INFRAESTRUTURA FLUMINENSE

Um panorama dos atuais desafios jurídicos

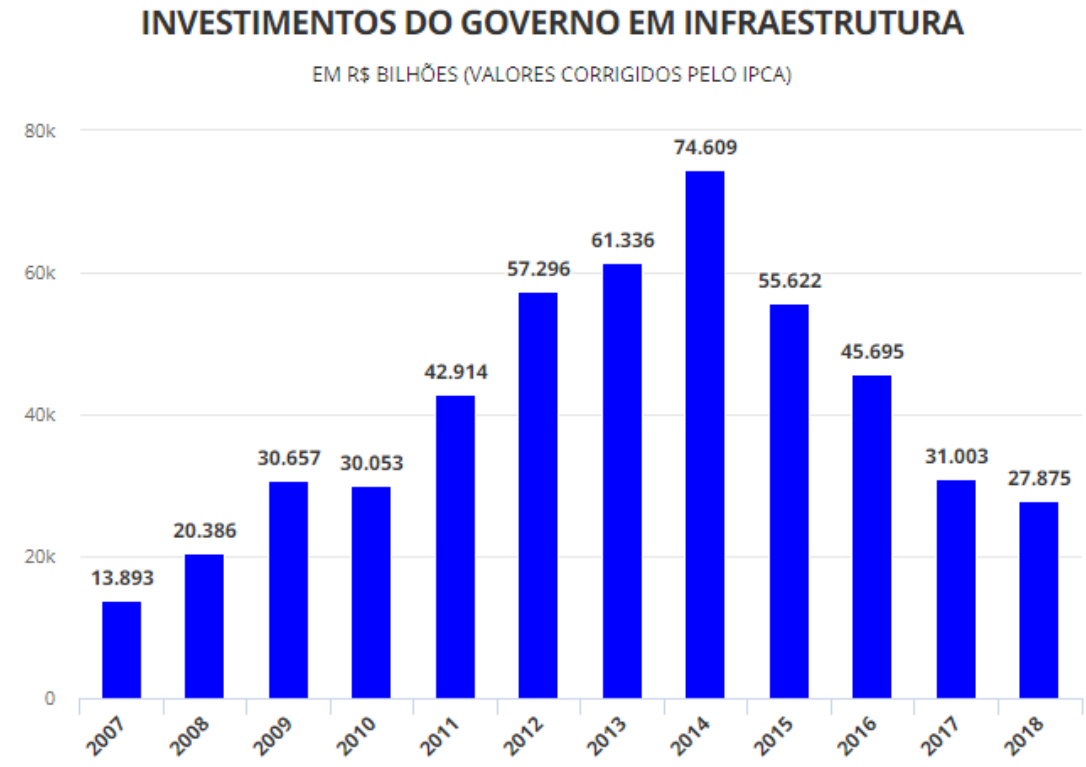
Organização
Comissão de Infraestrutura e Desenvolvimento Econômico

OABRJ

APRESENTAÇÃO

O Setor de Infraestrutura é, sem dúvidas, motor para o desenvolvimento econômico de um país, seja pela sua capacidade de geração maciça de empregos, seja pelo aparato deixado para utilização pública. No entanto, nos últimos anos, os investimentos no setor de infraestrutura tem se tornado um gargalo no desenvolvimento econômico do Brasil por razões diversas.

Desde 2014, ápice dos investimentos em infraestrutura para a Copa do Mundo, os valores investidos pelo Governo caíram para um terço do valor, conforme dados do Tesouro Nacional:



Fonte: Tesouro Nacional

Não bastasse o esgotamento do setor público como principal promotor de investimentos em infraestrutura nos últimos anos, temos também um aumento da desconfiança de investidores privados – nacionais e estrangeiros – para a celebração de parcerias com o setor público.

De acordo com avaliações do mercado, mesmo com a retomada das concessões em 2019, os investimentos em infraestrutura deverão ficar estagnados este ano. Os aportes em logística e transportes, energia, telecomunicações e saneamento, por exemplo, deverão ficar em 1,80% do Produto Interno Bruto (PIB), ante 1,87% em 2018, conforme levantamento da Inter.B Consultoria[1].

Durante seis anos (triênios de 2013 a 2015 e 2015 a 2018), a Comissão de Infraestrutura e Desenvolvimento Econômico da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Rio de Janeiro - acompanhou de perto desde a euforia de investimentos na área de infraestrutura até a grave crise que assolou o setor, promovendo cursos de capacitação, participando ativamente de consultas públicas de projetos de alta relevância para o Município e o Estado do Rio de Janeiro e, principalmente, promovendo intensos debates, que envolveram os principais players do setor privado, diversos agentes públicos, bancos de fomento, agências reguladoras e especialistas multidisciplinares.

Como legado do trabalho desenvolvido, e para fomentar a continuidade do debate sobre o setor de infraestrutura no Brasil, a CIDE apresenta esta edição especial da Revista Eletrônica da OAB/RJ, contendo análises elaboradas por especialistas na área sobre as inovações no setor no último triênio e, também, sobre os problemas que vem sendo enfrentados, bem como alternativas para contorná-los, em especial no Estado do Rio de Janeiro, foco de atuação da Comissão.

Inicialmente, Alexandre Costeira Frazão traz uma análise sobre a PEC 95/2016 – ou PEC do Teto de Gastos – e seus reflexos95/2016no investimentos públicos em infraestrutura, trazendo à baila a Análise Econômica do Direito para discutir um dos recentes mecanismos instituídos para diminuir a dependência de investimentos públicos, quais sejam, as debêntures incentivadas.

Caio de Souza Loureiro e Maria Magalhães Avelar, por sua vez, contribuem com uma análise sobre *compliance* e a promulgação da Lei Estadual n° 7.753/2017, que dispõe sobre a instituição do programa de integridade nas empresas que contratarem com a Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro.

---

[1] Fonte: https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2019/03/15/internas_economia,1038222/investimento-em-infraestrutura-deve-ficar-estagnado.shtml.

Já Cristiano Borges Castilhos e Patricia Sampaio Fiad fazem uma análise da forma de contratação integrada do âmbito do Regime Diferenciado de Contratação tratando de algumas das principais dificuldades enfrentadas na gestão dos contratos administrativos nesta seara e propondo soluções para os problemas identificados.

Egon Bockmann Moreira e Ana Lucia Pretto Pereira, assim como Rafael Véras de Freitas, fazem uma análise da Lei nº 13.655/2018, de nominada NLINDB, e seus impactos na segurança pública no âmbito da Administração Pública e suas repercussões na área de infraestrutura. De forma, semelhante, Floriano de Azevedo Marques Neto, Kelly Ribeiro Felix de Souza e Douglas da Silva Oliveira fazem uma análise da segurança jurídica no âmbito das contratações públicas no Rio de Janeiro, isto à luz de casos concretos e da NLINDB.

Fernando Vernalha Guimarães e Mauricio Portugal Ribeiro, por sua vez, trazem reflexões sobre o reequilíbrio econômico-financeiro na seara dos contratos de concessão. Fernando traz uma análise no âmbito das crises macroeconômicas, enquanto Mauricio faz um estudo de caso sobre as regras na ANAC.

Já Flávio Amaral Garcia faz uma análise da utilização da arbitragem como mecanismo de resolução de conflitos nos contratos administrativos e quais os impactos do Decreto Estadual n° 46.245/2018, que regulamentou a adoção da arbitragem para dirimir os conflitos que envolvam o Estado do Rio de Janeiro e as suas entidades.

Gabriela M. Engler Pinto busca delimitar os contornos do conceito de novos investimentos em concessões e PPPS, discutir os limites à mutabilidade dos contratos de parceria e propor uma sistemática que ofereça diretrizes objetivas para estipulação de limites à mutabilidade contratual para inclusão de novos investimentos em situações concretas.

Já Luciana Levy e Lucas Cherem de Camargo Rodrigues fazem uma análise sobre os desafios para a manutenção das empresas no cenário pós Lava Jato, trazendo à tona temas como os impactos da Operação nas empresas do setor de infraestrutura, a insegurança jurídica dos acordos de leniência, a paralisia decisória na Administração Pública, entre outros assuntos importantes para a análise do setor.

Por sua vez, Maís Moreno e Ana Luíza Fernandes Calil trazem uma consolidação das informações jurídicas mais relevantes referentes ao legado de infraestrutura na cidade

do Rio de Janeiro, identificando as principais iniciativas do Poder Público que se encontram em execução. Trazem, ainda, uma análise do papel do direito na viabilização das políticas públicas relacionadas aos Jogos e ao legado, bem como dos desafios para que sejam atingidos os objetivos primários do Legado.

Por fim, Marco Aurélio de Barcelos Silva faz uma análise dos principais desafios ainda pendentes para a regulamentação da Lei nº 13.448/2017, bem como sobre a necessidade de uma abordagem arrojada a respeito da discricionariedade fruída pelas autoridades do Poder Executivo para esclarecer dúvidas e integrar lacunas propositalmente deixadas no diploma legal.

Desejamos, assim, contribuir com o debate sobre os desafios jurídicos atuais do setor de infraestrutura – que não são poucos.

Agradecemos o apoio irrestrito da OAB/RJ, que sempre incentivou o desenvolvimento todos os projetos da CIDE e possibilitou seis anos de gratificante trabalho.

Que todos tenham uma boa leitura!

Aderson Bussinger Carvalho
Diretor do Centro de Documentação e Pesquisa da OAB/RJ

Luciana Levy
Presidente da CIDE OAB/RJ
(de 2013 a 2018)

SUMÁRIO

REMÉDIO AMARGO? A EMENDA CONSTITUCIONAL 95/2016 E O INVESTIMENTO PÚBLICO EM INFRAESTRUTURA: UMA VISÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....8

Al***exandre Costeira Frazão***

COMPLIANCE E A LEI ESTADUAL Nº 7.753/2017.....22

Caio de Souza Loureiro

Mariana Magalhães Avelar

A CONTRATAÇÃO INTEGRADA DO RDC: INTERPRETAÇÕES EQUIVOCADAS PODEM FULMINAR O INSTITUTO. COMO RESOLVER O PROBLEMA?.....55

Cristiano Borges Castilhos

Patricia Sampaio Fiad

A SEGURANÇA JURÍDICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (breves notas sobre a Lei n.º 13.655, de 20 de abril de 2018) 74

Egon Bockmann Moreira

Ana Lucia Pretto Pereira

CRISE MACROECONÔMICA E REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DA CONCESSÃO.....98

Fernando Vernalha Guimarães

A ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL E O DECRETO DO RIO DE JANEIRO.....125

Flavio Amaral Garcia

A LEI Nº 13.655/2018 E A SEGURANÇA JURÍDICA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NO RIO DE JANEIRO.....147

Floriano de Azevedo Marques Neto

Kelly Ribeiro Felix de Souza

Douglas da Silva Oliveira

NOVOS INVESTIMENTOS EM CONCESSÕES E PPPS: CONTORNOS E LIMITES.....179

Gabriela M. Engler Pinto

DESAFIOS PARA A PRESERVAÇÃO DAS EMPRESAS NO CENÁRIO PÓS LAVA JATO..213

Luciana Levy

Lucas Cherem de Camargo Rodrigues
A TRANSFORMAÇÃO NO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO PÓS-OLIMPÍADAS: O LEGADO DE INFRAESTRUTURA.....237
Maís Moreno
Ana Luíza Fernandes Calil
DESAFIOS JURÍDICOS PARA A REGULAMENTAÇÃO DA LEI Nº 13.448/17.....266
Marco Aurélio de Barcelos Silva
REPRESAMENTO E SUPRESSÃO DE DIREITO AO REEQUILÍBRIO EM CONTRATOS DE CONCESSÃO E SEUS CUSTOS PARA OS USUÁRIOS E PARA O CONCESSIONÁRIO.....291
Mauricio Portugal Ribeiro
A NOVA LINDB E O DIREITO DA INFRAESTRUTURA.....324
Rafael Véras de Freitas

REMÉDIO AMARGO?

A EMENDA CONSTITUCIONAL 95/2016 E O INVESTIMENTO PÚBLICO EM INFRAESTRUTURA: UMA VISÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Alexandre Costeira Frazão[2]

Introdução

"ain't got a fever, got a permanent disease
And it'll take more than a doctor to prescribe a remedy
(...)
bad medicine is what I need, whoa
Shake it up just like bad medicine
There ain't no doctor that can cure my disease"
*(*Bon Jovi)

Entre 2014 e 2017 o Brasil atravessou a maior recessão econômica da sua história, com uma retração do Produto Interno Bruto da ordem de 8% no período compreendido entre 2015 e 2016.

Ao mesmo tempo em que a recessão deprimia a economia brasileira, a deflagração de uma crise política culminou num processo de *impeachment*, que levou a deposição da então Presidente da República.

Aprovada pelo Congresso Nacional neste contexto, meses após a conclusão do processo de *impeachment*, a EC 95/2016, conhecida como "Emenda do Teto dos Gastos", despertou críticas furiosas ao mesmo tempo em que foi bem recebida pelo mercado financeiro e por economistas de tendência mais liberal.

[2] Mestrando em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Bacharel e especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes e em Direito da Infraestrutura pela ESA/OAB-RJ. Advogado.

Neste sentido, a histórica dependência que a infraestrutura tem do financiamento público permite questionar qual foi o impacto da EC 95/2016 neste setor, eis que, em tese, a imposição de limites ao crescimento da despesa pública limita o investimento em infraestrutura.

A Análise Econômica do Direito ("AED") é o método desenvolvido nos EUA que se utiliza de ferramentas da ciência econômica para analisar como as leis, as decisões do Poder Judiciário e/ou as políticas públicas impactam no comportamento dos diversos agentes econômicos.

O presente trabalho pretende utilizar o método da AED para demonstrar se a EC 95/2016 impactou realmente no investimento público na infraestrutura e se esta teve como externalidade positiva se tornar incentivo adequado para o investimento privado na infraestrutura.

Para tanto, examinaremos as razões que levaram à promulgação da EC 95/2016, a seguir demonstraremos como o Brasil sempre dependeu do financiamento público para construir e manter a sua infraestrutura e discutiremos brevemente sobre um dos mais recentes mecanismos instituídos para mitigar tal dependência, qual seja, as denominadas debêntures incentivadas.

A seguir apresentaremos, em linhas gerais, as ferramentas utilizadas pela AED para a análise de leis, decisões judiciais e políticas públicas, com foco na análise de custo benefício, para demonstrar, os possíveis impactos que a EC 95/2016 teve no financiamento público da infraestrutura e se esta possível limitação do investimento público pode servir de incentivo adequado para fomentar o investimento privado nesta área.

1. As razões para a promulgação da EC 95/2016

A crise econômica global de 2008 teve diferentes impactos nas economias da América Latina.

Na fase inicial da crise, o seu sólido sistema bancário e o grande mercado interno permitiram que os impactos da crise não fossem tão duros no Brasil. Adicionalmente o Governo Federal injetou mais de 110 bilhões de dólares na economia, com o objetivo de

manter o consumo e de fomentar setores de infraestrutura, através do Programa de Aceleração do Crescimento ("PAC")[3].

Após a fase mais crítica da crise internacional as denominadas políticas anticíclicas[4] não foram reduzidas e o Governo Federal permaneceu injetando dinheiro público na economia, com a justificativa de sustentar o investimento e o consumo.

A partir de 2011, com a manutenção desta política batizada de Nova Matriz Econômica, os esforços para a consecução de superávits primários arrefeceram até culminarem em déficits consecutivos, a partir de 2014.

Ao mesmo tempo em que o déficit primário do Governo Federal se aprofundava a assunção de obrigações pela União elevou a dívida pública para um patamar próximo aos 70% do PIB.

Entre 2008-2015, a despesa do Governo Federal aumentou 51% acima da inflação enquanto a receita se elevou em apenas 14,5%[5].

A explosão da despesa pública, incluindo a assunção de obrigações futuras pela União, se configurou em fator de instabilidade macroeconômica, acarretando à economia as consequências desta instabilidade como: juros altos; retração do consumo, do crédito e do investimento; diminuição da produção, desemprego; e redução da arrecadação de tributos.

Assim, o rompimento do ciclo de expansão das despesas do Governo Federal se mostrava essencial para a superação da recessão, então vivida pelo Brasil.

A opção do Governo Federal para conter a expansão da despesa pública foi estabelecer um limite para o crescimento das suas despesas primárias totais. Segundo o próprio Governo Federal, esta opção eliminaria a tendência de crescimento real do gasto público, sem impedir que se altere a sua composição, preservando as políticas de caráter

---

[3] MARICHAL, Carlos. Nova História das Grandes Crises Financeiras: uma perspectiva global, 1873-2008. Trad: Eduardo Lessa Peixoto de Azevedo, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016. p. 262

[4] As denominadas políticas anticíclicas são as inciativas dos governos destinadas a amenizar ou estabilizar os ciclos econômicos de crescimento e depressão. No caso do Brasil, após a crise internacional de 2008 a intervenção governamental se deu, com base na teoria econômica de John Maynard Keynes de que " O Governo poderia interferir, quando a popança superasse o investimento, tomar emprestado o excesso de popança e gastar o dinheiro em obras socialmente úteis, que não alimentassem a capacidade da economia nem diminuísse as oportunidades de investimento" HUNT, E.K e LAUTZENHEUISER, Mark. História do Pensamento Econômico: uma perspectiva crítica. 3ª Ed. Trad; André Arruda Villela. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

[5] Cf. BRASIL. Presidência da República-Subchefia de Assuntos Parlamentares da Casa Civil EMI 00083 MF MPOG. Exposição de Motivos da PEC 241/2016. Brasília, 15 jun 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2016/83.htm.

social e ao mesmo tempo permitindo a redução dos juros e, a partir disso, que se inicie um novo ciclo de crescimento econômico[6].

Com base nestas premissas, o Poder Executivo propôs a emenda constitucional que viria a ser a EC 95/16, que acrescentou os Arts. 106 a 114 nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias ("ADCT") e limitou o crescimento das despesas primárias do Poder Executivo da União, do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Conselho Nacional de Justiça, da Justiça do Trabalho, da Justiça Federal, da Justiça Militar da União, da Justiça Eleitoral e da Justiça do Distrito Federal e Territórios, no âmbito do Poder Judiciário; do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Tribunal de Contas da União, no âmbito do Poder Legislativo; do Ministério Público da União e do Conselho Nacional do Ministério Público; e da Defensoria Pública da União, nos mesmos patamares do orçamento anterior, corrigido pela variação da inflação, medida pelo índice IPCA do IBGE.

2. A dependência do financiamento público da infraestrutura e uma tentativa de mitigação: as Debêntures Incentivadas.

Historicamente, o financiamento de projetos de infraestrutura no Brasil é atribuição do Estado, que por meio de bancos públicos ou do seu próprio orçamento sempre financiou e durante um bom tempo, operou a infraestrutura nacional. À iniciativa privada cabia somente executar obras.

Diante deste contexto de absoluta preponderância estatal o mercado para o financiamento privado da infraestrutura pouco se desenvolveu no Brasil.

De fato, a própria expressão infraestrutura é recente, até o fim do século XX o termo utilizado era obra pública.

Mais que uma mudança meramente semântica, o conceito de infraestrutura é mais abrangente que o de obra pública. Infraestrutura se refere tanto às instalações físicas quanto aos serviços e demais elementos imateriais necessários para o funcionamento de uma dada organização[7].

---

[6] Idem.

[7] VILLAR EZCURRA, J.L. Las Tarifas em la Explotación de Infraestructuras Públicas. *In* SADDY, Andre e MARTÍNEZ, Aurilivi Linares (Coord.). Direito das Infraestruturas: um estudo dos distintos mercados regulados. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 131.

Infraestrutura pressupõe ainda a conexão com uma rede ou a própria rede. Estas duas ideias estão tão umbilicalmente ligadas que é redundante utilizar a expressão "infraestrutura de rede".

Toda infraestrutura é uma rede ou se encontra conectada a uma[8].

A evolução do conceito de obra pública para infraestrutura acarretou uma profunda modificação na forma como estas são construídas, operadas e, sobretudo, financiadas.

Com efeito, a necessidade de integração de elementos imateriais, que vão desde os serviços básicos até complexos sistemas de tecnologia da informação e de interligação de rede, tornaram as contratações públicas para construção de qualquer infraestrutura mais complexas e mais caras.

Além do aumento da complexidade das contratações, a partir dos anos 1990 as medidas de estabilização financeira e de controle inflacionário levada à cabo pelo Governo Federal esgotaram a capacidade de financiamento estatal e desnudaram a necessidade de se buscar na iniciativa privada os recursos para o financiamento e a capacidade operacional para a implantação e a manutenção da infraestrutura que o Estado não podia mais prover. A era do Estado empresário que entre 1930 e 1970 proporcionou um desenvolvimento econômico notável ao Brasil havia chegado ao fim.

Neste diapasão foram promulgadas as Leis Federais nº 8.987/1995 e 9.074/1995 que regulamenta o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, nos termos do artigo 175 da Constituição da República ("CRFB/88"); e, estabelece normas para a outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos, respectivamente.

Em 2004 tais diplomas foram complementados pela Lei Federal nº 11.079/2004, que estabeleceu as Parcerias Público- Privadas ("PPP's").

A partir destes marcos legais a participação do Estado na operação da infraestrutura foi reduzida. Contudo tais diplomas legais não trataram adequadamente do financiamento das concessões de serviços públicos,

A Lei nº 8987/95 se limita a autorizar a cessão de direitos emergentes da concessão como garantia dos contratos de financiamento firmados pela concessionária e

[8] Ibidem. p. 132.

autoriza, ainda, a cessão fiduciária de parcela de seus créditos operacionais futuros, observadas determinadas condições.

Além do dispositivo da Lei nº 8.987/1995, nenhuma outra lei trata do financiamento da infraestrutura e é positivo que não o façam.

De qualquer modo, desde o estabelecimento das concessões de serviços públicos em 1995, o Estado permanece como ator principal no seu financiamento, seja por meio de recursos orçamentários, financiamentos de bancos públicos ou aqueles tomados de agências internacionais de investimento (*e.g.* Banco Mundial e BID), garantidos pelo Tesouro.

O esgotamento da capacidade do Estado brasileiro de financiar a construção, manutenção e a ampliação da infraestrutura nacional e a não ocupação deste espação pelo mercado financeiro privado em níveis satisfatórios levou à degradação da infraestrutura do país.

O investimento em infraestrutura no Brasil corresponde a pouco mais de 2% do PIB, montante estagnado há pelo menos 20 anos. Somente para compensar a depreciação da sua infraestrutura o volume de investimentos em infraestrutura deveria ser em torno de 3% do PIB e para que o Brasil se aproximasse dos demais países emergentes de nível de desenvolvimento sócio econômico semelhante ao seu, o investimento requerido é de adicionais 2 a 4% do PIB.[9]

Em 2011 foi editada a Lei nº 12.431/2011, que estabeleceu a isenção de imposto de renda para o investimento em debêntures emitidas por pessoas jurídicas ou fundos de investimento que aplicassem os recursos captados em projetos de infraestrutura e/ou de inovação, pesquisa e desenvolvimento.

Denominadas de Debêntures Incentivadas ou Debêntures de Infraestrutura, este instrumento se mostrou eficaz em captar financiamento por meio do mercado de capitas.

Criada poucos anos antes do Brasil mergulhar na grave recessão de 2015-2017, tais títulos foram capazes de atrair os investidores. Entre 2012 e outubro de 2018 já foram captados mais de 56 bilhões de reais no mercado de capitas através das debêntures

[9] Confederação Nacional da Indústria. *O financiamento do investimento em infraestrutura no Brasil: uma agenda para sua expansão sustentada* / Confederação Nacional da Indústria. – Brasília: CNI, 2016, p.11. Disponível em: http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo_18/2016/07/18/11404/1807EstudoFinanciamentodoInvestimentoemInfraestrutura.pdf. Acesso em 9.12.2018.

incentivadas, sendo que destes, mais de 48 bilhões foram captados para a área de infraestrutura.[10]

As Debêntures Incentivadas vem se mostrando um importante instrumento para o financiamento de projetos por meio do mercado de capitais. Apesar de comum em países com economias mais avançadas, no Brasil tal modalidade nunca foi disseminada, apesar do menor custo de capital.

Não obstante, o sucesso das Debêntures Incentivadas, o seu papel dos títulos deste tipo e do mercado de capitas no financiamento da infraestrutura será sempre complementar, o papel principal caberá sempre ao mercado financeiro, *i.e.* aos bancos, que no Brasil possuem capital e porte suficiente para se tornarem os grandes financiadores da infraestrutura nacional.

3. Análise Econômica do Direito: análise de custo-benefício

A AED se desenvolve a partir do artigo de Ronald Coase, no qual o autor norte-americano discute a responsabilidade por danos causados a terceiros no curso do desenvolvimento de atividades econômicas. Coase traz para o direito o conceito econômico de externalidades demonstrando a natureza recíproca da atribuição de responsabilidade civil:

Segundo Coase[11]:

> Se A inflige um dano a B, o que se decide é como se pode restringir A? Contudo, isto está errado. Estamos lidando com um problema de natureza recíproca. Para evitar que B sofra danos, se impõe danos à A. A verdadeira questão a ser decidida é: deve A ser autorizado a infligir danos

[10] Fonte: BRASIL. Ministério da Fazenda. SEPRAC-Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência. Boletim Informativo de Debêntures Incentivadas (E demais instrumentos da Lei 12.431/2012) 59ª Ed. Brasília: SEPRAC, outubro de 2018. Disponível em: file:///C:/Users/afrazao/Downloads/SEAE-MF-Boletim%20Deb%C3%AAntures-LEI%2012.431%20-%20Out%202018.pdf. Acesso em 12.12.2018.

[11] Tradução Livre de: The question is commonly thought of as one in which A inflicts harm on B and what has to be decided is: how should we restrain A? But this is wrong. We are dealing with a problem of a reciprocal nature. To avoid the harm to B would inflict harm on A. The real question that has to be decided is: should A be allowed to harm B or should B be allowed to harm A? The problem is to avoid the more serious harm. COASE, R. H. The problem of social cost. The Journal of Law and Economics v. III. Oct. 1960. Chicago: The Universuity of Chicago Press, 1960.

> a B? Ou a B deve ser permitido infligir danos a A. O problema em questão é evitar o dano mais grave.

Coase demonstra que na elaboração e na análise das regras jurídicas as escolhas feitas pelo legislador ou pelos tribunais podem acarretar em consequências não previstas e, no fim, reduzir o bem-estar do destinatário da própria regra. A AED traz para o direito uma análise não absoluta das normas jurídicas. A sua utilização é útil para descobrir os impactos gerados pelo ordenamento jurídico na distribuição de direitos e seus respectivos custos. Em poucas palavras: a AED traz para o Direito e ideia de escassez e de eficiência, dois conceitos caros à ciência econômica[12].

Um dos instrumentos da AED para auferir o impacto econômico do Direito é a análise de custo benefício, muito utilizado para se auferir a eficiência das políticas públicas.

A ideia que subjaz a análise de custo benefício é tão simples quanto a sua execução é complexa.

Com efeito, ao estabelecer uma política pública o seu formulador deve mensurar se aqueles que se beneficiarão desta o serão de tal modo que compense àqueles que serão prejudicados. Tal compensação é meramente potencial, mas se entende que na prática a implementação de políticas públicas consistentes gerará, a longo prazo, um benefício a toda sociedade[13].

A aferição da eficácia de uma política pública não é necessariamente monetária, isto é, nem sempre se poderá converter em moeda os benefícios de determinada política pública, no entanto, esses devem ser quantificáveis[14].

Quantificar o bem-estar de uma determinada população é tarefa por demais difícil, se não impossível a filosofia política e a economia já enfrentaram este tema.

A tradição política liberal anglo-saxã elaborou o conceito de utilidade, assim entendida como o maior nível de felicidade para o maior número de pessoas de uma determinada sociedade.

---

[12] RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 87.

[13] MARTINEZ. Ana Paula. Análise de custo-benefício na adoção de políticas públicas e desafios impostos ao seu formulador. RDA-Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 251, p. 29-59, mai. 2009. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7527. Acesso em: 11 Dez. 2018.

[14] MARTINEZ. Ana Paula. Ob. Cit.. Acesso em: 11 Dez. 2018.

Para os filósofos políticos utilitaristas a justificação moral da existência de determinada instituição seria, portanto, a sua utilidade, isto é a capacidade de maximizar a felicidade média ou total da sociedade no qual está inserida[15].

De outro lado, para a ciência econômica, quanto maior o bem-estar de uma sociedade e menor os custos sociais incorridos, melhor alocados estão os recursos econômicos desta sociedade, em outras palavras, mais eficiente é esta economia.

A maximização da riqueza do utilitarismo e a eficiência da ciência econômica muitas vezes se confundem, assim como bem-estar social e o conceito de felicidade do utilitarismo. As críticas muitas vezes direcionadas à AED são na verdade ao utilitarismo[16]

Seja como for, a análise de custo benefício adota dois critérios para aferir a eficiência de uma economia, a do ótimo de Paretto e o critério de Kaldor-Hicks. Enquanto aquele entende eficiência como a situação em que nenhum indivíduo pode melhorar o seu bem-estar sem piorar ao de outro indivíduo, esse utiliza um critério de compensação potencial, o que significa que a melhora na situação de apenas um indivíduo compense o prejuízo daqueles que pioraram de situação.[17]

Críticas não faltam à análise de custos benefícios e à AED, por supostamente privilegiar a eficiência em detrimento de princípios de equidade e justiça distributiva.

As críticas não são de todo impertinentes, contudo, a implementação de políticas públicas, sobretudo regulatórias, implica necessariamente em ganhadores e perdedores.

Assim, o critério de Kaldor-Hicks parece o mais adequado quando se trata da alocação de recursos para implementar políticas públicas[18].

Deste modo, a análise de custo-benefício deve estar presente nas duas pontas do ciclo de vida das políticas públicas, a fase de implementação e de avaliação.[19]

4. EC 95/2016 como política pública e os impactos no financiamento público da infraestrutura

[15] BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política 11ª Ed Trad.: Carmen C, Varriale *et al*. Brasília: Editora UNB, 1998. p. 1284

[16] POSNER, Richard A. A Economia da Justiça.Trad.: Evandro Ferreira e Silva, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 59.

[17] RAGAZZO. Ob cit.p. 91.

[18] Ibidem. p. 92.

[19] Sobre o ciclo das política públicas v.. HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p 103 e ss.

O debate que precedeu a EC 95/16, se estabeleceu, a grosso modo, em duas correntes antagônicas: a primeira defendia a EC/95 como a panaceia geral para corrigir o acentuado e crescente desequilíbrio fiscal das contas do governo federal.

Do outro lado, os seus detratores argumentavam que a então PEC 241/2016, congelava os dispêndios do Governo Federal com políticas públicas, sobretudo as de educação, saúde e desenvolvimento social, prejudicando a parcela mais pobre da população.

Como só aconteceu em debates políticos polarizados, ambos os lados exageravam na sua argumentação.

Com efeito, a retomada do equilíbrio fiscal depende de medidas adicionais para ser atingido, a EC 95/2016 sozinha é incapaz de lograr tal objetivo.

Por sua vez, a mera leitura do texto constitucional permite concluir que a EC 95/2016 não possui a rigidez no estabelecimento de limites às despesas do Governo Federal apregoada por seus detratores.

De todo o modo, a EC 95/2016 pode ser considerada uma política pública.

Para fins estritamente jurídicos pode-se conceituar política pública, conforme o proposto por Felipe de Melo Fonte[20] como: *"o conjunto de atos e fatos jurídicos que têm por finalidade a concretização de obje*tivos *estatais pela Administração Pública"*

A partir deste conceito a EC/95/2016 buscou reorganizar as contas do Governo Federal, de modo que o Estado recuperasse a sua capacidade de prestação de serviços públicos que garantam a fruição dos Direitos Fundamentais.

A análise de custo benéficos efetuada pelo próprio Poder Executivo ao propor a reforma constitucional consistiu na definição do tipo da despesa para a fixação do limite[21]:

> A conciliação de metas de resultado primário com limite de despesa nos levou a escolher o conceito de despesa sobre o qual se imporá o limite de gastos. Poderíamos tanto limitar a despesa empenhada (ou seja, aquela que o Estado se comprometeu a fazer, contratando o bem ou serviço) ou a despesa paga (aquela que gerou efetivo desembolso financeiro), aí

[20] FONTE, Felipe de Melo. Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Saraiva. 2013.p.48.
[21] BRASIL. Presidência da República-Subchefia de Assuntos Parlamentares da Casa Civil EMI 00083 MF MPOG. Exposição de Motivos da PEC 241/2016. Brasília, 15 jun 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2016/83.htm.

> incluídos os "restos a pagar" vindos de orçamentos de exercícios anteriores e que são efetivamente pagos no ano. Como é sabido, o resultado primário é apurado pelo regime de caixa (desembolso efetivo de recursos), o que nos leva a escolher o mesmo critério para fins de fixação de limite de despesa. Assim, com o mesmo critério adotado nos dois principais instrumentos de gestão fiscal, teremos maior transparência no acompanhamento dos resultados obtidos e maior facilidade para considerar o efeito simultâneo do resultado primário e do limite de gastos.
>
> Essa escolha não se faz sem perdas. O limite sobre a despesa empenhada teria as suas vantagens. Ao impor restrição aos compromissos que o Estado pode assumir, evitaríamos a ocorrência de despesas realizadas e não pagas. Adotando-se o critério de "despesas pagas" não se afasta, *a priori*, a possibilidade do cumprimento do limite por meio de atrasos de pagamentos, o que não constituiria ajuste fiscal legítimo, mas tão somente repressão fiscal, que empurraria o problema para frente, sem resolvê-lo.

Ainda que a PEC 95/2016 não tenha sido elaborada especificamente para mitigar a ineficiência do financiamento de projetos de infraestrutura no Brasil, a sua alta dependência do financiamento estatal torna a análise de custo-benefício do seu impacto nesta área necessária.

O financiamento da infraestrutura pelo Estado é efetuado primordialmente pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico Social ("BNDES"), com taxas de juros que até 2017 eram subsidiadas e redundavam em ônus para o Tesouro Nacional.

O mercado financeiro privado cobra taxas de juros efetivamente altas e tradicionalmente opera no curto prazo, deste modo o financiamento de infraestrutura por bancos privados no Brasil sempre foi incipiente.

O ponto de partida (*baseline)* para a análise de custo benefício da PEC 95/2016 no financiamento da infraestrutura é: (i) alta dependência do financiamento estatal via BNDES, com juros subsidiados até 2017; (ii) mercado de capitais incipiente e pouco utilizado em financiamento de projetos; (iii) debêntures incentivadas; e (iv) juros altos no mercado privado. Tudo isso que redunda numa situação altamente ineficiente.

O principal benefício potencial da PEC 95 são a estabilização da dívida do Governo Federal como consequência redução da demanda governamental por capital, o que reflete na taxa de juros de empréstimos, inclusive de longo prazo.

Como custo basilar, temos a possível redução do financiamento de políticas públicas, incluídos também o investimento público na infraestrutura.

Neste aspecto a PEC 95 foi claramente salutar.

Com efeito, a falta de investimentos dos bancos privados em infraestrutura não se deve a uma suposta falta de compromisso com o desenvolvimento nacional, ou não atratividade econômico-financeira da infraestrutura. O financiamento da dívida pública sempre consistiu no negócio primordial dos bancos que operam no Brasil, por possuírem uma relação risco-retorno altamente favorável aos credores empréstimos.

A organização e a manutenção da dívida pública em patamares razoáveis, que reduza a demanda governamental por financiamento contribui que os juros caiam e facilitem a captação de financiamento para projetos de infraestrutura, como incentiva os bancos privados a buscarem outros tipo de "cliente", com baixo risco, o que, de forma geral, é o caso de projetos de infraestrutura, sobretudo os denominados *brownfield*[22].

Ainda que não tenha sido promulgada com esse objetivo a melhoria do ambiente macroeconômico contribui por si só com o incremento no financiamento da infraestrutura. Todavia, a longo prazo, a PEC 95/2016 se configura como um incentivo correto para fomentar o financiamento privado da infraestrutura, eis que o mercado financeiro deverá buscar nela a relação risco-retorno semelhante a que teria financiando o Governo Federal.

5. Conclusão

A EC 95/2016 teve como objetivo central reduzir o aumento da dívida do Governo Federal, cujos gastos dispararam desde 2009, primeiro como uma reação, eficaz, aos efeitos da crise de 2008 e após como política econômica, a Nova Matriz Econômica.

[22] No jargão de negócios projetos brownfield são aqueles em que as instalações já existem e o projeto se destina a melhorá-la ou a ampliação desta instalação. O contrário de projeto brownfield é projeto greenfield, em que a instalação é construída "do zero", em uma analogia com um campo que ainda não foi semeado. Como é intuitivo os projetos brownfield possuem um risco menor para o financiador do que aqueles greenfield, tanto por parte de seu investimento já estar amortizado quanto por já ter uma taxa de retorno estabelecida.

A EC 95/2016 gerou preocupações por acarretar uma suposta redução no investimento em políticas públicas e em infraestrutura, pela sua histórica dependência do Estado.

A superação desta dependência já havia sofrido uma tentativa de mitigação pela Lei nº 12.431/2011, que criou as denominadas Debêntures Incentivadas, que têm conseguido sucesso na captação de recursos para o investimento em infraestrutura. Ainda assim, o papel do mercado de capitais no financiamento e projetos de infraestrutura será sempre complementar.

A AED é uma ferramenta importante para a análise de políticas públicas, e a modalidade de análise de custo-benefício imprime racionalidade na utilização de recursos públicos.

Considerando a EC 95/2016 como uma política pública macroeconômica, conclui-se que esta, em relação ao financiamento da infraestrutura gerou uma externalidade positiva que é - ante ao seu potencial efeito de reduzir a dívida do Governo Federal e, por conseguinte a demanda deste por capital - de incentivo para que os bancos privados procurem investimentos em áreas com relação risco-retorno próxima, que é a infraestrutura.

Portanto, a relação custo-benefício da EC 95/2016 para a infraestrutura.

Contudo, é apenas um dos fatores macroeconômicos que podem fomentar o investimento privado em infraestrutura, há outros e o caminho para o Brasil reduzir a sua dependência estatal ainda é longo.

Referências bibliográficas

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11ª Ed. Trad.: Carmen C, Varriale *et al*. Brasília: Editora UNB, 1998.

BRASIL. Presidência da República-Subchefia de Assuntos Parlamentares da Casa Civil EMI 00083 MF MPOG. **Exposição de Motivos da PEC 241/2016. Brasília**, 15 jun. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2016/83.htm.

COASE, R. H. The problem of social cost. **The Journal of Law and Economics v. III. Oct. 1960**. Chicago: The Universuity of Chicago Press, 1960.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **O financiamento do investimento em infraestrutura no Brasil: uma agenda para sua expansão sustentada** / Confederação Nacional da Indústria. – Brasília: CNI, 2016, p.11. Disponível em: http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/conteudo_18/2016/07/18/11404/1807EstudoFinanciamentodoInvestimentoemInfraestrutura.pdf.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Saraiva. 2013.

HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. **Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MARICHAL, Carlos. **Nova História das Grandes Crises Financeiras: uma perspectiva global, 1873-2008.** Trad: Eduardo Lessa Peixoto de Azevedo, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016.

MARTINEZ. Ana Paula. **Análise de custo-benefício na adoção de políticas públicas e desafios impostos ao seu formulador**. RDA-Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 251, p. 29-59, mai. 2009. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7527.

POSNER, Richard A. **A Economia da Justiça.** Trad.: Evandro Ferreira e Silva, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

VILLAR EZCURRA, J.L. Las Tarifas em la Explotación de Infraestructuras Públicas. *In* SADDY, Andre e MARTÍNEZ, Aurilivi Linares (Coord.). **Direito das Infraestruturas: um estudo dos distintos mercados regulados.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COMPLIANCE E A LEI ESTADUAL Nº 7.753/2017

Caio de Souza Loureiro[23]

Mariana Magalhães Avelar[24]

Introdução

O presente artigo objetiva analisar as principais questões advindas do dever de implementação de Programas de Integridade para empresas que contratem com a Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro, nos termos da Lei Estadual nº 7.753/2017[25].

A legislação em questão conceitua o programa de integridade como o conjunto de mecanismos e procedimentos internos aplicáveis no âmbito de determinada pessoa jurídica e que se relacionam a "integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com o objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública do Estado do Rio de Janeiro[26]".

A norma aplica-se aos contratos administrativos, observado o valor mínimo contratual de R$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) para obras e serviços de engenharia, e R$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) para compras e serviços, mesmo que na forma de pregão eletrônico; também é aplicável quando o prazo do contrato for igual ou superior a 180 (cento e oitenta) dias, cujos limites em valor sejam superiores ao

[23] Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP. Doutorando em Direito do Estado pela USP.
[24] Advogada. Mestre em Direito e Administração Pública pela UFMG. Especialista em gestão e finanças pela Fundação Dom Cabral.
[25] BRASIL. Lei n.º 7.753 de 17 de outubro de 2017 do Rio de Janeiro. Dispõe sobre a instituição do Programa de Integridade nas empresas que contratarem com a Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências.

[26] Art. 3º da Lei n.º 7.753 de 17 de outubro de 2017

da modalidade de licitação por concorrência[27]. Em todos esses casos, obriga-se que os contratados implementem ou comprovem a existência programas de integridade sob pena de multa diária no valor de 0,02% do valor do Contrato, limitada a 10% do valor contratual (art.6º).

Nos casos em que a empresa já possua Programa de Integridade implantado, esta deverá apresentar declaração de existência (art. 10). Nos demais casos, a implementação do programa deverá ocorrer no prazo de 180 (cento e oitenta) dias corridos, a partir da data de celebração do contrato (art. 5º).

Por força do art. 11 da referida legislação, caberá ao Gestor de Contrato fiscalizar a implantação do Programa de Integridade, garantindo a aplicabilidade da Lei e na ausência deste, o Fiscal do Contrato assumirá tais obrigações.

A legislação em tela será analisada no contexto do avanço das medidas de combate à corrupção no direito brasileiro com enfoque na expansão das medidas de *compliance* na realidade organizacional.

Serão igualmente analisadas as principais questões levantadas a respeito da Lei nº 7753/2017, em especial, quanto a avaliação da proporcionalidade das suas exigências e os desafios para sua efetividade.

1 - Surgimento e expansão do *compliance* no sistema jurídico brasileiro

A expansão dos programas de *compliance* e, mais especificamente, em sua modalidade voltada à promoção da integridade no direito brasileiro, é fenômeno diretamente influenciado por normas e práticas estrangeiras e de organizações internacionais no sentido de combate à corrupção[28].

[27] Nos termos do art. 1º da legislação em questão, que, ademais, determina que "Em 1º de janeiro de cada exercício posterior a 2018, o valor estabelecido no art. 1º, caput e §3º, será atualizado pela UFIR-RJ -Unidade Fiscal de Referência",

[28] Conforme aponta a literatura identifica-se o Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) como legislação pioneira do contexto global de combate à corrupção. Para melhor compreensão da aplicação desta legislação e da sua influência em normas posteriores, ver: RESENDE, Mariana Barbosa Araújo. Compliance como essência da governança corporativa a partir da experiência do Foreign Corrupt Practices Act. *In* FÉRES, Marcelo Andrade. CHAVES, Natália Cristina (orgs.). *Sistema Anticorrupção e Empresa*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido,2018.

Hui Chen e Eugene Sotes apontam que relevante expansão do incentivo institucional para adoção dos programas de *compliance* nos Estados Unidos ocorreu especialmente após o ano de 1991, em que "a Comissão de Condenação dos Estados Unidos (USSPC, na sigla em inglês) alterou suas normas gerais e ofereceu às empresas uma redução substancial de multas se elas conseguissem apresentar um programa eficaz de *compliance*"[29], sendo tal incentivo reproduzido em outras agências e entidades governamentais como o Departament of Justice (DOJ) e a Securities and Exchange Commission (SEC).

Conforme já destacamos em outra oportunidade[30], a adoção de mecanismos de *compliance* e integridade está relacionada ao combate aos ilícitos econômicos e empresariais e passa por crescente processo de padronização internacional, sobretudo no contexto de crises financeiras de escala global[31] e da necessidade de recuperação da confiança de investidores e agentes econômicos.

Destaca-se, em especial, a tendência de outorgar-se responsabilidade de controle da obediência ao ordenamento jurídico e às normas internas de cada organização aos próprios agentes econômicos mediante a adoção de instrumentos de governança corporativa, tais como o *compliance*.

A expressão *compliance* não encontra tradução precisa para língua portuguesa. De forma sintética, o *compliance* designa "medidas pelas quais as empresas pretendem assegurar-se que as regras vigentes para elas e para seus funcionários sejam cumpridas, que as infrações sejam descobertas e eventualmente sejam punidas[32]".

---

[29] CHEN, Hui. SOTES, Eugene. Por que os programas de compliance fracassam e como corrigi-los. Havard Business Review. Disponível em: https://hbrbr.uol.com.br/compliance-como-corrigir/ Acesso em 02 de fevereiro de 2019.

[30] Parte das reflexões aqui propostas foram melhor desenvolvidas em: AVELAR, Mariana Magalhães Avelar. Contratualização da atividade sancionadora: Acordo de Leniência no contexto das licitações e contratos. Dissertação de mestrado ao programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Belo Horizonte: UFMG, 2018.

[31] Destaca-se em especial a crise mundial de 2007, originada a partir da eclosão de bolha especulativa relacionada aos empréstimos hipotecários de alto risco no setor imobiliário estadunidense, também denominada de crise do *sub-prime*.

[32] VERÍSSIMO, Carla. *Compliance*: incentivos à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo: Saraiva Jur, 2017, p. 91.

Ainda, de acordo com o Código de *Compliance* Corporativo, do Instituto Brasileiro de Direito e Ética Empresarial (IBDEE), o *compliance*, como função indispensável nas empresas, independentemente do seu porte e do seu segmento, tem como objetivo "assegurar que o exercício das suas atividades se dê de forma sustentável, em estrita conformidade com o ordenamento jurídico e as normas aplicáveis, bem como em consonância com elevados padrões éticos e responsabilidade social" (art. 2º).

O *compliance* não se restringe, portanto, ao cumprimento das normas jurídicas e tampouco está restrito a medidas de prevenção e combate à corrupção[33].

Nos termos das definições contidas na norma ISO 19.600 - 3.17[34], o *compliance* trata do atendimento dos mais variados tipos de obrigações da organização. A nota explicativa da norma em questão aponta que o entendimento comumente disseminado para o termo *compliance* refere-se ao conjunto de mecanismos tendentes ao cumprimento de normas legais e regulamentares, políticas e diretrizes estabelecidas para o negócio e para as atividades da organização. O *compliance* visa, portanto, prevenir, detectar e sanar todo e qualquer desvio ou descumprimento de normas legais ou internas da organização.

[33] Em outra oportunidade, destacamos que "a despeito dessas conceituações amplas, observam-se discursos que reduzem a aplicação do *compliance* pela leitura não sistemática de disposições da legislação anticorrupção. Dito de outro modo, o *compliance* tem sido compreendido de forma limitada ao "programa de integridade" trazido pelo Decreto nº 8.420, de 18/03/2015, que regulamentou a Lei Anticorrupção, definido como "conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira."Em vista destas confusões conceituais, reitera-se que o *compliance,* inclusive o adotado no âmbito do terceiro setor, é mais amplo que este programa (embora também o englobe) e tem funções que vão além do combate à corrupção, podendo ser caracterizado como todo o conjunto de diretrizes que tem por finalidade o cumprimento de normas legais e de políticas institucionais". SANTOS, Marcela de Oliveira. AVELAR, Mariana Magalhães. ALVIM, Thiago. *Compliance e o Terceiro Setor.in* CARVALHO, André Castro. BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. ALVIM, Tiago Cripa.VENTURINI, Otávio *Manual de Compliance*. São Paulo: Forense, 2019.

[34] 3.17. Compliance. Atendimento a todas as obrigações de compliance (3.16) da organização
NOTA. O compliance torna-se sustentado quando incorporado na cultura de uma organização (3.1), bem como no comportamento e na atitude de pessoas que trabalham para ela.
NOTA BRASILEIRA: O entendimento comumente disseminado para o termo compliance é de que se trata do conjunto de mecanismos tendentes ao cumprimento de normas legais e regulamentares, a prevenir, detectar e sanar todo e qualquer desvio ou não cumprimento que ocorra.

Diante disso, os principais objetivos relacionados ao *compliance* são "evitar más condutas, detectar más condutas e alinhar as políticas corporativas com a legislação, regras e regulamentações[35]".

Para os fins do presente trabalho cumpre tratar dos mecanismos de regulação estatal que interferem na criação e fiscalização dos programas de *compliance.* Mais especificamente, destaca-se o fenômeno de autorregulação estimulada, intimamente relacionado não apenas à adoção de programas de *Compliance*, mas também ao de incentivo à autodenúncia (tais como os acordos de leniência e a previsão de colaboração premiada).

As legislações que buscam regular ou induzir os programas de *compliance* inserem-se no contexto do desenvolvimento de novos mecanismos regulatórios da atividade empresarial, de incentivo à prevenção e à redução dos danos decorrentes das atividades delitivas no cenário de insuficiência da regulação estatal clássica[36] e da ineficácia dos mecanismos repressivos tradicionais. Ganha força o discurso de que "se o Estado é incapaz de regular as empresas externamente, a única solução possível é valer-se delas para alcançar aos seus objetivos[37]".

A indução à adoção de mecanismos e programas de *compliance*, no contexto da autorregulação regulada[38], ocorre principalmente pelo reforço das sanções aplicáveis em

[35] CHEN, Hui. SOTES, Eugene. Por que os programas de compliance fracassam e como corrigi-los. Havard Business Review. Disponível em: https://hbrbr.uol.com.br/compliance-como-corrigir/ Acesso em 02 de fevereiro de 2019.

[36] COCA VILA, Ivó ¿*Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In*: SILVA-SANCHEZ, Jesus Maria; Fernandez, Raquel Montaner. *Criminalidad de empresa y Compliance*: Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013.

[37] "Si el Estado es incapaz de regular desde fuera las empresas, la única solución posible sería valerse de ellas para conseguir sus objetivos". Tradução livre. (*Ibidem*, p. 46).

