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”¹⁷

Da mesma maneira, quando se tratar de decisão sobre a regularidade da conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, deverão também considerar as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente, conforme disposto no § 1º do artigo 22 da LINDB.

Com isso, sobrevém a ideia de um “mandamento de otimização”, isto é, de antemão, os direitos dos administrados devem ser assegurados, de forma que apenas o deixarão de ser se os obstáculos enfrentados pelo gestor público forem reais e potencialmente capazes de afastá-los (CABRAL; SARAI, 2023, p. 693).

O que se espera é que o controlador se coloque na posição do gestor, sem lhe transferir ônus de administrar e, muito menos, que faça julgamentos exclusivamente sob o seu ponto de vista, mas com o encargo de

16 Calha mencionar que a ideia e a concepção por trás do mencionado artigo já tinham sido desenvolvidas em certa medida por Weida Zancaner (2008).

17 O Enunciado nº 11 de Interpretação da LINDB (Encontro de Tiradentes IBDA, 2019) esclareceu a expressão “dificuldades reais” do *caput* do art. 22 da LINDB, a qual abrangeria “carências materiais, deficiências estruturais, físicas, orçamentárias, temporais, de recursos humanos (incluída a qualificação dos agentes) e as circunstâncias jurídicas complexas, a exemplo da atecnia da legislação, as quais não podem paralisar o gestor”.

analisar, além da legalidade, a conjuntura da gestão pública no momento da tomada de decisão, no intuito de compreendê-la.¹⁸

Não raras vezes, os gestores públicos, no exercício da atividade administrativa, estão diante de inexistência de meios materiais ou até mesmo indisponibilidade econômica para concretizar a prestação pública. Portanto, é perfeitamente admissível que, se o gestor priorizar uma política pública em detrimento de outra, não necessariamente isto deverá resultar em responsabilização.¹⁹ Logo, é fundamental que a atuação do órgão no exercício do controle seja cautelosa e capaz de avaliar o panorama da atividade do agente público, considerando as peculiaridades de cada ente.

Ressalta-se que a redação do artigo não autoriza o gestor a deixar de fazer, mas determina que as circunstâncias fáticas, que porventura possam influenciar a interpretação, sejam ponderadas pelo controlador. Com isso, o mencionado artigo corrobora o “primado da realidade” e demanda o exercício da alteridade no julgamento, a ponto de que se reconheça que muitas decisões foram as melhores, ou senão únicas possíveis, diante do contexto e dos obstáculos vivenciados pelo gestor (MOTTA; NOHARA, 2019, p. 61).²⁰

Por outro lado, Motta e Nohara (2019, p. 63) afirmam que o gestor também deve fazer uma interpretação equilibrada da norma para a execução dos seus atos, partindo de uma adequada e justa motivação, permitindo ao controlador melhor análise da situação vivenciada, com o propósito de efetivamente demonstrar as dificuldades e os obstáculos na prática para que ocorra o respeito do controlador à sua discricionariedade e autotutela, evitando penalizações desarrazoadas.

Na hipótese de aplicar alguma sanção ao gestor, de acordo com §2º do artigo 22 da LINDB, deverão ser 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, o que não significa privilégio da função pública, mas necessária moderação do controle, mais uma vez no intuito de medir as consequências práticas da decisão.²¹

Por último, o §3º do artigo 22 da LINDB dispõe que “as sanções aplicadas ao gestor serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato”. Ressalta-se que diante das possibilidades do agente público responder em diversas instâncias, a expressão “das demais sanções de mesma natureza” deve ser interpretada como “sanções de mesmo efeito impostas em searas diferentes de responsabilização” (PENNA; ALMEIDA; SALLES, 2021, p. 73).

Assim, é de se concluir que a redação do art. 22 da LINDB busca aperfeiçoar os processos de tomada de decisão tanto da administração como dos órgãos de controle e racionalizar a aplicação de sanções, principalmente aquelas que se mostram excessivas e desproporcionais diante do fato concreto, impondo

18 O Enunciado nº 12 do mesmo encontro orienta que “o exercício da atividade de controle, a análise dos obstáculos e dificuldades reais do gestor, nos termos do art. 22 da LINDB, deve ser feita também mediante a utilização de critérios jurídicos, sem interpretações pautadas em mera subjetividade”.

19 Nesse sentido, é o artigo 13 do Decreto nº 9.830/2019 que, ao tratar da análise da regularidade da decisão, assim prevê: “a análise da regularidade da decisão não poderá substituir a atribuição do agente público, dos órgãos ou das entidades da administração pública no exercício de suas atribuições e competências, inclusive quanto à definição de políticas públicas”.