[38] Sobre a autorregulação regulada, já escrevemos: A autorregulação regulada tem ampla aplicação nos diversos ordenamentos jurídicos ocidentais. Manuel Catalayud adverte que a autorregulação não represente fenômeno estritamente novo. Conforme destaca o autor, alguns organismos autorreguladores (tais como as bolsas de valores, sindicatos e organizações profissionais de setores financeiros, desportivos, publicitários, dentre outros) representam relevantes fontes do direito em diversos âmbitos sociais (CATALAYUD, Manuel Maroto. Liberalismo *vs.* neocorporativismo: los discursos de la autorregulación como discursos legitimantes. *In*: JIMÉNEZ, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto. *Autorregulación y Sanciones*. Thomson Reuters Proview, 2015, p. 93). Contudo, a intensificação de sua teorização é comumente atribuída à doutrina alemã, a que seguiram a doutrina espanhola e italiana. De forma paralela, a teorização desse fenômeno pela doutrina anglo-saxã ocorreu com foco na interação entre a regulação pública e a autorregulação ou autogestão social DARNACULLETA I GARDELLLA, Maria Mercè. La autorregulación regulada em la doctrina anglo-sajona

caso de descumprimento desses deveres de integridade, pela imposição de padrões mínimos de governança e conformidade, tal como no caso da Lei Estadual nº 7.753/2017, ou ainda, pelo desenvolvimento de incentivos à sua implementação, como nos casos em que a adoção de um programa de *compliance* efetivo configura causa de exclusão da responsabilidade ou de redução para aplicação de eventuais penalidades[39].

Em relação a este último aspecto Renato de Mello Jorge Silveira e Fernando Facury Scaff afirmam que, "como se pretende uma autorregulação regulada, verifica-se que o não-cumprimento dos controles internos por parte das empresas acaba por gerar sanções por parte do Estado, em termos do que se convencionou chamar de *criminal compliance*"[40].

---

y continental-europea. *In*: JIMÉNEZ, Luis Arroyo. MARTÍN, Adán Nieto. *Autorregulación y Sanciones*. Thomson Reuters Proview, 2015, p. 72 e ss.)
Ainda, nos termos defendidos por Maria Mercé Darnaculleta i Gardela, a autorregulação, na atualidade, não é um fenômeno estritamente privado, alheio ao desenvolvimento do direito público. Ao contrário, ela influencia diretamente o exercício dos poderes públicos. Para a autora, a autorregulação privada e a pública não são categorias excludentes, mas, antes, complementam-se, tendo inúmeros pontos de interseção*(Idem*, p.120-144.).

Essas teorizações são de grande proveito para o estudo dos meios alternativos ao exercício da função sancionatória administrativa. Isso porque a implementação de instrumentos de colaboração entre o ente privado e o Estado, tais como o acordo de leniência, depende essencialmente de dois fatores: de um lado, o privado deve ter capacidade de autorregular suas atividades para que possa cooperar com o Estado e, de outro, é preciso que o Estado reconheça efeitos jurídicos a esses esforços de colaboração, sob pena de não incentivar a colaboração dos privados.

Não há, como leciona Coca Vila, uma linha única de implementação da autorregulamentação. O autor defende que o espectro de regulação possui, entre os polos extremos de total desregulação e de heterorregulação, matizes intermediários: são os chamados modelos de regulamentação mista, tais como a metarregulação, a autorregulação regulada ou coregulação e a autorregulação pura. Essa classificação tripartite não se restringe à determinação do responsável pela elaboração do corpo normativo, mas também considera a decisão de quem será encarregado pela aferição do cumprimento desses parâmetros, além de como e quem aplicará sanções nos casos de ocorrência de infrações dos deveres estipulados (*enforcement*). (COCA VILA, Ivó *¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In*: SILVA-SANCHEZ, Jesus Maria; Fernandez, Raquel Montaner. *Criminalidad de empresa y Compliance*: Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013, p. 47.). AVELAR, Mariana Magalhães Avelar. Contratualização da atividade sancionadora:Acordo de Leniência no contexto das licitações e contratos. Dissertação de mestrado ao programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Belo Horizonte: UFMG, 2018, p. 67-68

[39] Para estudo das funções do compliance como meio de prova e para individualização e afastamento de responsabilidade, ver: PINTO, Felipe Martins. BRENER, Paula Rocha Gouvêa. Responsabilidade corporativa e *compliance*: novas estratpegias de prevenção à criminidade econômica. *In* FORTINI, Cristiana. *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
[40] SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Lei Anticorrupção é substancialmente de caráter penal.* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-fev-05/renato-silveira-fernando-scaff-lei-anticorrupcao-carater-penal>. Acesso em: 15 mai. 2018.

Dito isso, nota-se que a lei fluminense ora estudada se insere em contexto mais amplo de incentivo e reconhecimento da importância de práticas de prevenção à corrupção, que ganhou força sobretudo após a edição da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) e da sua regulamentação[41], considerando-se em especial o Decreto nº 8.420/2015, cujo art. 41 contribuiu para a construção do conceito normativo de programa de integridade:

> Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.
>
> Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

Após a consagração dos mecanismos de integridade como instrumento para redução de penalidades previstas na Lei Anticorrupção, diversas legislações estaduais e municipais passaram a regular tais programas no contexto das licitações e contratos, seja pela definição do seu conteúdo básico, da forma de comprovação da sua efetividade, ou ainda, pela regulação dos efeitos advindos da sua implementação na eventual detecção de comportamentos ilícitos.

[41] Destaca-se antes da legislação de combate à corrupção, já havia indução de adoção de medidas de governança e *compliance* na legislação brasileira aplicável a certos setores regulados, em especial os setores financeiros no contexto da prevenção e combate à lavagem de dinheiro, sobretudo após a edição da Lei nº 9.613/1998. Considera-se que esta legislação "produziu uma revolução nos controles das instituições sob o ponto de vista dos clientes e obrigou as grandes instituições sob o ponto de vista dos clientes e obrigou as grandes instituições a disporem de sistemas sofisticados que lhes permitissem olhar para as movimentações diretamente ou para um conjunto de movimentações em dias distintos para poder chegar a alguma conclusão sobre eventuais atipicidades". SOUZA, José Leonélio de. *Evolução dos Controles Cadastrais nas Instituições Financeiras*.p. 138 in GONSALES, Alessandra (org). *Compliance:* a nova regra do jogo. São Paulo: LEC, 2016.

Além da lei fluminense, objeto do presente trabalho, outras legislações e projetos de lei merecem destaque.

O substitutivo do Projeto de Lei nº 1.292 de 1.995, é dizer, o projeto de nova lei geral de licitações, apresentou em seu art. 24, §4º a possibilidade de que "nas contrações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital poderá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses contatos da celebração do contrato, conforme orientações dos órgãos de controle".

A solução proposta deixa margem de discricionariedade para que o administrador possa avaliar a conveniência e oportunidade da imposição de deveres de integridade, diversamente da Lei Estadual nº 7.753/2017 que apresenta hipóteses vinculadas para exigência dos programas de *compliance.*

De outro lado, os mecanismos de governança corporativa, gestão de risco e *compliance* das empresas estatais exigidos pela Lei 13.303/2016 tem grande importância, seja por sua abrangência como por seu impacto no mercado das licitações e contratos.

A Lei Estadual nº 10.793/2017 do Espírito Santo estabelece Código de Conduta e Integridade que vincula todos os fornecedores de bens e prestadores de serviços ao Estado do Espírito Santo, sejam sociedades empresariais ou sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como pessoas físicas e ainda, as fundações, as associações de entidades ou de pessoas, as sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, que recebam algum repasse de recurso do Estado do Espírito Santo. A legislação estipula, de forma principiológica, os principais deveres éticos que vinculam tais pessoas.

A Lei nº 6.112/2018 do Distrito Federal, por outro lado, estabelece a "obrigatoriedade de implementação do Programa de Integridade em todas as empresas que celebrem contrato, consórcio, convênio, concessão ou parceria público-privada com a Administração Pública do Distrito Federal, em todas as esferas de Poder, cujos limites de valor sejam iguais ou superiores aos da licitação na modalidade tomada de preço, estimados entre R$ 80.000,00 e R$ 650.000,00, ainda que na forma de pregão eletrônico, e o prazo do

contrato seja igual ou superior a 180 dias", valores e prazos inferiores àqueles previstos na lei fluminense.

Ainda, observa-se que esta legislação se diferencia da Lei nº 7.753/2017, na medida em que optou por padronizar os critérios de avaliação de acordo com as disposições da legislação federal. No caso da lei distrital, para que o Programa de Integridade seja avaliado, a pessoa jurídica deverá apresentar relatório de perfil e relatório de conformidade do Programa, nos moldes daqueles regulados pela Lei Federal nº 12.846, de 2013, pelo Decreto Federal nº 8.420, de 18 de março de 2015, e pelo Decreto nº 37.296, de 29 de abril de 2016, ou pela legislação correlata superveniente, no que for aplicável. A Lei nº 6.112 prevê, ainda, que "o Programa de Integridade que seja meramente formal e que se mostre absolutamente ineficaz para mitigar o risco de ocorrência de atos lesivos previstos na Lei federal nº 12.846, de 2013, não é considerado para fins de cumprimento desta Lei".

Em solução diversa, a Lei nº 10.744 de 20 de agosto de 2019 do Estado do Mato Grosso, por outro lado, instituiu a obrigatoriedade de assinatura de Termo Anticorrupção por qualquer beneficiário direto ou indireto de recursos públicos estaduais, a abranger " todo e qualquer financiamento de projetos e para a celebração de convênios e parcerias, abrangendo também a aquisição de bens e serviços que envolvam contratos com a Administração Pública direta e indireta(art.1º)".

Ao contrário das legislações acima sintetizadas, que enfocam no dever de implementação de programas de integridade, a lei mato-grossense estipula dever de comunicação em caso de irregularidade:

> **Art. 2º** Além de se comprometerem a seguir as regras de conformidade estipuladas no Termo Anticorrupção, as empresas que receberem qualquer sorte de recursos públicos estaduais, sob qualquer título, deverão comunicar a ocorrência de problema ou indício de irregularidade que identifiquem no curso da execução do instrumento firmado com o órgão, entidade ou Poder.
>
> § 1º Em caso de inobservância da regra estabelecida no*caput* deste artigo, os repasses de valores públicos estaduais em benefício das

empresas envolvidas em procedimentos investigativos de corrupção cessarão de imediato, caso comprovado que os administradores destas sabiam das irregularidades, só podendo ser retomados em caso de isenção de responsabilidade declarada pelo Poder Judiciário. ***(Parte vetada pelo Governador - mantida pela Assembleia Legislativa - publicada no DOE de 30.01.2019, p. 39)***

§ 2º Comprovada a participação da pessoa jurídica de direito privado em atos de corrupção em desfavor do Erário Estadual, será decretado o vencimento antecipado da obrigação contratual assumida pela empresa, estando esta sujeita ao pagamento de multa proporcional ao dano causado. ***(Parte vetada pelo Governador - mantida pela Assembleia Legislativa - publicada no DOE de 30.01.2019, p. 39)***

O dever de reportar é um estímulo relevante para adoção dos mecanismos de integridade, uma vez que estes se destinam justamente a prevenir e detectar descumprimentos normativos. Sem sua existência restaria difícil cumprir o dever de reportar, de forma fidedigna, a ocorrência de violações.

Tal medida encontra precedente na prática estadunidense, sobretudo após alterações do Federal Acquisition Regulation (FAR) em 2008. A norma federal de licitações passou a exigir além da implementação de programas de *compliance* por parte dos contratantes[42], a regra do reporte obrigatório de ilicitudes[43].

[42] 52.203-13 Contractor Code of Business Ethics and Conduct. FAR 3.1004(a). A cláusula de integridade é obrigatória em contratos com valor superior a US$5.500.000,00 (cinco milhões e quinhentos mil dólares) e vigência de pelo menos 120 dias.

[43] FAR 3.1003 Requirements.
(a)Contractor requirements.
(1) Although the policy at 3.1002 applies as guidance to all Government contractors, the contractual requirements set forth in the clauses at 52.203-13, Contractor Code of Business Ethics and Conduct, and 52.203-14, Display of Hotline Poster(s), are mandatory if the contracts meet the conditions specified in the clause prescriptions at 3.1004.
(2) Whether or not the clause at 52.203-13 is applicable, a contractor may be suspended and/or debarred for knowing failure by a principal to timely disclose to the Government, in connection with the award, performance, or closeout of a Government contract performed by the contractor or a subcontract awarded thereunder, credible evidence of a violation of Federal criminal law involving fraud, conflict of interest, bribery, or gratuity violations found in Title 18 of the United States Code or a violation of the civil False

Yukins[44] afirma que, sobretudo em parte do mercado de licitações, impõe-se o reporte obrigatório (*mandatory disclosure*), de modo que "se os diretores ou responsáveis por determinar a vontade da empresa determinam que, após a devida conferência, há evidência confiável de que a empresa incorreu em certos crimes (fraude, suborno ou gratificações irregulares), fraude civil ou sobrepreço. A falha em cumprir com o dever de reporte obrigatório estipulado por contrato e pela regulação, poderá gerar o impedimento de contratar com a Administração contratante[45]".

A análise do sistema estadunidense faz surgir relevante provocação: as exigências daquele sistema jurídico surgiram após longo processo de amadurecimento dos sistemas voluntários de governança bem como no contexto de desenvolvimento de relevantes instrumentos consensuais de prevenção e combate à corrupção. Poderiam os mesmos instrumentos ser implementados no Brasil, cuja cultura de integridade ainda parece estar em seus primeiros passos?

2 - *Compliance* compulsório e efetividade: um desafio em curso

A literatura estrangeira, sobretudo aquela dedicada ao estudo da realidade anglo-saxã, tem apontado que apesar do discurso dos benefícios que se esperam a partir da implementação dos programas de *compliance*, há grande risco de que os recursos investidos

---

Claims Act. Knowing failure to timely disclose credible evidence of any of the above violations remains a cause for suspension and/or debarment until 3 years after final payment on a contract (see 9.406-2(b)(1)(vi) and 9.407-2(a)(8)).
(3) The Payment clauses at FAR 52.212-4(i)(5), 52.232-25(d), 52.232-26(c), and 52.232-27(l) require that, if the contractor becomes aware that the Government has overpaid on a contract financing or invoice payment, the contractor shall remit the overpayment amount to the Government. A contractor may be suspended and/or debarred for knowing failure by a principal to timely disclose credible evidence of a significant overpayment, other than overpayments resulting from contract financing payments as defined in 32.001 (see 9.406-2(b)(1)(vi) and 9.407-2(a)(8)).
(b)Notification of possible contractor violation. If the contracting officer is notified of possible contractor violation of Federal criminal law involving fraud, conflict of interest, bribery, or gratuity violations found in Title 18 U.S.C.; or a violation of the civil False Claims Act, the contracting officer shall -
(1) Coordinate the matter with the agency Office of the Inspector General; or
(2) Take action in accordance with agency procedures.

[44] YUKINS, Cristopher R. Mandatory Disclosure: A Case Study in How AntiCorruption Measures Can Affect Competition in Defense Markets. Center for Ethics and the Rule of Law, University of Pennsylvania Law School. April 16, 2015. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2600676#> Acesso em 28 de março de 2019.

[45] *Idem.* "In the U.S. defense procurement market, regulators require contractors to make "mandatory disclosures" if principals at those firms determine, after due review, that there is credible evidence that the firms engaged in certain crimes (fraud, bribery or gratuities), civil fraud, or significant overpayment by the government. Failure to make such a mandatory disclosure, required by clause and by regulation, can lead to (among other things) the debarment of the contractor -- a potentially devastating result".

em tais programas não apresentem os efeitos desejados. Teme-se que, em detrimento das finalidades precípuas deste mecanismo de governança, ocorra a mera construção de programas "de fachada", com único intuito de eximir dirigentes da responsabilização legal, ou ainda, de diminuir eventuais danos patrimoniais às organizações envolvidas em ilícitos graves[46].

Hui Chen e Eugene Sotes[47] apontam que a direção das empresas pode encarar o *compliance* como espécie de "seguro" de faceta política, um valor investigo para minorar prejuízos sem real envolvimento dos envolvidos na implementação das medidas. Os autores relatam curioso caso em que um funcionário que recebeu sete sessões de treinamento de *compliance* e 35 avisos de prevenção de suborno e, ainda assim, envolveu-se em esquema de corrupção:

> Quando o DOJ fez acusações criminais contra o funcionário da Morgan Stanley, Garth Peterson, em 2012, os documentos da acusação mostraram que Peterson tinha participado de sete sessões de treinamento de *compliance* e recebido 35 avisos relacionados a evitar subornar funcionários do governo — crime no qual ele próprio se envolveu. Mas essas iniciativas de *compliance* pouco influíram na conduta de Peterson, pois elas eram pro forma. "Existem os programas e *e-mails*", disse ele, "mas não funcionam porque as pessoas simplesmente podem deletar ou, se têm de fazer teleconferências, mas… em vez de realmente ouvir, tudo o que têm de fazer é dizer 'Garth Peterson está presente', e discretamente desligar, ou simplesmente colocar o telefone de lado e fazer outro trabalho e depois marcam no quadradinho que diz: concluído[48].

[46] Para aprofundamento da crítica, ver: LAUFER, William S. Illusions of compliance and governance. *Corporate Governance:* The international journal of business in society, Vol. 6 Issue: 3, pp.239-249, 2006. https://doi.org/10.1108/14720700610671846

[47] CHEN, Hui. SOTES, Eugene. Por que os programas de compliance fracassam e como corrigi-los. Havard Business Review. Disponível em: https://hbrbr.uol.com.br/compliance-como-corrigir/ Acesso em 02 de fevereiro de 2019.

[48] *Idem.*

O caso ilustra os efeitos deletérios do *compliance* "de gaveta", que podem ser especialmente graves em países com baixo nível de maturidade em compliance.

Em pesquisa conduzida pela Protiviti [49], apenas 4% das empresas brasileiras possuíam alto nível de maturidade de *compliance*; 23% das empresas, por outro lado, possuíam baixo nível de desenvolvimento dos programas de *compliance*, cenário caracterizado por "poucos esforços ou nenhuma ação estão sendo direcionados pela organização para assegurar um ambiente ético" e, portanto, trata-se de empresa altamente exposta a riscos de corrupção.

Nesse cenário, deve-se refletir sobre a aplicação da legislação de *compliance* no contexto das licitações de modo a extrair a melhor efetividade possível de suas normas, sob pena de desperdício injustificado de recursos públicos. Ora, o *compliance* compulsório será objeto de precificação por parte dos licitantes e poderá, por consequência, afetar suas propostas econômicas.

Uma primeira linha de contribuição para melhor aplicação da legislação consiste em avaliar os principais erros e falhas de *compliance* das organizações com o objetivo de não os repetir.

Hui Chen e Soltes apontam que um dos grandes problemas relacionados aos programas de compliance refere-se a falta de aferição ou na falha das métricas de aferição comumente utilizadas avaliar a efetividade dos programas de *compliance.*

Os autores afirmam que "de acordo com a Deloitte e a Compliance Week, 70% das empresas sequer tentaram medir a efetividade de seus programas de *compliance*. E das que medem, só um terço está confiante ou muito confiante de que está utilizando as métricas certas[50]". E ainda que haja tal aferição é comum que ela ocorra com base em critérios inadequados, tais como métricas incompletas ou inválidas, considerando-se que uma "medida significativa da efetividade precisa estar diretamente associada a resultados

[49] PROTIVITI. Pesquisa nível de Maturidade de Compliance das Organizações Brasileiras. Disponível em:<https://www.protiviti.com/sites/default/files/pesquisa_de_maturidade_de_compliance_2017_0.pdf>. Acesso em 5 de abril. de 2019

[50] CHEN, Hui. SOTES, Eugene. Por que os programas de compliance fracassam e como corrigi-los. Havard Business Review. Disponível em: https://hbrbr.uol.com.br/compliance-como-corrigir/ Acesso em 02 de fevereiro de 2019.

claramente articulados[51]". Muitas empresas estão focadas, por exemplo, em mensurar quantos funcionários receberam treinamento enquanto a métrica realmente importante, neste ponto, relaciona-se à avaliação da compreensão dos funcionários em relação ao programa. Antes de se questionar a quantidade de colaboradores treinados, deve-se avaliar se "as habilidades adquiridas foram úteis para confrontar cenários antecipadamente, ou houve uma mudança de conduta[52]".

Dentre outras questões problemáticas listadas por Hui Chen e Sotes estão o foco em medidas formais ou exigências legais sem a preocupação em seu verdadeiro impacto (como a exigência de anuência e ciência formal dos colaboradores em relação ao conteúdo dos programas de *compliance*), ou ainda, as medidas são escolhidas e avaliadas de forma enviesada a partir de pesquisas e autoavaliações. Os autores afirmam que "o problema com as pesquisas é que a autoavaliação e a autosseleção pelos respondentes pode distorcer os resultados e induzir os gestores a conclusões incorretas[53]".

Como exemplo de boa construção de métricas de avaliação, Chen e Sotes citam o exemplo da avaliação da efetividade da criação de um canal de denúncias com proteção dos denunciantes (hotline), criado com objeto de viabilizar a detecção rápida de ilícitos:

> Para entender melhor, os gestores podem aplicar uma análise de regressão multivariada. Modelos de regressão permitem que o investigador examine o impacto de uma variável enquanto mantém as demais constantes. Nesse caso, para afirmar se um aumento de chamadas indica um aumento nas violações de compliance, procuramos manter constantes os seguintes fatores: a disponibilidade da linha direta, o conforto das pessoas em usá-la, seu desempenho operacional e o número de potenciais usuários (pessoas com acesso a ela). Projetar modelos adequados de regressão exige tempo e experiência, mas é a forma mais confiável

[51] *Idem.*
[52] *Idem*
[53] *Idem.*

> de saber se há tranquilidade ou preocupação com as mudanças no volume de chamadas[54].

Nota-se a avaliação adequada dos programas de compliance depende da criação customizada e individualizada de métricas capazes de medir o alcance de cada um dos seus objetivos, o que nos parece um desafio no contexto em que o programa de *compliance* sujeita-se a método de fiscalização imposto por lei a ser conduzido por agentes públicos que não necessariamente deterão a *expertise* para tanto.

A efetividade dos programas de *compliance* a serem implementados por aqueles que celebram contratos administrativos depende de especial arranjo entre a estrutura organizacional das empresas e do conjunto de incentivos e medidas regulatórias capazes de moldar o comportamento destas organizações. Como aponta pesquisa empírica conduzida por Jodi L Short e Michael W Toffel:

> Our findings demonstrate that effective self-regulation is a product not only of structural conditions in organizations and environments but of what regulators do. This has important practical and theoretical implications. As a practical matter, our fi ndings provide tools that regulators can use to implement enforcement schemes that seek to leverage the self-regulating capacities of regulated organizations. As a theoretical matter, this approach helps to bridge organizational literatures on internal compliance structures, social control of individuals, and social control of organizations that have much to learn from one another. As regulators increasingly turn to voluntary and cooperative strategies to achieve regulatory goals, these bodies of scholarship can provide key insights into the mix of incentives and normative motivations that will most effectively shape organizational behavior[55].

[54] *Idem.*
[55] SHORT, Jodi L. TOFFEL,Michael W. Making Self-Regulation More Than Merely Symbolic: The Critical Role of the Legal Environment. *Administrative Science Quarterly* ,2010 55: 361.

No caso da legislação fluminense, tal efetividade dependerá de ajustes e de aprimoramentos regulatórios. Uma breve análise da aplicação da Lei nº 7.753/2017 evidencia o possível quadro de sobrecarga das autoridades responsáveis por sua fiscalização, o que poderá alterar o quadro de incentivos para implementação de programas de *compliance* efetivos por parte dos contratados.

Para ilustrar tal quadro, realizou-se análise de processos licitatórios recentemente conduzidos pelo Estado do Rio de Janeiro. Entre 01 de fevereiro de 2019 e 21 de abril de 2019, foram registrados 25 certames no portal de compras do Estado do Rio de Janeiro (QUADRO 1), em sua maioria, licitações na modalidade de pregão eletrônico.

Em análise dos respectivos contratos, nota-se que 12 deles (**48% do total**) exigiam a implementação de programas de integridade nos termos da Lei Estadual n.º 7.753/2017.

Todos os contratos com exigência de implementação de programas de integridade possuíam **vigência de 12 meses** e muitos deles instrumentalizam fornecimentos de bens com caráter imediato, a partir da realização de ata de registro de preços. Nesse caso, se a empresa vencedora não possuir programa de integridade implementado nos moldes exigidos pela lei, esta deverá comprovar sua implementação em até 180 dias contatos da celebração da avença. Este prazo corresponde a quase metade da vigência contratual de modo que ao fim do Contrato, o programa de integridade sequer terá tempo de maturação suficiente para que seja avaliada sua eficácia.

Por outro lado, o Poder Público terá pouco mais que seis meses para avaliar a "implementação" desde programa. Seria tal prazo exequível em cenário de crescente assoberbamento da máquina administrativa?

Reconhece-se que o crescimento das boas práticas de governança e *compliance* tem potencial para incrementar a qualidade e a integridade das contratações públicas. Contudo, caso a legislação analisada seja aplicada irrefletidamente, o "incentivo" ao *compliance* poderá se converter em fardo inútil, o que não se pode admitir sob pena de violação do princípio constitucional da eficiência administrativa.

ANEXO- QUADRO 1

Edital de licitações RJ – 1º de março a 21 de abril de 2019	
1	**Licitação:** **PE 003/19-FAETEC-AQ.GÊNEROS ALIMENTÍCIOS-METRO III**[56]
Objeto	Contratação de Empresa especializada, devidamente regularizada, para o fornecimento de gêneros alimentícios junto à Fundação de Apoio à Escola Técnica do Estado do Rio de Janeiro - FAETEC, para as Unidades de ensino de educação básica, que compreende a Região Metropolitana III
Modalidade	Pregão
Tipo	Menor preço
Prazo	12 meses
Valor máximo do contrato	R$5.508.752,40 (cinco milhões, quinhentos e oito mil, setecentos e cinquenta e dois reais e quarenta centavos)
Publicação:	01/04/2019
Referência ao Programa de Integridade:	16.7 No momento da assinatura do contrato, a licitante vencedora deverá comprovar que mantém programa de integridade nos termos da disciplina conferida pela Lei Estadual n.º 7.753/2017 e eventuais modificações e regulamentos subsequentes, consistindo tal programa no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade,

[56] https://www.compras.rj.gov.br/Portal-Siga/EditaisLicitacoes/detalhar.action#

	auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com o objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a Administração Pública. 16.7.1 Caso a futura contratada ainda não tenha o Programa de Integridade instituído, a Lei nº 7.753, de 17 de outubro de 2017 faculta o prazo de até 180 (cento e oitenta) dias para a implantação do referido programa, a contar da data de celebração contrato
2	**Licitação:** **PE 003/19-FAETEC-AQ.GÊNEROS ALIMENTÍCIOS-METRO II**[57]
Objeto:	Contratação de Empresa especializada, devidamente regularizada, para o fornecimento de gêneros alimentícios junto à Fundação de Apoio à Escola Técnica do Estado do Rio de Janeiro - FAETEC, para as Unidades de ensino de educação básica, que compreende a Região Metropolitana II
Modalidade	Pregão
Tipo:	Menor preço
Prazo	12 meses
Valor máximo do	R$4.556.867,22 (quatro milhões, quinhentos e cinquenta e seis mil,

[57] Disponível em: http://arquivossiga.proderj.rj.gov.br/siga_imagens//documentos/termos/22976/0/2Edital%20PE002%2019%20Metro%20II.pdf

contrato	oitocentos e sessenta e sete reais e vinte e dois centavos
Publicação:	01/04/2019
Referência ao Programa de Integridade:	16.7 No momento da assinatura do contrato, a licitante vencedora deverá comprovar que mantém programa de integridade nos termos da disciplina conferida pela Lei Estadual n.º 7.753/2017 e eventuais modificações e regulamentos subsequentes, consistindo tal programa no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com o objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a Administração Pública. 16.7.1 Caso a futura contratada ainda não tenha o Programa de Integridade instituído, a Lei nº 7.753, de 17 de outubro de 2017 faculta o prazo de até 180 (cento e oitenta) dias para a implantação do referido programa, a contar da data de celebração contrato
3	**Licitação:** **PE 003/19-FAETEC-AQ.GÊNEROS ALIMENTÍCIOS-METRO I**
Objeto:	Contratação de Empresa especializada, devidamente regularizada, para o fornecimento de gêneros alimentícios junto à Fundação de Apoio à Escola Técnica do Estado do Rio de Janeiro - FAETEC, para as Unidades de ensino de educação básica, que compreende a Região Metropolitana I, baixada litorânea e Norte
Modalidade	Pregão

Tipo:	Menor preço
Prazo	12 meses
Valor máximo do contrato	R$3.442.506,54 (três milhões, quatrocentos e quarenta e dois mil, quinhentos e seis reais e cinquenta e quatro centavos)
Publicação:	01/04/2019
Referência ao Programa de Integridade:	16.7 No momento da assinatura do contrato, a licitante vencedora deverá comprovar que mantém programa de integridade nos termos da disciplina conferida pela Lei Estadual n.º 7.753/2017 e eventuais modificações e regulamentos subsequentes, consistindo tal programa no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com o objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a Administração Pública. 16.7.1 Caso a futura contratada ainda não tenha o Programa de Integridade instituído, a Lei nº 7.753, de 17 de outubro de 2017 faculta o prazo de até 180 (cento e oitenta) dias para a implantação do referido programa, a contar da data de celebração contrato
4	**PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇOS nº 004/2019** **PARA A AQUISIÇÃO INSUMOS ODONTOLÓGICOS**[58]
Objeto:	Fornecimento de insumos odontológicos (Anestésicos e materiais em aço inox)

[58] https://www.compras.rj.gov.br/Portal-Siga/EditaisLicitacoes/retiradaDeEdital.action

Modalidade:	Pregão
Tipo:	Menor preço
Prazo	Ata de registro de preços terá validade de um ano, prorrogável por igual período. A entrega dos bens deverá ser realizada no prazo de 10 (dez) dias úteis, a contar da retirada da Nota de Empenho, que deverá ocorrer no prazo máximo de 3 (três) dias úteis após a sua emissão
Valor máximo do contrato	R$ 193.522,31 (cento e noventa e três mil quinhentos e vinte e dois reais e trinta e um centavos
Publicação	02/04/2019
Referência ao Programa de Integridade	Cláusula 4 ª g) Manter programa de integridade nos termos da disciplina conferida pela Lei Estadual n.º 7.753/2017 e eventuais modificações e regulamentos subsequentes, consistindo tal programa no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com o objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a Administração Pública
5	**PE 044/19-SES - AQUISIÇÃO DE MATERIAL**
Objeto:	O presente contrato tem por objeto a AQUISIÇÃO DE MATERIAIS (SERINGAS E AGULHAS), PARA A COORDENAÇÃO DE VIGILÂNCIA EPIDEMIOLÓGICA, nas quantidades e condições indicadas no Termo de Referência (ANEXO I).

Modalidade	Pregão eletrônico
Tipo	Menor preço
Prazo	12 meses
Valor máximo do contrato	Não informado
Publicação	27/03/2019
Referência ao Programa de Integridade:	Cláusula 4 ª g) Manter programa de integridade nos termos da disciplina conferida pela Lei Estadual n.º 7.753/2017 e eventuais modificações e regulamentos subsequentes, consistindo tal programa no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com o objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a Administração Pública
6	**PE 116/19-UERJ - Reformas ACESSIBILIDADE CAP**
Objeto	Execução de obras de reforma para ACESSIBILIDADE AOS PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS nos prédios do Instituto de Aplicação da UERJ – CAP-UERJ
Modalidade	Pregão Eletrônico
Tipo	Menor preço
Prazo	12 meses

Valor máximo do contrato	"Média obtida na estimativa prévia de mercado". As obras objeto deste Projeto Básico foram orçadas em R$ 820.758,01 (oitocentos e vinte mil setecentos e cinquenta e oito reais e um centavo), tendo como base os preços do catálogo EMOP, TCPO, SCO e preços de mercado (ref. JAN/2018).
Publicação:	27/03/2019
Referência ao Programa de Integridade:	Cláusula 9ª XXVIII. Manter programa de integridade nos termos da disciplina conferida pela Lei Estadual n.º 7.753/2017 e eventuais modificações e regulamentos subsequentes, consistindo tal programa no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com o objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a Administração Pública.
7	**PE 114/19-UERJ Contrata Fornec./Instal. AR CONDICI**
Objeto	Contratação de empresa especializada no FORNECIMENTO E INSTALAÇÃO DE SISTEMA EXPANSÃO DIRETA DE AR CONDICIONADO DO TIPO SPLITÃO INVERT no total de 60 (3 x 20) TR´s, atendendo Prefeitura dos Campi - PREFEI, conforme especificação detalhada no Projeto Básico
Modalidade	Pregão eletrônico
Tipo	Menor preço
Prazo	12 meses

Valor máximo do contrato	O preço máximo admitido pelo ÓRGÃO LICITANTE é a **média obtida na estimativa prévia** de mercado.
Publicação	22/03/2019
Referência ao Programa de Integridade	CLÁUSULA NONA - XXXV. Manter programa de integridade nos termos da disciplina conferida pela Lei Estadual n.º 7.753/2017 e eventuais modificações e regulamentos subsequentes, consistindo tal programa no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com o objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a Administração Pública. XXXVI. Caso a contratada ainda não tenha programa de integridade instituído, a contratada compromete-se a implantar o Programa de Integridade no prazo de até 180 (cento e oitenta) dias corridos, a partir da data de celebração do presente contrato, na forma da Lei nº 7.753, de 17 de outubro de 2017.
8	**PE0106/19-UERJ-AQUIS TORNEIRA, ETC**
Objeto	Aquisição de material hospitalar (torneira, extensor e adaptador) para o hospital universitário Pedro Ernesto.
Modalidade	Pregão Eletrônico
Tipo	Menor Preço

Prazo	12 meses.
Valor máximo do contrato	O preço máximo admitido pelo ÓRGÃO LICITANTE é a média obtida na estimativa prévia de mercado.
Publicação	14/03/2019
Referência ao Programa de Integridade	CLÁUSULA QUARTA - g) Manter programa de integridade nos termos da disciplina conferida pela Lei Estadual n.º 7.753/2017 e eventuais modificações e regulamentos subsequentes, consistindo tal programa no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética

9	**PE0105/19-UERJ-AQUIS SONDAS**
Objeto:	Aquisição de material hospitalar (sondas) para o hospital universitário Pedro Ernesto.
Modalidade	Pregão Eletrônico
Tipo	Menor preço
Prazo	12 meses
Valor máximo do contrato	O preço máximo admitido pelo ÓRGÃO LICITANTE é a média obtida na estimativa prévia de mercado.
Publicação	14/03/2019

Referência ao Programa de Integridade	CLÁUSULA QUARTA - g) Manter programa de integridade nos termos da disciplina conferida pela Lei Estadual n.º 7.753/2017 e eventuais modificações e regulamentos subsequentes, consistindo tal programa no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética
10	**PE0103/19-UERJ-AQUIS ALÇAS DE POLIPECTIMIA**
Objeto	Aquisição de material de OPMES para o serviço de gastroenterologia do HUPE
Modalidade	Pregão Eletrônico
Tipo	Menor preço
Prazo	12 meses
Valor máximo do contrato	O preço máximo admitido pelo ÓRGÃO LICITANTE é a média obtida na estimativa prévia de mercado.
Publicação	13/03/2019
Referência ao Programa de Integridade	CLÁUSULA QUARTA - g) Manter programa de integridade nos termos da disciplina conferida pela Lei Estadual n.º 7.753/2017 e eventuais modificações e regulamentos subsequentes, consistindo tal programa no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética
11	**PE0102/19-UERJ-AQUIS SONDAS**

Objeto	AQUISIÇÃO DE MATERIAL HOSPITALAR (SONDA DE ASPIRAÇÃO TRAQUEAL) PARA O HOSPITAL UNIVERSITÁRIO PEDRO ERNESTO
Modalidade	Pregão Eletrônico
Tipo	Menor preço
Prazo	12 meses
Valor máximo do contrato	O preço máximo admitido pelo ÓRGÃO LICITANTE é a média obtida na estimativa prévia de mercado.
Publicação	13/03/2019
Referência ao Programa de Integridade	CLÁUSULA QUARTA - g) Manter programa de integridade nos termos da disciplina conferida pela Lei Estadual n.º 7.753/2017 e eventuais modificações e regulamentos subsequentes, consistindo tal programa no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética
12	**PE0101/19-UERJ-AQUIS CASSETE PLÁSTICO, ETC**
Objeto	Aquisição de material hospitalar (cassete plástico, etc.) para o hospital universitário Pedro Ernesto.
Modalidade	Pregão eletrônico
Tipo	Menor preço

Prazo	12 meses
Valor máximo do contrato	O preço máximo admitido pelo ÓRGÃO LICITANTE é a média obtida na estimativa prévia de mercado.
Publicação	13/03/2019
Referência ao Programa de Integridade	CLÁUSULA QUARTA - g) Manter programa de integridade nos termos da disciplina conferida pela Lei Estadual n.º 7.753/2017 e eventuais modificações e regulamentos subsequentes, consistindo tal programa no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética

A análise acima, restrita a um universo limitado de contratos, é suficiente à evidência de um dos principais problemas com a determinação compulsória da lei fluminense. Ao determinar que todos os agentes públicos encarregados de gerir e fiscalizar os contratos da Administração estadual, a lei parte de uma pressuposição falha na origem: a de que todos esses agentes, que jamais foram treinados para essa função, tenham a capacidade de avaliar e aferir a qualidade dos programas de integridade de todos os contratados sob a sua supervisão.

Supor essa competência é algo até perverso com os agentes da Administração fluminense, não porque não sejam servidores empenhados nas suas funções, mas porque a tarefa de avaliar um programa de integridade é algo bastante complexo e específico, alheio ao plexo de atribuições do dia-a-dia desses agentes.

Tome-se, por exemplo da dificuldade dessa tarefa, procedimentos já existentes para a avaliação desses programas.

A avaliação conduzida com base nas normas ISO (19600 e 37001, a primeira de conformidade do programa, a segunda de certificação dos mecanismos anti-suborno) deve ser feita por entidade acreditada, segundo essas normas, que, por sua vez, seguem um

amplo rol de procedimentos de verificação, muitos deles *in loco*, e, para tanto, contam com prazos razoáveis e com um efetivo de pessoas dedicadas a essa tarefa. O Pró-Ética, por sua vez, demanda de técnicos da CGU quase seis meses de avaliação dos programas de integridade enviados por organizações que desejem obter o reconhecimento da qualidade dos seus programas. Diga-se, ademais, que são analistas treinados especificamente para a avaliação desses programas.

Daí porque é utópica a presunção de que todos os agentes públicos encarregados da gestão e fiscalização dos contratos celebrados pela Administração fluminense têm qualquer condição de atender à exigência de avaliar (com efetividade) todos os programas de integridades daqueles que são contratados pelo Estado. Essa assunção ignora (i) a complexidade envolvida nessa tarefa, (ii) as limitações naturais de agentes que, não apenas possuem uma série de outras atribuições, como também jamais foram suficientemente treinados para essa tarefa específica e, por fim (iii) que a avaliação de um programa de integridade é uma atividade que demanda um tempo incompatível com os prazos contratuais, sobretudo quando a implantação desse programa pela empresa contratada ocorre nos 180 dias previstos pela lei.

A previsão, posta como está, portanto, não parece alcançar os objetivos propagados. A falta de capacitação dos agentes encarregados da avaliação dos programas de integridade torna inócua a exigências desses programas. É até mesmo questionável a viabilidade de capacitar todos aqueles encarregados de gerir e fiscalizar contratos da Administração, tanto o mais porque continuarão incumbidos de outras funções altamente demandantes – não é irrisório o esforço empreendido na gestão e fiscalização de um contrato – e, ainda, porque não é essa a sua função.

a. Os efeitos reversos da medida

A par da inocuidade da exigência legislativa pelo programa de integridade, a construção feita pela Lei fluminense desperta, ainda, preocupação legítima com os riscos de *compliance* na sua adoção. É dizer: sob a justa razão de estimular a integridade corporativa, a exigência pode, de fato, suscitar atos ímprobos, daqueles que enxerguem na sua aplicação uma vantagem competitiva indevida.

Imagine-se, nesse aspecto, um agente público inescrupuloso que, munido da competência para aferir a qualidade dos programas de integridades de concorrentes num certame, entenda, em conluio com um concorrente, que os programas dos demais competidores não passam ao crivo da lei e, portanto, teriam um encargo adicional na hipótese de virem a ser contratados, aumentando os custos de transação; ou, ainda, suponha-se que, uma vez contratado, o particular tenha a avaliação do seu programa de integridade prejudicada por conta de acerto entre o gestor do contrato e um particular que tenha interesse na contratação, mas que não logrou vencer o certame que a antecedeu.

Por outro lado, a medida contempla, também, aquele particular que, malgrado não possuir um programa de integridade minimamente eficaz, oferta vantagem indevida ao agente encarregado de avaliar esse programa, e, assim, logra atender à exigência legal por meios ilícitos.

Essas situações todas decorrem, por certo, do alto grau de subjetividade na análise do programa de integridade, tal qual exigido na dicção da Lei fluminense. Ora, os incisos do art. 4º, que arrolam os parâmetros de análise, encerram elementos demasiadamente abertos, que demandam hermenêutica restritiva por parte do aplicador. Nesse ponto, o risco de o agente público manejar a avaliação de modo escuso é muito grande, pois, afinal, não se tem parâmetros objetivos de análise. Em realidade, é até questionável a possibilidade de se empreender avaliação objetiva – e, portanto, menos suscetível à ação indevida do avaliador - de um programa de integridade sem um mínimo de critérios objetivos, algo que falta na Lei nº 7.753/2017.

Como, afinal, apurar o comprometimento da alta direção (inc.I) sem quaisquer critérios ou parâmetros para tanto; ou, então, o que quer dizer "diligências apropriadas para contratação" (inc. XIII)?, o que seria apropriado? Mais: em outros casos, no silêncio da lei, bastará que o programa apresente "medidas disciplinares", "treinamentos", ou é preciso verificar a eficácia dessas medidas e dos treinamentos realizados. Se um determinado programa prever apenas advertência dentre as medidas disciplinares, atenderá ou não ao exigido pela lei, afinal, formalmente, tem-se uma medida disciplinar; e se a empresa realizou apenas um treinamento básico, uniforme para os diversos colaboradores, é possível atender ao inciso próprio que trata dos treinamentos? Em situações como essa, será forçoso reconhecer que a única saída será adotar uma pauta *check-list*, na qual o gestor responsável

pela avaliação do programa apenas poderá empreender uma análise "sim/não" de cada um dos itens demandados pelo art. 4º.

Fato é que, ao condicionar à discricionariedade do agente público mais um item relevante à participação e contratação de particulares pela Administração, a Lei nº 7.753/2017 confere mais um instrumento de coação ou de obtenção de vantagem indevida. Para tanto, basta que os agentes públicos ou particulares mal-intencionados se valham do abstracionismo do texto legal para direcionar a avaliação que será feita dos programas de integridade.

3 - Conclusão

É inquestionável o mérito de iniciativas legislativas que fomentem a cultura de integridade corporativa. Soluções de diversas ordens (sanções, sanções premiais, incentivos, etc.) podem ser pensadas para mais bem introjetar nas organizações a preocupação com a adoção de regras e procedimentos que assegurem o exercício lícito e lídimo da atividade empresarial.

No entanto, pretender contemplar essa (relevante) pauta de modo açodado pode ter efeitos nulos, ou mesmo contrários a essa intenção. A promoção de medidas legislativas de afogadilho, sem a devida discussão e compreensão dos efeitos que podem provocar, notadamente em tema já tão sensível como a contratação administrativa, não traduz benefício real. Ao contrário, pode, sim, fomentar a corrupção ou, quando menos, impor obrigações adjacentes ao agente público e ao particular, que venham a onerar ainda mais a contratação.

O exemplo da Lei fluminense – louvável em seu intuito – é elucidativo dessa preocupação. Sob a justificada intenção de incentivar a integridade naqueles que contratam com a Administração estadual, a Lei nº 7.753/2017 acabou, no entanto, prevendo obrigações que, de um lado, dificultam sobremaneira a atuação dos agentes públicos encarregados da gestão dos contratos, impondo-lhes obrigações para cujo cumprimento não estão devidamente capacitados; do outro lado, as medidas previstas podem acabar promovendo apenas uma integridade meramente formal, desprovida de eficácia. Tanto pior, a abstração da norma em um ponto sensível da relação público-privada pode, ainda, acabar fomentando a corrupção, ao invés de combatê-la.

Daí porque é preciso cautela na adoção de medidas dessa ordem e, da mesma forma, é necessário corrigir a rota de iniciativas que já foram tomadas, não apenas pelo Estado do Rio de Janeiro, nesse sentido. O mais relevante, repise-se, é que a barreira da preocupação com o *compliance* parece já ter sido superada, o que indica uma mudança cultural de relevo. Agora, é amoldar esse ímpeto para que ele possa atingir da melhor forma os seus objetivos.

Referências Bibliográficas

CATALAYUD, Manuel Maroto. **Liberalismo *vs.* neocorporativismo**: los discursos de la autorregulación como discursos legitimantes. *In*: JIMÉNEZ, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto. *Autorregulación y Sanciones*. Thomson Reuters Proview, 2015.

CHEN, Hui. SOTES, Eugene. **Por que os programas de compliance fracassam e como corrigi-los**. Havard Business Review. Disponível em: https://hbrbr.uol.com.br/compliance-como-corrigir/ Acesso em 02 de fevereiro de 2019.

COCA VILA, Ivó *¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In*: SILVA-SANCHEZ, Jesus Maria; Fernandez, Raquel Montaner. **Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas**. Barcelona: Atelier, 2013.
GARDELLLA, Maria Mercè. La autorregulación regulada em la doctrina anglo-sajona y continental-europea. *In*: JIMÉNEZ, Luis Arroyo. MARTÍN, Adán Nieto. **Autorregulación y Sanciones**. Thomson Reuters Proview, 2015.

LAUFER, William S. **Illusions of compliance and governance**. *Corporate Governance:* The international journal of business in society, Vol. 6 Issue: 3, pp.239-249, 2006.
AVELAR, Mariana Magalhães. **Contratualização da atividade sancionadora**: Acordo de Leniência no contexto das licitações e contratos. Dissertação de mestrado ao programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Belo Horizonte: UFMG, 2018, p. 67-68.

RESENDE, Mariana Barbosa Araújo. **Compliance como essência da governança corporativa a partir da experiência do Foreign Corrupt Practices Act**. *In* FÉRES,

Marcelo Andrade. CHAVES, Natália Cristina (orgs.). *Sistema Anticorrupção e Empresa*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido,2018.

SANTOS, Marcela de Oliveira. AVELAR, Mariana Magalhães. ALVIM, Thiago. **Compliance e o Terceiro Setor**. *In* CARVALHO, André Castro. BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. ALVIM, Tiago Cripa.VENTURINI, Otávio *Manual de Compliance*. São Paulo: Forense, 2019.

SCAFF, Fernando Facury; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Lei Anticorrupção é substancialmente de caráter penal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-fev-05/renato-silveira-fernando-scaff-lei-anticorrupcao-carater-penal>. Acesso em: 15 mai. 2018.

SOUZA, José Leonélio de. **Evolução dos Controles Cadastrais nas Instituições Financeiras**. In: GONSALES, Alessandra (org). *Compliance:* a nova regra do jogo. São Paulo: LEC, 2016.

PROTIVITI. **Pesquisa nível de Maturidade de Compliance das Organizações Brasileiras**. Disponível em:<https://www.protiviti.com/sites/default/files/pesquisa_de_maturidade_de_compliance_2017_0.pdf>. Acesso em 5 de abril. de 2019.

SHORT, Jodi L. TOFFEL, Michael W. **Making Self-Regulation More Than Merely Symbolic**: The Critical Role of the Legal Environment. *Administrative Science Quarterly* ,2010 55: 361.

VERÍSSIMO, Carla. ***Compliance*: incentivos à adoção de medidas anticorrupção**. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

YUKINS, Cristopher R. **Mandatory Disclosure: A Case Study in How AntiCorruption Measures Can Affect Competition in Defense Markets**. Center for Ethics and the Rule of Law, University of Pennsylvania Law School. April 16, 2015. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2600676#> Acesso em 28 de março de 2019.

A CONTRATAÇÃO INTEGRADA DO RDC: INTERPRETAÇÕES EQUIVOCADAS PODEM FULMINAR O INSTITUTO. COMO RESOLVER O PROBLEMA?

Cristiano Borges Castilhos[59]

Patricia Sampaio Fiad[60]

Introdução

O aprimoramento das relações entre a administração pública e o particular passa, impreterivelmente, pelo avanço no arcabouço legal aplicável às contratações públicas. Com isso em vista, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, instaurado pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, surgiu como uma alternativa ao regime tradicional de licitação pública, previsto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei de Licitações.

Dentre as principais novidades trazidas por esse regime, destaca-se a possibilidade da contratação integrada[61], por meio da qual a administração pública transfere ao particular a elaboração dos projetos básico e executivo, conjuntamente com a execução de obras e serviços de engenharia, nos termos de seu art. 9, §1º, anteriormente vedada pela Lei de Licitações.[62]

Em 2012 e em 2015, por meio das Leis nº 12.688 e 13.190, respectivamente, o RDC teve seu escopo de aplicação sobremaneira expandido, de modo que o regime inicialmente instaurado para atender exclusivamente às licitações necessárias aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, à Copa das Confederações da Fifa 2013 e à Copa do

[59] Advogado com mais de 10 anos de experiência em projetos de infraestrutura e membro da Comissão de Infraestrutura e Desenvolvimento Econômico da OAB/RJ.

[60] Advogada, mestre em Direito Internacional e bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

[61] O regime da contratação integrada já era previsto no universo de contratações da Petrobras, conforme Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS, aprovado pelo Decreto nº 2.745, de 24 de agosto de 1998.

[62] No regime de contratação da Lei de Licitações, os certames devem ser licitados, pelo menos, com o projeto básico.

Mundo Fifa 2014, passou a ser aplicável para diversas outras hipóteses, dentre outras quais, destaca-se para fins específicos deste trabalho, as contratações de obras e serviços de engenharia relacionadas às ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e àquelas relacionadas às melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística.