20 O Enunciado nº 16 de Interpretação da LINDB (Encontro de Tiradentes IBDA, 2019) estabelece que “diante da indeterminação ou amplitude dos conceitos empregados pela lei, se, no caso concreto, a decisão do administrador mostrar-se razoável e conforme o direito, o controlador e o juiz devem respeitá-la, ainda que suas conclusões ou preferências pudessem ser distintas caso estivessem no lugar do gestor”.

21 Ligados ao conteúdo normativo mencionado, os Enunciados nº 14 e 15 de Interpretação da LINDB (Encontro de Tiradentes IBDA, 2019), respectivamente, dispõem que: a) “em homenagem ao princípio da proporcionalidade, a dosimetria necessária à aplicação das sanções será melhor observada quando as circunstâncias agravantes ou atenuantes aplicáveis ao caso forem positivadas preferencialmente em lei, regulamentos, súmulas ou consultas administrativas”; e b) “para efeito do disposto no artigo 22, §2º da LINDB, os conceitos do direito penal podem ser usados na aplicação das sanções, subsidiariamente, desde que derivem de um núcleo comum constitucional entre as matérias, lastreado nos princípios gerais do direito sancionador, sobretudo quando não houver regulação específica”.

a consideração das consequências do ato, além da verificação do fato típico. Destaca-se que o referido artigo tem sido descrito como “um pedido de empatia’ com o gestor e com suas dificuldades” (JORDÃO, 2018, p. 69).

4 IMPACTOS DAS DISPOSIÇÕES DO ARTIGO 22 DA LINDB NAS DECISÕES DO TCE-MG

O objetivo desta seção é analisar se o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE-MG) tem considerado a estrutura normativa dada pela Lei nº 13.655/2018 ao artigo 22 da LINDB, na busca de avaliar a aplicação de suas orientações e interpretações.

A pesquisa dedicou-se às decisões colegiadas proferidas pelo TCE-MG em sede de recursos ordinários²² julgados pelo Tribunal Pleno²³, pois a intenção é avaliar o entendimento recursal nas decisões que resolvem o mérito dos processos sujeitos a julgamento no âmbito desse órgão de controle.

A pesquisa retornou um total de 32 acórdãos, excluídos aqueles que apareceram de forma repetida na aplicação dos termos na ferramenta de pesquisa. Após analisar os seus conteúdos, observou-se que, na totalidade acima especificada, o artigo 22 da LINDB não foi mencionado nas sessões dos votos de 3 acórdãos, apesar de ter sido suscitado pelos recorrentes, razão pela qual esses recursos não foram objeto da pesquisa.

À vista disso, foram examinados 29 acórdãos que efetivamente aplicaram o artigo 22 da LINDB inserido pela Lei 13.655/2018, ainda que pela unidade técnica ou pelo Ministério Público de Contas, pois o propósito do estudo é avaliar a sua aplicação pelo TCE-MG e o impacto no exercício da atividade decisória.

Entre os acórdãos verificados na pesquisa, compete registrar que 3 recursos ordinários foram providos, ainda que parcialmente, por unanimidade, e 18, por maioria dos votos. Assinala-se também que 8 recursos ordinários tiveram seus provimentos negados apesar de neles terem sido enfatizados os fundamentos do referido artigo da LINDB, mas os julgadores entenderam não ser passível de aplicá-lo aos casos em análise.

As partes recorrentes nas razões dos seus recursos suscitaram a aplicação do artigo 22 da LINDB somente em 4 recursos ordinários. Dessa forma, observa-se que o TCE-MG identificou o comando do artigo 22 da LINDB, mesmo não tendo sido invocado pela parte e, na maioria dos casos em que os conselheiros consideraram os seus preceitos, valeram-se de ressaltar que os tribunais de contas no exercício do controle externo devem avaliar os obstáculos e as dificuldades reais encaradas pelos gestores.

Por outro lado, nota-se, pelo recorte da pesquisa, que a parte recorrente, por vezes o próprio gestor público, ainda não se atentou para a necessidade de trazer a aplicação do referido artigo ao caso concreto, o que poderia aprimorar a produção dos seus efeitos e fomentar a sua aplicação na Corte.