A instauração do RDC, contudo, não trouxe solução para todos os problemas enfrentados na esfera da contratação pública; ao contrário, sua aplicação vem expondo esse novo regime a dificuldades de cunho pragmático que precisam ser enfrentadas pelos agentes públicos e privados para que, efetivamente, alcance as melhorias almejadas.

A partir da análise de casos concretos e hipotéticos, o presente artigo tem foco, portanto, na aplicação do RDC na forma da contratação integrada, doravante designada pela sigla "RDCi", às obras de engenharia e tem como objetivo analisar algumas das principais dificuldades enfrentadas na gestão dos contratos administrativos e propor soluções para os problemas identificados.[63]

1. Análise de quantitativos dos projetos básico e executivo e a indevida comparação com supostos, mas inexistentes, quantitativos do anteprojeto de engenharia

Em grande obra de mobilidade urbana licitada sob RDCi, cuja empresa pública estadual contratante obteve financiamento com órgão da administração pública federal, esse último exigiu a revisão dos projetos básico e executivo da contratada, para fins de liberação dos recursos.[64]

Na análise dos projetos, todavia, o agente financiador extrapolou os limites legais e conceituais do RDCi ao comparar os quantitativos previstos nos projetos básico e executivo com aqueles, supostamente, previstos no anteprojeto, ou seja, na fase licitatória.

A Lei nº 12.462/2011, ao permitir a contratação integrada, estabeleceu, em seu art. 9º, § 2º, inciso I, que a licitação terá como base um anteprojeto de engenharia, nos seguintes termos:

[63] Não desconhecemos os Projetos de Lei que tramitam no Congresso Nacional (PLS 559/13 e PL 1.292/95), que visam a unificar as regras para contratações públicas. Entretanto, considerando que as iniciativas legislativas ainda pendem de aprovação, optou-se neste trabalho propor melhorias diretamente na Lei do RDC e em seu Decreto regulamentador.

[64] A verificação dos projetos de engenharia pelo financiador é usual e encontra previsão em normativos expedidos pelos agentes financiadores.

> *Art. 9 º (...)*
> *§ 2o No caso de contratação integrada:*
> *I - o instrumento convocatório deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, incluindo:*
> *a) a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado;*
> *b) as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega, observado o disposto no caput e no § 1o do art. 6o desta Lei;*
> *c) a estética do projeto arquitetônico; e*
> *d) os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade;*

Nesta mesma previsão legal, é determinada, ainda, a forma como o valor da contratação deverá ser estimada:

> *Art. 9º (...), § 2º (...)*
> *II - o valor estimado da contratação será calculado com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela administração pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica.*

Tendo em vista que, na contratação integrada, caberá ao contratado a elaboração dos projetos básico e executivo, é próprio de sua lógica que o instrumento convocatório deverá conter, tão somente, o anteprojeto da obra contratada. Nessa hipótese, conforme visto, o inciso II, §2º, art. 9º, da mencionada Lei, determina que o valor da contratação, portanto, deverá ser estipulado, exclusivamente, com base em três alternativas: (i) nos valores praticados pelo mercado; (ii) nos valores pagos pela Administração Pública em serviços e obras similares; ou (iii) na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica. Resta, assim, evidente que, na fase de licitação do RDCi, não há previsão de quantitativos para a obra a ser contratada, o que se deve, sobretudo, ao baixo nível de detalhamento do anteprojeto.

Em linha com essa premissa, inclusive, a Lei exige o orçamento detalhado em quantitativos apenas em caso de licitações de obras com projetos básicos já elaborados (art. 2º, parágrafo único, inciso VI, Lei nº 12.462/2011). Ainda nessa esteira, o art. 40, §3º, do Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011, que regulamenta a Lei nº 12.462/2011, dispõe que, na hipótese de contratação integrada, o licitante deverá apresentar o valor do lance

vencedor distribuído pelas etapas do cronograma físico, conforme definido no edital e em conformidade com o critério de aceitabilidade previsto na Lei, sem que seja necessária a estipulação de quantitativos. O mesmo Decreto regulamentador do RDC, nos termos do art. 66, §2º, expressamente restringe a análise dos projetos básico e executivo à verificação de sua adequação técnica em relação aos parâmetros definidos no instrumento convocatório. Essa previsão regulamentar, portanto, expressamente limita a abrangência de verificação dos projetos, sem permitir que se façam discussões e comparações sobre os quantitativos obtidos nos projetos detalhados (básico e executivo) com as supostas (mas inexistentes) quantidades do anteprojeto de engenharia. Essa restrição normativa coaduna-se à ideia central da contratação integrada, segundo a qual o risco de variações dos quantitativos estimados é exclusivamente do contratado.

É de relevo registrar, igualmente, que a hipótese de comparação entre quantitativos dos projetos básico e executivo com quantitativos supostamente aferidos a partir do anteprojeto, ao contrário do que preceitua a própria contratação integrada, inibiria a liberdade de oferecimento de soluções de engenharia para apresentação de propostas mais vantajosas na fase de licitação ou a ser desenvolvidas ao longo da elaboração dos referidos projetos.

Estranha, portanto, a proposta da administração pública de comparar os quantitativos constantes dos projetos mais detalhados (básico e executivo) com supostos (na verdade, inexistentes) quantitativos do anteprojeto.

Agrava-se ainda mais a situação quando, ao fazer o equivocado comparativo, a administração pública sugere haver variação negativa de quantidades e propõe, em razão da diminuição dos quantitativos, a redução do valor do contrato, não obstante constatada a total adequação técnica dos projetos desenvolvidos pelo contratado em relação aos parâmetros fixados no edital da licitação, tal como prescreve a norma regulamentadora.

Conclui-se, portanto, que, apesar de a Lei não deixar dúvidas quanto à irregularidade da exigência imposta, ainda mais diante do fato de a mesma ser contrária à própria lógica do RDCi, é preciso que os órgãos envolvidos consolidem esse entendimento, visto ser necessário, com urgência, a revisão dessa prática indevida.

Para contribuir neste sentido, sugere-se melhoria na redação do § 2º do art. 66 do Decreto nº 7581/2011, passando a ter a seguinte redação:

> *§ 2º No caso da contratação integrada prevista no art. 9º da Lei nº 12.462, de 2011, a análise e a aceitação do projeto deverá limitar-se a sua adequação técnica em relação aos parâmetros definidos no instrumento convocatório, em conformidade com o art. 74, devendo ser assegurado que as parcelas desembolsadas observem ao cronograma financeiro apresentado na forma do art. 40, § 3º,* ***sendo, ainda, vedada a comparação de quantidades dos projetos apresentados pelo contratado com àqueles estimados no anteprojeto.***

Entende-se que, assim, a lógica passaria a estar expressamente prevista na regra, evitando-se os equívocos verificados na prática contratual analisada e garantindo a segurança jurídica necessária aos contratos sob o RDCi.

2. Taxa de risco do RDCi: (i) distinção da taxa de risco inclusa no BDI e (ii) impossibilidade de redução ao longo do contrato

A licitação no âmbito do RDCi dá-se apenas com o anteprojeto e o contrato administrativo derivado do certame transfere ao particular a obrigação de elaborar os projetos básico e executivos. Nesta modalidade, transfere-se, igualmente, ao contratado os riscos de variação de quantidades entre aquelas possíveis de serem estimadas a partir do anteprojeto e as evidenciadas no detalhamento dos projetos básico e executivo. Tal risco somente materializa-se durante a execução do contrato e, por não ter referencial inicial na licitação, precisa ser mitigado.

Com esse fim, a Lei nº 12.462/2011 passou a prever a possibilidade de inclusão de uma taxa de risco no valor estimado da contratação, quando o instrumento convocatório prevê matriz de risco, de acordo com a seguinte redação:

> *Art. 9º (...)*
> *§ 5o Se o anteprojeto contemplar matriz de alocação de riscos entre a administração pública e o contratado, o valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e as contingências atribuídas ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pela entidade contratante.*

Referida taxa de riscos está diretamente ligada à possibilidade de materialização de riscos a cargo do contratado na matriz, os quais, se concretizados, certamente, geram impactos ao particular e são mitigados pela taxa prevista.

O art. 75 do Regulamento da Lei do RDC estabelece a previsão de taxa de risco compatível com o objeto da licitação e as contingências atribuídas ao contratado (§1º) e que essa taxa de risco não integrará a parcela de benefícios e despesas indiretas ("BDI") do orçamento estimado (§2º). A partir disso, é possível concluir se tratar de taxa de riscos específica e distinta daquela prevista no BDI.

Nada obstante tal previsão, nota-se que a normatização dessa nova taxa de riscos é bastante incipiente e a ausência de uma regulamentação mais clara e completa enseja, na prática, divergências de entendimentos entre os parâmetros definidores de seu patamar e de sua própria existência e legalidade. Por isso, não é exceção encontrarmos questionamentos de contratantes e de Tribunais de Contas a respeito dos critérios e da metodologia aplicada à definição da taxa de risco ora sob análise.

Isso considerado, este capítulo do trabalho se deterá em demonstrar as características desta taxa de riscos específica, sua efetiva necessidade para o equilíbrio das contratações integradas e, por fim, em afastar qualquer pretensão de redução do patamar da taxa, na medida em que determinados riscos não se materializem durante a execução do contrato.

Para elucidar melhor a diferenciação da taxa de riscos prevista para as contratações integradas da taxa de riscos considerada nos demais regimes de contratação, notadamente, os regimes empreitada por preço unitário ou por preço global, é importante assinalarmos que a taxa para riscos normais de engenharia sempre esteve presente nas orçamentações de obras, muito antes, inclusive, da introdução da contratação integrada no ordenamento jurídico.

De efeito, após o levantamento dos custos diretos e indiretos de uma obra, uma perfeita orçamentação prevê a adição do BDI, que, nas palavras de Maçahico Tisaka, é "uma taxa que se adiciona ao custo de uma obra para cobrir as despesas indiretas que tem o construtor, mais o risco do empreendimento, as despesas financeiras incorridas, os tributos incidentes na operação, eventuais despesas de comercialização, o lucro do empreendedor e

o seu resultado é fruto de uma operação matemática baseados em dados objetivos envolvidos em cada obra" .[65]

Denota-se do conceito acima que "o risco do empreendimento" deverá ser alocado no BDI e isso deve ser feito indistintamente para toda e qualquer obra de engenharia.

Essa taxa de riscos, muitas vezes chamada de taxa de imprevistos, visa a cobrir eventuais incertezas decorrentes de omissão dos projetos, álea extraordinária ou extracontratual, insuficiência de informações etc.. Portanto, a partir do exame das informações disponibilizadas na licitação, especialmente daquelas constantes do projeto básico objeto de uma concorrência tradicional, o particular estima uma taxa de riscos e imprevistos a que pode se sujeitar durante a execução do contrato e a relaciona no BDI. Nesta taxa de riscos constante do BDI, estão os riscos comuns, ordinários e próprios de qualquer obra.

A partir de duas características muito singulares da contratação integrada do RDC – quais sejam, (i) licitação realizada com base em anteprojeto de engenharia e atribuição da realização dos projetos básico e executivo pelo contratado; e (ii) vedação à celebração de aditivos contratuais, a não ser em duas hipóteses específicas, previstas no art. 9º, § 4º, da Lei nº 12.462/2011 –, nasceu a necessidade do estabelecimento de uma nova taxa de riscos, absolutamente distinta da taxa de riscos ordinária prevista no BDI, devendo ambas coexistir no orçamento da obra.

E o porquê desta necessidade? Ora, se a licitação é realizada com nível baixo de detalhamento de projeto (o anteprojeto é um estudo preparatório de um projeto) e se não é dado ao particular o direito de aditar o contrato se materializados eventos e impactos não por ele previstos, torna-se necessário o estabelecimento de uma taxa de riscos que contemple – e mitigue – a materialização destes riscos.

A licitação de uma contratação integrada é, efetivamente, um convite ao risco. O certame é realizado com pouca informação, o licitante tem pouco tempo para avaliação do empreendimento (na maioria das vezes são apenas 15 dias úteis entre a publicação do edital e a apresentação das propostas, conforme art. 15, II, alínea a da Lei nº 12.462/2011) e, se

[65] TISAKA, Maçahico. *Metodologia de cálculo da taxa do bdi e custos diretos para a elaboração do orçamento na construção civil*. Disponível em https://www.institutodeengenharia.org.br/site/2009/01/28/metodologia-de-calculo-da-taxa-do-bdi-e-custos-diretos-para-a-elaboracao-do-orcamento-na-construcao-civil/. Acesso em 11 de novembro de 2018.

algo inesperado e não previsto pelo particular ocorrer durante a execução contratual, a esse não será concedido o reequilíbrio do contrato por meio de aditivo.

Portanto, para fazer frente a tanta incerteza, somente a previsão de uma taxa de riscos específica, balanceada, compatível com o objeto da licitação e com as contingências atribuídas ao contratado poderia tornar a contratação integrada atrativa ao mercado. Do contrário, nenhum particular sério aceitaria assumir tamanha responsabilidade pelo incerto, sem a devida contraprestação.

Demonstrada a pertinência da taxa de riscos específica para as contratações integradas, passa-se a alertar a respeito de uma prática que, embora não usual, pode contaminar o adequado funcionamento do mecanismo de mitigação de riscos.

De efeito, tem-se conhecimento que um órgão controlador passou a questionar o patamar da taxa de riscos prevista em uma contratação integrada, a partir de suposta constatação de que determinados riscos não se materializaram na execução contratual. No caso em espécie, após a elaboração do projeto básico pelo contratado e sua apresentação ao contratante, momento em que as incertezas sobre o empreendimento são diminuídas frente à evolução do detalhamento dos projetos de engenharia, houve o escrutínio dos dados pelo controlador no sentido de perquirir se houve ou não a materialização dos riscos previstos na taxa. Após ultrapassadas as etapas de grande incerteza e superada boa parte da álea submetida à responsabilidade exclusiva do contratado, o controlador entendeu que deixou de existir os riscos atribuídos ao empreendimento e que, por isso, os valores derivados da taxa de riscos deveriam ser glosados do contrato.

Trata-se, obviamente, de uma conduta equivocada. Um paralelo interessante com a forma de agir do controlador pode ser traçado com o seguinte exemplo: um cidadão faz o seguro de seu automóvel junto a uma seguradora; o seguro tem vigência anual; após o transcurso de um ano sem a ocorrência de acidente ou furto/roubo do veículo, o segurado decide pedir a restituição dos prêmios pagos à seguradora. Seria possível semelhante situação? Logicamente não, pois durante todo o período de cobertura da apólice houve a transferência dos riscos de sinistro ao segurador. Logo, a inexistência de sinistro indenizável não enseja, sob qualquer ótica, o direito à restituição dos valores pagos pelo segurado.

Esse exemplo mundano demonstra claramente a indevida pretensão de redução da taxa de riscos durante a execução do contrato, notadamente, após o afastamento das incertezas atribuídas ao particular quando da contratação. É certo, deste modo, que o pacote de riscos e a remuneração estabelecidos na licitação e na consequente celebração do contrato não podem ser alterados pela contratante ou pelo órgão controlador acaso a evolução contratual demonstre que alguns riscos não se perfectibilizaram.

Desta forma, propõe-se as reflexões acima com o intuito de salvaguardar o entendimento mais adequado sobre a existência da taxa de riscos própria da contratação integrada, sua distinção e coexistência com a taxa de riscos inserta no BDI e afastar qualquer pretensão de diminuição ou afastamento da taxa com a evolução contratual.

3. Restrição à realização de aditivos e os riscos da administração pública

A Lei nº 12.462/2011 trouxe regra bastante restritiva quanto à possibilidade de aditamento contratual em caso de RDCi:

> *Art. 9º (...)*
> *§ 4o Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto nos seguintes casos:*
> *I - para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e*
> *II - por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1o do art. 65 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.*

Ao contrário daquilo que se poderia esperar de uma norma que busca atualizar, modernizar e, consequentemente, flexibilizar o ordenamento pátrio em matéria de licitação, a Lei nº 12.462/2011 restringiu a possibilidade de alterações do contrato sob RDCi. A partir do engessamento do texto legal, há quem entenda que, caso um contrato sob RDCi sofra impacto de um evento previsto em sua matriz de risco como sendo de responsabilidade da administração pública, o mesmo não teria como ser aditado com fim de reequilibrar a equação econômico-financeira contratual ou mesmo prorrogar o prazo contratual.

Nesses termos, uma obra sob RDCi que sofre, por exemplo, atraso em seu cronograma original por conta de demora na conclusão das desapropriações – de

responsabilidade do contratante –, poderia ser interrompida na data prevista de vencimento do contrato, visto que esse contrato – em tese e seguindo estritamente a norma – não poderia ser prorrogado.

Ocorre que, na prática, os contratos têm seus prazos aditados. Porém, considerando a restrição legal, os contratantes têm, invariavelmente, deixado de reconhecer sua responsabilidade pelos atrasos e imputam ao contratado os impactos de riscos alocados exclusivamente ao contratante na matriz de riscos. Essa solução, além de se tratar de uma aplicação indevida da norma legal, torna os contratos sobremaneira desequilibrados sob a ótica econômica e financeira. Recomenda-se, portanto, a revisão da previsão legal acima transcrita com vista a evitar situações absurdas como essas.

Em linha com uma visão mais flexível e, por isso, justa da relação contratual, a mais atual redação dos Projetos de Lei de Licitações que tramitam no Congresso Nacional (PLS 559/13 e PL 1.292/95), atualmente em trâmite na Câmara Federal, para unificar a regulamentação do processo licitatório nacional, prevê expressamente que o contrato, dentre as outras hipóteses abaixo elencadas, poderá ser aditado caso ocorra evento superveniente relativo a risco assumido pela administração pública na matriz de riscos contratual:

> *Art. 131. Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada ou semi-integrada, é vedada a alteração dos valores contratuais, exceto nos seguintes casos:*
> *I - para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior;*
> *II - por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da Administração, desde que não decorrente de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites estabelecidos no art. 123;*
> *III – por necessidade de alteração do projeto nas contratações semi-integradas, nos termos do § 6º do art. 44;*
> ***IV – por ocorrência de evento superveniente alocado na matriz de riscos como de responsabilidade da Administração.***

Diante disso, sugere-se, novamente, alteração da Lei nº 12.462/2011, de modo a acrescentar previsão legal que permita o aditamento contratual que se faça necessário devido a eventos relativos à riscos assumidos pela administração pública, nos mesmos termos da redação atual do citado Projeto de Lei de Licitações.

4. Manutenção do desconto apresentado na licitação: impossibilidade nos casos de execução de solução alternativa em relação ao anteprojeto

A obrigatoriedade da manutenção do desconto apresentado na fase licitatória nos casos de aditivos contratuais teve início com a Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO de 2009. Nos anos seguintes até 2013, as LDO's sistematicamente trouxeram exigência semelhante, inclusive com detalhamento de sua redação. A partir de 2014, as redações iniciais das LDO's permaneceram com esta limitação para os aditivos, porém, os dispositivos que previam o desconto foram vetados pelos, então, Presidentes da República, sob argumento de que os critérios para a elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia transcendem um exercício financeiro e, por isso, já estão disciplinados pelo Decreto nº 7.983, de 8 de abril de 2013.

Efetivamente, o citado Decreto nº 7.983/2013, que estabelece regras e critérios para elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados com recursos dos orçamentos da União, tratou do tema em seu art. 14, parágrafo único, determinando que o desconto da licitação não pode ser reduzido, ressalvadas as hipóteses de regimes de empreitadas por preço unitário e tarefa:

> *Art. 14. A diferença percentual entre o valor global do contrato e o preço global de referência não poderá ser reduzida em favor do contratado em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária.*
> *Parágrafo único. Em caso de adoção dos regimes de empreitada por preço unitário e tarefa, a diferença a que se refere o caput poderá ser reduzida para a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em casos excepcionais e justificados, desde que os custos unitários dos aditivos contratuais não excedam os custos unitários do sistema de referência utilizado na forma deste Decreto, assegurada a manutenção da vantagem da proposta vencedora ante a da segunda colocada na licitação.*

Ocorre que o citado Decreto, conforme previsão de seu art. 18, não se aplica às licitações e aos contratos regidos pelo RDC, o qual é regulamentado exclusivamente pelo Decreto nº 7.581/2011, que, igualmente, prevê que o desconto não pode ser reduzido em casos de aditamentos:

> *Art. 42. Nas licitações de obras e serviços de engenharia, a economicidade da proposta será aferida com base nos custos globais e unitários. (...)*
> *§ 7º A diferença percentual entre o valor global do contrato e o valor obtido a partir dos custos unitários do orçamento estimado pela administração pública não poderá ser reduzida, em favor do contratado, em decorrência de aditamentos contratuais que modifiquem a composição orçamentária.*

Ainda sobre o tema, destaca-se a Portaria-Segecex nº 33, de 7 de dezembro de 2012, do Tribunal de Contas da União - TCU, que reproduz as regras anteriormente mencionadas[66], além da previsão do desconto em aditivos constante no atual texto do Projeto de Lei de Licitações, mencionado anteriormente, que, sem buscar qualquer avanço no tema, repete a regra acima transcrita.[67]

Diante deste emaranhado normativo, poder-se-ia concluir, como tem sido feito em muitos casos pela administração pública, que, no RDCi, o desconto não poderia ser reduzido por aditivos, em nenhuma hipótese.

Contudo, a contratação integrada é direcionada a projetos que admitem "metodologias diferenciadas de execução", nos termos do art. 9º, § 3º, da Lei nº 12.462/2011, e do art. 74, § 2º do Decreto nº 7.581/2011. Neste contexto de inovação tecnológica e técnica e de possibilidade de utilização de métodos diferenciados (art. 9º, I e II da Lei do RDC), alguns editais de licitação apresentam a possibilidade de o licitante optar entre apresentar sua proposta baseada na "solução base" sugerida no anteprojeto ou apresentar uma solução alternativa, desde que contenha parâmetros técnicos e de qualidade em patamar igual ou superior à solução base.

Neste cenário, caso o licitante apresente uma proposta de acordo com a solução base, com desconto de, por exemplo, 10% sobre o preço do orçamento, certamente, esse patamar de desconto deverá ser mantido em todos os aditivos ao Contrato, em respeito à legislação já citada.

---

[66] "Por força das Leis de Diretrizes Orçamentárias a partir de 2009 e do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (instituído pela Lei 12.462/2011 e regulamentado pelo Decreto 7.581/2011), a regra geral a ser aplicada aos contratos em que haja aditamentos contratuais que modifiquem a planilha orçamentária é a manutenção do desconto original, em qualquer regime de execução contratual".

[67] Art. 126. Nas contratações de obras e serviços de engenharia, a diferença percentual entre o valor global do contrato e o preço global de referência não poderá ser reduzida em favor do contratado em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária.

De outro lado, acaso o licitante apresente uma solução alternativa, portanto, distinta daquela sugerida no anteprojeto, independentemente da redução de valor em relação ao orçamento, não deveria ser aplicado qualquer desconto para os aditivos. Explicamos o porquê deste entendimento e, por mera didática, criamos um caso hipotético.

A administração pública define na fase interna da licitação que deseja fazer uma ponte entre duas extremidades e preceitua as características básicas deste empreendimento no anteprojeto de engenharia ("Ponte A"). Ainda na fase interna da licitação, resta evidenciado que o empreendimento pode ser executado com inovação tecnológica e com a utilização de métodos diferenciados de execução. Isto considerado e visando a se apropriar da inteligência do mercado privado, a administração pública define, no instrumento convocatório, que admitirá projetos alternativos para a realização da obra.

Realizada a licitação pelo menor preço, a licitante vencedora apresenta a melhor proposta de preços, considerando um projeto alternativo ("Ponte B"). Ou seja, a ponte que havia sido planejada de uma determinada forma pela administração pública durante o planejamento e a fase interna da licitação, a Ponte A, foi deixada de lado e o licitante vencedor apresentou uma nova versão de ponte: mais barata, com mais inovação e com uma forma diferenciada de execução, a Ponte B.

Na formação do preço desta Ponte B, a licitante vencedora não realizou seu orçamento com base em um desconto sobre o orçamento referencial da Ponte A, mas em uma nova orçamentação realizada à base-zero para uma ponte absolutamente diferente da idealizada inicialmente pelo Estado.

A Ponte A, na concepção da administração, previa, por exemplo, a execução de vigas moldadas *in loco*, com a necessidade da mobilização de pesada mão-de-obra e longo tempo de execução. A Ponte B, mais moderna e menos custosa, previa a execução das vigas pré-moldadas em indústria, com menor necessidade de mão-de-obra, reduzido tempo de execução e riscos minorados de acidentes na obra. Logo, a Ponte B é mais barata que a Ponte A. Na licitação, a empresa privada apresentou um preço 30% menor que o referencial, porém, isso não significa que ofertou desconto em relação ao orçamento. Na verdade, o que ocorreu foi a formação do menor preço possível para uma ponte diferente daquela concebida pela administração pública e não um desconto.

A finalidade dos dispositivos que preveem o desconto é assegurar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, de modo a manter o percentual de desconto obtido na licitação, em relação aos preços referenciais do orçamento-base, mesmo após as alterações que modifiquem as bases contratuais. Assim, se equilíbrio econômico-financeiro do contrato brota de um preço original que não se estriba em percentual de desconto em relação ao preço referencial (caso da Ponte B), a obrigatoriedade de conceder descontos em aditivos macularia frontalmente o equilíbrio da avença.

É fácil assim constatar. Voltando ao exemplo hipotético: durante a execução da Ponte B, a qual possui preço 30% menor que o estimado para a antiga Ponte A, ocorre uma determinada alteração de projeto, a pedido da administração, conforme autoriza o art. 9º, § 4º, II. Neste pedido, o contratante requer a inclusão de alguns serviços não previstos originalmente no contrato e tais itens constituem serviços normais de engenharia, sem considerável inovação ou sofisticada solução técnica. A alteração contratual deverá ser formalizada por meio de um aditivo contratual. Para tanto, as partes formarão os preços para os serviços novos, buscando alcançar os padrões de mercado, sobre os quais não deverá incidir, de forma alguma, a diferença percentual entre o preço do orçamento referencial e o preço ofertado inicialmente para a execução da Ponte B. Ou seria crível e razoável imputar um desconto de 30% para um serviço usual de engenharia, incluído *a posteriori* no Contrato? Logicamente não e estar-se-ia rompendo, sobremaneira, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Desta forma, para uma perfeita regulação das contratações integradas com projetos alternativos, torna-se necessário um aprimoramento da legislação aplicável, de modo que reste claro o afastamento da exigência de manutenção do desconto nestes casos específicos e que representam uma exceção à regra geral. Para tanto, recomenda-se a alteração da regulamentação aplicável ao RDCi, com a inclusão de ressalva no art. 42, § 7º do Decreto nº 7.581/2011, conforme segue:

> *Art. 42. Nas licitações de obras e serviços de engenharia, a economicidade da proposta será aferida com base nos custos globais e unitários. (...)*
> *§ 7º A diferença percentual entre o valor global do contrato e o valor obtido a partir dos custos unitários do orçamento estimado pela administração pública não poderá ser reduzida, em favor do contratado, em decorrência de aditamentos contratuais que modifiquem a composição orçamentária**, ressalvada a hipótese de contratação integrada com***

adoção de solução alternativa decorrente de metodologias diferenciadas de execução, nos termos do art. 9º, § 3º, da Lei nº 12.462/2011.

5. Não aplicação dos preços referenciais do SICRO e SINAPI nas contratações sob o RDCi

Por fim, relevante mencionar um outro aspecto de implicação prática para as contratações sob RDCi, especificamente, nos casos em que há recursos da União.

Historicamente, as Leis de Diretrizes Orçamentárias regulavam a metodologia de cálculo dos custos de obras executadas com recursos dos orçamentos da União, de modo que a parametrizar os orçamentos considerando referenciais de preços.[68] Em 2013, o tema passou a ser regulamentado pelo Decreto nº 7.983, de 08 de abril de 2013, em que se fixaram as seguintes regras:

> *Art. 3º O custo global de referência de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços e obras de infraestrutura de transporte, será obtido a partir das composições dos custos unitários previstas no projeto que integra o edital de licitação, menores ou iguais à mediana de seus correspondentes nos custos unitários de referência do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil - Sinapi, excetuados os itens caracterizados como montagem industrial ou que não possam ser considerados como de construção civil.*
> *Parágrafo único. O Sinapi deverá ser mantido pela Caixa Econômica Federal - CEF, segundo definições técnicas de engenharia da CEF e de pesquisa de preço realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.*
>
> *Art. 4º O custo global de referência dos serviços e obras de infraestrutura de transportes será obtido a partir das composições dos custos unitários previstas no projeto que integra o edital de licitação, menores ou iguais aos seus correspondentes nos custos unitários de referência do Sistema de Custos Referenciais de Obras - Sicro, cuja manutenção e divulgação caberá ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, excetuados os itens caracterizados como montagem industrial ou que não possam ser considerados como de infraestrutura de transportes.*

[68] LDO 2003: preços não poderiam ser superior a 30% dos constantes do SINAPI; LDO's 2004 a 2008: preços não poderiam ser superiores à mediana daqueles constantes do SINAPI; LDO 2009: preços deveriam ser iguais ou menores que a mediana de seus correspondentes no SINAPI; 2010 a 2013: preços deveriam ser menores ou iguais à mediana de seus correspondentes no SINAPI ou no SICRO, para as obras e serviços rodoviários.

Conforme já trouxemos neste trabalho, o Decreto nº 7.983/2013 não se aplica ao RDC. Porém, foi a própria Lei que institui o regime que se encarregou de vincular os orçamentos das obras aos referenciais de preços, conforme se denota do art. 8º, § 3o da Lei nº 12.462/2011:

> *Art. 8º, § 3o O custo global de obras e serviços de engenharia deverá ser obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana de seus correspondentes ao Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), no caso de construção civil em geral, ou na tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro), no caso de obras e serviços rodoviários.*

Entretanto, o Decreto nº 7.581/2011, que regulamentou a Lei do RDC, excepcionou as contratações integradas da regra geral aplicável para os demais regimes, dispondo que não é necessária a vinculação dos orçamentos aos preços referenciados no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), no caso de construção civil em geral, ou na tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro), no caso de obras e serviços rodoviários, como é possível extrair da leitura do art. 66, § 4º, do Decreto nº 7.581/2011:

> *Art. 66. § 4º O disposto no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.462 não se aplica à determinação do custo global para execução das obras e serviços de engenharia contratados mediante o regime de contratação integrada.*

Temos, portanto, uma regra geral de vinculação de preços do RDC aos sistemas referenciais, prevista em lei, e uma exceção para as contratações integradas, regrada por um mero Decreto.

Apesar da disposição do Decreto estar em linha com os conceitos de formação de preços da contratação integrada, previstos no art. 9º, §2º, II da Lei nº 12.462/2011 (acima transcrito), ela apresenta uma fragilidade: por não se tratar de uma disposição expressamente prevista em lei *stricto senso*, poderia ser entendida como uma afronta ao princípio da legalidade.

Dentre os autores clássicos do Direito Administrativo, predomina o conceito de legalidade como sendo a orientação geral no sentido de que a administração pública só pode atuar naquilo em que é autorizada pela lei. Neste sentido, Hely Lopes Meirelles afirma:

> *"A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso."*[69]

Nesta mesma linha, José dos Santos Carvalho Filho afirma que, de acordo com o referido princípio, "toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei".[70]

Marçal Justen Filho, por sua vez, define legalidade como sendo "a necessidade de existirem normas jurídicas produzidas por meio de lei". Contudo, com o passar do tempo, esse conceito sofreu ampla revisão e, na vanguarda desse movimento, Marçal Justen Filho ensina que o princípio da legalidade, conforme adotado pela legislação nacional, não significa a necessidade de uma disciplina legal expressa e literal.[71]

Nesta esteira, Gustavo Binenbojm alcança uma análise crítica vanguardista sobre qual seria a função do princípio da legalidade no Direito Moderno e a conceitua como "uma vinculação positiva à lei", de modo que o ato administrativo não deve se limitar à aplicação mecânica da lei. O autor defende, ainda, que a superação do paradigma do conceito de legalidade clássico só é possível, de fato, com a substituição da lei pela Constituição.[72] Com base nesse entendimento mais moderno do conceito de legalidade, pode-se afirmar que a previsão, hoje, contida em Decreto vem sendo legalmente aplicada.

Contudo, diante de possível insegurança jurídica que tal tema pode vir a gerar, sugere-se que a mencionada disposição seja acrescida na própria Lei nº 12.463/2011, nos seguintes termos:

> *Art. 8º. § 3o O custo global de obras e serviços de engenharia deverá ser obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana de seus correspondentes ao Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), no caso de construção civil em geral, ou na tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro), no caso de obras e serviços rodoviários**, exceto em caso de contratação integrada cujo custo global deverá observar o disposto no art. 9º, §2º, II dessa lei***.

[69] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 33. ed. Rio de Janeiro: Melhoramento.
[70] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen.
[71] JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
[72] BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar.

6. Considerações Finais

O presente trabalho tem por finalidade iniciar um debate no âmbito da regulamentação aplicada ao RDCi que envolva a iniciativa privada, os órgãos públicos contratantes, bem como os órgãos de controle e, sobretudo, o legislador. Este debate visa a aprimorar o regime legal do RDCi diante das dificuldades práticas e teóricas identificadas acima.

Dentre os aprimoramentos propostos, portanto, tem-se: (i) estabelecimento de regra clara quanto a inexistência de quantitativos no anteprojeto utilizado no processo de seleção e consequente impossibilidade de comparação entre esses supostos quantitativos e aqueles estabelecidos nos projetos básico ou executivo com fim de avaliação do preço contratual; (ii) clara regulamentação do conteúdo e do propósito da taxa de risco estabelecida no art. 9, §5º, da Lei nº 12.462/2011, bem como previsão legal no sentido da impossibilidade de redução da referida taxa em caso de não ter se concretizado qualquer dos riscos previstos; (iii) flexibilidade quanto às hipóteses de aditamento contratual frente às necessidades práticas historicamente constatadas, em especial quanto à necessidade de alteração contratual frente a eventos supervenientes relativos a risco assumido pela administração pública; (iv) no que se refere às contratações integradas com projetos alternativos, afastamento da exigência de manutenção do desconto, visto que o preço orçado não tem como base aquele apresentado pela administração pública, logo, não se poderia falar em desconto; e (v) inclusão na própria Lei nº 12.462/2011 de regra que afaste a vinculação dos sistemas referenciais do SICRO e SINAPI para as contratações sob o RDCi.

Entende-se imprescindível a superação das mencionadas dificuldades para que o RDCI tenha, de fato, a eficácia que se aspirou quando de sua instauração, em 2011.

Referências bibliográficas

BINENBOJM, Gustavo**. Uma teoria do direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33. ed. Rio de Janeiro: Melhoramento.

TISAKA, Maçahico. **Metodologia de cálculo da taxa do bdi e custos diretos para a elaboração do orçamento na construção civil**. Disponível em https:// www.institutodeengenharia.org.br/site/2009/01/28/metodologia-de-calculo-da-taxa-do-bdi-e-custos-diretos-para-a-elaboracao-do-orcamento-na-construcao-civil/. Acesso em 11 de novembro de 2018.

A SEGURANÇA JURÍDICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
(breves notas sobre a Lei n.º 13.655, de 20 de abril de 2018)

Egon Bockmann Moreira[73]

Ana Lucia Pretto Pereira[74]

Introdução

Aos 25 de abril de 2018, foi sancionado o Projeto de Lei n.º 7.748/2017 (oriundo do Projeto de Lei do Senado nº 349/2015), resultando na Lei n.º 13.655, que incorporou dez artigos ao Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a antiga Lei de Introdução ao Código Civil).[75] Tais preceitos visam a sanar específica lacuna legislativa, instituindo o *direito público da segurança jurídica*.

As novas disposições versam sobre a garantia da confiança na aplicação de normas de direito público – assegurando aos poderes públicos e às pessoas privadas que o hoje afiançado será amanhã cumprido, sem sobressaltos ou surpresas. Se houve um dia em que o direito público brasileiro preocupava-se com temas tais como a hierarquia e a supremacia da Administração Pública perante os cidadãos, passando depois pelo processo e consenso, hoje o foco central é a garantia da segurança nas relações jurídicas que envolvam os poderes públicos. Afinal de contas, pouco ou nada valerá a execução do princípio da legalidade em cenários de incerteza.

As proposições partiram da necessidade de se imprimir maior estabilidade, transparência e melhor fundamentação na tomada de decisões públicas, inclusive quanto às

[73] Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil. E-mail: egon@xvbm.com.br. Professor de Direito Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre e Doutor em Direito. Especialista em Mediação (Harvard Law School e Pepperdine Law School). Advogado. Árbitro.

[74] Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil. E-mail: ana.pretto@ucb.br. Professora de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Brasília (UCB). Mestre e Doutora em Direito. Advogada.

[75] O projeto de lei original resultou sobretudo de pesquisas desenvolvidas no âmbito da Fundação Getúlio Vargas – FGV/SP, em parceria com a Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp, sob coordenação dos Professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto. Parcela dos estudos que deram origem à proposta submetida ao Congresso Nacional foi publicada na obra SUNDFELD, Carlos Ari (org.), *Contratações Públicas e seu Controle* (São Paulo: Malheiros Editores, 2013). Uma boa coletânea de artigos sobre o tema pode ser encontrada em: http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/PARA-ENTENDER-O-PL-7.448.pdf. Acesso em 13/11/2018.

suas consequências (seja por parte de administradores, seja por parte de controladores e órgãos judiciais). Proposições essas intensificadas, também, pela ideia de consensualidade administrativa,[76] que tem trazido inovações legislativas relevantes, a exemplo da possibilidade de adoção de técnicas de mediação e arbitragem por entes da administração pública direta e indireta.[77] A lógica, por conseguinte, é não-adversarial e prospectiva, a fim de constituir e consolidar soluções de longo prazo.

O presente artigo tem como objetivo tecer considerações iniciais sobre tais inovações legislativas, cuja matriz comum pode ser identificada com uma ética de responsabilidade, por parte de todos os envolvidos em processos decisórios que envolvam a interpretação e aplicação de normas de direito público.

1. A lógica da Nova LINDB: sete temas de segurança jurídica

Qual seria a lógica da Nova LINDB? Como ela pretende contribuir para a segurança jurídica nas relações público-privadas e público-públicas? Se fosse possível sintetizá-la em uma só frase, isso se dá por meio de racionalidade prospectivo-construtiva (olhos para o futuro), com vistas à sustentabilidade jurídica (proteger para perdurar).

Não se pretende o inalcançável, que é impedir a existência de conflitos frente aos Poderes Públicos. O volume de relações – cidadãs, ambientais, interorgânicas, contratuais, estatutárias, etc. - entre pessoas privadas e Estado torna vão o ideal da ausência de controvérsias. O importante é delas se conscientizar e desenvolver técnicas para manejá-las, inibir e atenuar efeitos deletérios (presentes e futuros). Como se sabe que os conflitos são prováveis, precisa-se celebrar a lógica não-adversarial tendente à consensualidade. Caso contrário, todos perderão.

---

[76] Cumpre pontuar a advertência de Alexandre Santos de Aragão, nesse respeito: "O que devemos buscar [...] é que a prevalência dos fins sobre os meios legais esteie uma firme metodologia, que, fincada nos Princípios da Eficiência, Moralidade e Proporcionalidade, minore as possibilidades de ser utilizada contra os fins a que se destina e que, ao mesmo tempo, evite que a aplicação meramente lógico-subsuntiva das regras jurídicas pela mera invocação da legalidade formal, muitas vezes utilizada como biombo de malversações, contrarie os objetivos públicos maiores do ordenamento jurídico." ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no Direito Administrativo. Acordos regulatórios e contratos administrativos. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, n. 167, jul./set. 2005, p. 298.

[77] Sobre o tema, os autores já tiveram oportunidade de se manifestar em: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. Administração Pública e mediação: notas fundamentais. In: *Revista de Direito Público da Economia*, v. 61, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 119-145; PEREIRA, Ana Lucia P.; GIOVANINI, Ana Elisa P. P. Arbitragem na Administração Pública brasileira e indisponibilidade do interesse público. In: *Quaestio Iuris*, v. 10, n. 2, Rio de Janeiro, 2017, p. 1146-1161.

Logo, a Lei 13.655/2018 definiu o dever de que os agentes públicos desenvolvam os melhores esforços para criar soluções que efetivamente dificultem a instalação de controvérsias e, se estas surgirem, que se encerrem preferencialmente por meio da criação de valor público-privado (incluindo-se a garantia da estabilidade e paz nas relações sociais). Essa responsabilidade determina que os problemas – naturais a quaisquer relacionamentos – sejam manejados e solucionados com responsabilidade integradora (os poderes públicos e as pessoas privadas a se sentarem à mesa em situação de acolhimento igualitário) e prospectiva (não transformados em outros problemas, ainda mais sérios, a ser pagos pelas futuras gerações).

Está-se diante de conjunto de normas que dá especial eficácia ao princípio da juridicidade, eis que a administração pública contemporânea tem como critério máximo a "atuação conforme a lei e o Direito" (Lei 9.784/1999, art. 2º, par. ún., inc. I),[78] numa perspectiva cooperativa e colaborativa, a fim de implementar soluções que causem o menor transtorno possível e permitam a efetivação de direitos.

Mas, como isso se dá? Através da positivação de sete temas-chave (estampados em dez artigos), que significam muito mais do que regras hermenêuticas, eis que são verdadeiros *condicionantes de validade das decisões.* Ou seja, a juridicidade das decisões das entidades e órgãos públicos – da administração direta ou controladora - sujeita-se à obediência aos preceitos da Nova LINDB. A depender do caso, sua ignorância ou rejeição, sobre implicar a nulidade do ato decisório, pode se configurar como um "erro grosseiro" (LINDB, art. 28) e resultar na responsabilização do agente público.

Quais seriam esses sete temas? Em suma: *(i)* a aplicação de preceitos indeterminados e seus efeitos práticos (arts. 20 e 21); *(ii)* a proteção a agentes públicos responsáveis (arts. 22 e 28); *(iii)* a eficácia *ex nunc* a novas interpretações e dever de transição (arts. 23 e 24); *(iv)* a negociação público-privada e os ajustes de conduta (art. 26); *(v)* a compensação de benefícios ou prejuízos injustos (art. 27); *(vi)* as consultas públicas

[78] Conforme anteriormente consignado: "a locução 'conforme a lei e o Direito' é de extrema importância. Determina que o agente cumpra a norma legal, com observância de todo o ordenamento jurídico. Ao distinguir os dois termos, o artigo disciplina que para o processo administrativo a lei não é a única fonte, nem tampouco pode ser interpretada de forma restritiva. Não basta uma leitura simplista, literal, de um singelo artigo de lei, para a aplicação do Direito pelo agente público. A Lei 9.784/1999 exige mais do que isso – tornando essa compreensão limitada contrária ao princípio da legalidade." (MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo*: princípios constitucionais, a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, pp. 113-114).

(art. 29) e, como chave de abóboda do sistema do direito público da segurança jurídica, *(vii)* o dever de estabilização e uniformidade das decisões (art. 30).

Como se infere de sua leitura *ictu oculi*, a Lei nº 13.655/2018 tem como sujeitos ativos a administração pública, direta e indireta, de todos os Poderes do Estado, lado a lado com os órgãos de controle e o Poder Judiciário. A sua incidência objetivo-subjetiva é plena e imediata. Em termos formais, aplica-se a todas as decisões; em termos materiais, incide como condição de validade de atos, processos, ajustes, contratos, regulamentos, etc. Em suma, não há imunidade formal-substancial à sua incidência: todo o direito público brasileiro rege-se pela segurança jurídica, tal como minudenciada na LINDB.

Vejamos rapidamente alguns dos principais pontos dos dispositivos da Nova LINDB. A ideia é a de dar os primeiros passos e apresentar ao leitor como os diversos aspectos da segurança jurídica podem ser prestigiados por meio da aplicação da Lei nº 13.655/2018.

2. O dever de observância das consequências práticas das decisões

O art. 20, *caput* e parágrafo único, estabelece o seguinte:

> *"Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial,* ***não se decidirá*** *com base em valores jurídicos abstratos* ***sem que sejam consideradas*** *as* ***consequências práticas*** *da decisão.*
> *Parágrafo único. A motivação demonstrará a* ***necessidade*** *e a* ***adequação*** *da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa,* ***inclusive*** *em face das* ***possíveis alternativas****."* (grifos nossos.)

O presente dispositivo abre com uma proibição: é absolutamente vedado que se decida sem levar em conta o que será produzido pela decisão, em termos jurídicos e práticos. Por mais graves que sejam os casos postos à exame do órgão ou entidade, não basta a decretação da nulidade – seja ela em aplicação à Súmula 473 do STF ("A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."), seja em cumprimento ao art. 53 da Lei 9.784/199 ("Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos

adquiridos.").[79] Para que isso se revista de validade, imprescindível se faz a apresentação do que resultará da decisão e como ela será implementada no mundo dos fatos. Em outras palavras, o gestor público não pode ser inconsequente. Se assim o proceder, sua decisão será tão nula quanto aquela que pretendeu anular.

O que traz consigo o segundo momento da norma, estampado em seu parágrafo único, que tem como objetivo convocar a autoridade pública, nas esferas administrativa, controladora e judicial, a considerar soluções alternativas que resultem na melhor preservação (otimização) de todos os bens jurídicos relevantes que estejam em jogo. Como pouquíssimas vezes as decisões envolvem uma única alternativa (mesmo em hipóteses de atos vinculados), a autoridade necessita de descrever as opções e leva-las em conta, motivadamente, em sua deliberação. Inclusive, e se for o caso, deverá convocar as partes interessadas para que apresentem as possibilidades teórico-práticas que podem resultar da futura decisão.

Trata-se da adoção, no campo do agir administrativo, do critério da proporcionalidade, desenvolvido no âmbito da dogmática jurídica alemã para a solução de colisões entre direitos fundamentais na esfera decisória judicial. O critério da proporcionalidade, ensina Robert Alexy, consiste em mecanismo utilizado quando do uso do método da ponderação de bens e valores, e subdivide-se em três submáximas: *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*.[80] O dispositivo legal em análise refere-se, fundamentalmente (embora não exclusivamente), à observância da submáxima da *necessidade*, que quer significar a consideração, pela autoridade decisória, de alternativas possíveis ou restrições menos severas aos múltiplos interesses em conflito, sempre tendo em vista o objetivo final de atendimento a fins de interesse público, dada a natureza dos bens jurídicos envolvidos (bens públicos), com o menor gravame possível a

[79] Em específico sobre o consequencialismo jurídico e por todos, v. MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico:* a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e pragmatismo. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (sobretudo a primeira parte do livro).

[80] ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. "O exame da proporcionalidade permitirá observar se a fundamentação da decisão que causou restrições a direitos foi adequada e justificada pelo interesse público – fator de legitimidade dos atos administrativos em geral –, o que será feito, conforme aponta Gilmar Ferreira Mendes, se constatada a presença de suas três submáximas de análise: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito." (Cf. PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *Reserva do possível*: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional. Curitiba: Juruá, 2014. p. 189-194).

direitos fundamentais (inclusive os econômicos). Quanto maior o gravame a direitos fundamentais, mais intensa e extensa deverão ser as justificativas para a escolha decisória.

Trata-se de estabelecer que as decisões administrativas, controladoras e/ou judiciais que porventura invalidem atos e negócios jurídico-administrativos cogitem, levantem e levem em conta os seus efeitos futuros. Mesmo porque não será demais afirmar que toda decisão de invalidação instala custos (internos e externos; presentes e futuros). Isto é, o ato que decreta a nulidade gera consequências que se projetam nas partes envolvidas e em terceiros. Pode agravar outras situações jurídicas, as quais darão nascimento a prejuízos e ineficiências. Pode impedir decisões de investimentos e políticas públicas. Pode acentuar os riscos administrativos e políticos que precisam ser levados em conta nos aportes privados em setores públicos. Por isso que precisa ser analisada, sopesada e comparada com outras opções decisórias. Em suma, necessita de ser responsável.

As consequências práticas da decisão adotada serão consideradas na medida em que a melhor resposta (resposta correta) será aquela que implicar menores restrições aos bens jurídicos conflitantes, e a melhor resposta será, conforme preceitua Dworkin, tão-somente, a *melhor possível*, em vista do sujeito e de suas circunstâncias. Afinal, nós, operadores do Direito, trabalhamos dentro de um universo repleto de contingências (tempo, recursos humanos, recursos financeiros, recursos tecnológicos, excesso de informações assimétricas, etc.).[81] Os homens públicos não são nem juízes Hércules nem deuses. Mais: na justa medida em que a norma jurídica atribui competência discricionária ao gestor público, essa melhor decisão possível está blindada pelo próprio direito público da segurança jurídica. Exceção feita a casos de erros crassos ou dolo, a decisão definida pela autoridade competente presume-se a melhor possível e exaure a discricionariedade administrativa.

3. O dever de regularização de invalidades

O art. 21, *caput* e parágrafo único, da Nova Lei de Introdução, assim dispõe:

> "*Art. 21. A* ***decisão*** *que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a* ***invalidação*** *de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa* ***deverá indicar*** *de modo* ***expresso*** *suas* ***consequências jurídicas*** *e* ***administrativas***.

[81] DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 271-333.

> *Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as* ***condições*** *para que a* ***regularização*** *ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos* ***ônus*** *ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam* ***anormais*** *ou* ***excessivos****."* (grifos nossos.)

O dispositivo anterior (art. 20) fixou o dever de adoção da solução menos severa para os bens jurídicos objeto de disputa, atenta às suas decorrências fático-jurídicas. Complementarmente, art. 21 da Nova LINDB ocupa-se da regularização (regulação) de situações e relações jurídicas sucessivas à decretação de invalidade relativa a "*ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa*".

Note-se bem: não se está a tratar da convalidação de atos administrativos, disciplinada pelo art. 55 da Lei 9.784/1999 ("Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração"), mas sim das decorrências da invalidação. Persiste em vigor o dever de convalidar atos que possam ser sanados, como premissa à invalidação. Primeiro, deve-se procurar sanar as irregularidades e manter absolutamente íntegro o provimento pretérito. Porém, caso se faça imprescindível anular-se ou decretar-se a nulidade do ato e/ou situação pretérita, esta decisão precisa também ponderar e esclarecer o que dela advirá.