A despeito disso, o número de decisões que aplicaram o art. 22 no TCE-MG não corresponde a uma quantidade muito expressiva diante do total de 1.173 recursos ordinários que foram julgados pelo tribunal dentro do mesmo recorte temporal de 26/04/2018 até 01/03/2023. Ressalta-se que nesse ponto a pesquisa foi efetuada levando apenas em consideração a natureza do processo em julgamento, sem qualquer outro

22 De acordo com o *caput* do art. 102 e o seu §1º da Lei Complementar do Estado de Minas Gerais n. 102/08, que dispõe sobre a organização do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais e dá outras providências, caberá recurso ordinário das decisões definitivas proferidas pelo Tribunal Pleno e pelas Câmaras, que terá efeito suspensivo e devolutivo e será apreciado pelo Tribunal Pleno, de forma que a sua distribuição não poderá recair no relator do acórdão recorrido.

23 O Tribunal Pleno é órgão máximo de deliberação, composto pela totalidade dos membros do TCE-MG – sete conselheiros – sendo presidido pelo presidente do Tribunal de Contas.

tipo de filtro. De igual forma impende destacar que, nesse universo total de recursos ordinários, não foram avaliados os casos que demandaram ou não a aplicação do artigo 22 da LINDB.

Dessa forma, é relevante mencionar que diante do conjunto de acórdãos que efetivamente aplicaram o artigo 22 da LINDB, inserido pela Lei 13.655/2018, ou seja, o total de 29 e a somatória dos recursos ordinários julgados pelo Pleno, na quantidade de 1.173, não é razoável asseverar nessa pesquisa que a aplicação do referido artigo é entendimento consolidado na jurisprudência do TCE-MG.

Feitas essas considerações, passa-se à exposição de alguns acórdãos com comentários sobre os embasamentos jurídicos, principalmente dos votos dos relatores, com o propósito de se estabelecer como é feita a aplicação e a interpretação do dispositivo nessa Corte.

Observados os parâmetros utilizados na pesquisa, o primeiro recurso ordinário que aplicou o artigo 22 da LINDB com a redação da Lei 13.655/2018 foi julgado na sessão de 14/08/2019, Processo nº. 1015403, cujo relator foi o conselheiro então em exercício Hamilton Coelho.

Nos autos do recurso, o recorrente, o prefeito municipal de determinada cidade empossado em 01/01/2017, pleiteava o afastamento de uma multa aplicada em face do descumprimento do prazo para encaminhamento das informações referentes às prestações de contas do exercício de 2016, sujeitas a parecer prévio do TCE-MG, alegando dificuldades no envio por falta de documentação arquivada no município, considerando a transição da gestão, afirmando ser o gestor anterior o responsável pelo atraso.

No mérito, em síntese, o relator afirmou que não foi possível formar sua convicção no caso, desconsiderando as alegações do recorrente, pois não restaram provadas nos autos, e negou provimento ao recurso, mantendo a decisão recorrida.

O conselheiro substituto Licurgo Mourão, em pedido de vista, argumentou a necessidade de averiguar a hipótese de o recorrente ter concorrido ou não no atraso do fornecimento da prestação de contas. Em sua fundamentação, destacou que as “dificuldades relatadas quando da posse e assunção do cargo de prefeito” são rotineiramente apresentadas e consideradas naquela Corte.

Assim, ressaltou a necessidade de os tribunais de contas, no exercício do controle externo, avaliarem os obstáculos e as dificuldades reais enfrentadas pelo gestor no desempenho de suas funções, aplicando o art. 22 da LINDB, pontualmente nos termos da redação incluída pela Lei n. 13.655/2018, frisando a indispensabilidade de análise das circunstâncias práticas sobre a regularidade da conduta.

Sob esses argumentos, entendeu que o recorrente demonstrou não ser responsável pela conduta que motivou a aplicação da multa e, em divergência com relator, deu provimento ao recurso ordinário, sendo acompanhado pela maioria dos votos, reformando a decisão.

Nesse primeiro caso encontrado, o dispositivo foi utilizado para fundamentar a necessidade de o órgão, no exercício do controle, considerar o contexto no qual a conduta do agente foi praticada.

No julgamento dos Recursos 1.077.199 e 1.077.200, em sessão de 23/09/2020, sob a relatoria do conselheiro Claudio Couto Terrão, o artigo 22 foi empregado não somente para fundamentar a decisão, mas também foi pleiteada a sua aplicabilidade pelos recorrentes, que no caso eram secretário, diretor de departamento e gerente de transporte escolar municipal.