Nada obstante a diferença entre os arts. 20 e 21, ambos guardam em comum o fato de determinarem, à autoridade decisória, que considere e apresente as consequências das decisões a serem adotadas, como pressuposto de validade delas. Trata-se de composição de interesses que visa a causar o menor ônus possível ao servidor, contratante ou pessoa privada, sem prejuízo das prerrogativas de que se vale a administração pública (além da observância da legalidade, moralidade e impessoalidade administrativas). Há, aqui, um vetor de consensualidade, porém, o caráter negocial dos atos que envolvam diferentes interesses públicos (e privados) também se mostra presente, sobretudo no que diz respeito ao universo de contratações destinadas à prestação de serviços públicos. À parte que atua de boa-fé é importante, afinal, conferir voto de confiança.

4. O dever de respeito ao contexto e circunstâncias

Eis o teor do art. 23 da Nova LINDB:

> "*Art. 23. Na* ***interpretação*** *de normas sobre* ***gestão pública****, serão considerados os* ***obstáculos*** *e as* ***dificuldades reais*** *do gestor e as exigências das* ***políticas públicas*** *a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.*
> *§ 1º Em decisão sobre* ***regularidade de conduta*** *ou* ***validade*** *de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as* ***circunstâncias práticas*** *que houverem* ***imposto, limitado ou condicionado*** *a ação do agente.*
> *§ 2º Na aplicação de* ***sanções****, serão consideradas a* ***natureza e a gravidade da infração*** *cometida, os* ***danos*** *que dela provierem para a administração pública, as* ***circunstâncias agravantes*** *ou* ***atenuantes*** *e os* ***antecedentes*** *do agente.*
> *§ 3º As* ***sanções aplicadas ao agente*** *serão levadas em conta na dosimetria das demais* ***sanções de mesma natureza*** *e* ***relativas ao mesmo fato****."* (grifos nossos.)

O teor do dispositivo invoca a necessidade de que sejam considerados, na interpretação e aplicação de normas relacionadas à gestão pública, critérios de equidade e justiça. A norma jurídica de direito público não incide em um mundo à parte, como se os terceiros que controlam determinados atos pudessem ignorar as contingências e circunstâncias fáticas que dirigiram o gestor público à tomada desta (ou daquela) decisão administrativa.

Se pudesse ser reduzido a uma só expressão, o art. 23 poderia ser definido como "dever de empatia": a obrigação jurídica de esforçar-se em compreender – fática, emocional e juridicamente – a outra pessoa e, ao se identificar com ela, tentar entender, explicar e/ou justificar a sua conduta, a fim de parametrizar a racionalidade do controle.[82] Demanda três aptidões, portanto: o exame neutro do ponto de vista daquele que proferiu a decisão controlada, bem como dos seus outros pontos de vista para, assim, combiná-los com os pontos de vista do próprio controlador. Este há de se manter distante e imparcial, mas não pode mais abstrair do que efetivamente se passou no mundo dos fatos. Com lastro nesse exame – e em sua exposição motivada, a decisão será proferida de modo justo e equânime.

Por exemplo, o administrador escolar que se vê na contingência de burlar uma regra de distribuição de vagas na rede pública municipal de ensino não precisa ser punido e

[82] Ampliar em CURTIS, Dana. "Reconciliation and the Role of Empathy". In ALFINI, James J.; GALTON, Eric R. (eds.), *ADR Personalities and Practice Tips*. Washington: American Bar Association, Section of Dispute Resolution, 1998, pp. 53-63; e FRIEDMAN, Gary J. *Inside Out*: How conflict professionals can use self-reflection to help their clients. Chicago: American Bar Association Section of Dispute Resolution, 2014.

nem pode ser responsabilizado na mesma medida em que um gestor privado com expertise técnica que disciplina, mediante contrato administrativo, relação jurídica de elevada complexidade e longa durabilidade no tempo. Mesmos nestes casos, se o gestor (público e/ou privado) se vir, por exemplo, diante da alternativa de não aumentar as tarifas na prestação de serviços públicos em momento de crise econômica, ou instalar modulações externas à modicidade tarifária, como a extensão do prazo contratual ou diminuição de encargos, é obvio que o contexto necessitará de ser levado em conta pelos órgãos de controle. Além disso, circunstâncias concretas que cobrem celeridade na tomada de decisão também são elementos a serem considerados quando da análise pela invalidação do ato, assim como na mensuração da sanção a ser aplicada.

Nesse sentido, a LINDB se harmoniza com decisões do STF que prestigiam a "força normativa dos fatos": aquelas situações em que as circunstâncias reais precisam ser valoradas com especial intensidade na aplicação da norma, sob pena de se minar a segurança jurídica em prol de uma legalidade formalista e infértil. Conforme consignado em parcela da ementa de acórdão do STF: "Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada." (ADI 3689, rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 10/05/2007, *DJe* 29/06/2007).

Outra questão preocupante, de usual enfrentada no âmbito de tribunais de contas, é a considerável discrepância na aplicação e na dosimetria de sanções de igual natureza impostas em razão da prática de um mesmo fato. Condenações que variam desde a aplicação de simples multa, até a cumulação das sanções de proibição de contratar com o Poder Público, inabilitação para exercício de função pública, além da própria multa, para um mesmo fato (ou situações equivalentes), praticado por agentes diferentes, em condições gerais de igualdade (antecedentes, agravantes ou atenuantes), são inadmissíveis. Mostra-se consentânea com a ideia de justiça concreta, e não abstrata, a previsão do texto que inibe tais discrepâncias.[83]

[83] Diferentes teorias da justiça possuem como traço comum a proposição de um estado ideal de equidade, de igualdade, a ser alcançado, o qual nem sempre corresponde às necessidades de comunidades políticas singularmente consideradas. Nesse sentido, a ideia de justiça de Amartya Sen apresenta um caminho de

5. O dever de respeito à transição

Em seu art. 24, a Nova Lei de Introdução estabelece que:

> "*Art. 24. A* ***decisão*** *administrativa, controladora ou judicial que estabelecer* ***interpretação*** *ou* ***orientação nova*** *sobre norma de* ***conteúdo indeterminado****, impondo* ***novo dever*** *ou* ***novo condicionamento*** *de direito, deverá prever* ***regime de transição*** *quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de* ***modo proporcional****,* ***equânime*** *e* ***eficiente*** *e sem prejuízo aos interesses gerais*." (grifos nossos.)

Disciplinar normativamente situações de transição, eis a essência do dispositivo. Ele se dirige a novas interpretações oriundas da mesma norma de conteúdo não-determinado (sem clareza prévia a respeito da extensão, número, forma, etc.), especialmente no caso de essa nova interpretação criar restrições a direitos. Por exemplo, caso seja editado novo regulamento administrativo que dê execução à lei legal, se ele impuser restrições, quantitativas ou qualitativamente inéditas, a situações pré-constituídas, deverá prever o rito de passagem da interpretação anterior à futura: a situação não poderá ser afetada pela nova hermenêutica.

A Lei determina à autoridade decisória o dever de fixar regime de transição na hipótese de orientação ou interpretação nova sobre preceito de conteúdo indeterminado. As novidades devem respeito ao passado e exigem, para ser instituídas, a construção de elementos de ligação (formais, materiais, cronológicos, etc.). Trata-se de condição de validade do provimento inovador – o qual, reitere-se, dirige-se a preceito *de conteúdo indeterminado*. Logo, a observação que se faz, aqui, é a de que a Lei não está a trabalhar com orientações ou interpretações novas sobre preceitos de conteúdo evidentemente determinado. Ávila identificaria, aqui, o que chamaria de *regras*, em lugar de princípios.[84] É o caso, por exemplo, de alteração de entendimento decorrente da mudança de gestor, caso o anterior não aplicasse a lei – ou não o fizesse com objetividade, impessoalidade e imparcialidade. O novo gestor, a aplica. Há aqui uma atividade praticamente subsuntiva, necessária à interpretação igualitária do direito.

---

continuidade à filosofia política de John Rawls. Conforme sustenta o autor, "A justiça está ligada ao modo como correm as vidas das pessoas, e não apenas com a natureza das instituições em seu entorno." (SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009 - tradução livre).

[84] Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 8. ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 78.

Indo adiante, e em análise um pouco mais aprofundada, colhe-se do referido dispositivo o dever de observância a decisões tomadas sobre situações pretéritas. Em outras palavras, o cumprimento ativo de precedentes administrativos e judiciais (em harmonia com o que dispõe o art. 30). Afinal, a possibilidade de fixação de regime de transição torna o preceito normativo da Nova LINDB deveras aberto à possibilidade de constantes superações interpretativas. Não é esse o seu escopo, mas o de, se e quando for o caso, tal regime ser motivado e prever a transposição (caso contrário, corre-se o risco de a sequência de transições transformar-se em situação). O ônus argumentativo na hipótese de superação da interpretação pretérita é fato imposto juridicamente pela lei ("*deverá prever regime de transição*"). Referido ônus decorre da situação nova, e deverá alinhar-se, sempre e sobretudo, à interpretação feita sobre a mesma norma por todas as instâncias de mesmo nível e superiores de tomada de decisão.[85]

O que implica a possibilidade de as pessoas privadas, em seu relacionamento com os Poderes Públicos, poderem planejar suas ações futuras e projetar condutas e investimentos. Afinal, as escolhas nos setores públicos decorrem da respectiva orientação administrativa (ou judicial) – e esta precisa gerar efeitos não de imobilismo, mas de prestígio à boa-fé, direitos adquiridos e atos jurídicos perfeitos. A depender das circunstâncias (por exemplo, num plano de fomento público ao qual o particular aderiu), as novas interpretações e os regimes de transição deverão levar em conta, inclusive e especialmente, o planejamento privado.

6. O dever de incentivo e respeito ao compromisso

Assim dispõe o art. 26, da Nova LINDB:

> "*Art. 26. Para **eliminar irregularidade**, **incerteza jurídica** ou **situação contenciosa** na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, **celebrar compromisso** com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.*

[85] O que confere segurança jurídica à comunidade diretamente interessada. De acordo com Humberto Ávila, "segurança jurídica representa, pois, a segurança como fenômeno valorativo intersubjetivável vinculado ao Direito de uma dada sociedade, quer como valor, quer como norma, tendo o jurídico como objeto ou como seu instrumento." (ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed.. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 110.)

> *§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo:*
> *I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; II – (VETADO);*
> *III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;*
> *IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento. § 2.º (VETADO)"* (grifos nossos.)

Durante muito tempo, a teoria brasileira da nulidade dos atos e contratos administrativos habitou um mundo binário: tudo era só ou válido ou inválido; regular ou irregular; certo ou errado; sim ou não. Não havia outras opções. Os vícios eram naturalmente insanáveis, eis que atentavam contra a sacrossanta legalidade fechada. O consenso, este era incogitável, eis que vigia o dito princípio da indisponibilidade. Muito embora compreensível, esta teorização restringia as atividades de controle interno e externo – tornando-as ineficientes. Elas serviam para encontrar defeitos e punir, não para solucionar, aprender e ensinar. Melhor dizendo, impedia-se que os problemas fossem efetivamente resolvidos. O interesse público não estaria em atenuar conflitos e solucionar problemas consensualmente, mas sim em impor a vontade *interna corporis* da administração pública. O que implicava a diminuição de alternativas e a inibição do efetivo cumprimento ao interesse público. No caminho de outros dispositivos legais, o art. 26 inverte essa lógica perversa e abre-se para soluções consensuais prospectivas.

O *caput* do artigo dirige-se à solução consensual dos seguintes cenários: *irregularidades* (contrárias às regras); *incertezas* (dúvidas indeterminadas) e *situações contenciosas* (objeto de contestação ou disputas formais). No primeiro deles, a administração constatou ato ou fato que desobedeceu a preceitos normativos (legais, regulamentares, contratuais); no segundo, existe fundada desconfiança ou hesitação quanto à solução cabível e, no terceiro, confronto formal-argumentativo com lastro em opiniões divergentes. Nas três hipóteses, a administração pública precisa envidar os melhores esforços para desenvolver consensualmente as soluções.

Ou seja, para o atingimento de fins de interesse público, a administração pública, cada vez mais, precisa se valer de instrumentos de colaboração, cooperação ou negociação, envolvendo tanto entidades públicas (acordos interorgânicos), quanto agentes privados (acordos público-privados). Desde uma licença para funcionamento de pequeno

estabelecimento comercial, até a concessão de outorga para a prestação de serviços públicos por consórcios privados, o poder público firma compromissos com o objetivo de que contratos sejam cumpridos, e imposições legais sejam atendidas, de modo que as partes restem satisfeitas no que concerne a seus respectivos interesses – seja o interesse público de servir à comunidade política interessada, à luz dos princípios fixados na Constituição da República, seja o interesse privado de obter lucro com o empreendimento. Adicionalmente, também as pessoas jurídicas de direito público atuam seguindo a mesma lógica – cooperação, colaboração – para atender a interesses comuns.

Por meio do art. 26, a Nova LINDB insere-se dentre os dispositivos legais que expressamente prestigiam o dever de as partes desenvolverem, como requisito para o controle e/ou legítima instalação futura de conflitos de interesses com decisão heterônoma, a tentativa de autocomposição. A competência atribuída legislativamente à administração pública contempla essa perspectiva conciliatória. Por isso ela necessita de cumprir também tais previsões normativas, sob pena de assumir conduta *contra legem*. Alterou-se a lógica normativa da solução de controvérsias que tocam à administração pública: se, antes, a sanção e/ou a propositura de uma ação (e a sentença judicial) eram requisitos para a conciliação; hoje, esta é pressuposto de qualquer processo. O prestígio ao interesse público exige que se evitem os conflitos. Trata-se, é preciso que se reitere, de decorrência do princípio da legalidade.

Lado a lado com o art. 26 da LINDB estão, por exemplo, a Lei nº 12.529/2011 (Defesa da Concorrência); a Lei nº 12.846/2013 (Anticorrupção); a Lei nº 13.140/2015 (Mediação) e a Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil). Se antes havia debate sobre o cabimento (ou não) de termos de ajuste, mediação, conciliação e arbitragem em questões envolvendo os Poderes Públicos, esta fase já passou: o princípio da legalidade derrogou expressamente tal controvérsia, que não mais existe no sistema jurídico brasileiro.

A LINDB determina que esforços conjuntos deverão ser feitos tanto voluntariamente, utilizando meios de gestão associada, quanto compulsoriamente, nos

termos da Constituição.[86] Relevante é que a integração tenha como resultado a realização dos fins pretendidos, dentro da legalidade.

Nesse sentido, e existindo a possibilidade de convalidação de atos administrativos que apresentem defeitos sanáveis, nos termos da Lei n.º 9.784/99 (art. 55), é de se destacar a que veio o dispositivo introduzido na Nova LINDB: trata-se de autorizar a implementação de soluções de continuidade, com o objetivo de eliminar irregularidades, incertezas e situações controversas, cumprindo compromissos. O princípio é o mesmo que se vê presente no Código de Processo Civil, vale dizer, trabalhar pela solução de controvérsias de modo que relações jurídicas, na medida do possível, possam ser preservadas.

7. O dever de prescrever compensação por benefícios e prejuízos extraordinários

Eis a redação do art. 27, da Nova LINDB:

> *"Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor* ***compensação*** *por* ***benefícios indevidos*** *ou* ***prejuízos anormais*** *ou* ***injustos*** *resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.*
>
> *§ 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor.*
> *§ 2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos."* (grifos nossos.)

Uma primeira nota que se extrai de referido dispositivo é o prestígio ao contraditório entre as partes. A garantia processual do contraditório, assegurada pela Constituição brasileira, permite aos envolvidos que exponham as suas razões e argumentem, defensiva ou criticamente, permitindo à autoridade decisória adotar a melhor solução para a controvérsia. Assim é que o Código de Processo Civil adota concepção de acordo com a qual a decisão judicial, por exemplo, deve decorrer de uma construção informada por contribuições de todos os envolvidos no processo.[87] O próprio CPC

[86] É o caso, por exemplo, da possibilidade de que lei complementar estadual institua aglomerações urbanas e microrregiões, para objetivos comuns (Constituição Federal, art. 25, §3º: "Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.")

[87] É o princípio do "contraditório efetivo", extraído dos arts. 7.º, 9.º e 10.º, do Código de Processo Civil (THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. V. I. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 85-88).

incorpora, inclusive, a possibilidade dos chamados negócios processuais atípicos (art. 190[88]).

A vedação ao enriquecimento sem causa também é preocupação subjacente ao enunciado normativo. Trata-se de proibição dirigida a todas as partes envolvidas na discussão, em todos os níveis da federação, dentre os diferentes ramos do poder político. Segundo magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, trata-se de princípio geral do direito, e que, por esse motivo, também informa o direito administrativo. A boa-fé da parte empobrecida é fundamental para determinar a justa recomposição do equilíbrio da relação. Afinal, em suas palavras, pode ocorrer que o empobrecido tenha atuado com má-fé, "*concorrendo, deliberada e maliciosamente para a produção de ato viciado do qual esperava captar vantagem indevida.*"[89]

8. Dever de observar limites à responsabilização: a proteção à boa-fé

Reza o disposto no art. 28, da Nova LINDB:

> "*Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas **decisões** ou **opiniões técnicas** em caso de **dolo** ou **erro grosseiro**. §§ 1.º, 2.º e 3.º (VETADOS)*" (grifos nossos.)

Há, aqui, firme limite à responsabilização do agente público, em geral, e do gestor público, em específico. Fronteira a sanções civis, penais e administrativas (incluindo-se a improbidade). De fato, o agente público pode consistir tanto naquele que decide ("decisões") quanto naquele que emite pareceres ("opiniões técnicas"). Ambas as categorias funcionais estão protegidas pelo art. 28, que impede a punição em casos nos

[88] Nesse respeito, cumpre rememorar o que observado em outra oportunidade: "No que respeita a tais negociações endoprocessuais, o regime jurídico do processo administrativo impõe cautelas extraordinárias. Isso porque a Administração Pública será, ao mesmo tempo, parte e julgador – além de detentora de deveres de ordem pública (isso sem se falar em sua posição de hipersuficiência material-processual, decorrente de seu poder político-econômico). Logo, ela não poderá convencionar no sentido de abdicar de competências relativas ao seu dever-poder processual. Demais disso, tampouco poderá submeter e/ou induzir as pessoas privadas a negociações impostas. Quem negocia, dispõe e abdica consensualmente; jamais subordina e impõe de modo unilateral." (MOREIRA, Egon Bockmann. A negociação processual e sua incidência nos processos administrativos. In: *Direito do Estado*, a. 2016, n. 228. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Publicado em: 05 ago. 2016). Ampliar em: MOREIRA, Egon Bockmann; FERRARO, Marcella Pereira. Processo administrativo e negócios processuais atípicos. In: *Revista de Processo – RePro* v. 43, nº 282. São Paulo: Ed. RT, ago./2018, pp. 475-510.

[89] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O princípio do enriquecimento sem causa em direito administrativo. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 210, 25-35, out./dez. 1997. p. 33.

quais não seja comprovada a existência do estado anímico direcionado à prática do ilícito (dolo) ou da qualidade de tosco, grosseiro ou crasso do erro.

Os casos de dolo necessariamente envolvem a comprovação da vontade, livre e consciente, de praticar a conduta (ação ou omissão) ilícita, tal como definida em lei. Dolo não se presume – o que afasta a responsabilização objetiva do agente público, inclusive em sede civil e de improbidade.[90] Aliás, é pacífico no STF que: "(...) A responsabilidade penal é sempre subjetiva, por isso que é absolutamente inadmissível a atribuição, em sede penal, de responsabilidade objetiva pela prática criminosa, consistente na atribuição de um resultado danoso a um indivíduo, unicamente em razão do cargo por ele exercido. 4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sedimentou a compreensão de que 'A circunstância objetiva de alguém ser meramente sócio ou de exercer cargo de direção ou de administração em sociedade empresária não se revela suficiente, só por si, para autorizar qualquer presunção de culpa [...]. Prevalece, sempre, em sede criminal, como princípio dominante do sistema normativo, o dogma da responsabilidade com culpa ('nullum crimen sine culpa'), absolutamente incompatível com a velha concepção medieval do 'versari in re illicita', banida do domínio do direito penal da culpa' (HC 88.875, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, unânime, j. 07/12/2010, DJE 09/03/2012, Public. 12/03/2012)" (AP 953, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 06/09/2016, *DJe* 27/04/2017).

O segundo tipo de vício subjetivo exigido como condição necessária à responsabilização de agentes públicos (e pessoas privadas) é o normativamente denominado de "erro grosseiro". Para a punição, não basta o mero erro, o equívoco, nem a discordância do controlador quanto à solução encontrada; necessária se faz a prova de que o ato foi cometido com requintes de malversação intelectual, a contrariar as noções mais básicas do assunto tratado. Erro grosseiro é aquele que, por exemplo, ofende a literalidade expressa da lei; contraria súmulas ou jurisprudência consolidada de Tribunais Superiores ou

[90] Afinal, os ilícitos penais e administrativos são ontologicamente equivalentes, distanciando-se apenas quanto à resposta que lhes é atribuída pelo Ordenamento Jurídico. A esse respeito, v. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pp. 840-857; MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, poder econômico e sanções administrativas. In: GUERRA, Sérgio (Org.). *Temas de Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, pp. 160-199.

da correspondente Corte de Contas. A noção de erro grosseiro convive com o "erro crasso" e a "culpa grave".

Com efeito, sublinhe-se que o STJ já pacificou o entendimento de que improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo, sendo "indispensável para a caracterização de improbidade que a conduta do agente seja dolosa para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/1992, ou, pelo menos, eivada de culpa grave nas do artigo 10" (AIA 30/AM, Corte Especial, rel. Min. Teori Zavascki, *DJe* 28/09/2011). No mesmo sentido: "Dissociado o elemento subjetivo doloso e malévolo, qual seja, o propósito desonesto, nem mesmo a culpa grave, à conduta do ora recorrido, não há que se falar em cometimento de ato de improbidade administrativa" (AgInt no AREsp 1168115 / PE, Primeira Turma, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* 02/10/2018).

Uma das referências do dispositivo corresponde, justamente, às discussões em torno dos limites à responsabilidade do profissional que profere parecer a subsidiar a tomada de decisões da administração pública no âmbito da realização de processos licitatórios. A lei de licitações fixa duas regras a esse respeito: primeira delas, que pareceres técnicos ou jurídicos sobre licitação, dispensa ou inexigibilidade comporão o processo administrativo licitatório (art. 38, VI, da Lei n.º 8.666/1993). Segunda regra: trata-se do dever de exame e aprovação prévia sobre minutas de editais, contratos, acordos, convênios e ajustes, por parte da assessoria jurídica (art. 38, parágrafo único). Não poderia ser outra a disciplina especificada em lei. Afinal, gestores nem sempre são técnicos na área em que atuam o dever de administrar recursos públicos (limitados). Por esse motivo, Marçal Justen Filho, no tocante a procedimentos licitatórios, observa que o advogado (público ou privado) deve emitir pareceres técnicos e bem fundamentados, "para possibilitar às autoridades executivas pleno conhecimento dos riscos de determinada decisão."[91] Porém, a escolha competirá àquele a quem a lei atribuiu a competência decisória. Daí a especial importância dos pareceres, que podem influenciar o agente decisor – caso bem elaborados e isentos de erros grosseiros, não tem o condão de gerar a responsabilização do parecerista.

[91] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.* 10. ed.. São Paulo: Dialética, 2004. p. 372. Ampliar em: MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, pp. 262-266.

A esse respeito, o STF já enfatizou a responsabilidade de quem presta assessoria ao gestor público e aos membros da CPL: "A partir do momento em que ocorre [...] não a emissão de um parecer, mas a aposição de visto, a implicar a aprovação do teor do convênio ou do aditivo, ou a ratificação realizada, constata-se, nos limites técnicos, a assunção de responsabilidade." (MS 24.584-1, Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurelio, j. 09/08/2007, *DJ* 20/06/2008). O mesmo acórdão pontua que "na maioria das vezes, aquele que se encontra na ponta da atividade relativa à Administração Pública não possui condições para sopesar o conteúdo técnico-jurídico da peça a ser subscrita, razão pela qual lança mão do setor competente."

O dispositivo inserido na Nova LINDB acolhe entendimento ainda mais restrito, que circunscreve a responsabilização do agente público às situações em que comprovado dolo ou erro grosseiro no agir contrário à lei – o que dependerá, evidentemente, de instrução probatória. Pressupondo a falibilidade humana quanto à tomada de decisões ou emissão de pareceres, a limitação legal, desde que devidamente comprovada, isentará de responsabilidade civil, penal e administrativa, aquele que atua de boa-fé.

9. Dever de incentivos a consultas públicas

O art. 29 da Nova Lei de Introdução estatui o seguinte:

> "*Art. 29. Em* ***qualquer*** *órgão ou Poder, a edição de* ***atos normativos*** *por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de* ***consulta pública*** *para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão. § 1º A convocação conterá a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver. § 2º (VETADO).*" (grifos nossos.)

O dispositivo, já integralmente em vigor a partir de outubro de 2018,[92] expressa uma vez mais a efetividade da dimensão objetiva de direitos fundamentais de terceira

[92] A Lei fixou para o *caput* do artigo *vacatio legis* de 180 dias, contados a partir do início da vigência da Nova Lei, o que teve início em 25 de abril de 2018.

geração ou dimensão.[93] Tratam-se, referidos direitos, de posições de vantagem cujos bens ou valores jurídicos protegidos correspondem à participação em processos de tomada de decisões sobre questões públicas, acesso a dados que permitam uma participação substantivamente informada, além de respeito e consideração, pela Administração, das manifestações apresentadas pelos participantes.[94]

De fato, inexistente a observância de referidos critérios materiais, a participação dos interessados consistiria em pura e simples legitimação de procedimentos. Nada obstante a inovação legislativa, observa-se a mesma nota em diferentes diplomas normativos (Lei de Acesso à Informação, Lei das PPPs, Lei da ADI e ADC).

A Lei de Processo Administrativo, no art. 31, prevê a possibilidade de realização de consulta pública precedente à tomada de decisão sobre assuntos que envolvam interesse geral.[95] O art. 9.º da mesma Lei prevê amplo rol de legitimados para participarem como interessados em processos administrativos, os quais precedem a edição de diferentes atos normativos (regulamentos, editais, instruções, etc.). A possibilidade de realização da consulta por meio eletrônico democratiza o processo, e imprime celeridade e eficiência ao processo decisório.

10. O dever de prestígio à estabilidade autovinculante

[93] A dimensão objetiva de direitos fundamentais corresponde ao dever de observância, pelas autoridades públicas, de suas competências constitucionais no que diz respeito à implementação de medidas que busquem a plena efetividade de referidos direitos. Sobre o tema: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed.. Coimbra: Almedina, 2006, p. 115; CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional,* ano 14, n. 54, jan-mar/2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 33; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 144-149.

[94] BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa.* Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 278. No que respeita à participação popular nos processos administrativos – incluindo-se aqui as consultas públicas – como modo de efetivação da terceira camada de direitos fundamentais, v. MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo*: princípios constitucionais, a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, pp. 74-79.

[95] Lei federal n.º 9.784/99, art. 31, *caput*: "Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada."

O último dos dispositivos a ser comentado neste breve texto é o art. 30 da LINDB, cuja redação é a seguinte:

> "*Art. 30. As autoridades públicas* ***devem*** *atuar para* ***aumentar*** *a* ***segurança jurídica*** *na aplicação das normas, inclusive por meio de* ***regulamentos***, ***súmulas administrativas*** *e* ***respostas a consultas***.
>
> *Parágrafo único. Os instrumentos previstos no* caput *deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão."* (grifos nossos.)

O artigo de lei prescreve o *dever* de atuação proativa para constante e dinâmico incremento da segurança jurídica, inserindo-se dentre as responsabilidades das autoridades públicas aquelas de sintetizar os entendimentos administrativos, formalizando-os em regulamentos, súmulas e respostas a consultas. O que importa instalar ciclo virtuoso no incremento da segurança pública, a consolidar formalmente as compreensões administrativas, torna-las públicas e respeita-las em todas as situações equivalentes.

A positivação da ideia de *vinculação* das autoridades administrativas às suas próprias decisões formaliza uma demanda por segurança e estabilidade no âmbito da administração pública. Cuida-se de densificar, normativamente, o valor jurídico que proíbe ao agente *venire contra factum proprium*, ainda que sejam experimentadas mudanças na figura pessoal ou no ânimo do gestor. Afinal, a impessoalidade é princípio norteador não apenas das decisões decorrentes do universo de atribuições do cargo, emprego ou função; informa, igualmente, o próprio cargo, emprego ou função em si, na medida que quem vier a ocupá-los deverá observância às decisões passadas tomadas por gestores anteriores. Evidentemente, situações de flagrante ilegalidade, dolo e/ou erro grosseiro deverão ser superadas, não cabendo falar aqui na possível *coisa julgada administrativa.*[96]

O preceito traduz norma válida para o regime jurídico de decisões proferidas em julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade (CF, art. 102, §2.º), arguições de descumprimento de preceito fundamental (Lei n.º 9.882/99, art. 10, § 3.º), e súmulas vinculantes (CF, 103-A e ss).

[96] Sobre um discurso de conceituação em torno da chamada *coisa julgada administrativa*, no direito brasileiro, v.: MOREIRA, Egon Bockmann; GOMES, Gabriel Jamur. A indispensável coisa julgada administrativa. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 2, p. 239-277, mai./ago. 2018.

Cumpre observar que, no que diz respeito a enunciados sumulares de natureza vinculante, a Lei federal n.º 11.417/06 lhes disciplina procedimentos para edição, revisão e cancelamento.[97] De igual modo, o dispositivo está em sintonia com os arts. 15 e 926 do CPC, cuja aplicação aos processos administrativos é cogente.[98]

11. Conclusões

Como se pode inferir dos rápidos comentários acima desenvolvidos, a LINDB assumiu papel sobranceiro no trato do direito público brasileiro. Todas as autoridades, órgãos e entidades públicas, sem exceção, subordinam-se a ela e lhe devem aplicação irrestrita, obediente à sua máxima eficácia. Os artigos da LINDB constituem mandamentos que condicionam a validade de provimentos administrativos. O exercício das competências administrativas foi funcionalizado em vista do direito público da segurança jurídica.

A toda evidência, os desafios serão muitos. Mas, não nos esqueçamos de um precioso detalhe: em 1942, na redação original da Lei de Introdução, foi necessário que se positivasse a proteção ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada. A realidade dos fatos exigiu que tal garantia fosse posta em texto legal. Isso não foi devido a um acaso ou capricho do legislador. A positivação foi imprescindível ao reconhecimento de tais direitos fundamentais.

O mesmo se diga quanto aos artigos da Lei nº 13.655/2018. Todos eles são necessários ao que se possa entender por um Estado Democrático de Direito, em que às autoridades públicas são cometidos deveres de respeito aos direitos fundamentais das pessoas privadas, dentre eles o sobranceiro direito à segurança jurídica. Precisamos, portanto, envidar os melhores esforços para que se dê intensa e extensa aplicabilidade à LINDB. Os desafios estão apenas no começo.

[97] Em conjunto com o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, arts. 354-A e seguintes.

[98] Eis os textos normativos, que se aplicam aos processos administrativos: "Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.", e "Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente." Ampliar em: MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo*: princípios constitucionais, a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, pp. 80-88.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no Direito Administrativo. Acordos regulatórios e contratos administrativos. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 42, n. 167, jul./set. 2005.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *In:* **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 14, n. 54, jan-mar/2006. São Paulo: Revista dos Tribunais.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. Administração Pública e mediação: notas fundamentais. In: **Revista de Direito Público da Economia**, v. 61, Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CURTIS, Dana. "Reconciliation and the Role of Empathy". In ALFINI, James J.; GALTON, Eric R. (eds.), **ADR Personalities and Practice Tips**. Washington: American Bar Association, Section of Dispute Resolution, 1998.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FRIEDMAN, Gary J. **Inside Out**: How conflict professionals can use self-reflection to help their clients. Chicago: American Bar Association Section of Dispute Resolution, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico***:* a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e pragmatismo. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O princípio do enriquecimento sem causa em direito administrativo. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 210, 25-35, out./dez. 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, poder econômico e sanções administrativas. In: GUERRA, Sérgio (Org.). **Temas de Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

_____. **Processo Administrativo**: princípios constitucionais, a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

_____. **Processo Administrativo**: princípios constitucionais, a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

_____. A negociação processual e sua incidência nos processos administrativos. In: **Direito do Estado**, a. 2016, n. 228. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Publicado em: 05 ago. 2016).

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MOREIRA, Egon Bockmann; GOMES, Gabriel Jamur. A indispensável coisa julgada administrativa. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 277, n. 2, p. 239-277, mai./ago. 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann; FERRARO, Marcella Pereira. Processo administrativo e negócios processuais atípicos. In: **Revista de Processo** – *RePro* v. 43, nº 282. São Paulo: Ed. RT, ago./2018.

PEREIRA, Ana Lucia P.; GIOVANINI, Ana Elisa P. P. Arbitragem na Administração Pública brasileira e indisponibilidade do interesse público. In: **Quaestio Iuris**, v. 10, n. 2, Rio de Janeiro, 2017.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **Reserva do possível**: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional. Curitiba: Juruá, 2014.

SEN, Amartya. **The Idea of Justice**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009 - tradução livre).

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V. I. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CRISE MACROECONÔMICA E REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DA CONCESSÃO

Fernando Vernalha Guimarães[99]

Introdução

O tema do reequilíbrio econômico-financeiro das concessões impactadas por crises macroeconômicas vem adquirindo grande importância na atualidade, particularmente em vista das dificuldades financeiras pela qual passam muitos contratos concessionários sob o atual quadro recessivo do país. Essas dificuldades não são triviais e têm colocado esses contratos em rota de extinção. Sufocados pela drástica redução dos níveis de demanda, o que tem desencadeado especialmente a inexecução de obrigações financeiras, muitos destes ativos rumam para a caducidade ou para outras vias de extinção, como a relicitação. Neste contexto, tem sido recorrente discutir-se o enquadramento da crise macroeconômica de 2014 como evento hábil a ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro desses contratos, buscando assegurar-se a sobrevivência das concessões. Como não poderia deixar de ser, esses enfrentamentos passam primeiramente pela consideração da matriz de risco contratualmente estabelecida e, sucessivamente, pelo exame da tutela jurídica dos riscos extracontratuais.

Embora não seja o propósito deste texto analisar casos concretos, é importante para o exame abstrato do tema considerar algumas opções alocativas de riscos que têm sido feitas nos contratos concessionários celebrados nos últimos anos (particularmente relacionados a rodovias e aeroportos), o que tem influenciado a percepção das Administrações quanto ao seu (des)equilíbrio econômico-financeiro. Neste particular, boa parte deles optou por alocar o *risco de demanda* integralmente ao concessionário privado, atribuindo a responsabilidade por eventos gravosos qualificados como *caso fortuito* e *força*

[99] Pós-doutor pela Columbia University School of Law (NY, EUA - Visiting Scholar, 2017). Doutor em Direito pela UFPR. Professor de direito administrativo de diversas instituições. Autor de livros na área de infraestrutura. Advogado e sócio do VGP Advogados.

maior ao poder concedente. Esta opção alocativa tem embasado o entendimento, por parte das concedentes, de que os efeitos do impacto da crise nos custos desses contratos devem ser atribuídos à conta do risco de demanda. Essa compreensão afasta o direito ao reequilíbrio dos concessionários e tende a negar a caracterização de crises macroeconômicas agudas, como a de 2014, como evento de caso fortuito e de força maior.

Impasses desta natureza têm suscitado diversas questões relacionadas não apenas à dimensão do risco de demanda que recorrentemente é assumido pelos concessionários de serviços públicos, mas especialmente do chamado *risco ordinário da economia*. Neste particular, e quando os contratos são omissos em relação à alocação mais especifica do risco de crises macroeconômicas, uma questão fundamental é analisar se e em que contexto essas crises podem caracterizar-se como evento equiparável à chamada *álea extraordinária* referida na alínea "d" do inciso II do artigo 65 da Lei 8.666/93, discussão que aproveita também à alocação contratual do risco de caso fortuito e força maior ao poder concedente.

Além disso, a problemática dos contratos concessionários sufocados pelos efeitos da crise macroeconômica de 2014 e os custos derivados da desinteligência entre poder concedente e concessionários quanto ao seu reequilíbrio episódico têm ensejado discussões acerca do aperfeiçoamento da opção alocativa de riscos de contratos concessionários, com vistas a torna-los menos suscetíveis ao impacto das crises. Parece haver um consenso cada vez maior entre reguladores e operadores acerca da necessidade de os contratos concessionários previrem mecanismos de proteção contra a ocorrência de fatos externos e imprevisíveis, como as turbulências econômicas capazes de produzir variações acentuadas na demanda.

O tema da repercussão das crises econômicas nas concessões pode ser examinado, portanto, a partir de dois enfoques distintos. O primeiro, atinente aos mecanismos contratuais aptos a neutralizar os efeitos acentuados que essas crises podem gerar no fluxo de caixa das concessões. Trata-se de discutir de que modo esse risco pode ser melhor alocado no contrato de concessão. O segundo, voltado a problematizar a sua caracterização como um evento próprio da álea extraordinária (e extracontratual), para os fins de atrair a tutela jurídica do reequilíbrio contratual.

1. A alocação contratual do risco de crises econômicas na concessão

Discutir-se a alocação contratual do risco de crises econômicas nas concessões pressupõe algum aprofundamento sobre as premissas jurídicas e econômicas que orientam a distribuição de riscos em contratos de longo prazo. A análise do tema extrapola em larga medida os limites deste texto e sua verticalização pode ser encontrada em outros textos do autor[100]. Mas não há como avançar nas abordagens propostas sem oferecer alguns rudimentos sobre a questão.

1.1. Premissas a orientar a alocação de riscos na concessão

É sabido que a alocação de riscos não é um expediente completamente arbitrário, discricionário ou aleatório. Há regras jurídicas e premissas econômica a orientá-la, uma vez que se traduz numa verdadeira chave para a calibragem da eficiência nos contratos administrativos.

O expediente está regulado pelo direito, em dois níveis de regulação: o das regras, mais objetivo e limitativo, e o dos princípios, mais genérico e meramente orientativo.

1.1.1. *As regras jurídicas aplicáveis à alocação dos riscos e à definição da equação econômico-financeira dos contratos de longo prazo*

Há regras jurídicas específicas acolhidas pela legislação que impõem um certo arbitramento de riscos nos contratos de longo prazo.

Olhando-se para a Lei 8.987/95, nota-se que o § 3º do 9º arbitra a alocação ao poder concedente[101] do risco de impacto negativo e positivo no contrato derivado da criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, excetuados os impostos sobre a renda (cujo risco de ampliação ou redução de sua respectiva alíquota não

---

[100] "O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição", In *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno* (MOREIRA, Egon B. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.89-106); "Repartição objetiva de riscos nas parcerias público-privadas", *in Enciclopédia Jurídica da PUCSP – Tomo Direito Administrativo*. https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/28/edicao-1/reparticao-de-riscos-nas-parcerias-publico-privadas; "Alocação de riscos na PPP", *In Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. Coord. Marçal Justen Filho e Rafael Wallbach Schwind. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, páginas 240 e 241. *Parceria Público-Privada*, 2a. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 303.

[101] Pode-se entender que, embora contratualmente alocado ao pode concedente, esse risco está, de fato, alocado ao usuário, pois a recomposição da equação econômico-financeira se dará por meio der revisão tarifária, como dispõe a referida norma.

foi objeto de arbitramento legislativo ao poder concedente ou ao concessionário, abrindo-se a possibilidade para que o contrato de concessão o faça). Bem assim, a mesma legislação aloca ao poder concedente o risco de alterações no objeto que se façam necessárias para a melhor adequação das condições de prestação do serviço ao interesse coletivo (§ 4º do 9º), assim como o risco inflacionário (inciso VIII do art. 18). Já a lei 11.079/2004 aloca os mesmos riscos referidos acima à responsabilidade do poder concedente, além de estabelecer que os ganhos derivados da "redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado" devem ser partilhados entre as partes (em proporção a ser definida em contrato, o que decorrerá da liberdade de estipulação das partes), como determina o art. 5º, inc. IV da lei 11.079/2004.

De resto, a legislação aplicável às concessões e PPPs remete a alocação de riscos ao plano do contrato. A própria Lei Geral de PPPs é tautológica em determinar que o contrato preveja a partilha de riscos entre as partes, inclusive daqueles atinentes às categorias de caso fortuito e força maior. E faz todo o sentido que os riscos em geral sejam alocados no plano do contrato e não arbitrados legislativamente. Afinal, e como se verá, a racionalidade da alocação de riscos, captada pelo direito, é precipuamente econômica, devendo-se investigar a repercussão de cada alocação de risco na estrutura de custos do contrato, visando a gerar economias ao funcionamento da concessão. Logo, seria inadequado que o legislador antecipasse essas escolhas, substituindo a alocação customizada e referenciada pelas circunstâncias contratuais por uma alocação genérica e abstratamente concebida.

1.1.2. *A alocação dos riscos e o princípio da eficiência*

É certo que a estipulação contratual pelo gestor público não está pautada apenas por regras que lhe são objetivamente aplicáveis, mas também por normas de cunho principiológico. Naquilo que suas atribuições não estiverem limitadas pela incidência injuntiva das regras, nascerá um espaço de discricionariedade. Neste particular, as escolhas realizadas com vistas a definir o conteúdo dos contratos administrativos e sua equação econômico-financeira são escolhas *discricionárias*, ainda que guiadas por princípios e diretrizes.

Esses princípios e diretrizes, se é verdade que geram limites à atuação do administrador, não possuem o mesmo alcance e o mesmo potencial de restrição do que as regras. Guiarão o administrador a observar certos padrões, mas sem que se lhe imponha enquadramentos definitivos. O quadro das diretrizes e dos princípios não impõe soluções exatas, mas, antes, sugere a observância de certos standards.

O princípio fundamental a orientar a partilha de riscos é o principio da eficiência, que vem acolhido no capítulo de diretrizes da Lei Geral de PPPs (inciso I do art. 4º). O conteúdo jurídico dessa diretriz tem uma forte interface com a teoria econômica que orienta a distribuição de riscos contratuais, determinado ao gestor a observância de certas regras e premissas econômicas para esse fim.

1.1.2.1. *A alocação eficiente de riscos*

Ao impor uma alocação *eficiente* de riscos em contratos concessionários, a Lei 11.079/2004 impôs ao gestor público o dever de observância a certas premissas econômicas.

A primeira dela relaciona-se ao grau de detalhamento e exatidão da matriz de riscos. Quanto maior a especificidade de cada risco, melhor será o conhecimento das partes acerca dos eventos hábeis a interferir na execução do contrato. Esse mapeamento detalhado dos riscos concorre para reduzir a insegurança dos ofertantes, minorando custos de transação e ampliando, por esse ângulo, a eficiência da contratação. É claro que existem limites de cognoscibilidade, de racionalidade e mesmo de conveniência econômica a calibrar o nível de detalhamento dos riscos (uma vez que, para além de certo nível de detalhamento, e a considerar a natureza e a dimensão do contrato, os estudos de riscos passam a incrementar sobremaneira os custos de transação). De todo o modo, é importante que se persiga um catálogo minucioso e detalhado dos riscos, classificando-os e alocando-os à responsabilidade parcial ou plena de cada parte.

Além do nível de especificação da matriz de riscos, a distribuição dos riscos em si deve realizar-se a partir de uma racionalidade econômica, uma vez que a estrutura de custos do contrato é diretamente influenciada pela capacidade de cada parte em administrar os riscos. Há, neste particular, uma espécie de regra de ouro a orientar a distribuição e riscos

nos contratos, que impõe a alocação e cada risco à responsabilidade daquela parte apta a gerenciá-lo a custos mais baixos do que a outra, o que favorece a redução do somatório de custos envolvidos na contratação. Trata-se imputar a responsabilidade de cada risco àquela parte que tem mais aptidão para se prevenir dos riscos ou para minorar os prejuízos na hipótese de sua materialização.

É claro que para assumir riscos concessionário terá provisionado em sua proposta (apresentada no âmbito da licitação) os custos correspondentes. Como regra, essa precificação considera a probabilidade de ocorrência do risco e as despesas necessárias para fazer frente à sua materialização. Neste sentido, a melhor aptidão para a prevenção tende a reduzir a probabilidade de ocorrência do risco, com impactos na sua precificação. Além disso, quanto maior for a expertise e a qualificação da parte para lidar com as consequências de materialização do risco, menores tenderão a ser os custos provisionados para tanto.

Daí que um aspecto relevante a guiar a alocação dos riscos está em verificar a parte que detém maior *controle* sobre o risco. A parte que possui maior controle sobre o risco é naturalmente a parte que conseguirá gerenciá-lo a um custo mais baixo do que a outra. Além disso, a alocação do risco à parte com menores condições para fazê-lo acabará por expô-la ao risco de condutas oportunistas da outra parte. Faz sentido, por exemplo, que os riscos de construção (atinentes, por exemplo, à variação dos custos de materiais, ao seu desgaste precoce, assim como às falhas das metodologias construtivas) sejam atribuídos ao concessionário, pois assim se lhe gera incentivo a que persiga qualidade mais exigente para a execução da obra. Já, se esses riscos estiverem alocados ao poder concedente, o concessionário não terá incentivo para sua prevenção, pois será aquele quem arcará com os prejuízos derivados do risco de problemas construtivos, abrindo-se a porta para comportamento oportunista de sua parte.

Logo, e como já afirmei em outro local, "A alocação de riscos permite, portanto, alcançar um alinhamento de interesses entre as partes, criando incentivo a que a parte com capacidade para influir no risco gerencie adequadamente a sua prevenção, e, ao mesmo

tempo, evitando condutas oportunistas que poderiam ser adotadas caso a parte responsável por essas escolhas não ficasse exposta aos riscos que lhe são derivados"[102].

Disso decorre que uma regra a prestigiar a eficiência do contrato é encorajar a alocação dos riscos não gerenciáveis ou não controláveis pelo concessionário à responsabilidade do poder concedente. Como o privado não tem como se proteger em relação a esses riscos, essa alocação acabará por inibir a sua participação na licitação ou induzir à oferta de propostas mais onerosas.

Vala lembrar que o seguro tem sido reconhecido como instrumento eficaz para a proteção de riscos, prevalecendo em relação à sua alocação à responsabilidade do poder concedente[103]. Se assim for, os riscos que puderem ser cobertos pela contratação de seguro, desde que a preços razoáveis, poderão ser deslocados à responsabilidade do concessionário[104].

Portanto, riscos não controláveis pelo concessionário e não cobertos por seguro disponível em mercado a preços razoáveis devem ser invariavelmente retidos pelo poder concedente.

1.2. O risco de crises econômicas (extraordinárias) não é controlável pelo concessionário

Dito isso, é importante perceber que crises econômicas de certa intensidade não são eventos plenamente previsíveis pelo concessionário, o que permitira um exercício de precificação estimativo em suas propostas, muito menos contam com seguros disponíveis

[102] GUIMARÃES, Fernando Vernalha. "Alocação de riscos na PPP", *In Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. Coord. Marçal Justen Filho e Rafael Wallbach Schwind. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 244.

[103] Considerando-se que o provisionamento de custos para riscos pressupõe em geral a multiplicação do percentual de probabilidade de sua ocorrência pelos custos necessários para reparar os prejuízos de sua materialização, é fácil perceber que a utilização do seguro pode significar alternativa mais eficiente comparativamente à hipótese retenção do risco pelo poder concedente. Isso porque os seguros contam com instrumentos de incentivo à prevenção do risco, ao passo que o poder concedente não é um agente estimulado a exerce-la, dada sua facilidade de transferir as eventuais perdas a terceiros (contribuintes e usuários).

[104] Se, ao longo da execução da concessão, o risco deixar de ser passível de cobertura por contrato de seguro a preços razoáveis, será conveniente que a responsabilidade por sua materialização retorne ao poder concedente, a depender da previsão em contrato.

no mercado para a sua prevenção. Assim consideradas, equivalem àquilo que se convencionou chamar de *caso fortuito* ou *força maior*, como será melhor abordado adiante.

O fato é que sua *imprevisibilidade* aliada à ausência de seguro para esse tipo de risco no mercado desencoraja sua alocação à responsabilidade do concessionário privado. Sendo um risco não controlável ou não gerenciável adequadamente pelo privado, a responsabilidade por sua materialização deve ser atribuída ao poder concedente.

Assim como se passa com os riscos não controláveis em geral, a atribuição da responsabilidade sobre crises econômicas extraordinárias ao concessionário acabaria por gerar, além das ineficiências contratuais acima referidas, distorções ao processo de licitação. A alocação de um risco desta dimensão enseja interpretações discrepantes pelos interessados, dando origem a propostas orientadas por premissas divergentes. Abre-se a possibilidade a que as propostas estejam referenciadas por cenários distintos, o que subtrai a identidade de premissas necessárias para que se tenha um ambiente adequado para a disputa licitatória. Mais do que isso, tende-se a favorecer os licitantes com menor aversão a riscos e mais hábeis às renegociações. Situações assim geram licitações que favorecem não necessariamente os mais eficientes à execução do empreendimento, mas aqueles com as melhores perspectivas para a renegociação do contrato[105].

Trata-se de afirmar que a insegurança de lidar com eventos excessivamente gravosos acaba por se retratar numa variável relevante de custos no contrato, capaz de atribuir uma vantagem competitiva aos licitantes menos avessos a riscos. Neste contexto, as propostas não necessariamente espelharão a maior ou menor eficiência do ofertante, mas a sua maior ou menor percepção de custo para riscos não mensuráveis – o que pressupõe também a sua maior ou menor capacidade de renegociar contratos, explorando a indeterminação típica da alocação de riscos desta magnitude e dimensão.

1.3. A alocação contratual do risco de crise econômica e os custos de sua indeterminação

Por outro lado, mesmo que esse risco seja alocado ao poder concedente, a dificuldade de tipificação das crises econômicas para esse fim ainda será um fator de

[105] Veja-se GUASCH, J. Luis. *Granting and renegotiating infrastructure concessions: doing it right*, p. 35.

grande indeterminação na delimitação da responsabilidade das partes nos casos concretos. Isto é: embora seja teoricamente indicado que o risco de crises econômicas seja alocado contratualmente à responsabilidade do poder concedente, não é trivial a estipulação de critérios objetivos para a sua caracterização. Será sempre difícil eleger parâmetros hábeis a tipificar adequadamente as crises econômicas com vistas a ensejar o reequilíbrio do contrato. Sua caracterização dependerá, em última analise, das peculiaridades da situação concreta[106].

Não se pode ignorar que a dificuldade de tipificar contratualmente com alguma objetividade as crises econômicas para esses fins abre a porta para intermináveis discussões sobre essa caracterização nos casos concretos. Dizer-se simplesmente que o poder concedente é responsável pelo risco de crises macroeconômicas extraordinárias - ou, o que seria mais genérico ainda, pela ocorrência de caso fortuito e força maior - não é uma fórmula contratual que acautele adequadamente o concessionário da perspectiva de demanda por maior especificidade no tocante à matriz de riscos da concessão.

Logo, e para fugir dos efeitos negativos de fórmulas genéricas e indeterminadas, e dadas as dificuldades em tipificar abstratamente as crises econômicas, afigura-se mais eficiente a adoção de mecanismos contratuais objetivos a proteger a concessão do efeito de crises mais acentuadas na economia. O compartilhamento de certos riscos, a partir da delimitação objetiva de bandas de risco positivo e negativo atribuídas à responsabilidade das partes é uma alternativa viável e que vem sendo prestigiada em diversos contratos de concessão, muito especialmente em relação ao risco de demanda.

1.4. O compartilhamento do risco de demanda como técnica a preservar o equilíbrio econômico-financeiro da concessão relativamente a crises econômicas recessivas

[106] Além disso, uma dificuldade marcante no enfrentamento da questão marcante está em bem demarcar a relação de causalidade entre a crise e os prejuízos suportados na operação da concessão. Em muitos casos, as crises caracterizam-se como causa raiz para prejuízos diversos associados imediatamente a outros riscos alocados contratualmente. O impacto das crises nos preços de certos insumos é um exemplo. Assim como o é a queda acentuada nos níveis de demanda do serviço derivada de crises de cunho recessivo. Embora o risco de variação no preço de insumos, assim como o risco de demanda possam estar contratualmente associados à responsabilidade do concessionário, desde que a crise econômica seja um risco identificado no contrato como de responsabilidade do poder concedente, ou apto a atrair a tutela da álea extraordinária e extracontratual, sua materialização ensejará o reequilíbrio da concessão.

É perceptível que crises de cunho recessivo tendem a impactar direta e intensamente a demanda por serviços públicos. E quando isso ocorre, sem que os contratos prevejam parâmetros mais objetivos para identificar quedas de demanda que se originam de crises extraordinárias, as partes se veem diante de uma difícil discussão. O poder concedente resiste em admitir o reequilíbrio econômico-financeiro, não apenas em vista da dificuldade em identificar o fato como tipicamente extraordinário, mas também em vista da presunção de que a alocação do risco de demanda ao concessionário impede o ressarcimento. Num contexto de retração dos gestores públicos ante a exposição aos riscos do controle, a tendência será sempre a tomada da decisão mais ortodoxa e pretensamente favorável à Administração, negando-se o reequilíbrio. Já o concessionário se vê diante das dificuldades naturais em demonstrar a subsunção do fato ao conceito indeterminado de álea extraordinária (contratual ou extracontratual). Como resultado, reequilíbrios são evitados e os contratos acabam sofrendo desvios intensos em seus fluxos de caixa, desencadeando uma série de consequências negativas para a operação da concessão.

Esta insegurança típica das discussões sobre reequilíbrios desta natureza pode ser mitigada pela previsão *ex ante* de mecanismos contratuais aptos a mitigar essas perdas. Um destes mecanismos é o compartilhamento do risco de demanda entre concessionário e poder concedente.

O compartilhamento do risco de demanda é uma opção alocativa de riscos apta não apenas a reduzir a insegurança quanto às oscilações mais acentuadas na demanda ante a ocorrência de fatos imprevisíveis, como a mitigar erros e imprecisões relacionados às estimativas de demanda. Afinal, os estudos demanda envolvem variáveis difíceis de sindicar em muitos casos, o que lhes garante margens de erro não desprezíveis.

Mesmo que mais recentemente o compartilhamento do risco de demanda venha sendo adotado em alguns casos, o fato é que prevalece na experiência brasileira ainda a alocação integral deste risco ao concessionário privado. Essa alocação muitas vezes é estipulada acriticamente, sem a investigação da real capacidade do concessionário em gerenciar esse risco[107]. Há pelo menos três razões que justificam essa opção.

[107] Vide também GUIMARÃES, Fernando Vernalha. PETIAN, Angelica. RILLO, Regina. ROSÁRIO, Larissa. *Distribuição de riscos nas concessões rodoviárias*. Brasília: Senai/CBIC. 2017.

Em primeiro lugar, a tradição. Classicamente, os contratos de concessão têm acolhido a transferência do *risco de exploração do negócio* ao concessionário – não apenas aqui, mas também em outros países da América Latina e da Europa[108]. Assim se passou com diversos setores, quando o concessionário era o único responsável pelas oscilações de demanda, considerada como um "risco ordinário" da concessão. Aliás, historicamente, os contratos de concessão não contavam com matrizes de riscos mais específicas e detalhadas, sendo a concessão entendida como um negócio que era integralmente transferido à gestão de um privado, com todas as vicissitudes que lhe são inerentes.

Em segundo lugar, em virtude de uma interpretação estrita da norma do inc. II do art. 2º da Lei 8.987/95[109], na acepção de que estaria a impor o deslocamento de todo o risco de demanda para o concessionário privado, ante o uso da expressão "por sua conta e risco". Como já defendi em outro estudo, "parece nitidamente excessivo o raciocínio que pretende extrair desta norma vedação a que o risco de demanda (ou parcela deste) possa ser alocado à responsabilidade do poder concedente em contratos de concessão ou de PPP. A locução "por sua conta e risco" relaciona-se muito mais à autonomia de gestão do concessionário, a qual pressupõe a reserva dos riscos atinentes às escolhas dos meios adequados para a produção dos resultados e metas esperadas para a concessão, do que propriamente à absorção de riscos específicos pelo concessionário".

Aliás, "nem seria adequado que o legislador tivesse deslocado, de forma abstrata e generalizada, o risco de demanda ao concessionário. Não é possível afirmar que o concessionário seja, em todos os casos, o único detentor do controle sobre o risco de demanda – o que, de um ponto de vista da racionalidade econômica, justificaria o deslocamento do risco à sua responsabilidade. Os níveis de demanda, a depender da

---

https://cbic.org.br/infraestrutura/wp-content/uploads/sites/26/2018/09/guia_de_riscos.pdf. Acesso em 01 de novembro de 2018.

[108] Um dos critérios muito debatidos no direto europeu para diferenciar os contratos de concessão de contratos convencionais de empreitada foi precisamente a alocação do risco de exploração do negócio sob a responsabilidade do concessionário. Para fins de aplicação do regime jurídico correspondente, discutia-se se determinado ajuste pressupunha a transferência do risco de exploração do negócio (que se confunde com o risco de demanda) para que fosse submetido à disciplina da concessão de serviço público.

[109] Eis o texto da norma: "Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado".

natureza do serviço, podem ser influenciados por outros fatores que não o desempenho do concessionário na prestação do serviço.

Ademais disso, o concessionário muitas vezes não detém capacidade de melhor gerenciar esses riscos (adquirir instrumentos de prevenção ou capacidade de mitigação dos prejuízos de modo mais eficiente do que o parceiro público). As concessões rodoviárias são um exemplo. As variações na demanda são influenciadas por fatores diversos, como a ausência de vias alternativas, o crescimento da frota de veículos, o advento de restrições de acesso à rodovia etc. O concessionário não será o único a influir na variação do fluxo de veículos inerente ao funcionamento de uma concessão rodoviária. Assim também se passa com outros serviços públicos"[110]. Logo, não vejo qualquer restrição jurídica, derivada do mencionado dispositivo da Lei Geral de Concessões, a que o risco de demanda seja retido pelo poder concedente ou compartilhado entre as partes.

Em terceiro lugar, em virtude de uma razão que se prende com um componente essencial do modelo concessionário, que é a transferência ao concessionário da uma razoável autonomia para gerir o serviço público. Na medida em que o concessionário se responsabiliza pela *gestão* da concessão, encarregando-se da gestão dos *meios* para entregar os *resultados* esperados pelo Poder Concedente -, é logicamente racional que sofra as consequências de suas escolhas. É essa razão que pretende oferecer racionalidade econômica para a opção de transferir-se integralmente o risco de demanda ao concessionário, seguindo-se a premissa de que o risco deve ser alocado à parte com melhores condições para o seu gerenciamento. No entanto, nem o concessionário é o único responsável pelo controle do risco de demanda (isso varia também em função das características do regime de concessão), nem o deslocamento integral desse risco ao concessionário pode ser visto como a opção economicamente mais racional em muitos casos.

O domínio do concessionário sobre os fatores que interferem no risco de demanda é mais visível em setores onde o serviço público é operado em regime de concorrência, a

[110] GUIMARÃES, Fernando Vernalha. "Alocação de riscos na PPP", *In Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. Coord. Marçal Justen Filho e Rafael Wallbach Schwind. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

depender do nível de competição no mercado, e onde se admite a liberdade tarifária. Nestes setores, a performance do concessionário tem uma relação mais direta com as oscilações na demanda. Mas esse não é o caso de setores que operam em regime de monopólio e sob forte regulação tarifária, onde a utilização da infraestrutura está mais impactada por outros fatores do que propriamente pela performance do concessionário – embora, não se pode negar, esteja também orientada pelo nível de qualidade e de disponibilidade da infraestrutura, que são de responsabilidade do concessionário.

Como já adverti: "A alta longevidade dos contratos de PPP faz com que os níveis de demanda estejam expostos à influência de causas diversas, que muitas escapam do controle do concessionário: O ambiente macroeconômico (crises agudas na economia), por exemplo, pode propiciar quedas significativas de demanda, sem que isso possa ser adequadamente prevenido pelo parceiro privado. Diversos outros fatores poderão influenciar na variação da demanda de um serviço público, como o aumento de usuários estimulado por políticas governamentais ou como decorrência do próprio crescimento do PIB etc. Como essas projeções são difíceis e envolvem margens de erro não desprezíveis, o compartilhamento do risco de demanda surge como um mecanismo eficaz para impedir variações desproporcionais nos resultados financeiros da concessão, minimizando-se também problemas de instabilidade da taxa de retorno do projeto (o que acautela o financiador, desonerando custos financeiros do projeto)"[111].

O advento das crises macroeconômicas aptas a impactar sensivelmente a demanda por serviços públicos é um exemplo emblemático disso. Em casos assim, em que o comprometimento da receita da concessão atinja níveis críticos, sem que o contrato preveja mecanismos para a compensação desses prejuízos (o que poderia ocorrer por meio, por exemplo, do compartilhamento do risco de demanda), os desvios no fluxo de caixa podem conduzir à morte da concessão, com prejuízos não apenas à concessionária, mas ao poder concedente e aos usuários.

[111] GUIMARÃES, Fernando Vernalha. "Repartição objetiva de riscos nas parcerias público-privadas", *in Enciclopédia Jurídica da PUCSP – Tomo Direito Administrativo*. https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/28/edicao-1/reparticao-de-riscos-nas-parcerias-publico-privadas.

Logo, especialmente em setores onde o nível de concorrência do serviço público é baixo ou inexistente, como é o caso de muitas concessões, a demanda afigura-se bastante sensível a fatores exógenos à esfera de controle do concessionário. Se assim é, o deslocamento para si do risco integral de demanda pode caracteriza uma distribuição de riscos apta não só a gerar ineficiências no contrato, como o risco de especulação comercial pelos interessados sobre as projeções de receita da concessão.

Ademais disso, um efeito da exposição excessiva do concessionário a certos riscos da concessão é o incremento dos *custos de transação*. Em situações em que o concessionário vislumbrar riscos não-gerenciáveis ou não-seguráveis sob sua responsabilidade, a tendência é que o provisionamento para o gerenciamento desses riscos seja bastante custoso. Isso porque, relativamente a esses riscos, os interessados tendem a precificar seus custos sob cenários pessimistas, buscando se proteger de perdas mais expressivas. Como resultado, há a elevação do preço da concessão, que passa incorporar ineficiências derivadas dos custos desses riscos.

Um outro possível efeito deletério da alocação integral do risco de demanda para o concessionário está na possibilidade de especulação comercial sobre as projeções de demanda, ou até mesmo o risco de fraude à licitação. Trata-se do risco de manipulação dos dados da demanda projetada com vistas a possibilitar não apenas descontos mais expressivos na licitação, mas a transformação da receita da concessão ao longo do projeto. Deprimindo artificialmente as estimativas de demanda, planta-se a possibilidade futura de ampliação significativa da receita da concessão.

Em vista disso, o compartilhamento do risco de demanda surge como técnica voltada a mitigar esses riscos e garantir maior estabilidade econômico-financeira à concessão, mitigando efeitos de oscilações intensas oriundas de crises recessivas na economia. Esse compartilhamento pressupõe a identificação de bandas de riscos, separando-se riscos de responsabilidade exclusiva do concessionário, do poder concedente e partilhados pelas partes. Essa delimitação assenta-se na ideia de que há um *risco ordinário* de variação de demanda a ser administrado exclusivamente pelo concessionário e que se contrapõe a *risco extraordinário*, que deve ser deslocado ao poder concedente partilhado entre as partes.

As variações menos expressivas, e que se justificam nas vicissitudes naturais de qualquer empreendimento desta natureza, podem muito bem ser absorvidas no fluxo de caixa do projeto, considerando-se "riscos ordinários" da concessão. Já as variações muito acentuadas na demanda, que impactam de modo mais intenso o fluxo de caixa da concessão, retratam movimentos econômicos que fogem à previsibilidade da concessão, merecendo por isso um mecanismo automático de compensação. É o chamado risco de extraordinário de demanda.

A filosofia subjacente a esse sistema de compartilhamento de riscos é justamente evitar prejuízos acentuados à concessão, o que provoca o risco de sua descontinuidade, com uma série de desdobramentos ao poder concedente e aos usuários, assim como permitir o compartilhamento de ganhos mais expressivos do concessionário com os usuários do sistema. Trata-se, por isso, de sistemática a gerar maior eficiência ao contrato de concessão, por imprimir maior segurança em relação à performance econômico-financeira do projeto - concorrendo para a redução de custos financeiros do projeto -, como maior justeza na distribuição dos eventuais excedentes, carreando aos usuários os resultados dos riscos positivos da concessão.

A metódica para a compensação da materialização desses riscos pode variar bastante, sendo uma questão a ser customizada pelos contratos. É relevante advertir apenas que para os casos em que a compensação se dê mediante contraprestação pública (de natureza pecuniária), deverão ser consideradas as cautelas próprias do regime da responsabilidade fiscal.

2. Crises econômicas como objeto da tutela dos riscos extracontratuais

Uma abordagem relevante relaciona-se ao tratamento jurídico a ser dispensado para os casos de omissão contratual acerca da alocação do risco de crises econômicas. Evidentemente que o enfrentamento jurídico do problema dependerá de uma análise bastante criteriosa dos termos do contrato, fazendo-se uso de uma interpretação sistemática e teleológica do conteúdo do contrato para concluir-se pela inexistência de regência contratual sobre a questão. Trata-se da prevalência da força do contrato relativamente a critérios sucessivos que possam orientar a elucidação do problema, em prestígio ao

princípio constitucional da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo.

Na hipótese, contudo, de ausência de solução contratualmente estabelecida, caberá ao intérprete e ao juiz encontrar critérios secundários a oferecer uma solução à questão que possa estar harmonizada com o regime jurídico dos contratos de longo prazo.

Neste particular, nem a Lei 8.987/95 nem a Lei 11.079/2004 trazem qualquer indicação acerca da tutela de riscos extracontratuais. Já a Lei 8.666/93, que tem aplicação subsidiária aos contratos concessionários, contém uma disciplina expressa sobre a questão, inscrita na alínea "d" do inc. II do art. 65, deslocando-se à Administração Pública os riscos atinentes à álea *extraordinária* e *extracontratual*.

Esta disciplina não parece inconciliável com o modelo concessionário: "Observe-se que essa regra visa a tutelar uma situação própria de risco extracontratual, desconsiderado pelo contratado ao tempo da contratação. O objetivo do legislador parece ter sido precisamente o de desestimular, nas propostas oferecidas na licitação, a precificação de situações de risco cujo controle pelos interessados é impossível ou bastante limitado. A finalidade é desonerar as propostas desses custos, transferindo-se a responsabilidade de gerenciamento desses riscos à Administração. Essa orientação está alinhada com a premissa fundamental costumeiramente utilizada para nortear a alocação de riscos em contratos complexos e de longo prazo, como as concessões e as PPPs, a qual recomenda alocar o risco à parte que detém melhores condições para o seu gerenciamento, donde se extrai a exegese de que riscos que não possam ser adequadamente gerenciados pelo parceiro privado devem ser retidos pelo parceiro público. Como esses riscos serão aqueles considerados imprevisíveis (e extracontratuais), o parceiro privado não terá meios para gerenciá-los adequadamente, fazendo sentido, portanto, que sejam eles alocados à responsabilidade do parceiro público"[112].

Parece-me, portanto, que essa regra será perfeitamente aplicável aos contratos concessionários para hipóteses de riscos imprevisíveis e extracontratuais.

[112] GUIMARÃES, Fernando Vernalha. "Alocação de riscos na PPP", *In Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. Coord. Marçal Justen Filho e Rafael Wallbach Schwind. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 238.

Cabe aprofundar a análise do conteúdo dessa norma, com vistas a examinar a tutela do equilíbrio contratual ante a ocorrência de crises econômicas.

2.1. O conteúdo jurídico da "álea extraordinária e extracontratual": exegese do dispositivo da alínea "d" do inciso II do artigo 65

A norma da alínea "d" do inc. II do artigo 65 da Lei 8.666/93 impõe o dever jurídico de as partes alterarem o contrato administrativo para a recomposição da equação econômico-financeira em face da ocorrência de "alea extraordinária e extracontratual". A expressão é indeterminada e abrangente, autorizando o reequilíbrio contratual em função da ocorrência de fato *superveniente* à celebração do contrato, ou de *conhecimento superveniente*, *imprevisível* ou de *consequências incalculáveis*, que não decorra de culpa ou de responsabilidade do contrato e impacte onerosamente os custos de produção do contrato.

Uma adequada exegese do dispositivo importa reconhecer, portanto, a existência de quatro atributos cumulativos para a qualificação do evento a ensejar a tutela à equação financeira do contrato: (i) *superveniência* (à apresentação da proposta na licitação que gerou o contrato); (ii) *imprevisibilidade*; (iii) *onerosidade*; e (iv) *extracontratualidade*.

A maior dificuldade no enquadramento de eventos ao conceito de álea extraordinária reside precisamente na *imprevisibilidade* do evento, com vistas a distinguir riscos que, embora extracontratuais, afiguram-se previsíveis em função da atividade empresarial do concessionário, daqueles em relação aos quais não se pode exigir do concessionário sua previsibilidade.

É bastante difícil para não dizer impossível encontrar critérios objetivos e abstratos para diferenciar o previsível do imprevisível, o ordinário do extraordinário, em se tratando de riscos nas concessões. Talvez se pudesse aludir a uma espécie de escala de *previsibilidade* a medir os eventos que interferem na execução da concessão, cuja variável fundamental é a *probabilidade*. Tanto em relação à *natureza* do evento - qualitativamente (im)previsível -, como em relação à sua *intensidade* - quantitativamente (im)previsível -, sua previsibilidade será medida em função da probabilidade de sua ocorrência[113]. Assim,

[113] Vide JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral da Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 401.

um furacão é um evento improvável de ocorrer no Brasil, retratando uma improbabilidade sob o ângulo qualitativo. Já a ocorrência de chuvas frequentes, não. Mas quando estas atingem índices pluviométricos altíssimos e de modo duradouro, adquirem um status de evento improvável – e aqui se está tratando de uma improbabilidade quantitativa. Em ambos os casos se está diante de um evento em relação ao qual não se poderia exigir das partes contratantes a sua previsibilidade, seja porque a espécie de evento é rara ou de ocorrência muito pouco provável, seja porque, embora ordinário o evento, sua intensidade o torna inesperado.

Esses dois ângulos de análise encontram fundamento na abrangência da locução da norma da alínea "d" do inciso II do artigo 65, que pressupõe como situações hábeis a ensejar o reequilíbrio não apenas aquelas *imprevisíveis*, mas também as que, embora previsíveis, são de *consequências incalculáveis*.

A advertência não é supérflua, uma vez que não raramente se minimiza a relevância do aspecto quantitativo no exercício de subsunção da situação concreta ao conceito de *imprevisibilidade*. Aliás, as abordagens mais comuns sobre as crises econômicas como causa de reequilíbrio da concessão têm padecido desse defeito de compreensão. A recorrência cíclica de crises macroeconômicas no país não raro é referida como justificativa para afastar a imprevisibilidade destes eventos e negar o reequilíbrio contratual, descurando-se de um exame concreto acerca de sua intensidade.

Além disso, a previsibilidade de um evento relaciona-se não apenas à sua anormalidade ou probabilidade, examinada sob os ângulos qualitativo e quantitativo, mas à disponibilidade de mecanismos aptos a monitorar a previsibilidade de sua ocorrência. Neste particular, os movimentos da economia são objeto de monitoramento e previsões diversas, mas que não contam com um grau aceitável de acurácia. As crises econômicas são fenômenos complexos, cuja ocorrência e intensidade não são plenamente capturadas pelas avaliações preditivas disponíveis na atualidade.

Mas é evidente, por outro lado, que os movimentos econômicos, dentro de uma certa margem de oscilação, são inerentes à dinâmica ordinária da economia. O funcionamento da economia não goza de estabilidade, sendo que há distúrbios mais ou menos acentuados, a desencadear uma série de consequências com maior ou menor impacto

em certos segmentos do mercado. E há por certo uma margem de oscilação dos indicadores econômicos que constitui o que se poderia chamar do *risco ordinário* da economia, ou do risco ordinário empresarial.

Este risco ordinário não é tutelado pela teoria da imprevisão, que dá fundamento à norma da alínea "d" do inciso II do artigo 65 da Lei 8.666/93. Mas é necessário perceber que o risco econômico ordinário como excludente da tutela da teoria da imprevisão nas relações entre privados é bastante diverso daquele a ser considerado na relação contratual administrativa. Isso porque, tal como adiante abordado, os contratos administrativos, como as concessões, estão como regra subjugados a uma tutela estatal muito mais intensa do que os contratos privados, privando o concessionário da gestão de mecanismos próprios de mercado para compensar perdas e agravos decorrentes das vicissitudes da economia. Por isso, a tutela do princípio do equilíbrio contratual é diversa e bastante mais generosa nos contratos públicos.

Logo, a noção de crise econômica a caracterizar o risco econômico extraordinário ou a álea extraordinária empresarial prende-se com uma avaliação quantitativa, só possível em face dos casos concretos. Essa análise, para os fins do seu enquadramento no conceito de álea extraordinária inscrito na alínea "d" do inciso II do artigo 65 da Lei 8.66/93, pressupõe a consideração não apenas da intensidade da crise em si, mas da intensidade dos efeitos gerados no segmento econômico específico e associado à operação da concessão.

2.2. Crises econômicas como evento imprevisível ou de consequências incalculáveis

Talvez se possa dizer que crises econômicas não são exatamente eventos incomuns a ocorrer num ciclo de vida longo com é o das concessões. Mas a depender de sua intensidade, uma crise econômica pode afigurar-se distúrbio incomum e extraordinário. Quando uma crise intensa adquire potencial de alterar de modo significativo a receita de uma concessão, não se há de falar em um evento ordinário e de consequências previsíveis, do qual se esperaria a consideração pelo concessionário em sua proposta. Equiparar uma crise capaz de gerar desvios relevantes no fluxo de caixa de uma concessão a um risco ordinário do negócio é dota-lo de uma álea excessiva e incompatível com a sua estabilidade econômico-financeira.

Tome-se como exemplo a crise macroeconômica desencadeada a partir do ano de 2014. Os dados disponíveis indicam que sua intensidade foi avassaladora, sem precedentes na histórica recente do Brasil, impactando diversos contratos de concessão gestados em anos anteriores[114]. Esses contratos foram licitados sob um contexto macroeconômico bastante diverso daquele que se instalaria poucos anos depois. Mais do que isso, esses programas foram orientados por previsões de crescimento da economia (com reflexos nas estimativas de demanda) muito discrepantes do que se verificou na realidade subsequente. Note-se que em janeiro de 2013 as expectativas de crescimento para 2015 e 2016 eram, respectivamente, 3,60 e 3,55%, de acordo com a pesquisa Focus, coletada pelo Banco Central junto a aproximadamente 100 instituições do mercado financeiro e consultorias[115]. No entanto, os resultados para o biênio 2015/2016 foram quedas no PIB de 3,8 em 2015 e de 3,6 em 2016.

A causa para essas discrepâncias não esteve em meros erros nas estimativas de demanda, mas na alteração superveniente da realidade econômica do país. A partir de 2014 o Brasil experimentou aquilo que viria ser uma das piores crises recessiva em toda a sua história. O crescimento acumulado para o período 2014/2016 resultou numa queda no PIB de 6,9%, caracterizando-se como o pior triênio da historia. A intensidade da crise levou o economista Raul Velloso a indagar: "qual a probabilidade de alguém, em 2013, imaginar que, nos três anos seguintes, teríamos o pior desempenho da história dos últimos 116 anos?[116]

É evidente que, dada a dimensão da crise, ela não era previsível à época da gestação dos contratos de concessão nos anos anteriores. Se não era previsível, não foi considerada no plano de negócios dessas concessões. Se não foi considerada para esse fim,

[114] Apenas no setor rodoviário, sete trechos da 3ª. Etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais foram licitados. Já no setor aeroportuário, foram assinadas neste período as concessões de Guarulhos (SP), Brasília, Viracopos (SP), Confins (MG) e Galeão (RJ). De acordo com reportagem da edição de 18 de maio de 2018 do Estadão, estes terminais operavam com uma demanda em média em 30% abaixo da projetada na licitação. https://economia.estadao.com.br/noticias/negocios,demanda-de-primeira-leva-de-aeroportos-concedidos-esta-30-abaixo-do-previsto,70002313497.

[115] VELLOSO, Raul. *Recessão extraordinária e o abalo das concessões de 2013*: Instituto Nacional de Altos Estudos. Rio de Janeiro, 2016, p. 20.

[116] *Recessão extraordinária e o abalo das concessões de 2013*: Instituto Nacional de Altos Estudos. Rio de Janeiro, 2016, p. 20.

sua ocorrência, desde que geradora de desvios relevantes nos respectivos fluxos de caixa, há de ser considerada um fato extraordinário a ensejar o direito ao reequilíbrio contratual.

Portanto, uma característica a ser levada em consideração no exercício de subsunção da crise econômica ao conceito de evento imprevisível e extraordinário é a sua intensidade. Bem demonstrada a relação e causalidade entre a crise e o desvio gerado no fluxo de caixa do contrato, e a depender da dimensão deste, resta configurado o evento próprio da álea extraordinária capaz de ensejar o direito ao reequilíbrio.

Dada a sua imprevisibilidade e a impossibilidade de mensuração de suas consequências, admitir que risco desta natureza haveria de ser considerada no plano de negócio da concessionária importaria não apenas prestigiar uma alocação ineficiente de riscos como gerar uma série de distorções no processo de licitação, tal como abordado atrás.

Não se contraponha que a longevidade da concessão impediria o reconhecimento do desequilíbrio, aludindo-se que futuros períodos de euforia econômica poderiam compensar as crises agudas do passado. O argumento prova demais, pois seria oponível a todo e qualquer evento de desequilíbrio. Sua aceitação conduziria a fulminar a hipótese do reequilíbrio episódico. Afinal, sempre existirá a possibilidade de ocorrência do reequilíbrio inverso, ou da reversão do desequilíbrio, no prazo residual da concessão. Admitir essa possibilidade como óbice ao reequilíbrio conduziria ao aniquilamento dessa espécie de garantia constitucional ao concessionário, transformando-a num expediente de liquidação e haveres ao final da concessão (como sempre há o risco de ocorrência do reequilíbrio inverso, os ajustes para a manutenção pretérita da equação econômico-financeira da concessão seriam implementados apenas concluído o ciclo de vida da concessão, à guisa de liquidação dos haveres). É evidente, portanto, que a recomposição da equação econômico-financeiro deverá ser implementada no momento da verificação do desequilíbrio.

2.3. O impacto das crises econômicas e o regime de remuneração do concessionário

Um outro aspecto que não deve ser desprezado nesta análise é a capacidade do concessionário de *externalizar* as perdas de decorrentes do desequilíbrio. A tutela do equilíbrio contratual é tanto mais relevante em negócios sob forte controle e planejamento

estatal, mitigando-se a capacidade do contratado em gerenciar as perdas a partir do aumento de preços, da subtração ou postergação de investimentos etc. É evidente que o empresário que atua sob a livre iniciativa dispõe de uma série de mecanismos para neutralizar perdas sofridas pelo impacto de crises e de fatos gravosos ao seu negócio, que não são acessíveis pelo concessionário público. Os contratos de concessão estão, em maior ou menor grau, sujeitos a uma tutela estatal, que os limita pela imposição de cadernos de encargos, de planos de investimentos e do controle tarifário. Essa regulação impede que o concessionário compense os desvios gerados em seu fluxo de caixa pelo efeito de crises econômicas a partir dos mecanismos típicos de mercado.

A advertência relaciona-se à distinção entre concessões que operam sob maior ou menor regulação tarifária. Os negócios sujeitos à concorrência, submetidos em alguma medida à liberdade tarifária, viabilizam a transferência das oscilações de custos aos preços do serviço. Para essas concessões, que estão em boa medida sujeitas aos mecanismos próprios de mercado, os prejuízos não necessariamente são suportados dentro do fluxo de caixa da concessão. Precisamente em função disso, não estão subjugadas à tutela rígida do equilíbrio contratual, que se justifica precipuamente na impossibilidade de externalização das perdas sofridas pelo concessionário.

Ou seja: as concessões que operam sob um forte controle tarifário, como são as rodovias, aeroportos ferrovias etc, são negócios muito mais dependentes da tutela externa do equilíbrio econômico-financeiro do que aquelas que contam com mecanismos para a transferência das perdas (que acabam por transferi-las aos usuários). É imprescindível, nestes casos, que a tutela do reequilíbrio contratual se faça presente, sob pena de impor-se ao concessionário um ônus imprevisível e impossível de ser compensado pela dinâmica própria do negócio.

2.4. A alocação do risco de demanda ao concessionário não impede o reequilíbrio contratual fundado na caracterização da crise econômica como um evento atinente à álea extraordinária

Também não seria correto impedir o reequilíbrio da concessão fundado na ocorrência de crises macroeconômicas de grande intensidade sob a alegação de que o risco de demanda teria sido alocado ao concessionário. Desde que a causa raiz do desequilíbrio se origine de um risco alocado pela lei ou pelo contrato à responsabilidade do poder concedente, ainda que repercuta em oscilação de demanda, o concessionário terá direito à recomposição da equação econômico-financeira da concessão.

Isso significa reconhecer que nem toda oscilação de demanda deve ser suportada pelo concessionário à conta da assunção deste risco. É que a demanda do serviço público é uma variável sensível a causas diversas, que muitas vezes retratam a materialização de outros riscos arbitrados às partes pela lei ou pelo contrato. Assim, e por exemplo, o advento de uma guerra civil pode produzir queda acentuada nos níveis de demanda de certos serviços públicos, assim como também o podem catástrofes naturais, como enchentes e furacões. E ninguém duvida que eventos desta natureza se caracterizam como caso fortuito e força maior, típicos da álea extraordinária tratada pela norma da alínea "d" do inciso II do artigo 65 da Lei 8.666/93, ainda que seu impacto na concessão se expresse pela forte redução de demanda. Esses exemplos extremos ajudam a evidenciar a relatividade da demanda à materialização de outros riscos, que fogem ao domínio do chamado risco de demanda.

É o que explica Pedro Gonçalves, aludindo que "a circunstância de o contratante assumir um determinado risco (v.g., de procura ou de construção) não significa que tenha de suportar as consequências de todo e qualquer facto que produza efeitos no domínio desse risco. Assim, suponha-se a diminuição da procura resultante de um facto anormal e imprevisível: por exemplo, terremoto que destrói a autoestrada gerida em sistema de concessão. Neste cenário, mesmo que concessionário tenha assumido o risco da procura, a diminuição desta não corresponde a um risco próprio do contrato, antes resulta de uma ocorrência anormal e imprevisível, que deve dar lugar a uma compensação, nos termos do artigo 314, º 2."[117]

[117] GONÇALVES, Pedro Costa, com colaboração de MACHADO, Carla e MOREIRA, José Azevedo. *Direito dos Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 559.

Logo, parece evidente que a assunção do risco de demanda pelo concessionário não lhe impõe o dever de suportar todas as consequências de fatos que repercutam efeitos negativos no domínio deste risco. Não é possível exigir do concessionário que assume o risco de demanda a responsabilidade pela ocorrência de todo e qualquer fator que possa impactar a demanda do serviço público. Inclusive porque a demanda pode ser impactada – e geralmente o é – pela ocorrência de eventos típicos da álea extraordinária.

Aliás, tem tradição na jurisprudência brasileira o reconhecimento do direito ao reequilíbrio contratual fundado na verificação de eventos extraordinários que repercutem no domínio de riscos assumidos pelo contratado. Tome-se como exemplo o desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos verificado em função da variação cambial derivada da maxidesvalorização do real ocorrido no início de 1999. A hipótese teve acolhida no Poder Judiciário[118], sendo que a acentuada e abrupta alta do dólar norte-americano, refletida na elevação aguda no custo de certos insumos, constituiu-se em motivo suficiente para que

[118] Sirva de exemplo julgado do Superior Tribunal de Justiça, que convive com outros em sentido contrário: "CONTRATO ADMINISTRATIVO. EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DO VÍNCULO. DESVALORIZAÇÃO DO REAL. JANEIRO DE 1999. ALTERAÇÃO DE CLÁUSULA REFERENTE AO PREÇO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO E FATO DO PRÍNCIPE. 1. A novel cultura acerca do contrato administrativo encarta, como nuclear no regime do vínculo, a proteção do equilíbrio econômico-financeiro do negócio jurídico de direito público, assertiva que se infere do disposto na legislação infralegal específica (arts. 57, § 1º, 58, §§ 1º e 2º, 65, II, d, §§ 5º e6º, da Lei 8.666/93). Deveras, a Constituição Federal ao insculpir os princípios intransponíveis do art. 37 que iluminam a atividade da administração à luz da cláusula manter da moralidade, torna clara a necessidade de manter-se esse equilíbrio, ao realçar as 'condições efetivas da proposta'. 2. O episódio ocorrido em janeiro de 1999, consubstanciado na súbita desvalorização da moeda nacional (real) frente ao dólar norte-americano, configurou causa excepcional de mutabilidade dos contratos administrativos, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das partes. 3. Rompimento abrupto da equação econômico-financeira do contrato. Impossibilidade de início da execução com a prevenção de danos maiores. (*ad impossiblia memo tenetur*). 4. Prevendo a lei a possibilidade de suspensão do cumprimento do contrato pela verificação da *exceptio non adimplet contractus* imputável à administração, *a fortiori*, implica admitir sustar-se o 'início da execução', quando desde logo verificável a incidência da 'imprevisão' ocorrente no interregno em que a administração postergou os trabalhos. Sanção injustamente aplicável ao contratado, removida pelo provimento do recurso. 5. Recurso Ordinário provido". Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 15.154-PE (publicado no DJU de 2/12/2002), Rel. Ministro Luiz Fux.

Há também recente Acórdão do TCU, onde se reconheceu que "a variação da taxa cambial (para mais ou para menos) não pode ser considerada suficiente para, isoladamente, fundamentar a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Para que a variação do câmbio seja considerada um fato apto a ocasionar uma recomposição nos contratos, considerando se tratar de fato previsível, deve culminar consequências incalculáveis (consequências cuja previsão não seja possível pelo gestor médio quando da vinculação contratual), fugir à normalidade, ou seja, à flutuação cambial típica do regime de câmbio flutuante e, sobretudo, acarretar onerosidade excessiva no contrato a ponto de ocasionar um rompimento na equação econômico-financeira, nos termos previstos no art. 65, inciso II, alínea "d", da Lei 8.666/1993". (Acórdão nº 1431/2017 – TCU – Plenário).

esses custos merecessem a revisão contratual, apesar de o risco de sua variação ter sido alocado contratualmente à responsabilidade do contratado privado. A premissa jurídica reconhecida nestes julgados é a de que a alocação ao contratado privado do risco de variação no custo de insumos não impede que sua elevação acentuada e imprevisível a derivada de eventos da economia próprios da álea extraordinária enseje o reequilíbrio contratual.

A racionalidade jurídica destes precedentes autoriza a conclusão de que crises macroeconômicas recessivas, que se retratem em queda acentuada na demanda de serviços públicos, podem caracterizar-se como evento próprio da álea extraordinária a desencadear o reequilíbrio contratual, ainda que o risco de demanda tenha sido contratualmente alocado ao concessionário[119].

É necessário observar, contudo, que o aludido desequilíbrio contratual não se caracteriza pela mera discrepância (mesmo que relevante) entre a demanda estimada e a demanda verificada. Não se trata de afirmar que a discrepância acentuada da demanda real à demanda estimada caracterizaria o referido risco extraordinário de demanda. A via do reequilíbrio não deve ser utilizada para corrigir defeitos na previsão de demanda pelo concessionário (ou pelo poder concedente). A eventual demonstração do desequilíbrio deverá estar fundada na verificação de um distúrbio econômico relevante, exógeno ao contrato, e que possa caracterizar-se causa raiz para a queda acentuada de demanda. A partir disso, surgem uma série de discussões relacionadas aos parâmetros e metodologias para a quantificação do dano, que fogem aos limites deste artigo.

[119] Não estou aqui sustentando a impossibilidade de o contrato alocar à responsabilidade do concessionário riscos extraordinários, como os de caso fortuito e força maior e de crises macroeconômicas recessivas de grande intensidade, embora essa seja em princípio uma opção juridicamente inadequada em função da projeção do princípio da eficiência, pelas razões mencionadas atrás. Mas desde que o contrato de concessão não tenha feito essa opção, não faz sentido que o reequilíbrio fundado na ocorrência de crises que se assim se qualifiquem seja obstado pela alegação de alocação do risco de demanda ao concessionário. Seja pela subsunção do fato ao conceito de caso fortuito e força maior, eventualmente tipificado em contrato como risco do poder concedente, seja pelo seu enquadramento na dicção da norma da alínea "d" do inciso II do artigo 65, crises desta natureza e magnitude devem desencadear o reequilíbrio contratual, sob pena de conferir-se ao conceito de risco de demanda uma abrangência capaz de neutralizar os efeitos da alocação (legislativa ou contratual) de outros riscos – cujo efeito direto na concessão seja a oscilação de demanda.

3. Conclusões

O presente texto propôs-se a analisar o tema do impacto das crises econômicas nas concessões de serviços público, sob duas perspectivas distintas: a de seu tratamento *ex ante*, no plano do contrato, a partir da identificação de alternativas alocativas de riscos; e a da tutela de riscos extracontratuais para fins do reequilíbrio econômico-financeiro da concessão (alocação *ex post* do risco).

Das abordagens propostas, permite-se concluir que, em função da dificuldade de tipificação de eventos desta natureza em contrato, o compartilhamento do risco de demanda pode ser uma via adequada para minorar o impacto de crises econômicas agudas que repercutam em oscilações expressivas nos níveis de demanda.

No que se refere ao enquadramento de crises macroeconômicas como objeto da tutela de riscos extracontratuais, conclui-se que crises econômicas agudas e de caráter recessivo podem enquadrar-se no conceito de *álea extraordinária*, tal como delimitado pela norma da alínea "d" do inciso II do artigo 65 da Lei 8.666/93.

Essa caracterização enseja o reequilíbrio econômico-financeiro da concessão a favor do concessionário, independentemente da alocação do risco de demanda sob sua responsabilidade. A assunção do risco (ordinário) de demanda pelo concessionário não lhe torna responsável por prejuízos derivados de eventos atípicos e atinentes à álea extraordinária, tais como as crises macroeconômicas agudas, mesmo que repercutam diretamente em variações de demanda.

Referências bibliográficas

GONÇALVES, Pedro Costa, com colaboração de MACHADO, Carla e MOREIRA, José Azevedo. **Direito dos Contratos Públicos**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 559.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral da Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003.

GUASCH, J. Luis. **Granting and renegotiating infrastructure concessions***: doing it right*.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. "Alocação de riscos na PPP", *In* **Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. Coord. Marçal Justen Filho e Rafael Wallbach Schwind. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. PETIAN, Angelica. RILLO, Regina. ROSÁRIO, Larissa. **Distribuição de riscos nas concessões rodoviárias**. Brasília: Senai/CBIC. 2017. https://cbic.org.br/infraestrutura/wp-content/uploads/sites/26/2018/09/guia_de_riscos.pdf. Acesso em 01 de novembro de 2018.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **"Repartição objetiva de riscos nas parcerias público-privadas"**, *in Enciclopédia Jurídica da PUCSP – Tomo Direito Administrativo*. https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/28/edicao-1/reparticao-de-riscos-nas-parcerias-publico-privadas.

MOREIRA, Egon B. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição", In **Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno** (MOREIRA, Egon B. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VELLOSO, Raul. **Recessão extraordinária e o abalo das concessões de 2013**: Instituto Nacional de Altos Estudos. Rio de Janeiro, 2016.

A ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL E O DECRETO DO RIO DE JANEIRO

Flavio Amaral Garcia[120]

Introdução[121]

A utilização da arbitragem como mecanismo de solução de litígios que decorram de contratos administrativos, em especial das concessões e PPPs, é tema da maior importância no estudo do Direito Público.

O Brasil vivencia um momento crucial, no qual o desenvolvimento nacional – objetivo expressamente consignado no art. 1º da CF – depende de significativos investimentos no setor de infraestrutura, em especial nos segmentos de energia, telecomunicações, rodovias, ferrovias, aeroportos e portos.

O risco de que todos os conflitos decorrentes desses contratos administrativos sejam obrigatoriamente submetidos à jurisdição estatal pode resultar no afastamento de potenciais investidores e empresas, ou mesmo na precificação do risco judicial no momento de elaboração da sua proposta econômica para participar da licitação.

A flexibilidade do procedimento, com regras menos formalistas do que aquelas que pautam o processo judicial (desde que respeitadas garantias fundamentais do processo), a maior celeridade na resolução dos litígios, além do conhecimento técnico que orienta a escolha e a própria atuação dos árbitros, são vantagens comumente apontadas quando se adota a arbitragem e que, consequentemente, militam a favor da sua admissibilidade no campo das relações administrativas e de direito público.

A arbitragem revela-se um mecanismo de resolução de litígios de extrema importância em um mundo globalizado, conferindo maior segurança jurídica às partes, que

[120] Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Sócio do Escritório Juruena e Associados e Professor de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas.

[121] O presente artigo contou com a valiosa colaboração da Analista Processual da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Juliana Medina Matuque

consensualmente elegem essa solução como meio adequado de composição de seus interesses e conflitos.

A intervenção de especialistas e *experts* para julgarem os litígios, a celeridade na sua resolução e, como consequência, a possibilidade de desafogar o Poder Judiciário são virtudes que tornam a arbitragem um mecanismo que efetiva e realiza o Direito. O Estado não detém o monopólio da justiça, que pode ser concretizada por outros meios dotados de idêntica legitimidade.

Todas essas vantagens da arbitragem não devem ser negadas ao Estado, que cada vez mais recorre aos contratos administrativos para operacionalizar os interesses públicos que lhe cabe tutelar. *Governar por contratos* é um dos pilares que alicerçam a atividade administrativa no século XXI.

A legislação setorial brasileira já havia admitido a arbitragem nos contratos administrativos, como no caso das concessões comuns (art. 23-A da Lei 8.987/1995) e das concessões patrocinada e administrativa (art. 11, III, da Lei 11.079/2004).

Mas com a alteração da Lei 9.307/1996, decorrente da Lei 13.129/2015, as dúvidas que ainda poderiam existir foram dissipadas. A questão da arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública foi superada com a inclusão do § 1º ao art. 1º, que prescreveu de forma expressa e categórica que "*a Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis decorrentes de contratos por ela celebrados*".

Foi neste novo contexto que o Estado do Rio de Janeiro editou o Decreto Estadual n° 46.245, de 19.02.18[122], com o objetivo de regulamentar a adoção da arbitragem para dirimir os conflitos que envolvam o Estado do Rio de Janeiro e as suas entidades.

Passa-se a examinar os principais aspectos da referida norma estadual.

1. Arbitrabilidade Subjetiva

[122] O Decreto foi elaborado a partir de um Grupo de Trabalho, instituído no âmbito da Procuradoria Geral do Estado por intermédio da Resolução PGE nº 3.929, de 17 de agosto de 2016 e Resolução PGE nº 3.951, de 04 de outubro de 2016 presidido pelo Procurador do Estado Sérgio Nelson Mannheimer e composto pelos Procuradores do Estado Aline Paola Correa B. Camara de Almeida, Carlos da Costa e Silva Filho, Gustavo Fernandes de Andrade, Lauro da Gama e Souza Junior, Tatiana Simões dos Santos e do subscritor do presente artigo, que tiveram o auxílio no Secretariado da Analista Processual Juliana Medina Matuque.

Superada a controvérsia acerca da possibilidade dos entes públicos utilizarem a arbitragem para solucionar os seus conflitos, como referido no § 1°, do artigo 1°, da Lei n° 9.307/96, o Decreto Estadual n° 46.245/18 reconheceu, expressamente, que a possibilidade de admissão da arbitragem alcança não apenas o Estado do Rio de Janeiro, mas também as entidades da Administração Pública Indireta[123].

Para as sociedades de economia mista e as empresas públicas estaduais, em especial, esta alternativa de solução de litígios pode ser importante, mormente para os contratos de maior expressão econômica.

2. Arbitrabilidade Objetiva

O desafio contemporâneo é verificar os limites objetivos daquilo que pode ser arbitrável, considerando o núcleo do princípio da indisponibilidade do interesse público. É na denominada arbitrabilidade objetiva – a saber, o que pode ser arbitrável nas relações contratuais administrativas, ou não – que estará centrado o debate.

Em termos gerais, três são os critérios que delimitam as matérias suscetíveis à arbitragem no plano do Direito Comparado: (i) litígios ligados à ordem pública; (ii) a natureza patrimonial da pretensão; (iii) a disponibilidade do direito em causa.[124]

No Direito Brasileiro o art. 1º da Lei 9.307/1996 adotou o critério dos direitos patrimoniais disponíveis, promovendo, em certa medida, uma junção entre o segundo e o terceiro critérios mencionados anteriormente.

As relações jurídicas travadas pelas pessoas jurídicas de direito público são permeadas por diversos direitos patrimoniais disponíveis, os quais podem, portanto, ser submetidos à arbitragem. Para compreender o critério adotado, melhor examinar separadamente o que são *direitos patrimoniais* e o que são *direitos disponíveis*.

---

[123] O artigo 1º do Decreto n° 465.245/18 explicita o seu alcance: "Este decreto regulamenta a arbitragem nos conflitos envolvendo o Estado do Rio de Janeiro e as Entidades da Administração Pública Estadual Indireta, relativos a direitos patrimoniais disponíveis, nos termos da Lei nº 9.307/1996".

[124]. Na forma didaticamente exposta por António Sampaio Caramelo. Para o autor, apesar de o Direito Português ter acolhido o critério da disponibilidade do direito, a teor do disposto no art. 1º, n. 1, da Lei 31/1986 – Lei de Arbitragem Voluntária –, o critério da patrimonialidade da pretensão é o que permite mais fácil identificação das matérias suscetíveis de submissão à arbitragem" ("A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio", in *Temas de Direito da Arbitragem*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 81).

Direitos patrimoniais são aqueles economicamente avaliáveis, e se distinguem dos direitos não patrimoniais, que, ao revés, não comportam valoração econômica, como ocorre com os direitos da personalidade e os de família puros.[125]

Ora, os contratos administrativos tutelam essencialmente direitos patrimoniais. Preço, forma de pagamento e demais elementos que compõem a noção de equilíbrio econômico-financeiro do ajuste são direitos suscetíveis de valoração econômica.[126]

Tanto é verdade que a Lei 13.140/2015 – que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública – explicita, no seu art. 32, § 5º, que "compreendem-se na competência das Câmaras de que trata o *caput* a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela Administração com particulares" – o que reforça a premissa ora adotada.

Também são patrimoniais os direitos decorrentes do inadimplemento de uma das partes que integram a relação contratual e que sejam reparáveis a partir de indenizações economicamente mensuráveis.

Direitos disponíveis são, por sua vez, aqueles direitos que podem ser contratados e negociados pelas partes[127] e que encarnam suas respectivas vontades na composição dos seus interesses. Existem, ao contrário, relações jurídicas cuja constituição ou extinção não se encontra ao livre alvedrio das partes, tipificando direitos ou interesses indisponíveis.[128]

---

[125]. Cf. a lição de Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições do Direito Civil*, 20ª ed., vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 2012.

[126]. Diogo de Figueiredo Moreira Neto pondera que: "São disponíveis, nesta linha, todos os interesses e os direitos deles derivados que tenham expressão patrimonial, ou seja, que possam ser quantificados monetariamente, e estejam no comércio, e que se constituem, por esse motivo e normalmente, como o objeto da contratação que vise a dotar a Administração ou seus delegados dos meios instrumentais de que necessitem para satisfazer os interesses finalísticos que justificam o próprio Estado" ("Arbitragem nos contratos administrativos", in Flávio Amaral Garcia (coord.), *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro* XVIII/33-34 ("Direito Arbitral"), Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006).

[127] Esse é o entendimento de Caio Tácito: "Na medida em que é permitido à Administração Pública, em seus diversos órgãos e organizações, pactuar relações com terceiros, especialmente mediante a estipulação de cláusulas financeiras, a solução amigável é fórmula substitutiva do dever primário de cumprimento de obrigação assumida. Assim, como é lícita, nos termos do contrato, a execução espontânea da obrigação, a negociação – e, por via de consequência, a convenção de arbitragem – será meio adequado de tornar efetivo o cumprimento obrigacional quando compatível com a disponibilidade de bens. Em suma, nem todos os contratos administrativos envolvem, necessariamente, direitos indisponíveis da Administração" ("Arbitragem nos litígios administrativos", in *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, vol. 3, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 87).