Os recursos foram interpostos para desconstituir as multas que lhes foram impostas e o ressarcimento ao erário em decisão proferida pela Primeira Câmara, na apuração quanto à regularidade dos serviços de

transporte escolar. No procedimento fiscalizatório, apurou-se má conservação dos veículos, pagamento de valores superiores aos contratados, entre outros vícios.

O órgão técnico ponderou que, no tocante à aplicação do art. 22 da LINDB, o exame dos obstáculos e da realidade fática do gestor não pode favorecer o descumprimento de cláusulas contratuais nem a omissão na fiscalização e execução dos contratos por parte dos gestores. O Ministério Público de Contas destacou que o referido artigo “não representa um salvo conduto para os agentes públicos”²⁴

O relator, em sua fundamentação, enfatizou que, embora o art. 22 da LINDB tenha o “condão de socorrer os gestores”, a parte final do dispositivo consigna que os direitos dos administrados não podem ser desconsiderados. Sob essa ótica, entendeu que esses direitos seriam até mais relevantes, ou ao menos iguais aos demais elementos, ou seja, obstáculos e dificuldades reais do gestor. Dessa forma, esses últimos elementos não poderiam ser invocados a ponto de prejudicar os direitos dos administrados ou para eximir responsabilidades dos gestores.

Ao final, negou provimento aos recursos, acompanhado por unanimidade, e destacou que os artigos inseridos na LINDB foram para aprimorar a gestão pública e conter os efeitos gerados por ineficiências gerenciais, e não para permitir que os agentes públicos descumpram seus deveres reportando-se às dificuldades administrativas, eximindo-se do cumprimento de suas obrigações.

Com base nesse julgado, verifica-se que o artigo 22 da LINDB não foi aplicado pelo TCE-MG com o objetivo de exclusivamente afastar a tipicidade das condutas de agentes públicos sob sua fiscalização. Há na Corte uma ampliação na interpretação do artigo, assim dizendo, na sua utilização atentou-se para o fato de que os elementos “obstáculos e as dificuldades do gestor” contidos em sua redação não podem ser utilizados como pretexto para desonerar os gestores públicos dos cumprimentos de suas obrigações nem acarretar prejuízo aos direitos dos administrados, negando provimento ao recurso.

A respeito da aplicação do §2º do artigo 22, com base na análise dos acórdãos nos recursos ordinários 1.084.571 e 1.092.426, foi possível identificar que o seu emprego pelo TCU como fundamento na dosimetria da pena também serviu como parâmetro na operacionalização desse dispositivo na Corte mineira. Diante dessa análise, apesar de o dispositivo ter sido mencionado nos acórdãos, não foi possível constatar nos seus conteúdos a efetivação da dosimetria exigida em sua redação.

No julgamento do Recurso Ordinário 1.071.377, o conselheiro relator Cláudio Couto Terrão destacou a necessidade de se avaliar, na aplicação da multa, a gravidade da infração, os danos que ela gerou para a administração pública, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes. Durante a sessão, ponderou que naquele caso o gestor, ora recorrente, comprovou que as providências que lhe haviam sido determinadas foram efetivadas tempestivamente, minimizando o prejuízo social decorrente da inércia administrativa, dando provimento ao presente recurso ordinário para afastar a multa que lhe foi imposta.

Também nessa linha o conselheiro Wanderley Ávila, no julgamento do Recurso Ordinário 1.114.357, sessão em 26/10/2022, em atenção ao que estabelece o §2º do citado artigo 22, manteve a decisão recorrida, porém reduziu a pena de multa imposta em 50% sopesando a atitude da parte recorrente (que nesse caso comunicou o acolhimento das recomendações da Corte) e sua situação econômica como circunstâncias atenuantes. Ao final, frisou que as penas impostas pela Corte de Contas devem também guardar correspondência com a sua função pedagógica, ou seja, orientar e contribuir para o aprimoramento da gestão municipal.

²⁴ Recursos 1.077.199 e 1.077.200. Disponível em: <https://tjuris.tce.mg.gov.br/>.

Desta feita, o Tribunal inclina-se para a aplicação do §2º do artigo 22, introduzindo a abordagem dos requisitos mínimos de dosimetria nele previstos, mas ainda sem manifestações expressas sobre como essas circunstâncias afetam o cálculo das sanções.

Quanto ao §3º, nos acórdãos pesquisados, não foi identificado julgado com aplicação do dispositivo. De igual forma, também não se verificou menção específica ao Decreto nº 9.830/2019, que regulamentou os dispositivos inseridos pela Lei 13.655/2018, nem aos enunciados interpretativos do IBDA.