[128]. Na lição abalizada de João de Castro Mendes, *Direito Processual Civil – Lições*, vol. I, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986-1987.

Por conseguinte, os interesses e direitos contratáveis e negociáveis pela Administração Pública são, a princípio, disponíveis e passíveis de composição por meio do procedimento arbitral. Seria incongruente e ilógico pressupor que os direitos são disponíveis para vincular as partes em uma relação contratual de índole administrativa pautada pela recíproca manifestação de vontade das partes acerca do seu conteúdo e indisponíveis para fins de adoção da solução arbitral.[129]

Não há por parte da Administração Pública qualquer renúncia de direito quando admite a arbitragem como meio de composição de litígio que decorra de um contrato administrativo. No exercício da sua autonomia da vontade, e observando os parâmetros legalmente fixados, simplesmente prefere o juízo arbitral à jurisdição estatal. A forma de composição do conflito é que assume feição distinta.

Em regra, se o direito é patrimonial (avaliável economicamente) e disponível (negociável a partir da vontade das partes), tem lugar a arbitragem como mecanismo legítimo de composição do conflito nos contratos administrativos.

Note-se que o princípio da indisponibilidade do interesse público não constitui óbice à adoção da arbitragem nos contratos administrativos. Seu conteúdo axiológico está intimamente ligado ao princípio republicano, na perspectiva de que o gestor cura um interesse que não é seu, mas de toda a coletividade, e, por isso, dele não pode livremente dispor.[130]

Mas o princípio da indisponibilidade do interesse público está longe de produzir como consequência a impossibilidade absoluta de a Administração Pública negociar ou

---

[129]. Como explica Alexandre Santos de Aragão: "Não faz sentido entender que os direitos são disponíveis para efeitos de poderem ser estabelecidos mediante a celebração de um acordo de vontades (contrato administrativo) e, de outro lado, entender que são indisponíveis para vedar que controvérsias acerca dos direitos alegadamente constituídos por esse contrato possam ser voluntariamente submetidas à solução por arbitragem" ("Arbitragem e regulação", *Revista de Arbitragem e Mediação* 27/70, São Paulo, Ed. RT, outubro/2010).

[130]. Celso Antônio Bandeira de Mello delimita o conteúdo do princípio: "A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever (...). Em suma, o necessário – parece-nos – é encarecer que na Administração os bens e os interesses *não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador*. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela" (*Curso de Direito Administrativo*, 33ª ed., 3ª tir., São Paulo, Malheiros Editores, 2018, pp. 76-77).

transigir acerca daqueles direitos por ela tutelados e que sejam tipificados como *patrimoniais disponíveis*.

Enfim, elastecer o conteúdo valorativo do princípio da indisponibilidade do interesse público a ponto de bloquear ações ou condutas administrativas que se pautem pelo vetor da consensualidade é caminhar na contramão da dogmática do direito administrativo do século XXI. Posturas imperativas e unilaterais das autoridades administrativas cedem cada vez mais espaço para decisões consensuais e negociais, que, por isso mesmo, são dotadas de maior legitimidade, por recolocarem o administrado no centro do sistema.[131]

O litígio deve ser, tanto quanto possível, evitado, pois em nada contribui para o atendimento do interesse público instrumentalizado no contrato administrativo. A arbitragem é mecanismo processualmente justo para assegurar solução célere e técnica para as partes. Resolver o conflito é atender ao interesse público, que, em última análise, se beneficia do seu término, e não da sua perpetuação.[132]

Delimitar o alcance do que é arbitrável – e, portanto, não compreendido no conceito de interesse público indisponível – demandará esforço interpretativo de toda a comunidade jurídica.

Neste contexto, é preciso reformular entendimento firmado em oportunidade anterior,[133] quando aduzi que a estrutura tarifária não poderia, em nenhuma hipótese, ser objeto de arbitragem.

A tendência legislativa tem sido no sentido de considerar como passíveis de ser arbitráveis as controvérsias relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Essa foi a diretriz fixada no inciso I do § 4º do art. 31 da Lei

---

[131]. Sobre o tema, v.: Sabino Cassese, "La arena pública: nuevos paradigmas para el Estado", in *La Crisis del Estado*, Bueno Aires, Abeledo-Perrot, 2003.

[132]. Assim remarcam Arnoldo Wald e André Serrão: "O acesso à segurança jurídica, à celeridade e à especialização técnica de um tribunal arbitral pode constituir um interesse público primário, cuja indisponibilidade, ao contrário de proibir a sua utilização, estaria a exigir que a Administração Pública viesse a valer-se da arbitragem" ("Aspectos constitucionais e administrativos da arbitragem nas concessões", *Revista de Arbitragem e Mediação* 16/11-32, Ano 5, São Paulo, Ed. RT, janeiro-março/2008).

[133]. Flávio Amaral Garcia, "Arbitragem na Administração Pública. Arbitragem nos contratos administrativos: aspectos gerais e a problemática das tarifas nos contratos de concessão de serviço público", *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro* XXVI/123-162, Rio de Janeiro, APERJ, 2016.

13.448, de 5.6.2017[134], que disciplina sobre a prorrogação e a relicitação dos contratos de parceria definidos na Lei 13.334/2016 (Lei do PPI).

Os pleitos de recomposição da economia original do contrato perante juízo arbitral implicarão o seguinte percurso: (i) se houve desequilíbrio; (ii) quem causou o desequilíbrio; (iii) o *quantum* do desequilíbrio.

O juízo arbitral promoverá a interpretação do contrato concessional e, assim fazendo, definirá os aspectos econômicos e financeiros que poderão resultar em eventual contrapartida financeira a ser arcada por uma das partes.

E, na medida em que a estrutura tarifária integra o cerne do equilíbrio econômico-financeiro do contrato concessional, natural que o juízo arbitral dela se ocupe – não para praticar atos próprios do poder concedente ou mesmo da agência reguladora, mas para conferir concretude ao desequilíbrio.

O Decreto Estadual n° 46.245/18 não pretendeu definir o que poderia ser ou não arbitrável, fixando apenas parâmetros mais genéricos, sem prejuízo de que os contratos administrativos possam explicitar de modo mais objetivo em cada caso o que se considera como direito patrimonial disponível e, portanto, sujeito à arbitragem.

3. A cláusula compromissória nos contratos administrativos

O Decreto Estadual n° 46.245/18 fixou que determinados contratos administrativos podem conter cláusula compromissória[135] independentemente do valor[136]. A premissa foi a de que o contrato de concessão de serviço público, as concessões patrocinadas e administrativas, bem como as concessões de obras, são ajustes que pela sua

[134] Assim dispõe o dispositivo: Art. 31. As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas à arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias. (...) §4º Consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para fins desta Lei: I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e III - o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.

[135] A Procuradoria Geral do Estado editou minuta padronizada de cláusula compromissória por intermédio da Resolução n° 4.212, de 21 de maio de 2018,

[136] Art. 3º - Os contratos de concessão de serviços públicos, as concessões patrocinadas e administrativas e os contratos de concessão de obra poderão conter cláusula compromissória, desde que observadas as normas deste Decreto.

própria natureza comportariam a arbitragem como mecanismo natural de solução de conflitos.

Todos esses são contratos de investimento, ou seja, quando o particular assume o ônus de antecipar recursos privados para viabilizar a construção ou melhoramento da infraestrutura. A arbitragem é, inegavelmente, um instrumento concretizador da segurança jurídica e bastante adequado para contratos de investimento.

A criação de uma ambiência jurídica capaz de viabilizar uma alternativa à solução de conflitos pela via judicial será, certamente, um incentivo para atrair mais operadores econômicos para contratarem com o Estado do Rio de Janeiro e as suas entidades.

Outros contratos que não sejam de investimento, mas de desembolso (ex: contratos de obras, prestação de serviços...) poderão igualmente conter cláusula compromissória, mas desde que o valor do contrato seja igual ou superior a R$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais)[137].

A arbitragem é um meio alternativo de solução de conflitos eficiente, mas reconhecidamente oneroso. Assim, não faz muito sentido prever cláusula compromissória para contratos cuja expressão econômica não seja relevante. O limite de R$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) não foi cogitado a partir de critérios subjetivos ou voluntaristas, mas observando o valor mínimo, à época em que o Decreto foi elaborado[138], para a celebração de uma parceria público-privada.

Apesar da delimitação bastante objetiva sobre o cabimento da arbitragem no campo dos contratos administrativos estaduais, o Decreto não obstruiu a possibilidade de as partes celebrarem compromisso arbitral[139] para submeter as divergências à arbitragem no momento da ocorrência do litígio, independentemente da previsão no edital ou no contrato. Conferiu, assim, espaço discricionário para que o gestor possa avaliar - caso alcance um consenso com a outra parte - se aquele conflito melhor será solucionado pela via arbitral.

4. A publicidade do procedimento arbitral

[137] Art. 3º - (...) § 1° - Poderá, ainda, conter cláusula compromissória qualquer outro contrato ou ajuste do qual o Estado do Rio de Janeiro ou suas entidades façam parte e cujo valor exceda a R$20.000.000,00 (vinte milhões de reais).

[138] Atualmente esse valor foi reduzido para R$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), a teor da nova redação do § 4°, do artigo 2° da Lei n° 11.079/04, alterada pela Lei n° 13.529/~~0~~17.

[139] Conforme prevê o § 2º, do artigo 3º do Decreto nº 46.245/18.

Quando a arbitragem envolva a Administração Pública deverá observar o princípio da publicidade, a teor do disposto no § 3°, do artigo 1°, da Lei n° 9.307/96. Não poderia ser diferente, já que se trata de princípio que informa toda a atuação pública, a teor do disposto no artigo 37 da Constituição Federal.

A Administração Pública tem um dever de transparência dos seus atos, procedimentos e contratos que decorre do próprio princípio republicano. Significa dizer, a *contrario sensu*, que os atos, procedimentos e contratos não podem ser sigilosos, salvo em hipóteses excepcionais previstas em lei para proteção do interesse público.

Não obstante a lei tenha previsto a publicidade como pressuposto da realização da arbitragem envolvendo a Administração Pública, fato é que não detalhou ou regulamentou como isso se operaria na prática. A lei não prescreve a quem cabe divulgar os atos do procedimento arbitral e nem mesmo quais os atos devem ser publicizados.

Com vistas a preencher essa lacuna, o Decreto Estadual n° 46.245/18 estabeleceu no seu artigo 13 que os atos do processo arbitral são públicos, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo, segredo de justiça e segredo industrial decorrente da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o Poder Público.

Definiu, ainda, os atos do processo arbitral que serão públicos, a saber, as petições, laudos periciais e as decisões dos árbitros de qualquer natureza, atribuindo à Procuradoria Geral do Estado a função de disponibilizar os atos mediante requerimento de eventual interessado.

De fato, as Secretarias das Câmaras Arbitrais poderiam ter a sua atuação comprometida caso fossem demandadas com pedidos de cópias de documentos, peças processuais e outras providências administrativas. Atribuir esse dever às instituições arbitrais poderia criar um ônus adicional e uma certa prevenção na aceitação de arbitragens envolvendo a Administração Pública.

O que caberá à instituição de arbitragem, quando consultada, informar a terceiros sobre a existência da arbitragem, a data do requerimento, o nome das partes, o nome dos árbitros e o valor envolvido, a teor do disposto no § 5°, do artigo 13 do Decreto Estadual n° 46.245/18. Nada obsta, inclusive, que o próprio Regulamento da instituição arbitral

divulgue essas informações independentemente de requerimento, podendo-se utilizar, preferencialmente, os meios eletrônicos.

Compreendeu-se que esse é um dever inerente ao ente público e que, sempre que instado, poderá fazê-lo a pedido do interessado. Como a Procuradoria Geral do Estado representará o Estado nas arbitragens, inclusive as entidades da Administração Pública Indireta, a normatização atribuiu essa competência para a Advocacia Pública Estadual.

Também se estabeleceu, no § 3° do artigo 13 do Decreto n° 46.245/18, que a audiência arbitral respeitará o princípio da privacidade, sendo reservada aos árbitros, secretários do tribunal arbitral, partes, respectivos procuradores, testemunhas, assistentes técnicos, peritos, funcionários da instituição da arbitragem e demais pessoas previamente autorizadas pelo Tribunal Arbitral.

O objetivo é evitar que, a pretexto de atender a publicidade, a audiência arbitral seja transfigurada e desvirtuada, o que poderia acontecer se houvesse uma abertura geral e irrestrita para toda e qualquer pessoa; daí se conformar essa audiência a partir do princípio da privacidade.

5. Sentença Arbitral

O artigo 31 da Lei n° 9.307/96 (lei que dispõe sobre arbitragem) determina que a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Não obstante a sentença arbitral ostente caráter privado, fato é que a legislação equiparou os seus efeitos ao da sentença judiciária. Significa dizer que a execução forçada, caso se afigure indispensável, deverá obedecer ao regramento dos precatórios previstos no artigo 100 da Constituição Federal e no próprio Código de Processo Civil.

O Decreto Estadual n° 46.245/18 acolheu essa orientação e determinou no seu artigo 15 que "*ressalvadas as exceções previstas em lei, em caso de sentença arbitral condenatória ou homologatória de acordo que imponha obrigação pecuniária contra o Estado ou qualquer entidade com personalidade de direito público, o pagamento será efetivado mediante a expedição de precatório ou de requisição de pagamento de pequeno valor, conforme o artigo 100 da Constituição da República."*

Assim, o que a norma estadual fez foi reconhecer a igualdade de tratamento que deve pautar os credores que executam judicialmente suas dívidas em face da Fazenda Pública, o que decorre da própria aplicação do princípio da isonomia e da inteligência do artigo 31 da Lei n° 9.307/96. Eventual perda de celeridade no processo arbitral não pode ser contornada pelo afastamento do artigo 31 da Lei n° 9.307/96.

6. As despesas com a arbitragem

O Decreto n° 46.245/18 prevê no artigo 9° que as despesas com a realização da arbitragem serão adiantadas pelo contratado quando for ele o requerente do procedimento arbitral, incluído os honorários dos árbitros, eventuais custos de perícias e demais despesas com o procedimento.

Note-se que a solução do Estado do Rio de Janeiro não é idêntica àquela cogitada pela Lei do Estado de Minas Gerais n° 19.477/11, que determinou no seu artigo 11 que as despesas serão adiantadas pelo contratado quando da instauração do procedimento arbitral, e nem com o Decreto n° 8.645/15, que disciplinou a arbitragem no setor portuário, e estabeleceu o adiantamento das despesas pelo contratado como regra. O risco dessa solução é que, no caso dos procedimentos arbitrais decorrentes de contratações públicas, a consequência econômica dessa imposição pode ser o aumento do preço ofertado pelos licitantes no momento da realização da licitação, precificando, *ex ante*, os custos e o riscos de assumirem integralmente as despesas da arbitragem.

No caso do Estado do Rio de Janeiro as despesas serão adiantadas pelo contratado apenas quando ele for o Requerente da arbitragem. Certamente, esse critério parece mais justo e harmônico com as premissas do procedimento arbitral, evitando que o contratado seja obrigado a arcar com as despesas mesmo na condição de Requerido.

Todo esse problema se coloca a partir das complexidades orçamentárias que a Administração Pública enfrentaria para concretizar as etapas da despesa pública, a saber, o empenho, a liquidação e o pagamento.

A incerteza quanto à ocorrência ou não da despesa decorrente de arbitragem - por natureza futura e incerta, inclusive acerca do *quantum* a ser despendido - e as próprias

restrições e contingenciamentos que se sucedem durante a execução orçamentária são problemas cotidianos da gestão financeira dos entes públicos.

Talvez uma solução intermediária fosse a constituição de fundo orçamentário criado especificamente para essa finalidade, com a vinculação de determinadas receitas ao custeio das despesas das arbitragens das quais o ente público venha participar.

7. A escolha dos árbitros e das Câmaras Arbitrais

Entrando a arbitragem, como se espera, no cotidiano da Administração Pública, uma outra consequência se avizinha: o despertar dos órgãos de controle para os processos de escolha dos árbitros e das Câmaras Arbitrais e a discussão sobre a incidência ou não da licitação como o processo mais adequado para orientar a sua seleção.

Antecipa-se, desde já, a conclusão a que se pretende chegar: o processo de licitação formal não é o veículo adequado para promover uma escolha eficiente da Câmara Arbitral e muito menos dos árbitros. Se caminharmos no sentido de compreender a licitação como um antecedente lógico e obrigatório destas escolhas, estaremos aniquilando, por via oblíqua, a própria arbitragem na Administração Pública e os inegáveis benefícios que dela poderão ser extraídos nas relações jurídicas administrativas.

A conclusão acima antecipada não revela qualquer desprezo ou mesmo antipatia pelo instituto da licitação e pela ideia de promover a escolha dos particulares que contratam com a Administração Pública a partir de critérios isonômicos e alicerçados no mérito da proposta mais vantajosa.

Muito ao contrário. A licitação, com todas as suas vicissitudes e problemas crônicos que decorrem da sua interpretação e aplicação por vezes disfuncional no Brasil, é instrumental ao princípio republicano e um indispensável mecanismo de zelo com a coisa pública nos Estados Democráticos de Direito.

Mas o que deve ser compreendido são alguns dogmas e crenças que, ainda que no inconsciente coletivo, costumam habitar as mentes e corações dos órgãos de controle. Dentre tantos outros, dois devem ser destacados: (i) a licitação é o único caminho para o atendimento do interesse público e as hipóteses de contratação direta devem ser examinadas com desconfiança, pois presume-se maior discricionariedade na ação do gestor e, via de

consequência, abertura para atos ilícitos e desvios éticos; (ii) processo seletivo e de escolha administrativa é sinônimo de licitação formal regida pela Lei 8.666/1993.

Ambas são generalizações equivocadas que acarretam inúmeros problemas na compreensão das questões que, diuturnamente, desafiam os operadores do Direito Público no país.

Sob o ângulo do atendimento do interesse público, a licitação é meio e não fim. Não pode ser interpretada ou indevidamente estendida como um dever universal e única salvação para inibir ilicitudes. Existem situações nas quais realizar licitação será um desserviço ao interesse público. Não se trata de retórica vazia, mas de previsão expressa na Constituição Federal e na Lei 8.666/1993, que delimitou as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação.

A ninguém é dado desconsiderar esta realidade fática e normativa. Mas o dado concreto é que o gestor costumeiramente se sente mais "seguro" quando contrata pela via da licitação, eis que minora os riscos de futuras responsabilizações junto aos órgãos de controle, o que, a depender da situação, assegura-lhe tranquilidade pessoal, mas desatende os princípios da eficiência e economicidade e a própria finalidade de bem curar a coisa pública.

Por vezes, efetivar a mais eficiente contratação pública reclama uma dose de apreciação subjetiva do administrador público no processo de escolha do particular que com ela vai se relacionar. É ínsito a própria natureza e ao perfil da contratação direta uma margem de discricionariedade maior a ser conferida ao administrador, que pondera valores que não podem ser objeto de uma comparação a partir de critérios estritamente objetivos.

Conferir maior discricionariedade ao administrador nas suas escolhas é, de outro lado, uma das consequências da consensualidade, novo modelo de ação estatal que privilegia relações mais dialógicas com o administrado. Modernamente, a busca do consenso é referenciada como o meio mais legítimo de se promover a eficiência e uma moderna Administração de Resultados.

Existem múltiplas manifestações de consenso no Direito Administrativo contemporâneo que vem provocando profundas transformações no exercício das atividades administrativas, antes excessivamente hierarquizadas, imperativas e despropositadamente assimétricas e que tinham como único e exclusivo centro de gravidade o próprio Estado.

São exemplos os acordos substitutivos, os procedimentos de manifestação de interesse, os termos de ajustamento de conduta, a delação premiada, os acordos de leniência, a mediação, a conciliação e a arbitragem. Em maior ou menor grau, todos estes mecanismos consensuais do agir administrativo pressupõem maior discricionariedade para o gestor público, o que implica, por exemplo, em negociar, ceder e transigir.

Mesmo os órgãos de controle vêm aquiescendo favoravelmente a estas distintas manifestações de consensualidade, placitando a necessária discricionariedade administrativa para que sejam alcançados resultados mais eficientes e legítimos na ação dos gestores. Mas quando se trata de discricionariedade que envolva o afastamento da licitação e a escolha por meio de contratação direta, não se descartam interpretações mais rígidas que pretendam impor o dever de licitar, ainda quando impossível estabelecer padrões comparativos e quando, pela natureza da atividade, a escolha deva desvelar um maior conteúdo de carga discricionária, o que não significa, por óbvio, que tais escolhas possam ser arbitrárias e muito menos despidas de uma motivação adequada à luz do substrato fático presente.

Fixadas as premissas de que a licitação não é o único veículo de atendimento ao interesse público e que um Estado mais consensual é, naturalmente, um Estado com maior carga de discrição administrativa, passa-se ao exame da escolha dos árbitros e das Câmaras Arbitrais.

Com efeito, a indicação de um árbitro é um passo decisivo para o êxito em qualquer processo arbitral, seja público ou privado. O sucesso da arbitragem depende da qualidade dos árbitros, que devem, dentre outros atributos, possuir experiência, conhecimento técnico na matéria arbitrada, idoneidade moral e elevados padrões éticos, não apresentando qualquer tipo de impedimento que possa macular a sua neutralidade e imparcialidade no julgamento da questão.

Para além do conhecimento técnico que o árbitro deve possuir na matéria arbitrável, dois aspectos positivos devem, ainda, ser destacados: (i) a possibilidade de as partes indicarem o árbitro, ou seja, a escolha do julgador a partir da sua qualificação profissional; (ii) a circunstância de que o árbitro, via de regra, não tem a quantidade de processos atribuídos a um juiz, o que permite conferir maior celeridade na solução do litígio.

Não obstante existam distintas formas e métodos de indicação dos árbitros, é possível asseverar que a forma mais tradicional e conhecida no processo de escolha dos árbitros é a indicação de um árbitro por cada parte e, em seguida, os dois eleitos e aceitos sem objeção escolhem o terceiro.

A opção pela arbitragem institucional é, sem dúvida, a mais recomendada para a Administração Pública. A arbitragem institucional é aquela instalada perante uma Câmara Arbitral, o que pressupõe aderir ao seu regulamento e contar com o apoio administrativo. A outra forma é a arbitragem *ad hoc*, na qual as partes escolhem os árbitros e definem as regras que nortearão o procedimento.

Quando uma das partes é a Administração Pública, o processo de escolha do árbitro deverá levar em consideração uma avaliação com inegável dose de discricionariedade e subjetividade, o que tornaria rigorosamente inviável a realização de uma licitação formal. Os resultados seriam simplesmente desastrosos, porquanto escolhas lastreadas na confiança não se amoldam a processos seletivos formais, que pressupõe padrões comparativos dotados de um mínimo de objetividade.

Bem vistas as coisas, nas licitações são os particulares que manifestam interesse em contratar com a Administração Pública. Seria razoável imaginar um edital de licitação para que os árbitros fossem escolhidos? Quais seriam os critérios de escolha? Haveria interesse dos árbitros em participar de processos desta natureza?

Parece cristalino que os processos licitatórios são rigorosamente incompatíveis com escolhas norteadas por critérios dotados de elevada subjetividade, não podendo o interesse público ficar refém de um processo no qual os árbitros supostamente acudiriam interesse em participar.

Enfim, a escolha é discricionária, mas devidamente motivada, a partir, preferencialmente, de parâmetros previamente fixados nos respectivos atos normativos dos entes públicos, com a indicação das razões de qualificação daquele profissional e da conexão das suas características com o perfil e natureza do litígio instaurado.

Sequencialmente, poder-se-ia dizer que se trata de inequívoca hipótese de inexigibilidade, seja pela absoluta inviabilidade de competição (art. 25, *caput,* da Lei 8.666/1993), ou por notória especialização, (art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993), dada a

singularidade do objeto e os próprios atributos personalíssimos do árbitro e o seu conhecimento especializado na matéria.

Mas há uma indagação que precede a definição de uma suposta inexigibilidade de licitação na escolha do árbitro. A escolha do árbitro constitui uma relação de índole contratual com o ente público, a sujeitar-se ao regramento da Lei 8.666/1993?

A resposta parece ser negativa. Conforme anotado por MARÇAL JUSTEN FILHO[140], a escolha do árbitro não ostenta natureza contratual, porquanto a sua natureza pressupõe o exercício de uma função jurisdicional. No estudo sobre o tema, o renomado administrativista sustenta, com razão, que esta escolha se configura um ato jurídico unilateral de cunho discricionário.

Ao contrário do que ocorre, por exemplo, na contratação de um assistente técnico, de um perito ou mesmo de um leiloeiro, que prestam serviços para a Administração Pública, o árbitro, a despeito de ser indicado pelo ente público, não tem qualquer compromisso em sustentar a tese da parte que o indicou. A sua função é jurisdicional, ainda que não estatal, não se estabelecendo qualquer relação de comutatividade que sinalize para um contrato administrativo a ser celebrado com a Administração Pública.

Em sendo uma função jurisdicional, o seu compromisso é solucionar o litígio da melhor forma possível, sem qualquer aproximação em atender ao interesse da parte que o indicou, o que torna o exercício do seu mister totalmente estranho aos lindes dos contratos de prestação de serviços disciplinados na Lei 8.666/1993.

Não sendo contrato administrativo, não há que se cogitar de sujeição à Lei 8.666/1993 ou mesmo de qualquer hipótese de contratação direta, já que este diploma legal regula as situações de contratação pública, o que, como visto, não é o caso da relação que se instaura com o árbitro.

Com evidente tendência de contratualização, o Decreto 8.465/2015 - que dispôs sobre os critérios de arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário - estabeleceu no seu artigo 7º, § 3º, que a escolha do árbitro ou de instituição arbitral será considerada contratação direta por inexigibilidade de licitação, devendo ser observadas as normas pertinentes.

[140] JUSTEN FILHO, Marçal. Administração Pública e Arbitragem: o vínculo com a Câmara de arbitragem e os Árbitros. São Paulo: Revista Brasileira da Advocacia, volume 1, nº 1, abr./jun. 2016.

O artigo 17 do Decreto Estadual n° 46.245/18 explicitou que, quando a escolha do árbitro incumbir ao Estado, caberá à Procuradoria Geral do Estado, justificadamente, fazer a respectiva indicação, considerando o seu conhecimento técnico e a sua afinidade com a matéria a ser dirimida.

Note-se que a norma estadual não pretendeu contratualizar essa relação de índole jurisdicional, ainda que não estatal, haja vista que o árbitro não prestará um serviço à Administração Pública Estadual. O que se exige é que essa escolha, naturalmente discricionária e unilateral, seja devidamente motivada e justificada.

Diverso é o enfoque a propósito da contratação da Câmara Arbitral. Nos casos em que a arbitragem institucional prevalecer, será necessário ter o apoio administrativo de uma Câmara Arbitral que possa dar suporte administrativo na condução do processo arbitral, além do próprio regulamento que orientará as regras do processo arbitral.

Aqui, ao contrário do que ocorre com a escolha dos árbitros, identifica-se uma prestação de serviços, porquanto a Câmara Arbitral se relaciona com as partes oferecendo um conjunto de serviços que envolvem desde o apoio administrativo até a disponibilização das regras e procedimentos. GUSTAVO FERNANDES DE ANDRADE[141] esclarece que as Câmaras Arbitrais não exercem qualquer função judicante, o que torna a sua situação jurídica completamente distinta do exercício jurisdicional não estatal cometido aos árbitros.

Em sendo a relação que se forma com a Administração Pública de índole contratual, é preciso avançar para saber se o contrato é administrativo (com a presença das cláusulas exorbitantes) ou se trata de um contrato da Administração (quando prevalece a horizontalidade entre as partes, com derrogações apenas formais para adequação do regime de direito público).

Não se vislumbra nenhuma razão para categorizar esta relação como sendo um contrato administrativo típico. Falece qualquer fundamento de interesse público que justifique a presença de cláusulas como a alteração unilateral do contrato ou mesmo aplicações unilaterais de sanções administrativas. A Administração Pública é uma contratante como outra qualquer, não havendo razão fática para desequilibrar esta relação. É o que ocorre com vários contratos celebrados por entes públicos em absoluta igualdade de condições com o particular, tal qual ocorre, por exemplo, com os contratos de locação,

[141]ANDRADE, Gustavo Fernandes de. Arbitragem e Administração Pública: Da Hostilidade à Gradual Aceitação. In: A Reforma da Arbitragem. MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato (Orgs.). Rio de Janeiro: Forense, 2016.

leasing e outros ajustes explicitados no artigo 62, § 3º da Lei 8.666/1993, cujo conteúdo é regido, predominantemente, por normas de Direito Privado.

Eventual entendimento que sinalize para o enquadramento deste contrato como sendo tipicamente administrativo, poderá acarretar o indesejável efeito de desestimular a arbitragem nas relações contratuais públicas, afastando o interesse das Câmaras Arbitrais em atuar junto aos entes públicos.

Avançando na compreensão do tema, não se identifica que a licitação seja o mecanismo apropriado para a contratação das Câmaras. Arbitragem pressupõe celeridade. A partida, paralisar o processo arbitral para promover o processo de licitação formal, parece contrariar a dinâmica da própria arbitragem.

Ademais, como escolher Câmaras a partir de critérios objetivos? Seria uma licitação por menor preço ou por melhor técnica ou técnica e preço? Licitar pressupõe uma ideia central de fixar critérios que permitam estabelecer parâmetros de competição que sejam objetivamente aferíveis.

Não se identifica que isto seja possível na escolha das Câmaras Arbitrais, sendo necessário reconhecer a existência de margens de discrição administrativa que deverão ser conferidas aos gestores no processo de escolha, o que pode resultar na sua contratação direta em razão da inexigibilidade de licitação. Essa é uma solução compatível com o ordenamento jurídico, desde que devidamente amparada e motivada.

A solução adotada pelo Decreto Estadual n° 46.245/18 foi a do cadastramento do órgão arbitral institucional junto ao Estado do Rio de Janeiro, devendo, para tanto, atender ao seguintes requisitos previstos no artigo 14: (i) disponibilidade de representação no Estado do Rio de Janeiro; (ii) estar regularmente constituído há, pelo menos, cinco anos; (iii) estar em regular funcionamento como instituição arbitral; (iv) ter reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais, com a comprovação na condução de, no mínimo, quinze arbitragens no ano calendário anterior ao cadastramento.

A ideia foi fixar requisitos mínimos garantidores de uma atuação eficiente, que examinasse a tradição e respeitabilidade da Câmara Arbitral, a sua especialização e a localização da sede, atraindo instituições gabaritadas e com experiência comprovada.

A disponibilização da representação no Estado não configura cláusula restritiva, devendo a arbitragem, naturalmente, transcorrer territorialmente no Estado do Rio de Janeiro. Considera-se representação a existência de local apropriado, que funcione como protocolo para recebimento de peças e documentos da arbitragem.

Não se exigiu além do necessário, mas apenas que a disponibilidade de representação compreenda o oferecimento, sem custo adicional para as partes, dos serviços operacionais necessários para o regular desenvolvimento da arbitragem, tais como local para realização das audiências e secretariado.

A instituição arbitral não precisa ser proprietária do imóvel, bastando disponibilizar um local adequado para a prática dos atos necessários à realização da arbitragem. Pode, por exemplo, cogitar da celebração de convênios com instituições arbitrais já sediadas no Rio de Janeiro ou mesmo locação de um espaço que possa atender o mínimo indispensável para o transcurso do procedimento arbitral.

Outro aspecto fundamental é o da definição do momento da escolha da Câmara Arbitral e como esta decisão se processa, a saber, unilateralmente ou consensualmente com o contratado participando da escolha. Existem diversas alternativas que podem ser cogitadas e que devem ser disciplinadas nos respectivos atos normativos dos entes públicos e nas próprias cláusulas compromissórias.

A escolha da Câmara Arbitral e a sua definição na cláusula compromissória pode ser definida no momento da celebração do contrato, o que revelaria uma índole mais pragmática e célere, evitando que uma vez ocorrido o litígio as partes iniciem a discussão sobre qual será a Câmara Arbitral eleita. Uma vez prevista no contrato, presume-se a concordância de ambas as partes.

Nada obsta que se confira ao contratado a escolha, dentre aquelas previamente cadastradas, da Câmara Arbitral, porquanto a Administração Pública já terá feito a sua avaliação prévia por ocasião do cadastramento.

O Decreto 46.245 acatou essa linha, ao prever no artigo 8° que caberá ao contratado escolher, no momento da celebração do instrumento contratual, o órgão arbitral institucional encarregado da arbitragem, dentre aqueles previamente cadastrados.

Apesar de não ter sido essa a opção do Decreto n° 46.245, nada obsta que outro ente, ao regulamentar a matéria, defina que a escolha da Câmara Arbitral se aperfeiçoará no

momento da ocorrência do litígio, podendo as partes, a partir da definição da controvérsia, dispor de mais elementos para a escolha da Câmara, fazendo uma avaliação que considere os dados concretos. O problema desta alternativa é que as partes podem estar em um grau mais agudo de divergência e animosidade que torne morosa e custosa a escolha da Câmara Arbitral.

8. Conclusões

Com o advento da Lei 13.129/2015, que alterou a Lei 9.307/2006, não cabe mais qualquer dúvida acerca do cabimento da utilização da arbitragem pela Administração Pública, que poderá, a teor do disposto no seu artigo 1°, § 1º, utilizar este importante mecanismo de solução de conflitos para dirimir as questões relativas aos direitos patrimoniais disponíveis.

Trata-se de um inegável avanço e uma conquista importante para viabilizar a atração de investimentos para o país, em especial no setor de infraestrutura. A arbitragem é um instrumento que concretiza a segurança jurídica, porquanto permite que o conflito seja solucionado com maior celeridade, com árbitros especializados na matéria e dotados da indispensável neutralidade e imparcialidade.

A tendência natural, superada qualquer dúvida a propósito da arbitrabilidade subjetiva, será o incremento e a previsão de cláusulas compromissórias nos contratos administrativos mais sofisticados e de maior expressão econômica, a exemplo do que já ocorre nas concessões comuns e nas parcerias público-privadas (concessão patrocinada e administrativa), considerando que as respectivas legislações setoriais já admitiam a sua utilização expressamente.

Enfim, caberá a cada ente público, nos seus respectivos atos normativos próprios e nas cláusulas compromissórias, definirem os requisitos, parâmetros, métodos e processos de escolha, conformando previamente a discricionariedade do gestor.

Espera-se que a arbitragem entre em definitivo na órbita dos negócios públicos no país e que as suas virtudes e vantagens beneficiem as relações administrativas, conferindo maior segurança jurídica aos investimentos, o que será vantajoso para o próprio interesse público.

Mas, para tanto, é indispensável que o processo de contratação dos árbitros e das Câmaras Arbitrais não seja impregnado pela crença de que a licitação é a salvação, estendendo o dever de licitar para situações que, evidentemente, não se afeiçoam aos seus pressupostos. Consensualidade pressupõe discricionariedade. Discricionariedade pressupõe razoabilidade, transparência e motivação. Não devemos temer estas ideias, mas conformá-las com equilíbrio e moderação.

Referências Bibliográficas

ANDRADE, Gustavo Fernandes de. **Arbitragem e Administração Pública: Da Hostilidade à Gradual Aceitação**. In: A Reforma da Arbitragem. MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato (Orgs.). Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Arbitragem e regulação. **Revista de Arbitragem e Mediação 27/70**, São Paulo, Ed. RT, outubro/2010.

CASSESE, Sabino. "La arena pública: nuevos paradigmas para el Estado", in **La Crisis del Estado**, Bueno Aires, Abeledo-Perrot, 2003.

CARAMELO, António Sampaio Caramelo. ***A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio"***, in *Temas de Direito da Arbitragem*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

GARCIA, Flávio Amaral. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro XXVI/123-162**, Rio de Janeiro, APERJ, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Administração Pública e Arbitragem***: o vínculo com a Câmara de arbitragem e os Árbitros*. São Paulo: Revista Brasileira da Advocacia, volume 1, nº 1, abr./jun. 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 33ª ed., 3ª tir., São Paulo, Malheiros Editores, 2018.

MENDES, João de Castro. **Direito Processual Civil – Lições**, vol. I, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986-1987.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. "Arbitragem nos contratos administrativos", in Flávio Amaral Garcia (coord.), **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do**

Novo Estado do Rio de Janeiro XVIII/33-34 ("Direito Arbitral"), Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006).

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**, 20ª ed., vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 2012.

TÁCITO, Caio. ***Arbitragem nos litígios administrativos***, in *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, vol. 3, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

WALD, Arnoldo, André Serrão. Aspectos constitucionais e administrativos da arbitragem nas concessões, **Revista de Arbitragem e Mediação** 16/11-32, Ano 5, São Paulo, Ed. RT, janeiro-março/2008.

A LEI Nº 13.655/2018 E A SEGURANÇA JURÍDICA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NO RIO DE JANEIRO

Floriano de Azevedo Marques Neto[142]
Kelly Ribeiro Felix de Souza[143]
Douglas da Silva Oliveira[144]

Introdução

A Lei nº 13.655/18 denominada Lei da Inovação no Setor Público ou de Lei da Segurança Jurídica incluiu dez novos artigos no Decreto-lei nº 4.657/42, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Conforme já observado em diversos trabalhos que buscam compreender as origens dos novos dispositivos legais, não se tratam propriamente de novidades. Representam a positivação de um longo acúmulo de reflexões da doutrina sobre as novas possibilidades da hermenêutica do direito em geral e do direito público em especial[145].

Os estudos que embasaram a elaboração do anteprojeto da lei partiram da premissa de que os instrumentos interpretativos contidos na LINDB original, concebida sob influência de uma noção oitocentista do Direito, não são mais suficientes para os complexos desafios impostos pela aplicação do Direito Contemporâneo.

[142] Professor Titular do Departamento de Direito do Estado da Universidade de São Paulo – SP. Professor do curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro – RJ.
[143] Advogada na Manesco, Ramires Perez, Azevedo Marques Sociedade de Advogados. Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense.
[144] Advogado na Manesco, Ramires Perez, Azevedo Marques Sociedade de Advogados. LL.M em Direito: Infraestrutura e Regulação pela Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro – RJ (em curso).
[145] Como exemplo, cite-se a comissão formada em 2007 para elaboração do anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal e Entes de Colaboração, em substituição ao Decreto-Lei nº 200/67, que dispõe sobre a organização da Administração Federal e estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa; além das discussões suscitadas na obra de Modesto (2009) e no prenúncio da Lei nº 13.655/2018 de Sundfeld (2013).

Conforme já foi apontado[146], duas ordens de complexidades foram levadas em consideração na elaboração do texto normativo. Primeiro, a de que o Direito que se aplica hoje é "muito mais amplo, múltiplo e diversificado", isto é, as normas vinculantes são mais diversas do que a lei estrita; "a produção normativa infralegal transcende em muito o poder regulamentar atribuído ao Presidente da República pelo art. 84, IV, da CF; a pluralidade de subsistemas jurídicos que preenchem de conteúdo molduras pré-definidas em lei, de normas editadas em processos de deslegalização (como ocorre com as agências reguladoras) ou as normas de concretização editadas por núcleos de competência normativa reservada (como ocorre na Receita Federal), formando aquilo que Maurice Hauriou denominou de "bloco de legalidade".

Segundo, tendo em vista que a "lei" (ou "bloco de legalidade") a ser interpretado é mais complexa e menos clara, maior é o ônus de criação do Direito para o intérprete. Porém, se antes era o Poder Judiciário quem detinha a exclusividade de interpretar o Direito de forma vinculante, hoje esta competência se expandiu para inúmeras esferas, como as agências reguladoras, os tribunais administrativos (como CADE, CARF, CVM, dentre outros), órgãos de controle, Ministérios Público, entre inúmeras outras instâncias que aplicam o Direito diariamente através de decisões com efeitos concretos.

É nesse contexto que nasce a Lei nº 13.655/2018, dispondo na LINDB normas sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. A LINDB, como uma meta-norma que é, ou seja, uma norma que orienta a aplicação das outras normas jurídicas, demonstra existirem possibilidades de fato, muito variadas, tanto na sua versatilidade quanto no número de matérias que ela abrange.

Desse modo, é natural que os autores destaquem os aspectos que lhe são mais caros e, sobretudo, a incidência no seu objeto de estudo ou área de atuação. Esta é, exatamente, a função da nova legislação: criar novos paradigmas para a aplicação das normas jurídicas nas muitas nuances que estas podem se apresentar na prática cotidiana do operador do direito, sobretudo daquele que opera o direito público. O objetivo deste texto é tão somente destacar a importância da norma para o setor de infraestrutura.

[146] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Art. 23 da LINDB – O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica**. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 93-112, nov. 2018.

O setor de infraestrutura é marcado por desembolsos financeiros significativos nos momentos iniciais dos projetos para construção da infraestrutura, balanceados pelo retorno desse investimento no longo prazo. Marcante do setor é o fato de que este investimento incorre em custos irrecuperáveis do ponto de vista econômico, uma vez que seu custo de oportunidade é próximo de zero. Diferente de uma indústria, manufatura ou prestador de serviços que poderia realocar seu capital físico para outras atividades, um concessionário de uma rodovia, por exemplo, não tem esta opção. Esta rigidez do investimento após a formação do capital físico é recompensada pela remuneração do investimento no longo prazo. Os agentes econômicos precificam a imobilidade de seu capital e o risco do negócio, chegando, assim, no retorno esperado para o projeto. Para isso, é essencial a segurança jurídica, em sentido bem capturado por Egon Bockmann Moreira:

> *"[...] o que de comum assiste a todos esses setores é a necessidade de projetos com desembolsos significativos num primeiro momento (sobretudo nas concessões), orientados pela segurança de seu retorno em longo prazo. Esta é essencial em empreendimentos de engenharia financeira duradoura que de partida envolvam aportes maciços de recursos. Investimentos dessa ordem só se sustentam num cenário de conhecida estabilidade político-jurídica: regras claras previamente estabelecidas e depois respeitadas, que permitam dar consistência a projeções elaboradas com número certo de variáveis endógenas."*[147]

Segurança jurídica no setor de infraestrutura se traduz em duas vertentes. Primeira, segurança jurídica dos marcos regulatórios. Mudanças bruscas nos marcos regulatórios e sem período de adaptação adequado ferem a previsibilidade dos agentes econômicos e da sociedade. Não se trata de defender a imutabilidade dos marcos regulatórios, mas sim de buscar caminhos para uma boa gestão das mudanças, vale dizer, a capacidade de conciliar três variáveis: i) necessidade de mudança; ii) interesses dos particulares; iii) tempo.

Segunda, a vertente da aplicação das normas. Como as normas serão aplicadas pelas instituições? Instituições importam, e muito, para o desenvolvimento saudável de

[147] MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público: inteligência da lei nº 8.987/1995 (Parte Geral)**. Malheiros: São Paulo, 2010, p.35.

qualquer sociedade. Para a segurança jurídica a existência de instituições fortes, que respeitem contratos e velem pela observância da estabilidade das relações é fator decisivo.

A Lei nº 13.655/18 embarca no desafio de aprimorar a qualidade decisória dos órgãos públicos, racionalizando os procedimentos decisórios, garantindo independência para que os tomadores de decisão decidam e criando uma cultura de incentivos à estabilidade e segurança jurídica.

Assim sendo o objetivo do presente trabalho é fazer uma análise dos vetores introduzidos pela Lei nº 13.655/2018 na LINDB contrastando-os, posteriormente, com exemplos práticos de criação e aplicação do direito público nas contratações públicas no Rio de Janeiro, a fim de que se possa, ao final, apresentar um panorama do setor de infraestrutura no Rio nos últimos anos e quais as contribuições que a nova legislação pode oferecer para o setor nos próximos anos.

1. Vetores de interpretação da Lei nº 13.655/2018

Como dito inicialmente, a Lei nº 13.655/2018 introduziu dez novos artigos na LINDB. Tais artigos detém uma racionalidade própria, com vistas a garantir maior eficiência e segurança jurídica ao direito público. Nesse sentido, o presente capítulo busca expor os vetores de interpretação da nova lei, a fim de que se tenha uma maior compreensão de sua amplitude e âmbito de aplicação.

a) Aqueles que aplicam o direito têm o ônus argumentativo

> *"Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.*
> *Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas."*

A primeira norma de interpretação diz respeito ao ônus argumentativo daquele que toma decisões no âmbito administrativo ou daquele que controla as decisões tomadas. Partindo do pressuposto de que a Administração Pública interpreta o direito, sendo, na

verdade, seu maior intérprete[148], aqueles que pretendam rever suas decisões devem, necessariamente, carregar o ônus argumentativo atrelado às escolhas.

Determinadas normas jurídicas permitem uma identificação clara e precisa do seu conteúdo e das soluções que elas oferecem para problemas práticos que se apresentem para aquele que deve aplicar o direito. Suponha-se, a título de exemplo, que um servidor público federal, que tenha interesse pessoal direto em determinada matéria, atue em um processo administrativo correlato. O art. 18, I, da Lei nº 9.784/99 dispõe claramente que o mesmo está impedido de fazê-lo. Se o fez, os atos praticados são nulos de pleno direito. A regra jurídica prevê uma vedação (atuação de servidor com interesse na matéria) que foi descumprida (o servidor atuou em matéria de seu interesse), gerando uma solução jurídica precisa (nulidade dos atos).

Outras normas jurídicas contém um grau de indeterminação que não permite precisar de antemão o seu conteúdo ou a solução prescrita. É o caso, por exemplo, do princípio da moralidade administrativa previsto no art. 37 da Constituição Federal. Trata-se da clássica distinção entre princípios e regras que há tempos é debatida na doutrina estrangeira e nacional. Conforme aponta Marçal Justen Filho, verifica-se uma tendência de proliferação de normas gerais e abstratas, aumentando, por consequência, a quantidade de soluções, que podem ser contraditórias e imprevisíveis[149].

Na prática da aplicação do direito, a tendência de utilização de conceitos jurídicos abstratos revelou-se fator de instabilidade e insegurança na prática jurídica nas últimas décadas. É célebre a provocação de Carlos Ari Sundfeld ao questionar se "Princípio é preguiça?"[150]. Carlos Ari chama a atenção para o fato de que o uso de princípios verificado na prática administrativa e judiciária se traduz em "puro voluntarismo" a despeito da sofisticação teórica no desenvolvimento da teoria dos princípios pela doutrina.

Na prática os princípios são utilizados como argumentos retóricos vazios em jogos de poder para fortalecimento institucional ou como forma de legitimação das aspirações de

[148] PALMA, Juliana Bonacorsi de. **A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas,** p. 7 ss. Disponível em http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/PALMA-Juliana-A-proposta-de-lei-da-seguran%C3%A7a-jur%C3%ADdica.pdf, acessado em 09/12/2018.

[149] JUSTEN FILHO, Marçal. **Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 13-41, nov. 2018, p. 16-17.

[150] SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2 ed. Malheiros: São Paulo, 2017, p. 205-229.

"espertos e preguiçosos"[151]. Contudo, a medida que a decisão baseada em normas indeterminadas aumenta o poder decisório das instituições e o leque de opções interpretativas possíveis, sobretudo para o judiciário e órgãos de controle, não lhes transfere o ônus correlato e inerente ao tipo de atuação que se propõe a exercer.

Como apontado por Juliana Bonacorsi de Palma, os artigos 20 e 21 funcionam como "testes de deferência" para os controladores. Estes, não podendo cumprir com os ônus argumentativos que lhe foram atribuídos, devem guardar deferência para com a interpretação administrativa e preservar a ação administrativa[152].

O art. 20 da LINDB tenta corrigir algumas assimetrias decisórias e garantir maior estabilidade para as decisões ao exigir uma análise de consequências dos efeitos das decisões[153]. A decisão das autoridades públicas, no Estado Democrático de Direito, não pode ser fruto de voluntarismo sem substrato fático, legal ou racional.

Não se trata de negar a permeabilidade do sistema jurídico às normas de caráter mais aberto, mas sim de aprimorar o processo decisório que se valha de tais mecanismos[154]. Decidir com base em princípios não pode se prestar a ser "um argumento de autoridade hermenêutica" sem que a autoridade que toma a decisão tenha o ônus de perquirir os efeitos desta decisão. A decisão seguirá um itinerário lógico:

> "[o art. 20 da LINDB] *Estabelece um devido processo legal decisório, mais interessado nos fatos, por intermédio do qual os decisores terão de explicitar se: (i) dispõem de capacidade institucional para tanto, ou se, excepcionalmente, estão exercendo uma função que lhe é atípica, mas por uma necessidade pragmática, porém controlável; (ii) a decisão que será proferida é a mais adequada, considerando as possíveis alternativas e o*

[151] **Ibidem**, p. 214-215.
[152] PALMA, Juliana Bonacorsi de. **op. cit.,** p. 9 ss.
[153] Importante a nota de Marçal Justen Filho de que a lei não impôs uma prevalência da concepção consequencialista na aplicação do direito, mas apenas exige que a autoridade estatal tome em conta as consequências, inclusive para avaliação da proporcionalidade da decisão a ser adotada. (**Ibidem**, p. 38)
[154] No mesmo sentido: "*Note-se que a Lei nº 13.655/18 não tem nem de longe a intenção de combater a multiplicidade normativa e a fragmentação hermenêutica. Assume tais realidades como fato e a partir disso procura enfrentar as consequências apresentando critérios e parâmetros para a boa interpretação do Direito.*". MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Art. 23 da LINDB – O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 93-112, nov. 2018, p. 97-98.

> *seu viés intrusivo; e (iii) se as consequenciais de suas decisões são predicadoras de medidas compensadoras, ou de um regime transição.*"[155]

Temos, em síntese, que o primeiro vetor predica que aquele que substitui o administrador possui o ônus de justificar sua competência e capacidade institucional, bem como, sequencialmente, justificar adequadamente o mérito e as consequências de sua decisão.

b) A interpretação do direito implica em produzir a norma no caso concreto

> *"Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.*
> *Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos."*
>
> *"Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.*
> *§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.*
> *§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.*
> *§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato."*

O segundo vetor de interpretação da Lei nº 13.655/18 busca reconhecer que a interpretação do direito cria a norma no caso concreto. Todo o processo de aplicação do

[155] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. **A nova LINDB e o consequencialismo jurídico como mínimo essencial**. Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opiniao-lindb-quadrantes-consequencialismo-juridico#_ftn, acessado em 26/12/2018.

direito ao caso concreto decorre de um processo de aplicação de regras abstratas[156]. A característica da lei é a abstração e generalidade. A lei, em regra, não possui destinatários específicos, salvo raras exceções. Todos os destinatários que atendam ou não os requisitos legais sofrerão uma consequência jurídica, positiva ou negativa, a depender do conteúdo que a lei veicula.

Entre a lei abstrata e a consequência jurídica que esta veicula, encontra-se o intérprete. Aplicar o direito importa, necessariamente, na canalização do efeito jurídico em concreto do comando abstrato. A questão reside, como aponta Marçal Justen Filho, na ausência de exposição clara e evidente do processo pelo qual a autoridade competente concretiza tais valores[157].

A explicitação dos efeitos práticos esperados com a medida é necessária para determinar a compatibilidade da escolha com o valor abstrato invocado, independente do seu grau de determinação (princípio ou regra). O processo de concretização, mais do que uma escolha, resulta de uma ponderação quanto ao resultado prático produzido pela decisão[158].

Revela-se essencial, portanto, levar em consideração as circunstâncias reais. A norma possui caráter prescritivo veiculando um dever ser. Ocorre que o dever ser não corresponde à realidade concreta existente no momento. Não apenas a realidade que a norma prescreve ainda não é concreta, mas também os pressupostos que ela adota para aquela realidade. Neste segundo ponto reside a importância crucial da previsão dos efeitos práticos. A aplicação da norma não pode ser feita com base em abstrações ou pressuposições de um mundo ideal ou idealizado pelo legislador. Não se trata de negar o caráter prescritivo da norma, mas sim de reconhecer o estágio atual de evolução institucional.

Em síntese, trata-se de considerar as circunstâncias reais em detrimento de abstrações. O consequencialismo exigido pela LINDB abdica de interpretações desconectadas da realidade. A decisão controladora, administrativa ou judicial não opera *creatio ex nihilo*. Portanto, para que se proceda a uma análise de consequências adequada, imperioso que se considere as circunstâncias concretas de aplicação da norma.

---

[156] JUSTEN FILHO, Marçal. **op. cit.**, p. 27.
[157] **Idem.**
[158] **Ibidem**, p. 29.

c) Necessidade de manter a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões

> *"Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.*
> *Parágrafo único. (VETADO)."*
>
> *"Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.*
> *Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público."*

Atribui-se ao ex-ministro Pedro Malan a afirmação de que no Brasil até o passado é incerto. A linha temporal dos fatos não raro é revisitada. Apesar da deferência abstrata, há um baixo compromisso prático com a segurança jurídica na nossa cultura. Se um ato ou contrato firmado no passado torna-se desinteressante, há um arsenal de subterfúgios para que se tente alterá-lo.

No campo do Direito Público, o interesse público[159] e outros valores abstratos se prestam a esse papel de longa data. Criou-se um sistema peculiar: "*a CRFB veda que a lei retroaja (artigo 5º, XXXVI), mas o ato administrativo e, pior, a interpretação da lei pelo Executivo, pelo Judiciário ou pelos meros órgãos auxiliares do Legislativo podem retroagir, desconsiderando o que já se perfez juridicamente*"[160].

[159] Ressalve-se que a doutrina há muito critica o uso indiscriminado do interesse público de forma genérica. Ver: Capitulo III – Do princípio da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade *in* BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3 ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2014; Capítulo II – O interesse público e a ponderação de interesses no Direito Administrativo. BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

[160] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. **A nova LINDB e o direito à previsibilidade das mudanças interpretativas**. Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-jun-01/opiniao-lindb-direito-previsibilidade-mudancas-interpretativas, acessado em 26/12/2018.

Segurança jurídica é essencial para o investimento em infraestrutura e foi uma preocupação central na elaboração da nova LINDB. A segurança jurídica comporta três dimensões: estabilidade, ponderabilidade e previsibilidade[161]. Se a lei não retroage, a mudança de interpretação da lei também não pode retroagir.

Além do ônus de fundamentação adequada das decisões, como exposto no primeiro vetor, a LINDB cria um ônus argumentativo adicional:

> "*Com os artigos incluídos na LINDB pela Lei 13.655/18, cria-se um racional decisório, por intermédio do qual tais entidades [administrativa, controladora ou judicial], ao reverem interpretações consolidadas, para além de terem de discriminar as razões da superação, terão de disciplinar os seus efeitos; trata-se de um ônus argumentativo para além do dever genérico de motivação das decisões*"[162].

Nesse sentido, o art. 23 estabelece um regime de transição para mudanças de interpretação sobre normas de conteúdo indeterminado. Sua esfera de aplicação é abrangente, envolvendo as esferas judicial, administrativa e controladora. A fórmula adotada pelo legislador não deixa dúvidas de que os artigos são de observância obrigatória por qualquer agente, órgão ou ente que integre o aparelho do Estado ou que se equipare ao aparato estatal no exercício do poder extroverso delegado[163].

Para que faça jus ao regime de transição, o art. 23 qualifica um tipo específico de decisão com três qualificantes. A primeira qualificante da decisão é ser inovadora. A decisão, de algum modo, deve ir em sentido diverso de decisões anteriores ou inaugurar uma interpretação ou delimitação inexistente. A segunda qualificante é a interpretação de norma de sentido indeterminado. São de conteúdo indeterminado aquelas normas que exigem o preenchimento de um conteúdo subjetivo do intérprete para a extração do

---

[161] "*A segurança jurídica tem uma dimensão de estabilidade, na medida em que dá perenidade aos atos jurídicos e aos efeitos deles decorrentes, mesmo quando houver câmbios nas normas ou no entendimento que se faz delas. Tem uma segunda dimensão, de ponderabilidade e razoabilidade, na medida em que a aplicação do Direito não pode nem ser irracional, nem desproporcional. Por fim, a segurança jurídica confere previsibilidade ao Direito, protraindo mudanças bruscas, surpresas, armadilhas. Exatamente nestes três sentidos que a Lei nº 13.655/18 veio reforçar a segurança jurídica*."
MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Op. cit.**, p. 99.

[162] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. **A nova LINDB e o direito à previsibilidade das mudanças interpretativas**. Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-jun-01/opiniao-lindb-direito-previsibilidade-mudancas-interpretativas, acessado em 26/12/2018.

[163] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Op. cit.**, p. 100.

conteúdo normativo de sua prescrição. Por fim, a terceira qualificante é que a decisão crie obrigação ou condicionamento. A decisão qualificada desta forma gera um poder-dever de previsão de um regime de transição que module temporalmente a eficácia da nova interpretação e distribua os ônus e consequências dela derivados dentro de critérios de proporcionalidade[164].

Com a mesma inspiração, o art. 24 traz a deferência para as interpretações válidas à época do ato, vedando a invalidação de situações plenamente constituídas com base em mudanças de interpretação. Como destaca Luciano Ferraz, esta norma guarda sintonia com outras previstas no ordenamento jurídico, mas cuja efetividade de sua aplicação sempre esteve longe de se concretizar[165].

Desta forma, a LINDB traz uma deferência para com o passado e uma mudança gradual para o futuro. A gestão das mudanças concilia o tempo e os interesses dos afetados de modo a achar um ponto ótimo. Dessa forma, pretende-se que a segurança jurídica deixe de ter uma deferência meramente retórica, mas tenha uma deferência prática no cotidiano dos aplicadores do Direito Público.

d) Consensualidade

> *"Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.*
> *§1º O compromisso referido no caput deste artigo:*
> *I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;*
> *II - (VETADO);*

[164] **Ibidem**, p. 93-112, nov. 2018, p. 104-107.
[165] O autor cita como exemplos o art. 146 do CTN, art. 2º, parágrafo único, XIII da Lei nº 9.784/99, art. 14 do CPC. FERRAZ, Luciano. **Nova Lindb reafirma o brocardo "tempus regit actum"**. Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-out-18/interesse-publico-lindb-reafirma-brocardo-tempus-regit-actum#_ftn5, acessado em 26/12/2018.

> *III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;*
> *IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.*
> *§ 2º (VETADO).”*
>
> *“Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.*
> *§1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor.*
> *§2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos.”*

O quarto vetor de interpretação é a consagração da consensualidade. A consolidação da consensualidade no direito brasileiro ocorreu de forma fragmentária por meio de atos normativos que consagraram consultas e audiências públicas prévias à edição de normativos, bem como uma plêiade de dispositivos que disciplinaram espécies díspares de acordos substitutivos. Na falta de uma regulamentação legal abrangente, a Lei nº 13.655/18 institui um regime geral para a consensualidade.

Primeiro, uma autorização genérica para a celebração de acordos, inclusive no exercício do poder extroverso estatal, por meio do art. 26 da LINDB, ao dispor que “*para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial*”.

O dispositivo figura como um permissivo genérico para a celebração de acordos, alinhado com outros sistemas jurídicos que também dispõem de leis autorizativas[166]. Ainda, no âmbito de polícia administrativa, o dispositivo serve como um permissivo genérico à celebração de acordos prévios à própria instauração do processo administrativo sancionador.

Não se trata de prescrição inédita. No âmbito do sistema brasileiro da concorrência, de modo similar, tem lugar o compromisso de cessação de conduta violadora da ordem econômica (art. 85 da Lei nº 12.529/2011) e, na seara ambiental, o compromisso de cessação de infrações ambientais (artigo 79-A da Lei nº 9.605/1998)[167].

Com a consagração do consenso, o dogma que caracteriza o poder de polícia pela necessária coercitividade restou superado. De acordo com o art. 26, o administrado é chamado a participar da formação da decisão de polícia[168]. Não importa dizer que não exista coercibilidade na função de polícia, mas apenas de que a regra geral é a atuação consensual.

No entanto, vale dizer que a autorização genérica para celebração de acordos não abdicou de métodos e critérios objetivos. O art. 26 estabeleceu um processo para celebração do compromisso, estruturado em três fases: (i) iniciativa; (ii) instrução; e (iii) celebração do compromisso[169].

A iniciativa pode ser do particular ou da autoridade administrativa. A fase de instrução, por sua vez, envolve a negociação, a realização de consulta pública, quando for o caso, e a oitiva do órgão jurídico. Por fim, celebra-se o compromisso que, obrigatoriamente, deverá ser publicado no diário oficial como condição de validade.

Quanto ao conteúdo do acordo, o art. 26, §1º, buscou-se delinear o mínimo legal para a celebração do acordo, definindo seus requisitos de validade, vedações e cláusulas

---

[166] GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. **Art. 26 da LINDB – Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 135-169, nov. 2018, p. 146. Os autores bem ressaltam que o art. 5º, §6º, da Lei da Ação Civil Pública já figurava como uma autorização no sistema jurídico, porém faltava uma aceitação ampla ou um precedente que respaldasse esta autorização genérica **(Ibidem**, p. 146-148).

[167] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. **O artigo 26 da LINDB e o consenso na função de polícia administrativa**. Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-jul-16/opiniao-lindb-consenso-funcao-policia-administrativa#_ftn2, acessado em 26/12/2018.

[168] **Idem**.

[169] GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. **Op. cit.**, p. 154.

obrigatórias[170]. O compromisso deverá buscar uma solução juridicamente válida para equacionar a irregularidade, incerteza ou situação contenciosa que o acordo pretende enfrentar.

Tal solução deve ser proporcional e equânime, como prediz o art. 26, §1º, I, de modo que se tenha um meio termo entre posições extremistas que desestimulem a formulação de acordos ou posições que importem em leniência do Poder Público. Ao revés, deverá se considerar o contexto, comportamento do compromissário, estágio do processo, impasses burocráticos, etc[171].

O dispositivo dispõe, ainda, que o compromisso deve ser eficiente e compatível com os interesses gerais, de modo que todas as obrigações devem ser endereçadas ao caso concreto.

Quanto às vedações, o art. 26, §1º, III, veda a renúncia de competência por parte do Poder Público. De parte do compromissário, o compromisso não poderá impactar a plena efetivação de seus direitos[172].

Por fim, o art. 26, §1º, IV, prevê as cláusulas obrigatórias. As obrigações devem ser definidas sem ensejar margem de interpretação sobre o que as partes firmaram no compromisso. Devem ser definidos, ainda, prazo e sanções de descumprimento como medidas de incentivo ao cumprimento do acordo[173].

O art. 26 consagra a consensualidade, mas sem permitir a abdicação completa do dever estatal e com balizamento legal mínimo que os acordos deverão observar.

e) A proteção jurídica ao administrador honesto

> *"Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro."*

[170] **Ibidem**, p. 160 e ss.
[171] GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. **Art. 26 da LINDB – Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 135-169, nov. 2018, p. 162.
[172] **Ibidem**, p. 163.
[173] **Ibidem**, p. 135-169, nov. 2018, p. 164-165. Os autores aduzem que a definição do prazo tem ao menos três grandes utilidades: i) servir de parâmetro para o desenho das cláusulas obrigacionais; ii) servir de marco para a avaliação do compromisso; iii) servir de marco de liberação do compromissário.

O quinto vetor é a consolidação de um regime jurídico para o administrador honesto. Fala-se em consolidação ao invés de criação, pois os expedientes normativos existentes não fornecem respaldo para certas práticas que configuram externalidades negativas do sistema controle, como as tentativas de responsabilização objetiva de servidores. Se os vetores acima delineados garantem ao servidor público maior proteção contra o voluntarismo oriundo de normas jurídicas abstratas no âmbito controle[174], o art. 28 da LINDB consolida um regime de incentivos positivos ao administrador público honesto e, principalmente, que pretenda inovar na gestão pública.

O primeiro passo para consolidar o regime jurídico do administrador honesto é mudar o enfoque legislativo. O processo de construção do sistema jurídico de controle foi reativo. Como reação aos escândalos de corrupção, criaram-se diversos diplomas de defesa da moralidade administrativa[175]. Com esta inspiração, o sistema normativo desenvolveu-se considerando o ilícito, o erro, a má fé. O administrador probo e honesto foi relegado a um vácuo normativo que, aliado ao conteúdo abstrato e vago das normas de controle, criou incentivos para a não ação, o chamado "apagão das canetas"[176].

O gestor público honesto não é protegido pela legislação. O risco ao qual estão sujeitos é alto: i) grande variedade de consequências jurídicas a qual podem ser submetidos; ii) ausência de parâmetros de dosimetria; iii) risco de responsabilização por divergência interpretativa dos controladores; etc.

---

[174] O exemplo mais eloquente de vagueza normativa é o art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92): "*Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:* ".

[175] "*Ele é composto da parte penal da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (artigos 90 et seq. da Lei 8.666/1993); da Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência); da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa); dos artigos 312 et seq. do Código Penal, que disciplinam os crimes praticados contra a administração pública, da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa); e, mais recentemente, da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). Tais diplomas, na sua maioria, resultaram de manifestações legislativas expeditas, provocadas pela pressão popular (uma espécie de "vonluntarismo normativo", por assim dizer). Essa marcha legislativa açodada costuma produzir falhas regulatórias (regulatory failures), por erros de diagnóstico e análises superficiais*."
MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. **O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto**. Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opiniao-lindb-regime-juridico-administrador-honesto, acessado em 26/12/2018.

[176] **Idem**. A inércia torna-se prática defensiva. Dorme tranquilo quem indefere, como diria Marcos Juruena (*apud* BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. **Art. 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018, p. 205-206). Os incentivos para o administrador honesto apontam para a adoção de uma postura burocrática, preso a ritos e cautelas que tendem a gerar a paralisia decisória (**Idem**).

A Lei nº 13.655/18, assim, cria o regime jurídico do administrador honesto e inovador, que não deve ter receio de exercer suas funções e introduzir inovações no corpo administrativo. O administrador honesto passa a ser o foco da discussão do controle.

> "*O PL da Segurança Jurídica [atual Lei nº 13.655/18] não está preocupado com o gestor de má-fé. Para este, foi construída toda uma legislação de controle. Está preocupado, isso sim, com o gestor de boa-fé, cujo comportamento honesto não é tutelado pelo Direito e termina por receber o mesmo tratamento jurídico do sujeito de má-fé. Por um lado, há o componente de Justiça ao cidadão honesto que atua no Poder Público e busca exercer as suas competências dentro da legalidade e do modo mais eficiente possível. Porém, os fins da tutela do agente público honesto vão muito além da pessoa do gestor.*
>
> [...]
>
> *Basicamente, a tutela do gestor público honesto está sedimentada em duas frentes: (i) depositar confiança na pessoa do gestor – por essa razão ele não será pessoalmente responsabilizado, mas sua ação poderá ser corrigida (recompensa) e (ii) conferir segurança para que ele efetivamente decida do melhor modo possível na sua avaliação técnica, podendo inovar na gestão pública e mesmo contrariar os entendimentos controladores, desde que fundamentadamente*."[177]

O enfoque se descola para o administrador probo, honesto, responsável e criativo. Não o "administrador médio", figura desconstruída de forma primorosa por Juliana De Palma[178]. Abandonando o administrador ideal no mundo ideal, o enfoque no administrador real no mundo real permite verificar os obstáculos do cotidiano, como a falta de recursos, as exigências de políticas públicas que seu cargo exige, conforme delimitado pelo art. 22 da LINDB.

Tal dispositivo reafirma a aplicação do princípio da proporcionalidade ao administrador público, ao passo que a interpretação deverá considerar "*os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem*

[177] PALMA, Juliana Bonacorsi de. **op. cit.,** p. 12 ss.
[178] PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Quem é o administrador médio do TCU?** Disponível em https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018, acessado em 26/12/2018.

prejuízo dos direitos dos administrados". Ainda, as decisões sobre sua conduta deverão considerar "*as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado*" a sua ação (art. 22, §1º).

Os parágrafos segundo e terceiro[179], incluídos no projeto original por emenda da Senadora Simone Tebet, buscaram introduzir critérios de dosimetria no direito público. Eduardo Jordão revela os dois aspectos do dispositivo. O primeiro é o aspecto substancial, que aplica a lógica da contextualização às sanções administrativas. Exige-se que, na aplicação de sanções, sejam considerados: i) os danos causados para a administração; ii) os agravantes; iii) as atenuantes; iv) os antecedentes do agente; v) outras sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo que lhe tenham sido aplicadas. O segundo aspecto é o procedimental que impõe, em sintonia com os demais dispositivos (ex. arts. 20 e 21), uma motivação reforçada[180].

Por sua vez, o art. 28 adequa o sistema de responsabilização do administrador público honesto, criando incentivos para melhor fundamentação da atuação administrativa, por meio de uma adequada processualização, reduzindo os riscos de que suas decisões sejam inquinadas pela pecha dos "atos dolosos" ou dos atos praticados lastreados em um "erro grosseiro"[181]. Ainda, inverte e amplia o ônus de fundamentação para o controlador, que passará a ter de demostrar, por intermédio de provas concretas, que o ato praticado pelo agente público restou maculado pela intenção de malferir a probidade administrativa[182].

A delimitação do erro grosseiro é fundamental para o incentivo ao processo de inovação. A inovação deve tolerar o erro, algo que é corrente no setor privado e deve ser

---

[179] § 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.
§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

[180] JORDÃO, Eduardo. **Art. 22 da LINDB – Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 63-92, nov. 2018, p. 84-86.

[181] "*A conduta dolosa é aquela na qual o agente tem o desiderato de violar a probidade administrativa, seja por ações (recebendo propinas, por exemplo), seja por omissões (por exemplo, prevaricando em suas funções). O "erro grosseiro", por sua vez, terá lugar quando o agente público incorrer em negligência, imprudência ou imperícia irrecusáveis no exercício de seu mister (por exemplo, quando expedir um ato administrativo de cassação de uma licença, com base numa legislação revogada). Não se trata de violar a probidade, por divergência de interpretações com o seu controlador, mas de atuar com menoscabo e com desídia para com a função pública*."
MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. **O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto**. Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opiniao-lindb-regime-juridico-administrador-honesto, acessado em 26/12/2018.

[182] **Idem**.

incorporado no setor público, como assinalam Gustavo Binenbojm e André Cyrino[183]. Isto não importa em complacência com a desídia, uma vez que o erro grosseiro continuará a ser objeto de responsabilização. Outros erros podem ter consequências internas de natureza não sancionatória, como, por exemplo, a perda de um cargo em comissão. O que importa é "*ponderar o equívoco com as motivações e os cuidados que foram tomados*", de modo a relegar a responsabilização pessoal apenas para os casos graves[184].

O regime jurídico do administrador honesto, em síntese, ameniza o excesso de responsabilização ao quão estão sujeitos ao mesmo tempo em que confere segurança para inovação no âmbito da Administração Pública.

f) Transparência

> *"Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão.*
> *§ 1º A convocação conterá a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver.*
> *§ 2º (VETADO)."*

O sexto vetor de interpretação é a transparência. Este vetor se expressa de duas formas na Lei nº 13.655/18. A primeira forma de expressão da transparência é a motivação detalhada que a lei exige para as decisões, conforme previsto nos arts. 20, 21, 22, 23 e 24, conforme já delineado.

A segunda forma que o reforço da transparência se apresenta é na figura da consulta pública. Dessa forma, o art. 26 estabelece que, quando for o caso, os

---

[183] "*É necessário admitir que haja tentativas fracassadas. É preciso assegurar que equívocos de prognoses não impliquem imediata responsabilização, salvo se o erro efetivamente for grosseiro. Do contrário, o incentivo ao gestor é de cumprir com os ritos sem se preocupar com resultados. Num contexto, como o brasileiro, em que se clama por gestão mais eficiente, impossível desconsiderar um tratamento diferente ao erro e aos meios de controle.*"
BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. **Op. cit.**, p. 213-214.
[184] **Ibidem**, p. 214-215.

compromissos celebrados devem passar por consulta pública. Um exemplo seria um compromisso que, embora firmado com apenas um interessado, reflita a situação de outros.

A consulta pública permitiria, por exemplo, que a Administração tivesse um maior balizamento das obrigações do acordo a partir das contribuições dos demais interessados. Ainda, permitiria que um número maior de acordos fosse firmado, reduzindo as irregularidades e incertezas jurídicas que a lei pretende eliminar.

A consulta pública também tem importância destacada no exercício da função normativa, como previsto no art. 29 da LINDB. Com exceção dos atos internos de mera organização, a consulta pública, nestes casos, não constitui mera liberalidade do gestor. Ao revés, "*cuida-se de prescrição que institui o dever-poder de que os processos normativos sejam permeáveis pelos administrados que serão colhidos por seus efeitos*". Ademais, a consulta confere uma racionalidade à função normativa da administração, "*de modo que ela não seja referenciada, apenas, por balizas ex ante (fundamento legal), mas por um olhar prospectivo (foward-looking), mediante o qual serão aferidos os impactos, equilibrados interesses e comparadas alternativas*"[185].

g) Criação de uma cultura dos precedentes

> *"Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.*
> *Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão."*

Por fim, o último vetor de interpretação da LINDB é o incentivo à criação de uma cultura de precedentes.

---

[185] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. **A função normativa da administração pública e a Lei 13.655/2018**. Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-jun-14/opiniao-funcao-normativa-administracao-publica-lindb, acessado em 26/12/2018. No mesmo sentido, Vera Monteiro aduz que a ausência de oitiva e consulta dos interessados implica na edição de um ato de motivação vazia e, portanto, sem validade. MONTEIRO, Vera. **Art. 29 da LINDB – Regime jurídico da consulta pública**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 225-242, nov. 2018, p. 232-238.

Conforme destacam Egon Bockmann Moreira e Paula Pessoa Pereira, a prática de seguir precedentes torna-se princípio central do processo de tomada de decisões, com o objetivo de tutela dos valores da racionalidade, imparcialidade, igualdade formal, segurança jurídica e liberdade[186].

Ao menos em quatro hipóteses se vislumbra a incidência do dispositivo. A primeira no precedente formado no âmbito de um processo administrativo, adversarial, de consentimento ou não adversarial. A segunda, na edição de súmulas que uniformizem interpretações. A terceira, o precedente extraído de um parecer jurídico de caráter vinculante. A quarta, na edição de regulamentos administrativos de uniformização de procedimentos[187]. Nestes casos, e em outros que possam se apresentar na prática, os precedentes terão caráter vinculante dentro do órgão até sua superação, conforme prevê o parágrafo único.

Em síntese, trata-se de reconhecer que o agir administrativo vincula, inclusive, a discricionariedade do intérprete. As esferas com poder decisório, judicial, controladora e administrativa, devem tomar a sério suas decisões, evitando "*o casuísmo e o randomismo decisório e, assim, poderem sinalizar ao cidadão quais as condutas e parâmetros decisórios a seguir*"[188].

2. Infraestrutura e insegurança jurídica nas contratações públicas no Rio de Janeiro

Como dito inicialmente, a Lei nº 13.655/2018 é considerada a positivação de um longo acúmulo de reflexões da doutrina sobre as novas possibilidades da hermenêutica do direito em geral e do direito público em especial. Pode-se dizer, além disso, que tais reflexões também partiram dos problemas reais enfrentados nas relações público-privadas, muitas vezes construídas desde procedimentos administrativos que desconsideram princípios constitucionais básicos, como o dever de eficiência e proporcionalidade, até violações a direitos previstos na legislação vigente sem justificativa plausível.

[186] MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, PAULA PESSOA. **Art. 30 da LINDB – O dever público de incrementar a segurança jurídica**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 243-274, nov. 2018, p. 261 e ss.
[187] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. **A nova LINDB e a incorporação da teoria dos precedentes administrativos ao país**. Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-jun-04/opiniao-lindb-teoria-precedentes-administrativos, acessado em 26/12/2018.
[188] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. **A nova LINDB e a incorporação da teoria dos precedentes administrativos ao país**. Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-jun-04/opiniao-lindb-teoria-precedentes-administrativos, acessado em 26/12/2018.

Importante, portanto, dar maior concretude aos problemas que poderão ser enfrentados tendo como substrato a Lei nº 13.655/2018. Para tanto, o recorte escolhido foi o Rio de Janeiro, primeiro pela afinidade com a atuação da CIDE, segundo pelo acúmulo de medidas administrativas adotadas nos últimos anos que afetaram a segurança jurídica e a expectativa legítima dos administrados. Nesse sentido, foram selecionadas medidas do Poder Público que impactaram o regime de pagamento contratado com seus fornecedores e o caso do zoológico, que acabou por fragilizar o próprio bem jurídico que a medida judicial buscou tutelar, conforme será desenvolvido adiante.

Ressalte-se que se tratam de casos anteriores à promulgação da Lei nº 13.655/2018, de modo que não há uma ilegalidade direta entre tais casos e os dispositivos incluídos. No entanto, tratam-se de situações que ilustram bem o que a nova lei buscou combater, justificando, portanto, sua análise sob o novo prisma. São casos que servem como exemplo para a Administração Pública em como compatibilizar sua futura atuação com o novo diploma legal.

a) Mudanças no regime de pagamento dos fornecedores

Um dos reflexos da segurança jurídica no âmbito das contratações públicas é o respeito da Administração Pública à forma de pagamento pactuada com o privado. As regras contratuais norteiam o planejamento das empresas, tanto na fase pré-contratual, balizando o cálculo do risco e precificação da proposta, como na fase pós-contratual ao garantir previsibilidade no seu fluxo de caixa.

Nesse sentido, conforme delineado nos tópicos anteriores, um dos vetores de interpretação da Lei nº 13.655/18 foi a necessidade de garantir segurança jurídica e previsibilidade nas relações entre Estado e particular.

A primeira concretização dessa garantia é o respeito ao passado. Quando o art. 23 impede que a indeterminação do conteúdo de uma norma imponha novos deveres ou condicionamentos pela via hermenêutica, há respeito ao passado. No mesmo sentido, quando o art. 24 garante a proteção de situações plenamente constituídas em face de novas orientações gerais sobre determinado tema, como, por exemplo, o regime de pagamento, há também deferência com as regras previamente estabelecidas.

Um dos propósitos da Lei nº 13.655/2018 foi garantir maior racionalidade ao processo de concretização, mais especificamente em relação ao resultado prático produzido pela decisão ou ato administrativo.

A segunda concretização verifica-se pelo estabelecimento de um processo decisório mais racional, atribuindo aos agentes públicos um ônus argumentativo de consequências inerente à natureza de suas decisões. É o que se verifica no art. 21 ao prever que toda decisão administrativa que invalidar ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa *"deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas"*.

Ocorre que o regime de pagamento dos contratos administrativos celebrados pelo Município do Rio de Janeiro e pelo Estado do Rio de Janeiro, não observaram estas diretrizes, afetando a segurança jurídica e a previsibilidade de seus fornecedores. Três casos exemplificam bem esse quadro.

Em **primeiro** lugar, pode-se citar o Decreto Municipal nº 41.206, de 18 de janeiro de 2016, que estabeleceu normas de execução orçamentária e programação financeira que deveriam ser observadas pelos órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta da Prefeitura do Município do Rio de Janeiro no exercício de 2016. Dentre as disposições deste Decreto, interessa aquelas constantes de seu artigo 24, caput e parágrafo único, que veda o reajustamento dos contratos e dos convênios administrativos nos seguintes termos:

> *"Art. 24. Fica proibido qualquer tipo de reajuste de contratos e convênios, referentes a despesas de prestação de serviços e fornecimento de material de consumo, com exceção das parcelas de custos relativos a despesas com mão-de-obra que compõem esses instrumentos legais e que serão submetidos à análise da CODESP, devendo prever no máximo a variação do IPCA-E do período.*
>
> *Parágrafo único. O previsto no "caput" não pode ser compensado com a redução do escopo do contrato e/ou convênio; redução na quantidade ou qualidade do material fornecido ou do prazo para prestação dos serviços."*

Não bastasse esta proibição, o Decreto foi além para também proibir que fossem tomadas medidas no sentido de equacionar o desequilíbrio econômico-financeiro. A normativa foi replicada pelo Decreto nº 42.737/2017.

Tal decreto foi alvo de denúncia junto ao Tribunal de Contas do Município[189], o qual declarou[190] a contrariedade de tais normativos ao ordenamento jurídico brasileiro. O acórdão consignou que as circunstâncias da economia brasileira não podem servir de salvo-conduto para que o gestor atue contrariamente à lei e aos contratos, causando desequilíbrios fiscais à Administração, bem como que a proibição ao pagamento de reajustes legais afronta princípios basilares do ordenamento jurídico como a moralidade, a legalidade e a boa-fé objetiva, os quais devem nortear a celebração e a execução dos contratos e convênios administrativos.

O Tribunal de Contas demonstrou preocupação não só com a ilegalidade das normas proibitórias de aplicação de reajustes. Também apontou o passivo existente no Município e, principalmente, a violação constitucional contida nos atos administrativos denegatórios de reajuste: a total ausência de motivação.

O art. 24 da LINDB buscou estabilizar o passado; um contrato administrativo não pode ser declarado inválido com base em nova orientação geral[191] da Administração Pública. Isto vale para o todo — o contrato como um todo não pode ser invalidado — e para suas partes específicas — o regime de pagamento também não pode ser invalidado ou alterado por mudança na orientação geral. É o que se verificou no caso. Indiretamente, por meio de decreto, o Município invalidou as cláusulas contratuais que previam reajuste dos contratos. A despeito dos óbices legais apontados pelo Tribunal de Contas, analisando o Decreto nº 41.206/16 à luz da nova lei, percebe-se nitidamente uma ação que a nova legislação buscou evitar.

---

[189] Denúncia nº 40/2224/2016, Relator Conselheiro Antônio Flores de Moraes.

[190] Conforme Voto 119/2017, proferido pelo Conselheiro Revisor Felipe Galvão Puccioni, publicado no Diário Oficial em dia 20 de outubro de 2017.

[191] Nos termos da lei:

Art. 24

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

Outro exemplo é o Decreto Municipal nº 43.705/2017, que buscou limitar a emissão de notas de empenhos originários de fontes de recursos não vinculados do Tesouro Municipal. O Decreto foi editado com fundamento na Lei de Responsabilidade Fiscal, que impõe ao Executivo e demais poderes a limitação de empenho e movimentação financeira, caso verificado, ao final de um bimestre, que a receita prevista poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal. A medida justificou-se, segundo o próprio decreto, pelo "baixo desempenho da arrecadação municipal" verificado na avaliação bimestral anterior à edição do Decreto.

A situação das contas públicas dos entes estatais é tema sensível. De fato, a observância da Lei de Responsabilidade Fiscal é passo obrigatório e necessário para uma melhoria da situação financeira da União, Estados e Municípios. No entanto, a forma unilateral como a limitação dos empenhos foi procedida agravou um problema crescente nos contratos públicos do Município: a falta de estabilidade e segurança jurídica. Tal como no exemplo anterior, ocorre a alteração indireta das cláusulas de pagamento.

Revela-se fundamental o viés consequencialista do art. 21 da LINDB. Com a invalidação indireta, por meio de decreto, das regras de pagamento, quais as consequências jurídicas geradas? A busca pelo alívio transitório agrava a situação das contas públicas no longo prazo. Afinal, se não há estabilidade para as regras de pagamento dos contratos administrativos celebrados pelo Município, aumenta-se o risco para os futuros contratados. Os particulares embutirão esse risco em seus preços, fazendo com que o Município contrate em situações mais desvantajosas para um erário já fragilizado pela crise econômica e a queda na arrecadação.

Por fim, tem-se a Resolução nº 3.954/2016, emitida pela Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, aprovou cláusula padrão de editais e contratos de concorrências de obras, entre outros, estabeleceu prazo decadencial de 60 (sessenta) dias para que o contratante faça solicitação de pagamento de reajuste contratual, contados da publicação do índice ajustado contratualmente, conforme abaixo:

> *"Art. 1º - As minutas-padrão de edital de concorrência de obras (P-03/09), prestação de serviços (P-01/10) e serviços técnicos de advocacia (P-05/12); de toma de preços de prestação de serviços (P-03/10); de pregão presencial de prestação de serviços (P-03/06); de pregão eletrônico de prestação de serviços (P-01/09); de pregão eletrônico com*

> *a utilização do SIGA para prestação de serviços (P-05/11); de pregão eletrônico exclusivo para ME, EPP, empresário individual e cooperativas de prestação de serviços (P-02/13) passam a vigorar com o seguinte dispositivo:*
>
> > *O prazo decadencial convencionado para o Contratado solicitar o pagamento do reajuste contratual, que deverá ser protocolizado na Unidade Protocoladora do órgão contratante, é de 60 (sessenta) dias, contados da publicação do índice ajustado contratualmente, sob pena de decair o seu respectivo direito de crédito, nos termos do art. 211, do Código Civil."*

A adoção da referida cláusula tem como fundamento o art. 211 do Código Civil, o qual dispõe que "*se a decadência for convencional, a parte a quem aproveita pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição, mas o juiz não pode suprir a alegação*". No entanto, o dispositivo legal não é aplicável aos reajustes de contratos administrativos tendo em vista que, em decorrência do disposto no art. 37. XXI, da Constituição Federal, e dos arts. 40, XI, e 55, III, da Lei nº 8.666/1993, a aplicação do reajuste deve ocorrer de forma obrigatória e automática a partir do aniversário das etapas contratualmente previstas. Ou seja, não depende, sequer, de pedido do contratado, devendo a Administração Pública fazê-lo de ofício, não havendo que se falar, assim, em prazo decadencial.

Em síntese, os exemplos acima revelam que a adoção de medidas que importem alívios transitórios, podem gerar externalidades prejudiciais no médio e longo prazo, prejudica ao minar a confiança na segurança e previsibilidade dos regimes de pagamento. Segurança jurídica e previsibilidade são precificados e se traduzem no grau de confiança que o mercado atribui ao Poder Público contratante. Portanto, militar pelas mesmas, além de ser um vetor de interpretação da nova LINDB em si, também envolve um juízo consequencialista sobre os prejuízos para o erário público no médio e longo prazo.

b) Decisão que suspendeu a concessão do Zoológico do Rio de Janeiro

Os comandos da Lei nº 13.655/18 não são restritos ao exercício da função administrativa, mas abrange "as esferas administrativa, controladora ou judicial" como

repetido em vários de seus dispositivos[192]. A ênfase do legislador nas três esferas não foi acidental. Os critérios que a lei estabeleceu tiveram como objetivo melhorar o ambiente de aplicação do direito público em todas as esferas, não se limitando à função administrativa.

No caso das esferas controladora e judicial, a LINDB atribuiu aos decisores o ônus argumentativo considerar as consequências de suas decisões, seja as que se fundam em valores jurídicos abstratos (art. 20) ou aquelas que invalidem ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa com base em fundamento jurídico abstrato ou não (art. 21). Trata-se do primeiro vetor apresentado neste trabalho, segundo o qual o órgão decisor carrega consigo o ônus do administrador. Um caso ilustrativo no qual a falta de observância do consequencialismo causou instabilidade jurídica e prejuízo aos interesses públicos foi a decisão judicial que em sede de medida liminar invalidou a licitação para a concessão do Zoológico do Rio de Janeiro.

O Jardim Zoológico do Rio de Janeiro, administrado pelo Município por meio da Fundação Jardim Zoológico da Cidade do Rio de Janeiro, encontrava-se em condições precárias em especial para a vida dos animais ali confinados, como amplamente noticiado pela imprensa à época. A situação calamitosa do bem público e da vida silvestre abrigada fez com que o Ministério Público Estadual pedisse o indiciamento das autoridades públicas responsáveis pelo Zoológico[193] e o Ministério Público Federal interpusesse ação civil pública em face da Prefeitura do Rio de Janeiro e da Fundação por descumprimento da Instrução Normativa nº 169/08 do IBAMA, que regulamentava há época o manejo da fauna silvestre em cativeiro[194]. O ponto culminante foi o fechamento do Zoológico pelo IBAMA[195].

A Prefeitura firmou Termo de Ajustamento de Conduta com o MPF[196], comprometendo-se com a regularização da situação do Zoológico, o que incluía a concessão da gestão e exploração do bem público para a iniciativa privada. No esforço de reestruturação da gestão do Zoológico, foram aproveitados os estudos do Grupo Cataratas

[192] A expressão repete-se nos artigos 20, 21, 24 e 27 da LINDB. O art. 23 faz menção à "decisão administrativa, controladora ou judicial".
[193] https://odia.ig.com.br/_conteudo/noticia/rio-de-janeiro/2016-01-16/mp-acusa-autoridades-de-descaso-com-zoologico-e-indicia-secretario.html.
[194] Conforme informação que consta do site do MPF: http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/noticias-rj/mpf-quer-reforma-do-zoologico-do-rio-de-janeiro.
[195] https://www.ibama.gov.br/noticias/58-2016/98-ibama-suspende-visitacao-ao-zoologico-do-rio.
[196] http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/noticias-rj/mpf-assina-tac-com-prefeitura-do-rio-para-garantir-reformas-no-zoologico.

do Iguaçu S.A. no PMI nº 003/2015, que culminou no projeto licitado por meio do Edital de Concorrência CEL/PRÓPRIOS nº 03/2016. O certame foi vencido pela empresa que realizou os estudos, motivando que uma cidadã propusesse uma ação popular[197] objetivando a anulação do procedimento licitatório.

Em sede liminar, foi requerida suspensão do procedimento licitatório, tendo sido negado em primeiro grau. No entanto, em sede de agravo de instrumento, foi concedida a tutela recursal para o fim de suspender os efeitos da licitação. Entendeu a relatora que o art. 9º da Lei nº 8.666/93 seria aplicável ao edital de concessão apreciado, sendo vedada a participação da empresa que teve seus estudos aproveitados no PMI na licitação.

Algumas notas sobre a decisão. Com a suspensão dos efeitos da licitação, por consequência, foram suspensos os atos subsequentes como a homologação da empresa vencedora. Com isso, o Zoológico voltou a ser gerido pela Prefeitura. No entanto, vale lembrar que a estrutura do bem público e as condições de salubridade para os animais encontravam-se em estado precário, tendo sido, inclusive, fechado pelos órgãos públicos ambientais.

A decisão gerou um impasse. Por um lado o Município não tinha condições de garantir a salubridade das instalações. Ainda, teria de realizar novos contratos emergenciais, pois já havia rescindido com os seus antigos prestadores de serviço. Ao mesmo tempo, com a suspensão dos efeitos da licitação, a empresa que se sagrou vencedora não poderia continuar prestando os serviços que já havia iniciado, com melhora sensível para as condições da fauna silvestre.

A decisão liminar não indicou expressamente as consequências administrativas que dela decorreriam, deixando a gestão do Zoológico em situação de grande insegurança jurídica; se de um lado não atenderia o interesse público interromper as melhorias nas condições estruturais que a Concessionária tinha iniciado, por outro havia uma decisão judicial suspendendo a contratação.

Ao falarmos sobre o primeiro vetor de interpretação — ônus argumentativo dos decisores —, aludimos que as exigências argumentativas do art. 21 da LINDB funcionam como testes de deferência para com o administrador público. Por esta razão, o referido

[197] Tramita sob o nº 0240710-17.2016.8.19.0001.

dispositivo prevê que a invalidação de contratos administrativos na via judicial implique na indicação expressa das consequências jurídicas e, sobretudo, administrativas.

É de se registrar que a decisão do mérito do agravo de instrumento, ao contrário da liminar, procedeu uma análise aprofundada e consequencialista da questão. Para a análise empreendida importa menos a mudança de interpretação do Tribunal sobre a aplicabilidade do art. 9º da Lei nº 8.666/93, sendo mais relevante o procedimento de tomada de decisão e o juízo consequencialista do mesmo.

Consta do acórdão que foram ouvidas entidades da sociedade civil, como a Comissão de Proteção e Defesa dos Animais da OAB, e a Sociedade de Zoológicos e Aquários do Brasil. A primeira atestou as condições de degradação em que se encontrava o bem e as condições de insalubridade para os animais, e que nos vinte dias de gestão da inciativa privada houve melhora significativa para os animais. A segunda, por solicitação da relatora, se manifestou sobre "o nível de concorrência do mercado", aduzindo que ante os desafios para o Zoológico, desconhecia outra empresa além da vencedora que pudesse elaborar o projeto.

Com base nos elementos colhidos, foi negado seguimento ao agravo de instrumento em decisão definitiva:

> *Da mesma forma, embora possa existir risco de dano para o interesse público na manutenção do contrato de concessão, caso no decorrer da ação se vislumbre algum vício, esse eventual dano pode se resolver em perdas e danos, enquanto que há perigo de dano reverso, consistente no risco para a saúde e sobrevivência dos animais, irreversível, bem como na continuação da deterioração da imagem pública do zoológico, que se tornar igualmente irreversível.*

O art. 21, somando-se ao que a lei processual já prevê para a concessão de medidas liminares, exige maior racionalidade e juízo pragmático dos aplicadores do direito. Para tanto, no mais das vezes torna-se essencial buscar elementos com órgãos técnicos e entidades especializados, como feito pela relatora. A indicação das consequências da invalidação é fundamental para que o bem jurídico que se pretende tutelar não implique em desguarnecer outros bens jurídicos igualmente relevantes.

No caso em tela, a decisão de suspensão da licitação buscou tutelar a higidez das contratações públicas ante um descumprimento da Lei nº 8.666/93 que se acreditava ter ocorrido. Ao fazê-lo sem indicar as consequências administrativas da decisão, a tutela do bem jurídico meio ambiente — por meio da tutela da fauna silvestre — ficou prejudicada pela volta ao *status quo* anterior de precariedade das condições do Zoológico. Esta situação de insegurança fez com que o próprio órgão judiciário autorizasse a contratação emergencial da concessionária para continuar prestando os serviços básicos de alimentação e tratamento dos animais por 60 dias.

O caso ilustra bem como a atribuição do ônus argumentativo pelo art. 21 da LINDB, sobretudo das consequências das decisões de invalidação, é necessária. Não é admissível que os julgadores deixem de lado as circunstâncias do caso concreto, como se sua decisão fosse abstrata e não apresentasse efeitos de curto e longo prazo. A indicação expressa das consequências administrativas e jurídicas das decisões de invalidação evita que bens jurídicos importantes sejam desguarnecidos.

3. Conclusão

Em geral, pode-se afirmar que contratos de infraestrutura tem ao menos duas características: são de longo prazo e, portanto, incompletos, de modo que suas lacunas são saneadas pelas próprias partes ou por agentes externos (como o Poder Judiciário, o agente regulador, entre outros); e comportam interesses distintos entre o Poder Público e o contratado, isto é, o Poder Público busca otimizar a atividade ou serviço para o maior número de destinatários, enquanto que o privado o incremento de sua rentabilidade[198].

Dessas características e dessa ordem de interesses diversos, típicos de contratos complexos, decorrem inúmeros problemas.

Em especial o setor de infraestrutura do Rio de Janeiro se ressente de maior previsibilidade na relação público-privada. Isto porque, à luz dos casos concretos trazidos, regras básicas para a segurança jurídica nas contratações não vinham sendo respeitadas, desde a alteração unilateral de critérios de pagamento a decisões judiciais que impactam

[198] Conforme considerações de Rafael Véras de Freitas em artigo publicado no Jota sobre A nova LINDB e o Direito da Infraestrutura. Fonte: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-nova-lindb-e-o-direito-da-infraestrutura-22092018, acessado em 10/04/2019.

diretamente em concessões e parcerias público-privadas firmadas com o Município e o Estado sem a devida análise consequencialista das decisões.

Assim sendo, tendo em vista que a Lei nº 13.655/2018 tem como objetivo conferir eficiência e segurança jurídica às relações público-privadas, é notório que os mesmos terão impacto sob os contratos de infraestrutura. Ao trazer parâmetros objetivos para o preenchimento das ditas lacunas, haverá maior estabilidade e, logo, maior previsibilidade para os projetos de infraestrutura.

Como visto nos exemplos citados, a Lei nº 13.655/2018, através de seus vetores, trará barreiras ao arbítrio, conferindo maior racionalidade às decisões e atos administrativos e judiciais, de modo que sua positivação se mostra, de fato, imprescindível no reconhecimento de direitos constitucionais e legais garantidos àqueles que contratam com a Administração Pública.

Desse modo, não só no Rio de Janeiro, mas frente aos inúmeros casos de violações de direitos verificadas diariamente Brasil a fora nas relações público-privadas, será possível sentir maior estímulo ao mercado de infraestrutura, uma vez que racionalidade, previsibilidade, segurança jurídica, eficiência, entre outros instrumentais trazidos pela Lei nº 13.655/2018 certamente ajudarão a estabelecer um ambiente de maior harmonia para o desenvolvimento dos projetos necessários para o crescimento econômico.

Referências bibliográficas

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3 ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2014.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. **Art. 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018.

FERRAZ, Luciano. **Nova Lindb reafirma o brocardo "tempus regit actum"**. Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-out-18/interesse-publico-lindb-reafirma-brocardo-tempus-regit-actum#_ftn5, acessado em 26/12/2018.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. **Art. 26 da LINDB – Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 135-169, nov. 2018.

JORDÃO, Eduardo. **Art. 22 da LINDB – Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 63-92, nov. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 13-41, nov. 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Art. 23 da LINDB – O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 93-112, nov. 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. **A nova LINDB e o consequencialismo jurídico como mínimo essencial**. Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opiniao-lindb-quadrantes-consequencialismo-juridico#_ftn, acessado em 26/12/2018.

_____. **A nova LINDB e o direito à previsibilidade das mudanças interpretativas**. Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-jun-01/opiniao-lindb-direito-previsibilidade-mudancas-interpretativas, acessado em 26/12/2018.

_____. **O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto**. Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opiniao-lindb-regime-juridico-administrador-honesto, acessado em 26/12/2018.

_____. **O artigo 26 da LINDB e o consenso na função de polícia administrativa**. Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-jul-16/opiniao-lindb-consenso-funcao-policia-administrativa#_ftn2, acessado em 26/12/2018.

_____. **A função normativa da administração pública e a Lei 13.655/2018**. Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-jun-14/opiniao-funcao-normativa-administracao-publica-lindb, acessado em 26/12/2018.

_____. **A nova LINDB e a incorporação da teoria dos precedentes administrativos ao país**. Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-jun-04/opiniao-lindb-teoria-precedentes-administrativos, acessado em 26/12/2018.

MONTEIRO, Vera. **Art. 29 da LINDB – Regime jurídico da consulta pública**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 225-242, nov. 2018

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público: inteligência da lei nº 8.987/1995 (Parte Geral)**. Malheiros: São Paulo, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, PAULA PESSOA. **Art. 30 da LINDB – O dever público de incrementar a segurança jurídica**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 243-274, nov. 2018.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas**. Disponível em http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/PALMA-Juliana-A-proposta-de-lei-da-seguran%C3%A7a-jur%C3%ADdica.pdf, acessado em 09/12/2018.

_____. **Quem é o administrador médio do TCU?** Disponível em https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018, acessado em 26/12/2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2 ed. Malheiros: São Paulo, 2017.

NOVOS INVESTIMENTOS EM CONCESSÕES E PPPS: CONTORNOS E LIMITES[199]

Gabriela M. Engler Pinto[200]

Introdução

O presente artigo pretende (i) delimitar os contornos do conceito de novos investimentos, (ii) discutir os limites à mutabilidade dos contratos de parceria (assim entendidos os contratos de concessão comum, concessão patrocinada, concessão administrativa, concessão de serviços regida por legislação setorial, permissão de serviço público, arrendamento de bem público, 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)[201] especificamente para inclusão de novos investimentos no curso da execução contratual, a partir da reflexão sobre casos concretos e à luz da regra declarada pelo artigo 22 da Lei 13.448/17,[202] que afasta dos contratos de

[199] O presente artigo apresenta as ideias seminais da dissertação a ser apresentada para o Mestrado Profissional em Direito Público da GV Direito São Paulo.

[200] Mestranda em Direito Público na FGV Direito São Paulo, Master of Laws (LL.M) pela Universidade de Columbia (Kent Scholar) e graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. É sócia da Portugal Ribeiro Advogados, com atuação especializada na modelagem e regulação de projetos de infraestrutura, com ênfase em concessões e PPPs. A autora gostaria de agradecer a Mauricio Ribeiro e Thiago Araújo pelas valiosas contribuições ao texto.

[201] O conceito de contrato de parceria utilizado neste artigo foi extraído do artigo Art. 1º, § 2º da Lei 13.334/16. Ressalta-se, contudo, que as reflexões desenvolvidas no presente estudo não se limitam aos empreendimentos desenvolvidos no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos – PPI.