Sendo assim, o conjunto de acórdãos analisados nesta pesquisa mostra que os dispositivos do art. 22 da LINDB mais utilizados pelo TCE-MG são o *caput* e o §1º, de forma que este último é mencionado de modo genérico e em conjunto com aquele, conectados ao fato de que a interpretação das normas sobre gestão pública deve ser materializada com a primazia da realidade.

Impende destacar que nesse conjunto de acórdãos o conselheiro Cláudio Couto Terrão ressalta a observância dos ditames do artigo 22 da LINDB, não apenas enquanto relator de recurso, mas também em voto de vista ou de divergência. Consequentemente, a pesquisa revelou que o referido artigo é principalmente citado por esse conselheiro.

Ponderações importantes foram trazidas pelo referido conselheiro no âmbito do julgamento dos recursos dos processos 1.024.647, 1.024.759 e 1.024.760, em que foi o prolator do voto vencedor em retorno de vista, vencido o relator do recurso. Nesses casos, além de primar pela aplicação do artigo 22 da LINDB em sua fundamentação, teceu considerações pertinentes acerca da competência dos tribunais de contas quanto à imposição de sanções aos agentes sujeitos ao exercício da sua atividade controladora, o que indica o interesse por um controle mais eficiente.

Salientou ainda que o Tribunal de Contas possui o dever-poder de aplicar as sanções se a conduta do agente for contrária ao ordenamento, seja porque praticou ato vedado juridicamente seja porque tenha se omitido quando a norma exigia sua atuação. Contudo, verificar a regularidade da conduta não é uma tarefa simples, que deriva simplesmente da conjugação de leis. De igual forma, ressaltou que o exercício da atividade administrativa também exige interpretação do seu agente, que às vezes, para a solução do caso em concreto, só tem como se basear em princípios e normas abertas.

Ainda em sua análise, destacou que, em sendo o caso de aplicação de uma norma que admita mais de uma interpretação, não poderá o órgão de controle impor o seu entendimento, mas analisar se a interpretação do agente consistiu em uma construção hermenêutica possível e razoável da norma, sem desconsiderar a realidade fática a qual está inserida.

Esclareceu ao final que o tribunal não pode coibir a atividade administrativa, mas sim resguardar a capacidade de a administração promover soluções no exercício da função administrativa e afastar o fenômeno conhecido como “apagão das canetas”.

A partir dessas considerações, nota-se o manifesto interesse do julgador em aprimorar a sistemática do controle. A formação de jurisprudência sobre determinado assunto afeta diretamente os agentes públicos, principalmente na tomada de decisões. Mais do que nunca, hoje o exercício do controle externo sobre a administração pública, em especial o exercido pelo Tribunal de Contas, assume papel que vai muito além da simples interpretação da lei, alcançando, inclusive, regras de políticas públicas.

Percebe-se, por meio desse conselheiro, que a Corte sinaliza preocupação na manutenção do equilíbrio das relações entre a administração pública e o controle externo. Posto isto, é possível verificar, ao menos no breve recorte de decisões analisadas, o empenho do TCE-MG no exercício de sua atividade controlado-

ra em promover a criação de jurisprudência que dê mais parâmetros e previsibilidade à aplicação do artigo 22 da LINDB, contribuindo com o aprimoramento do controle.

5 CONCLUSÃO

As alterações promovidas na LINDB por meio da aprovação da Lei 13.655/2018, regulamentada pelo Decreto 9.830/2019, ocorreram em um cenário no qual se observava um controle externo exacerbado, em que buscar melhores resultados deixou de ser o alvo da administração pública, levando a patrocinar a chamada administração pública do medo.

De início, abordou-se o atual sistema de controle externo dos tribunais de contas, bem como os seus efeitos sobre a administração pública, para contextualizar os objetivos das alterações ocorridas na LINDB. De fato, tais alterações, além da segurança jurídica, pretenderam a moderação e, conseqüentemente, o aprimoramento do controle, primando por decisões mais fundamentadas.

Identificados os argumentos da lei que promoveu as alterações na LINDB, tratou-se de analisar o artigo 22 inserido pela Lei 13.655/2018, que, por sua vez, requer que na interpretação das normas sobre a gestão pública o órgão no exercício do controle considere os obstáculos, as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

Dessa maneira, a partir da publicação da lei que promoveu as alterações na LINDB, é imperioso avaliar a sua aplicação concreta, especialmente pelos órgãos de controle. Desta feita, o presente trabalho buscou avaliar os impactos do artigo 22 da LINDB na jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

Da análise efetuada, é possível concluir a iniciativa da Corte de Contas na aplicação das disposições do referido artigo, de forma que os dispositivos mais utilizados são o *caput* e o §1º do artigo 22, com tendência a evolução jurisprudencial para progredir na aplicação de todo o dispositivo, na busca de tornar seu controle mais eficiente, sobretudo nas decisões recursais da Corte, estimulando uma gestão pública de qualidade que adote a decisão que melhor alcance o interesse público.

REFERÊNCIAS

ANASTASIA, Antonio. **Projeto de Lei do Senado nº 349, de 2015, Senador Antonio Anastasia (PSDB/MG)**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121664>. Acesso em: 01 mar 2023.

BRAGA, André de Castro O. P. *et al.* TCU: justiça administrativa? 2019 revela que Tribunal se vê como juiz de ofício de qualquer interesse público. **Jota**, São Paulo, 8 jan. 2020. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2020/01/TCU_-justi%C3%A7a-administrativa_-JOTA-Info.pdf. Acesso em 12 mar 2023.

BRASIL. **Decreto nº 9.830**, de 10 de junho de 2019. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil/03/ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm>. Acesso em 02 fev 2023.

BRASIL. **Lei Complementar nº 102**, de 17 de janeiro de 2008. Dispõe sobre a organização do Tribunal de Contas e dá outras providências. Disponível em <https://www.almg.gov.br/legislacao-mineira/LCP/102/2008/>. Acesso em: 02 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.655**, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm. Acesso em: 02 fev 2023.

CABRAL, Flávio Garcia. O ativismo de contas do Tribunal de Contas da União (TCU). **Revista de Direito Administrativo e de Infraestrutura**, v. 16, n. 12, p. 215-257, jan./mar. 2021.

CABRAL, Flávio Garcia; SARAI, Leandro. **Manual de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Mizuno, 2023.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. Direito administrativo da inovação e experimentalismo: o agir ousado entre riscos, controles e colaboratividade. **Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 43, n. 91, p. 1-50, 2022.

DINIZ, Maria Helena. Artigos 20 a 30 da LINDB como Novos Paradigmas Hermenêuticos do Direito Público, Voltados à Segurança Jurídica e à Eficiência Administrativa. **Revista Argumentum**, Marília/SP, v. 19, n. 2, p. 305-318, maio/ago. 2018.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Direito do Estado**, 31 jan. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 26 fev 2023.

IBDA. **Enunciados do IBDA sobre a interpretação da LINDB**. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 19, n. 221, p. 167-168, jul. 2019.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], p. 63-92, 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da Administração Pública. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani. **Controle da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p.21-38.

MODESTO, Paulo. Fake News Institucional: a crítica vazia ao projeto de lei 7448/2017. **Direito do Estado**, n. 391, 13 abr. 2018. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/fake-news-institucional-a-critica-vazia-ao-projeto-de-lei-7488-2017>. Acesso em: 12 mar 2023.

MOTTA, Fabrício. **LINDB no Direito Público: Lei 13.655/2018** [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2019. (Coleção soluções de direito administrativo: Leis comentadas. Série I: administração pública; volume 10/ coordenação Irene Patrícia Nohara, Fabrício Motta, Marco Praxedes).

NOHARA, Irene Patrícia. **Administração Pública do medo**. 28 de jul. de 2020. Disponível em: <https://direitoadm.com.br/administracao-publica-do-medo>. Acesso em: 05 fev 2023.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Quem é o 'administrador médio' do TCU?. **Jota**, São Paulo, 22 ago. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018>. Acesso em: 20 mar 2023.

PENNA, Saulo Versiani; ALMEIDA, Fabíola Fonseca Fragas de; SALLES, Guilherme Mattos. O artigo 22, §3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro frente ao princípio do *ne bis in idem*. **Duc In Altum - Cadernos de Direito**, v. 13, n. 29, p. 57-76, jan-mar. 2021.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do medo**: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ZANCANER, Weida. **Da Convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Natureza e limites da atuação dos tribunais administrativos. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 9, n. 44, p. 135-160, jul. 2007.



Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais

Av. Raja Gabaglia, 1315, 5º andar - Luxemburgo - Belo Horizonte - Minas Gerais - CEP 30380-435

Telefone: (31)3348-2628 - email: revistampc@mpc.mg.gov.br

Horário de atendimento ao público: 07:00 às 12:00 e 13:00 às 17:00