[202] Segundo o qual "As alterações dos contratos de parceria decorrentes da modernização, da adequação, do aprimoramento ou da ampliação dos serviços não estão condicionadas aos limites fixados nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993", que, por sua vez, dispõem que: "§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinqüenta por cento) para os seus acréscimos. § 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo: I - (VETADO); II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes."

parceria as disposições da Lei 8.666/93 relativas aos limites quantitativos para as alterações de contratos administrativos e (iii) propor sistemática que, a partir do enquadramento de casos em determinadas categorias, ofereça diretrizes objetivas para estipulação de limites à mutabilidade contratual para inclusão de novos investimentos em situações concretas envolvendo contratos de parceria.

O debate acerca dos limites à alteração dos contratos de parceria não é novo e, possivelmente, o artigo 22 da Lei 13.448/17 tenha surgido justamente para consolidar entendimento há muito defendido pelos especialistas no tema.[203]

Enquanto parcela da doutrina mais moderna defendia a inaplicabilidade, às parcerias, dos limites à alteração contratual tal qual expressos nos §§ 1º e 2º do art. 65, da Lei 8.666/93,[204] na prática, na maioria das vezes em que o tema era submetido aos gestores públicos e controladores responsáveis pela implementação das modificações contratuais,

[203] Nesse sentido foi o parecer do Relator Deputado Sérgio Souza pela aprovação da Medida Provisória 752/16, que originou a Lei 13.448/17: *"Note-se que estamos lidando com contratos de prazo bastante longo, contados por décadas. É evidente que o contexto econômico no qual tais contratos se inserem tende a mudar dramaticamente neste período e com ele as necessidades de ajustes nos contratos, notadamente novos investimentos. Desta forma, é temerário qualquer entendimento pela aplicabilidade do disposto no § 1º do art. 65 da Lei de Licitações (Lei 8.666/93) aos contratos de parceria, limitando os acréscimos e supressões a 25% do contrato. Seria como obrigar o gestor a um exercício irreal de futurologia, que projetará previsões perfeitas pelo longo prazo da concessão, com estreitíssima margem de ajustes. O órgão regulador certamente será obrigado a renegociações para além desses parâmetros em um prazo mais longo (para baixo ou para cima a depender da trajetória da economia), com o intuito de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A natureza do contrato de concessão de infraestrutura, com custos afundados expressivos de longo prazo é completamente distinta dos contratos administrativos mais frequentes, de compras e obras públicas de menor porte, e requer uma flexibilidade bem mais significativa. Sendo assim, definimos, no art. 22, que os contratos de parceria poderão ser alterados, mediante acordo celebrado entre Administração Pública e contratantes, quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa ou qualitativa de seu objeto."*

[204] "*Em relação às PPPs, é razoável defender que não incide o aludido art. 65, na medida em que a Lei de PPP tratou de indicar, expressamente, os dispositivos da Lei Federal nº 8.666/93 que se aplicam aos contratos de PPP, quais sejam: (i) regras sobre limites para exigência de garantias dos licitantes/parceiros privados; e (ii) regras sobre procedimento para contratação, i.e., regras de procedimento licitatório. Como o art. 65 não estabelece regra procedimental, mas regra sobre o regime jurídico do contrato, parece-nos claro que não deveria se aplicar aos contratos de PPP.*" Em RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. Alteração de Contratos de Concessão e PPP por Interesse da Administração Pública – Problemas Econômicos, Limites Teóricos e Dificuldades Reais. Revista de Contratos Públicos – RCP. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, set. 2012/ fev. 2013. No mesmo sentido ver MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das concessões de serviço público. São Paulo: Malheiro, 2010; SUNDFELD, Carlos Ari. Pareceres: direito administrativo contratual, Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013; BARROSO, Luís Roberto. Alteração dos contratos de concessão rodoviária. In: Brasil-Argentina: estudos em homenagem a Agustín Gordillo. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

prevalecia, em boa medida, uma postura conservadora,[205] e por vezes até equivocada,[206] de aplicabilidade dos referidos limites às parcerias, temperada com a visão do Tribunal de Contas da União (TCU) que admitiu aos contratos administrativos excepcionar os limites dos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei 8.666/93 apenas quando atendidos um conjunto de requisitos.[207]

Eis que, durante a tramitação da Medida Provisória 752/2016, surgiu o mencionado artigo 22, no que chamei, em outra oportunidade, de revolução silenciosa.[208] Ao mesmo tempo em que a disposição legal selou antiga disputa, deixou em aberto pergunta ainda mais importante: inaplicáveis os limites quantitativos à mutabilidade contratual previstos na Lei 8.666/93, quais seriam os contornos, especialmente qualitativos, a delimitar alterações nos contratos de parceria?

---

[205] Para ilustrar, veja-se o posicionamento de Luís Roberto Barroso: "*Assim, no âmbito dos contratos de concessão, é possível afirmar que (...) [N]o caso das alterações quantitativas, além dessas exigências, aplica-se, como diretriz geral, o respeito aos percentuais previstos pela Lei nº 8.666/93, art. 65, ainda que esses limites possam ser superados se, no caso concreto, demonstrar-se a necessidade da alteração por conveniência do interesse público, bem como sua compatibilidade com os princípios constitucionais, sobretudo os da igualdade e da impessoalidade*." Concessão Rodoviária. Alterações no objeto do contrato: acréscimos de obras novas a pedido do Poder Público. Reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, possibilidade e limites. Parecer, abril de 2008.

[206] Por exemplo, quando a avaliação do limite da alteração ignora modificações anteriores para efeito de cálculo. Além disso, no contexto dos contratos de parceria, o "valor do contrato" enquanto referência adotada pelo § 1º art. 65 da Lei 8.666/93 é métrica aleatória, que pode tomar por base diferentes parâmetros, como valor dos investimentos, valor das receitas projetadas (a valores constantes ou a valor presente, estipulada determinada taxa), entre outros. Com tantas opções, há ampla margem para "manipulação numérica" no cálculo efetivo dos limites à mutabilidade contratual.

[207] Quais sejam: "*I. não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório; II. não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado; III. decorrer de fatos supervenientes que impliquem dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial; IV. não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos; V. ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes; VI. demonstrar-se – na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea 'a', supra – que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja, gravíssimas a esse interesse, inclusive quanto à sua urgência e emergência.*" TCU, acórdão nº 215/1999. Plenário, publicado no DOU de 21.05.1999. É de se ressaltar que tal decisão é anterior à Lei 11.079/2004, que instituiu as concessões patrocinadas e administrativas. Ainda, impossível ignorar que a decisão do TCU trabalha com hipóteses tão genéricas e exigências de tão difícil comprovação que há sempre margem para que o TCU diga que o gestor não as cumpriu suficientemente.

[208] ENGLER PINTO, Gabriela Miniussi. A revolução silenciosa: o fim dos limites à mutabilidade dos contratos de concessão. Revista Colunistas - Direito do Estado, Rio de Janeiro, RJ, 28 jul. 2017.

A resposta, em tese, não é difícil. Para que seja juridicamente legítima, a alteração contratual deve (i) ser necessária para se atingir a finalidade – o interesse público – que motivou a contratação; (ii) estar vinculada ao objeto contratual; e (iii) preservar a equação econômico-financeira do contrato e os direitos do contratado. Quando o contrato de parceria tiver por objeto serviço púbico deverá, ainda, haver reflexão sobre a necessidade de prévia licitação.[209] Mas como aplicar esses preceitos na prática?

Em primeiro lugar, é preciso reconhecer que 'alteração contratual' abrange muitas circunstâncias, de causas e consequências variadas; distintas, inclusive, a depender do setor de infraestrutura sob análise.[210] Tratar todas elas sob o manto de uma 'teoria geral da mutabilidade contratual' está fadado a generalismo que pouco contribui para os desafios da vida real. A partir dessa constatação, segue o esforço de segregar, neste artigo, apenas a reflexão sobre as hipóteses de alteração contratual para inclusão de novos investimentos.

Assim, este artigo está dividido em cinco partes. Além desta introdução, a segunda parte busca definir novos investimentos e, no processo, discutir as dificuldades da comunidade jurídica de distingui-los dos investimentos contingentes, bem como as implicações dos diferentes enquadramentos. Na sequência, a terceira parte apresenta uma proposta de três categorias para classificação de novos investimentos, a partir das quais a quarta parte discute os limites qualitativos à mutabilidade dos contratos de parceria para inclusão de novos investimentos. Por fim, a quinta parte conclui.

Antes, porém, é preciso esclarecer que é premissa deste trabalho que o artigo 22 da Lei 13.448/17 aplica-se indistintamente a todos os contratos de parceria - inclusive àqueles em vigor à época da promulgação da Lei -, e não apenas aos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário, que são objeto específico da Lei 13.448/17. As razões desse entendimento serão melhor explicadas em outra oportunidade, mas apenas o fato de o artigo 22 situar-se topograficamente nas 'disposições finais', junto a outros artigos que regulam matérias estranhas aos temas específicos do diploma legal (prorrogação antecipada e relicitação) já é

[209] Retifico nesta oportunidade entendimento originalmente constante do artigo mencionado na nota de rodapé n. 208, que incluía como requisito da alteração contratual "*não implicar violação à exigência constitucional de licitação prévia e ao princípio da vinculação objetiva ao instrumento convocatório*". O assunto será retomado no item 0.

[210] Apenas para exemplificar, o setor elétrico, ao tratar do segmento de transmissão, tem regramento e nomenclatura próprios para tratar de novos investimentos, os assim chamados "Reforços" (cf. resolução normativa nº 443, de 26 de julho de 2011, conforme alterada, especialmente art. 3º.)

indício claro de que a pretensão legislativa foi no sentido de conferir ampla aplicabilidade ao art. 22.

1. O que são novos investimentos?

Num esforço de sistematização, é possível identificar três categorias de investimentos no contrato de parceria: (i) os *investimentos necessários*, sejam decorrentes de obrigação de investimento específica,[211] sejam aqueles necessários ao atendimento dos indicadores de desempenho estipulados no contrato;[212] (ii) os *investimentos contingentes*, explicados no tópico 0; e (iii) os *novos investimentos*, objeto do presente estudo e objetivamente definidos no tópico 0.

A distinção é relevante na medida em que se o investimento sob análise for um *investimento necessário* ou um *investimento contingente*, não fará sentido qualquer juízo sobre os limites à mutabilidade contratual, posto que a avaliação de interesse público quanto à inclusão desses investimentos no contrato – e, portanto, de pertinência ao objeto contratual e aderência à sua finalidade – já foi feita à época da estruturação do projeto.

Ou seja, somente haverá discussão acerca dos limites à mutabilidade contratual quando se estiver diante, rigorosamente, de um *novo investimento*.

1.1. Investimentos contingentes

Os investimentos contingentes são aqueles que, embora previstos no contrato de parceria como encargo da concessionária, têm sua exigibilidade condicionada à ocorrência de determinado evento, que pode ou não ser a termo definido. Em tese é possível, inclusive, que não ocorrido o evento, o investimento contingente sequer seja exigível.

Na prática, os investimentos contingentes mais comuns são as obrigações de investimento sujeitas à gatilho contratual, a exemplo de novas obras de aumento de

[211] Como, por exemplo, a exigência em um contrato de concessão de rodovia de construção de uma passarela de pedestres em um trecho específico da rodovia apontado pelo contrato.

[212] Por exemplo, ainda no caso de uma concessão rodoviária, os investimentos em pavimento para que a rodovia alcance um determinado patamar de IRI (Índice de Irregularidade Internacional), indicador de desempenho que afere os desvios da superfície do pavimento em relação a um plano de referência, com o objetivo de avaliar a qualidade de rolamento e o conforto do usuário. Sobre a distinção entre obrigações de investimento e de desempenho ver RIBEIRO, Maurício Portugal, Concessões PPPs: melhores práticas em licitações e contratos. Atlas, 2011.

capacidade de infraestruturas quando elas atingem determinados níveis de serviço. Isso é recorrente no setor rodoviário em relação à duplicação de rodovias quando a trafegabilidade atinge níveis definidos nos contratos,[213] e nas concessões aeroportuárias no tocante à construção de nova pista de pouso e decolagem, quando o aeroporto atinge determinada demanda de passageiros.[214]

Também podem tomar a forma de investimentos contingentes as expansões de infraestrutura independente de gatilho, como a previsão de prolongamento de linhas férreas ou metroviárias, inclusive em extensões não previamente determinadas em contrato.[215]

De forma semelhante, investimentos para cumprimento de obrigações de universalização de serviços – como é comum nos setores de telecomunicações, distribuição de energia e de saneamento básico – quando previstas originalmente no contrato, são investimentos contingentes. Esses são exemplos em que é comum o ritmo de execução dos investimentos contingentes se descolar das previsões originais (tanto do concedente quanto da concessionária) como ocorre, por exemplo, em concessões de saneamento que tem a obrigação de atender determinada população cuja taxa de crescimento extrapola as projeções iniciais.

A premissa de modelagem dos investimentos contingentes é a avaliação de política pública, no momento de estruturação do contrato de parceria, quanto à importância e pertinência de se prever, desde a origem, o investimento contingente, seja ele certo ou

[213] Por exemplo, as concessões rodoviárias do Estado de São Paulo (2ª fase). Os contratos de concessão estão disponíveis em http://www.artesp.sp.gov.br/Style%20Library/extranet/transparencia/contratos-de-concessao.aspx. Os níveis de serviço em rodovias são geralmente avaliados e definidos pelo *Highway Capactity Manual* (HCM). Para mais informações sobre o HCM ver http://hcm.trb.org/?qr=1

[214] Por exemplo, a concessão do aeroporto do Galeão no Rio de Janeiro tem previsão para construção de nova pista de 3 mil metros, antes de o aeroporto atingir a marca de 262.900 movimentos anuais (cf. cláusula 8.8.1 do Plano de Exploração Aeroportuária – Anexo 2).

[215] Nesse sentido é o contrato de concessão metroviária do Estado do Rio de Janeiro, consolidado pelo Sexto Termo Aditivo: "Cláusula Primeira – Objeto do Aditivo (...)
§ 7º - Incluem-se ainda no objeto dos SERVIÇOS, outros trechos decorrentes de expansões, que venham a ser feitos no período da concessão, em continuidade às Linhas 1 e 2, entendendo-se como tal aquelas expansões que caracterizem o prolongamento dos atuais trechos em operação já concedidos e que, desta forma, requerem uniformidade dos sistemas de controle, de sinalização e de energia, acima da bitola e gabaritos estático e dinâmico das instalações, de forma a garantir a continuidade física das vias. Tais trechos serão considerados como partes integrantes das Linhas 1 e 2, conforme o caso. As implantações de expansões das linhas serão consideradas como prolongamento das linhas existentes, obrigando-se a CONCESSIONÁRIA a prestar os serviços nestes novos trechos com os mesmos padrões de operação definidos pelo ESTADO ao tempo da concessão ou deste ADITIVO, naquilo que altera tais padrões."

incerto. Por conta dessa reflexão, a execução dessas obrigações de investimento não deve sujeitar-se a qualquer crivo de limitação qualitativa ou quantitativa à mutabilidade contratual, posto que esse juízo já foi feito à época da estruturação do projeto.

Isso não significa dizer que o contrato de concessão não precisaria ser aditado (i) para consignar a execução dos investimentos contingentes e (ii) promover, caso necessário, o reequilíbrio econômico-financeiro da concessão.[216] A questão do reequilíbrio é particularmente relevante se o investimento contingente não foi precificado quando da licitação do projeto.

1.2. A confusão entre investimentos contingentes não precificados na origem e novos investimentos

Da perspectiva da modelagem de projetos, pode tanto haver o comando, no edital, para que as concessionárias precifiquem já na licitação a execução dos investimentos contingentes (mesmo sem saber quando eles serão executados)[217] quanto haver a mera previsão de que os investimentos contingentes serão exigidos quando verificadas determinadas condições e que, na oportunidade, o contrato será reequilibrado para contemplar a execução dessas obrigações.

Exemplo dessa última hipótese, que ganhou notoriedade no universo da infraestrutura, é a construção da nova subida da serra de Petrópolis/RJ, no âmbito da concessão rodoviária federal da BR 040/MG/RJ.[218] O programa de exploração rodoviária (PER) originário da rodovia previa a obrigação da concessionária de implantar a obra até 2006, estimando uma verba de 80 milhões (a preços de 1995), porém, deixando claro que '*o valor real da obra, a menos ou a mais da estimativa prevista, será negociado com o(a)*

[216] Aliás, até por força do art. 60, parágrafo único da Lei 8.666/93, que dispõe acerca da nulidade dos contratos verbais com a Administração Pública, a execução do contrato de parceria demanda, sempre que necessário para cumprimento de obrigações contingentes e da matriz de riscos contratual, a celebração de aditivos que formalizem tais ajustes, inclusive da ótica do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Nesse ponto, discordo de Flávio Amaral Garcia, para quem "*Sequer haverá necessidade de aditamento ao contrato, eis que se trata de cumprimento do objeto e não de sua alteração*". GARCIA, Flávio Amaral. Mutabilidade nos contratos concessionais: aspectos endocontratuais e procedimentais. In O Direito Administrativo na Atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do Estado de Direito. Malheiros, 2017.

[217] Remeto aqui aos exemplos citados nas notas de rodapé ns. 213 e 214.

[218] Os documentos desta concessão estão disponíveis em http://www.antt.gov.br/rodovias/Concessoes_Rodoviarias/CONCER/Index.html.

DNER'.[219] Ou seja, um típico caso de investimento contingente não precificado à época da licitação do projeto.

Contudo, quando a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) pretendeu cumprir a determinação do PER e exigir a obra de duplicação, o aditivo que reequilibrou o contrato de concessão para compensar a concessionária pelos investimentos foi considerado irregular pelo TCU.[220]

Nesse caso, faltou reflexão sobre a real natureza dos investimentos de duplicação: se seriam efetivamente novos investimentos ou investimentos contingentes não precificados à época da licitação. Isso é relevante pois tratar investimento contingente como se fosse um novo investimento ignora a escolha de política pública de implementar a infraestrutura no bojo do contrato, feita quando da licitação original. Adicionalmente, e de forma mais relevante para este artigo, a falta de reflexão adequada sobre a natureza do investimento trouxe para a discussão questões impertinentes ao caso, como a própria incidência dos limites à mutabilidade contratual previstos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei 8.666/93, como se vê da manifestação da Controladoria Geral da União:

> "*O entendimento da CGU é de que o instrumento da licitação para a obra da NSS poderia ter sido utilizado, uma vez que os valores aportados pelo poder concedente ultrapassamos limites legais, previstos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei 8.666/93, e para isso seria imprescindível uma avaliação econômica entre as duas possibilidades (inserir no contrato de concessão ou licitar diretamente), (...).*"[221]

---

[219] "Nova Subida da Serra de Petrópolis
Para a execução da Nova Subida da Serra, foi estimada uma verba de R$ 80.000.000,00 (oitenta milhões de reais), item 6.5.1 da Planilha de Quantidades.
Os serviços a serem executados terão seus preços aprovados e apropriados pelo DNER.
O valor real da obra, a menos ou a mais da estimativa prevista, será negociado com o DNER. (Redação do PER orginal).

[220] Inclusive para aventar a possibilidade de penalizar os agentes públicos envolvidos na celebração do aditivo. Vide Processo TCU 023.204/2015-0 e o Relatório de Acompanhamento TC 014.689/2014-6. Vale notar que o caso compreende diversas outras discussões e complexidades que extrapolam o propósito deste artigo.

[221] Controladoria Geral da União, Relatório nº 201505623, Fevereiro/2017, disponível em https://auditoria.cgu.gov.br/download/10200.pdf

A rigor, essa discussão sequer deveria se colocar neste caso, mesmo porque à época da manifestação da CGU a Medida Provisória 752/16 já estava em vigor, afastando expressamente a regra do art. 65 dos contratos de parceria.[222]

A discussão é emblemática para pensarmos sobre por que faz sentido que certos (e talvez grande parte) dos investimentos contingentes não devam, de fato, ser precificados pelas proponentes no momento da licitação.

Assim como ocorre na maioria dos casos em que há investimentos contingentes não precificados na origem, para a construção da nova subida da serra em Petrópolis seria bastante difícil, e certamente muito impreciso, precificar obra de tamanha complexidade de engenharia e ambiental, cuja execução estava estimada para ocorrer anos após a celebração do contrato de concessão, quando as próprias tecnologias construtivas seriam certamente outras. Nesse contexto, que leva em consideração as dificuldades reais de execução do projeto, nada mais adequado, tanto do ponto de vista econômico quanto jurídico, deixar a precificação desses investimentos contingentes para o momento da sua efetiva implantação.

Nesse sentido, merecem destaque os contratos de concessão rodoviária estruturados pelo Estado de São Paulo em 2016 que, ao preverem a implantação do mecanismo de *free flow*[223] como um investimento contingente, deixaram claro que sua precificação se daria se e quando essa tecnologia se tornasse exigível para a concessionária.[224] Outro exemplo é a expansão da concessão metroviária do Estado do Rio

[222] Conforme mencionado na introdução, é premissa deste artigo a autoplicabilidade do art. 22 da Lei 13.448/17.

[223] O *free flow* (ou Rodovia de Pedágio Aberto) é uma tecnologia de cobrança da tarifa de pedágio sem barreiras, por pórticos instalados nas rodovias, ou seja, sem a necessidade de praças de pedágio. Além de imprimir mais ritmo ao tráfego de veículos, a ideia do sistema é permitir a cobrança de pedágio em valor proporcional à distância efetivamente percorrida pelo usuário.

[224] Vide as seguintes cláusulas do contrato de concessão:

"16.1. Constituem as principais obrigações da CONCESSIONÁRIA, sem prejuízo das demais obrigações expressas neste CONTRATO, podendo seu descumprimento acarretar a sujeição às penalidades cabíveis de acordo com o regramento estabelecido pelo ANEXO XI: (...)

xxxiv. Promover todas as atividades necessárias à implantação de sistema de arrecadação de TARIFAS DE PEDÁGIO na modalidade FREE FLOW, cujos investimentos serão tratados como EVENTO DE DESEQUILÍBRIO nas REVISÕES ORDINÁRIAS, nos termos deste CONTRATO e observado o regramento estabelecido pelo ANEXO IV;"

"19.2. O PODER CONCEDENTE, sem prejuízo das demais disposições deste CONTRATO, assume os seguintes riscos relacionados à CONCESSÃO: (...)

xiv. Investimentos e impactos positivos ou negativos decorrentes da implantação de sistema de arrecadação de TARIFAS DE PEDÁGIO na modalidade FREE FLOW, ou outro que venha a existir;"

de Janeiro, que previu que o prolongamento das linhas se daria quando houvesse interesse do Estado e disponibilidade de recursos para tanto.[225]

Observa-se que essa opção de não precificar investimentos contingentes na origem é a que, a princípio, faz mais sentido da perspectiva econômica, na medida em que o concedente e, principalmente, os usuários apenas pagam pelo investimento *se* e *quando* ele se mostrar necessário, enquanto no caso dos investimentos contingentes precificados na origem, a concessionária precisa considerar na licitação a remuneração para amortização do futuro investimento, ainda que não se saiba quando ele vai ocorrer. Ou seja, da perspectiva econômica, o empreendimento é necessariamente mais caro por ter que considerar na partida investimentos que não se tem certeza quando ocorrerão. Além disso, usuários e concedente que não se beneficiam do investimento acabam pagando por ele quando, ao menos em tese, seria mais justo que isso não ocorresse. Por fim, evita o exercício, pelo concedente e concessionária, de difícil futurologia na orçamentação desses investimentos.

Contudo, quando a questão é analisada da perspectiva jurídica, verifica-se preferência pela modelagem que contemple na largada a precificação dos investimentos contingentes, ao invés de deixar a discussão sobre a remuneração desses investimentos para o procedimento de reequilíbrio, quando verificada a condição ensejadora do investimento contingente. Por quê?

Na prática, isso ocorre por duas razões centrais. A primeira é para evitar discussões sobre os limites à mutabilidade contratual para inclusão ulterior dos investimentos, que surgem no momento de reequilibrar o contrato. Conceitualmente, como já explicado, essa discussão é impertinente no caso dos investimentos contingentes, mas a análise da realidade demonstra que ela invariavelmente ocorre. A segunda razão é a dificuldade do Governo de precificação *a posteriori* dos investimentos, tanto pela complexidade metodológica (se há ou não plano de negócios, quais *inputs* de preço utilizar

[225] Sexto Termo Aditivo: "Cláusula Primeira – Objeto do Aditivo (...)
§ 6º - Os trechos da Linha 1 indicados nas alíneas (d), (e) e (f) do § 2º, com exceção da Estação Uruguai, bem como os trechos da Linha 2 indicados nas alíneas (b) e (c) do § 3º, todos desta Cláusula, terão sua construção condicionada aos interesses do ESTADO e à disponibilidade de recursos para investimento, não constituindo, assim, direito ou obrigação da CONCESSIONÁRIA ou obrigação do ESTADO, a conclusão dos trechos de que trata este parágrafo, no todo ou em parte, durante a vigência do presente ADITIVO."

no fluxo de caixa marginal, etc.) quanto pelo constante receio de responsabilização pessoal dos agentes públicos perante os órgãos de controle.[226]

Não obstante essa realidade na qual investimentos contingentes são em regra precificados na origem, é importante frisar que não há qualquer óbice jurídico à precificação de investimentos contingentes durante a execução contratual, quando se verificarem necessários. Supor que isso implicaria algum tipo de violação às regras que regem as contratações públicas, como a exigência de prévia licitação, é ignorar a realidade complexa de estruturação e contratação de projetos de longo prazo. Aliás, não precificar investimentos contingentes na licitação preserva amplamente a isonomia entre participantes: todos sabem que terão que executar determinados investimentos no horizonte contratual e que essas obrigações serão precificadas de acordo com as condições econômicas e de mercado à época de sua implantação.

O principal problema que remanesce, para a concessionária, é a dificuldade de precificação em geral de investimentos pelo Poder Público que, ao referenciar custos com base em tabelas oficiais de preços, não avalia fielmente todos os riscos assumidos contratualmente pela concessionária. Na prática, esse risco corresponde a alguns pontos a mais na taxa de retorno calculada pela concessionária, já na expectativa que o governo não calculará adequadamente o valor do investimento.

1.3. Conceito de novos investimentos

Diante de todo o exposto, novos investimentos são aqueles não previstos - nem como necessários nem como contingentes - no contrato de parceria à época da licitação e que surgem de alguma necessidade pública superveniente, concreta e determinada.

[226] Nesse sentido, é paradigmático o caso da Nova Subida da Serra, tratado neste artigo. Também merece destaque a recente crítica do TCU à metodologia do fluxo de caixa marginal para reequilíbrio contratual nas rodovias federais em decorrência de novos encargos surgidos com a Lei do Caminhoneiros: "*9.3. recomendar à SeinfraRodovias que instaure um ou mais processos de representação com vistas a apurar os indícios de irregularidades referentes ao reajuste da tarifa de pedágio em decorrência dos efeitos do art. 16 da Lei 13.103/2015 e, caso sejam confirmados esses indícios, a identificar os responsáveis pelo erro de cálculo no reajuste ora analisado e também pela edição da Resolução-ANTT 4.339/2014 que causou efeitos desastrosos para o interesse público em diversas concessões rodoviárias;*" (Acórdão 1461/2018). A Resolução nº 4.339/2014 alterou a Resolução nº 3.651/2011, que criou e regulou a metodologia do fluxo de caixa marginal.

Vale lembrar que a inserção de novos investimentos não deve ser encarada como circunstância de exceção e sim com naturalidade, em decorrência da inescapável incompletude dos contratos de longo prazo,[227] como em regra são os de parceria. Tanto é assim que a própria Lei Federal de Concessões (Lei 8.987/95) determinou como conteúdo dos contratos "*os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do serviço.*"[228] Aliás, como será explorado em outro momento, a modelagem contratual é excelente oportunidade para regrar e estabelecer os contornos para inclusão de novos investimentos em contratos de parceria.

Adiante, propõe-se uma sistemática para tratar das hipóteses de inclusão de novos investimentos nos contratos de parceria. A ideia é que a partir da compreensão do enquadramento jurídico seja possível definir mais objetivamente os limites à mutabilidade contratual em cada caso.

2. Proposta de três categorias para classificação de novos investimentos

A experiência prática no dia a dia do universo das parcerias evidenciou que são três as hipóteses mais comuns – e que abrangem senão todos a quase totalidade dos casos – de inclusão de novos investimentos em contratos de parcerias: (i) para *atualização* dos serviços, que requerem modernização; (ii) para execução de investimentos *prementes*, emergenciais ou necessários para prestação dos serviços; e (iii) para *expansão da infraestrutura*. Adiante, serão melhor detalhadas cada categoria.

2.1. Novos investimentos para atualização dos serviços

Novos investimentos para atualização dos serviços são aqueles que dão concretude ao comando legal (e muitas vezes contratual) de preservação da atualidade dos serviços concedidos. Geralmente, surgem em duas hipóteses: (i) ou são investimento que, a rigor,

[227] Nesse sentido ver CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato Incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo. REVISTA DIREITO GV, São Paulo, p. 155-200, jan-jun 2014; HART, Oliver. Incomplete Contracts and Public Ownership: remarks, and an application to public-private partnerships. 2003. The Economic Journal, Vol. 113, No. 486, Conference Papers (Mar., 2003), pp. C69-C76; NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, abr./jun 2009.

[228] Art. 18, VII, Lei 8.987/95.

deveriam ter sido previstos inicialmente à época da licitação do projeto como investimentos contingentes e não o foram, sobretudo pela dificuldade que é modelar esse tipo de obrigação e precificá-la adequadamente ou (ii) são investimentos decorrentes de inovações tecnológicas, naturalmente imprevisíveis, mas necessárias para agregar confiabilidade na operação e conforto aos usuários na prestação dos serviços.[229]

A primeira hipótese é bem ilustrada pelas concessões mais antigas, nas quais as obrigações de investimentos para modernização (de equipamentos, tecnológica e da própria infraestrutura) do empreendimento não constavam originalmente dos contratos. Isso é especialmente verdade no caso de projetos *brownfield* em que a concessionária assumiu com o objetivo originário de apenas operar a infraestrutura e, com o passar do tempo, se viu obrigado a realizar vultosos investimentos para manter a capacidade de atendimento da demanda dos usuários. Esse déficit na modelagem de projetos, particularmente no setor ferroviário, é marcante no brasil, sobretudo nas concessões realizadas na década de 90.

Exemplos desse fenômeno são as concessões federais de ferrovias e as concessões metroviária e ferroviária de transporte de passageiros do Estado do Rio de Janeiro.[230] Licitados na década de 90, esses contratos não previam originalmente qualquer investimento por parte das concessionárias, como o aumento do número de trens ou mesmo a substituição do material rodante obsoleto, construção ou readequação de estações, obras de segregação da via para evitar conflitos urbanos, entre outros. Com o passar do tempo, ficou claro que seriam necessários novos investimentos para modernização – manutenção da atualidade dos serviços – como a aquisição de novos trens, a implantação de novos sistemas de sinalização e readequação de estações.

---

[229] Na visão da doutrina "*Atualidade relaciona-se com outro ângulo do conceito de eficiência. Dentro de certos limites, um serviço pode ser eficiente ainda que não seja moderno. Haverá um certo ponto de ruptura entre ausência de modernidade e eficiência. As necessidades dos usuários podem ser atendidas satisfatoriamente por meio de serviços prestados segundo técnicas ultrapassadas pela evolução científica. Mas a manutenção das técnicas anteriores, diante de contínuas inovações da ciência, tenderá a produzir ineficiência. O progresso tecnológico produz redução de custos e de tempo e ampliação de utilidades ofertáveis ao público. Mais ainda, de novas necessidades. Portanto, não adotar novas técnicas significa desatender às necessidades a ela relacionadas. Essa questão fica muito clara a propósito da transmissão de dados à distância"*. JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público, 2003, p. 306.

[230] É preciso contextualizar que esses contratos foram celebrados em período de dificuldades fiscais e que buscavam a desoneração do Governo Estadual dos seguidos *déficits* operacionais. Por isso, a urgência era a transferência da operação, mediante pagamento da maior outorga possível, a ser usada para pagar dívidas do Estado.

Ilustra o caso a renovação antecipada da Malha Paulista (ainda em negociação no momento de elaboração desse artigo) que prevê, dentre outros, a inclusão de novos investimentos na ferrovia como o "*aumento do trem-tipo, dos atuais 80 vagões para 120 vagões (...) modernização da linha tronco (...) modernização dos trechos operacionais dos ramais existentes e a recuperação dos trechos não operacionais*",[231] que são típicos investimentos da categoria atualização dos serviços.

Interessante notar que novos investimentos para manutenção da atualidade dos serviços têm sido incluídos por meio de aditivos aos contratos de parceria, muitas vezes, sem essa alcunha, isto é, sem qualquer referência que sugira tratar-se de novos investimentos.[232] Dada a essencialidade e inerência desses investimentos ao empreendimento, esse fenômeno não causa estranheza. Porém, rigorosamente, está-se diante de novos investimentos e, portanto, de alteração contratual que, ao menos em tese, deveria ser objeto de reflexão acerca da sua pertinência e amplitude qualitativas (mas não quantitativa já que, conforme defendido acima, esses limites não deveriam ser aplicáveis aos contratos de parceria). Essa discussão será retomada no item 0.

Já como exemplo da hipótese de novos investimentos para atualização dos serviços que têm como escopo inclusão de inovações tecnológicas, vale mencionar o setor de telecomunicações, que sofreu (e vem sofrendo) profundas alterações em decorrências de novas tecnologias. As principais concessões no setor de telecomunicação – as de serviço telefônico fixo comutado – já perderam grande parte de sua relevância hoje. Outro exemplo são os investimentos para adaptação das praças de pedágio em rodovias concedidas aos mecanismos de pagamento da tarifa por meio de *tags* eletrônicos.

2.1.1. O problema das obrigações genéricas de manutenção da atualidade

Antes de avançar às demais categorias, porém, é preciso distinguir esses novos investimentos das obrigações genéricas de manutenção da *atualidade* dos serviços

[231] Conforme voto DWE - 058, de 29 de agosto de 2018, que consta do Processo nº 50500.310500/2015-89, disponível em http://www.antt.gov.br/backend/galeria/arquivos/2018/09/04/Voto_DWE_0582018.pdf

[232] Esses investimentos não devem ser confundidos com o dispêndio relevante e periódico em manutenção mais pesada, que ocorre em vários negócios.

concedidos, conforme disposto no art.6º §2º da Lei 8.987/95,[233] sempre que não houver menção expressa à preservação do equilíbrio contratual.

É comum contratos preverem genericamente a obrigação das concessionárias de manterem a atualidade dos serviços, sem especificar, contudo, no que consiste essa exigência, nem preverem que essas obrigações devem ser objeto de revisão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Isso era recorrente nos contratos celebrados na década de 90[234] mas até os contratos mais modernos ainda insistem numa linguagem abstrata, que não traduz obrigações claras para a concessionária. A título ilustrativo veja-se a redação utilizada no contrato de concessão das rodovias do Centro Oeste Paulista:[235]

> *"15.1 A CONCESSIONÁRIA deverá observar a atualidade na execução das obras e serviços objeto deste CONTRATO, caracterizada pela modernidade dos equipamentos, das instalações e das técnicas da prestação dos serviços de operação e manutenção do SISTEMA RODOVIÁRIO, com a absorção dos avanços tecnológicos advindos ao longo do PRAZO DA CONCESSÃO, inclusive no que se refere à sustentabilidade ambiental, que agreguem valor e representem benefícios e qualidade aos serviços concedidos, elevando o nível dos serviços oferecidos aos USUÁRIOS."*

O que significa "*modernidade dos equipamentos das instalações e das técnicas da prestação dos serviços*"? Será que se optou por essa linguagem de forma deliberada, para compreender na cláusula toda e qualquer novidade que o concedente queira incluir na concessão, sem que a concessionária tenha direto de pleitear o reequilíbrio contratual?

---

[233] Que dispõe que "*A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço*."

[234] Por exemplo, o contrato de concessão de serviço público de transporte ferroviário de passageiros do Estado do Rio de Janeiro, que prevê na cláusula quarta: "Os SERVIÇOS objeto da CONCESSÃO de que trata o CONTRATO ora aditado deverão ser prestados pela CONCESSIONÁRIA de forma a assegurar a sua boa qualidade e segurança, satisfazendo, durante toda a vigência da CONCESSÃO, as condições de regularidade, continuidade, eficiência, conforto, segurança, atualidade tecnológica, generalidade e cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas." (Oitavo Aditivo). Disponível em http://www.agetransp.rj.gov.br/web/guest/contratos?_contratos_WAR_agetranspportlet_concessionaria=Supervia

[235] Disponível em https://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Documento/Download?codigo=26369

Independentemente das motivações subjacentes, cláusulas com esse tipo de linguagem esclarecem nada ou muito pouco acerca das reais obrigações da concessionária relativas à manutenção da atualidade dos serviços. Pior, tem o condão de gerar incentivos perversos e atrair licitantes que vislumbrem nessa linguagem fluida espaço para questionar obrigações.

Curioso observar que o mesmo contrato prevê, na sequência, que na "*verificação da atualidade dos serviços prestados, a ARTESP levará em consideração o atendimento satisfatório pela CONCESSIONÁRIA dos INDICADORES DE DESEMPENHO estabelecidos pelo ANEXO III e suas eventuais revisões.*"[236] Parece, então, que as obrigações de manutenção da atualidade cingem-se à observância dos indicadores de desempenho contratual que, por já serem obrigação da concessionária, a rigor, em nada acrescentam aos encargos contratuais. Seria um tipo de retórica contratual?

Exigir a 'manutenção da atualidade' sem determinar de que forma e mediante execução específica de quais obrigações ou atingimento de quais parâmetros específicos de desempenho, e sem prever que essas obrigações serão objeto de recomposição do equilíbrio contratual, tem, na prática, o efeito de atribuir o conteúdo dessa obrigação ao total arbítrio do concedente, o que faz da cláusula nula.[237] Nesses termos genéricos e que não asseguram à concessionária o equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato, a cláusula é puramente potestativa e, portanto, a obrigação não é oponível à concessionária.[238]

Por outro lado, quando o contrato de parceria deixar claro em que consiste a obrigação de manter a atualidade dos serviços, conferindo diretrizes e especificações que permitam aos licitantes dimensionar as obrigações, então estar-se-á diante de investimentos contingentes para manutenção da atualidade dos serviços (que podem ter sido precificados na origem ou não).

Também investimentos contingentes para expansão da infraestrutura (conforme descritos no item 0) podem se enquadrar como investimentos para 'manutenção da

[236] Cláusula 15.1.2.
[237] Nos termos do artigo 122 do Código Civil, "*São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes*."
[238] A cláusula puramente potestativa é aquela cujo conteúdo é de tal forma indeterminado que a sua execução dependeria do completo arbítrio de uma das partes (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 480-481. v. I.).

atualidade',[239] porém, na visão deste trabalho, se o novo investimento decorre da necessidade de manutenção da atualidade dos serviços, deve ser enquadrado nessa categoria e não como expansão de infraestrutura propriamente dita.

Por fim, apenas na ausência de previsão contratual ou na presença de previsão genérica e inespecífica, as exigências de manutenção da atualidade dos serviços serão, rigorosamente, novos investimentos.

2.2. Novos investimentos prementes

A segunda categoria contempla os novos investimentos prementes ou emergenciais, necessários para prestação dos serviços. Essa categoria é provavelmente a mais abrangente das três, uma vez que contempla desde novos investimentos verdadeiramente urgentes até investimentos que são prementes porque essenciais à prestação contratual, mas que não foram incluídos no escopo original do contrato.

Como exemplo de novo investimento emergencial, vale mencionar o caso da PPP de Ampliação do Sistema Produtor Rio Manso, responsável pelo abastecimento de água da Região Metropolitana de Belo Horizonte, em Minas Gerais.[240] Em 2015, no auge da crise hídrica[241] e diante do risco de desabastecimento da Região Metropolitana de Belo

---

[239] Assim é o entendimento de Mauro Roberto Gomes de Mattos: "*Nesse conceito (serviço adequado), também [inclui-se] a necessidade de modernização das técnicas, dos equipamentos e das instalações, bem como a melhoria e expansão do serviço (art. 6º, §2º). A expansão do serviço em determinados casos é imperiosa, pois a atualidade e modernidade não permitem a estagnação do serviço, que com o passar do tempo tem que se adequar às necessidades dos usuários. É claro que a expansão não poderá desnaturar a concessão obtida através da concorrência pública, ou seja, ela não poderá revelar um serviço novo, que deveria ser submetido a nova licitação.*" O Contrato Administrativo, 2002, p. 219.

[240] As informações sobre o projeto podem ser encontradas em http://www.ppp.mg.gov.br/sobre/projetos-de-ppp-concluidos/ampliacao-do-sistema-rio-manso

[241] A gravidade da situação hídrica foi institucionalmente registradas nas Portarias 13, 14, 15, todas de 2015, do Instituto Mineiro de Gestão das Águas – IGAM: "Art. 1º. Fica declarada a situação crítica de escassez hídrica superficial na porção hidrográfica localizada a montante das coordenadas geográficas latitude 19°55'08''S e longitude 44°10'08''W, abrangendo o reservatório Vargem das Flores e sua bacia de contribuição, conforme mapa constante no Anexo Único desta Portaria.

Art. 2º. A declaração de situação crítica de escassez hídrica na porção hidrográfica em questão justifica-se pelas seguintes características:

I. Diminuição das precipitações observadas nos últimos biênios;

II. II. Situações de conflito entre a demanda e a disponibilidade hídrica;

III. III. Risco real de desabastecimento na Região Metropolitana de Belo Horizonte - RMBH, tendo em vista que a captação da água no reservatório Vargem das Flores se dá para fins de abastecimento público;

IV. IV. Insuficiência de suprimento até o fim do período seco para abastecimento de água da população atendida pelo sistema Paraopeba, do qual o reservatório Vargem das Flores é integrante;

Horizonte, concedente e concessionária celebraram aditivo ao contrato de PPP para construção de nova adutora para captação de água no Rio Paraopeba, como alternativa hídrica.[242]

Já como exemplo de novo investimento premente por escopo não previsto originalmente no contrato, cita-se a PPP para construção e operação do Centro Administrativo do Distrito Federal, destinada a abrigar cerca de quinze mil servidores dos órgãos centrais da Administração Direta, Fundacional, de Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista do Governo do Distrito Federal.[243] O projeto, à época de sua licitação, não contemplou no escopo da concessionária a aquisição e instalação de mobiliário, o que seria, naturalmente, essencial para fruição do espaço pelos servidores. Como consequência, quando o empreendimento foi concluído, não pode ser ocupado, especialmente pela ausência desse mobiliário para receber os servidores que se instalariam nos imóveis da PPP. [244] Cogitou-se então incluir tais mobiliários como novos investimentos, o que acabou não se concretizando.

A situação de urgência, nesses casos, manifesta-se pelos riscos ao Poder Público e usuário inerentes à demora na realização desses novos investimentos via nova licitação (quando viável tecnicamente). Isto é, há circunstâncias nas quais "*time is of the essence*" e a não execução daquele investimento em determinado prazo pode gerar desde consequências desastrosas à população – como a supressão do abastecimento de água no exemplo da nova adutora mencionado acima – quanto um custo irracional e desnecessário ao Poder Público – como no caso do centro administrativo, hipótese em que a não ocupação

---

V. V. Dificuldade de regularizar a vazão residual para garantir a conservação do recurso hídrico para as porções a jusante; e,

VI. VI. Necessidade de tomada de ações visando o atendimento ao disposto no artigo 9º da Deliberação Normativa CERH/MG n.º 49/2015" (Portaria 15/2015).

[242] Conforme notas explicativas às demonstrações financeiras da Companhia de Saneamento de Minas Gerais (2015), publicadas no Diário Oficial do Estado de Minas Gerais de 11.03.2016: "*Em 03 de junho de 2015, a COPASA e a Odebrecht Ambiental - Rio Manso S.A. assinaram termo aditivo ao referido contrato de PPP para a realização de obras destinadas à captação de água bruta do Rio Paraopeba para tratamento na ETA Rio Manso (Estação de Tratamento de Água). visando garantir a capacidade de produção de água destinada ao abastecimento da Região Metropolitana de Belo Horizonte*." Disponível em https://www.jusbrasil.com.br/diarios/111242021/doemg-executivo-11-03-2016-pg-64

[243] Informações disponíveis em http://www.fazenda.df.gov.br/area.cfm?id_area=1319

[244] Sobre a falta de mobiliário urbano no projeto ver 11.6.2. do Relatório de Auditoria Especial N.º 01/2017 - DINPC/COAPP/COGEI/SUBCI/CGDF, disponível em http://www.cg.df.gov.br/wp-conteudo/uploads/2018/02/65.pdf

do local pelo concedente significaria continuado dispêndio com alugueis para manutenção de seus servidores em outros imóveis até que nova licitação para aquisição de mobiliário fosse realizada.

Reconhece-se, não obstante, que o conceito de emergencial tem carga subjetiva, pois leva em conta questões fáticas e circunstanciais que dificultam a conceituação de caráter geral. Especialmente, é preciso distinguir emergências em que não é possível responsabilizar alguém, das 'emergências criadas', nas quais é possível identificar a conduta, geralmente omissiva, de algum agente por trás da criação da emergência. Nesse último caso, a narrativa emergencial para inclusão de novos investimentos não deve ser usada para viabilizar alteração contratual que seria ilegítima.

2.3. Novos investimentos para expansão de infraestrutura

Por fim, a última categoria engloba os novos investimentos para expansão da infraestrutura de parcerias. Em reforço: é preciso não confundir essa categoria com as expansões já previstas em contrato enquanto investimentos contingentes, conforme discutido no item 0.

Novos investimentos para expansão de infraestrutura surgem, mais comumente, (i) em circunstâncias nas quais concedente e/ou concessionária avaliam que o empreendimento é exitoso, tanto da perspectiva do interesse público/usuário quanto do privado, e merece considerações quanto à sua expansão, que pode ocorrer no bojo do contrato já existente ou no contexto de nova licitação e (ii) para o atendimento de demandas específicas da sociedade afetada por determinado empreendimento como, por exemplo, a construção de novas alças de acesso ou passarelas no âmbito de concessões rodoviárias ou a extensão de linha férrea para atender certa localidade em concessões ferroviárias.

Talvez os melhores exemplos do primeiro caso sejam as parcerias público-privadas (PPP) no setor social, como educação, habitação e saúde. É notório como essas concessões administrativas revolucionaram a prestação de serviços sensíveis à população que são historicamente prejudicados pela ineficiência do setor público.

Para exemplificar, vale citar a PPP de Escolas do Município de Belo Horizonte/MG, que foi celebrada em 2012 e teve como escopo originário a construção e

administração (manutenção das instalações elétricas e hidráulicas, segurança, limpeza, sustentabilidade ambiental e compra de mobiliário) de 37 unidades escolares ao longo de 20 anos. Posteriormente, em 2014, o contrato de PPP foi alterado para inclusão de 14 novas unidades.[245] Estudo que avaliou o impacto do projeto constatou que:

> *"Foi observado que a PPP possibilitou a construção de UMEIs em menos tempo e com um menor risco de atraso. De fato, o tempo médio de construção das unidades na PPP foi quase a metade do realizado por obra pública e enquanto 79% das unidades tradicionais foram entregues fora do prazo contratado de 13 meses, nenhuma unidade de PPP foi entregue acima deste prazo. Além disso, a PPP permitiu superar as limitações existentes no modelo tradicional, conseguindo aumentar a escala do programa de expansão da rede de educação infantil. Foi possível observar na PPP uma capacidade de entrega de UMEIs por ano superior ao que vinha sido obtido historicamente com o modelo tradicional." (...) "Em relação ao impacto na operação das UMEIs, a pesquisa mostrou que na PPP os diretores têm mais tempo para focar nas atividades pedagógicas, pois gastam menos tempo na gestão dos serviços não pedagógicos. Adicionalmente, foi observada uma melhora expressiva nos serviços de manutenção das instalações físicas, tanto em termos de rapidez no atendimento como na qualidade final dos reparos. Resultado positivo foi encontrado também em relação à qualidade e disponibilidade de materiais de higiene, limpeza, lavanderia e rouparia fornecidos à escolar."(...)* "*a utilização de PPP gerou maior eficiência e escala na construção das UMEIs e, de forma geral, maior qualidade na sua operação.*"[246]

[245] Conforme Terceiro Termo Aditivo, disponível em http://pbhativos.com.br/arquivos/03-CONCESSOES-E-PPPS/03.3%20-%20PPP%20EDUCACAO/PPP%20Educacao/3TA%20PPP%20SMED%20assinado.pdf

[246] RODRIGUES, Bruno da Costa Lucas. Avaliação do impacto da utilização de parceria público-privada para a construção e operação de unidades municipais de educação infantil em Belo Horizonte. Dissertação

Ainda, novos investimentos para expansão da infraestrutura de concessões são comuns para atender demandas específicas de grupos sociais ou comunidades diretamente afetadas pelo empreendimento. Isso é especialmente recorrente no setor de transportes, a exemplo da inclusão de novo trecho rodoviário em concessão existente.[247] Particularmente no caso das concessões rodoviárias, as demandas por intervenções que se caracterizam como novos investimentos é tamanha que o Estado de São Paulo desenvolveu, para as concessões licitadas a partir de 2016, o 'SISDEMANDA', uma ferramenta específica "*para recebimento, processamento e priorização técnica de demandas, investimentos e melhorias propostas por cidadãos, entidades privadas e integrantes da ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, tornando-se canal exclusivo e apropriado para gerenciamento de tais demandas, não devendo ser confundindo com sistema de Ouvidoria ou Atendimento aos USUÁRIOS.*"[248]

Vale mencionar também, como exemplo de novos investimentos para expansão da infraestrutura de parcerias, as ampliações de ramais no âmbito das prorrogações antecipadas de ferrovias, regradas pela Lei Federal 13.448/2017.[249] Em agosto de 2018 a ANTT aprovou os estudos técnicos e documentos jurídicos da proposta de prorrogação antecipada do prazo de vigência do Contrato de Concessão Ferroviária da Malha Paulista,[250] que preveem a expansão da malha com duplicações e semi-duplicações.[251] No mesmo sentido, é público o pedido da concessionária Rumo Logística para ampliar a extensão da concessão da Malha Norte, o que representaria rigorosamente um novo investimento para expansão de infraestrutura.[252]

(mestrado) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa, 2015.

[247] Por exemplo, quando as concessionárias de rodovia assumem trechos sob responsabilidade do Poder Público, a exemplo do relatado na Nota Técnica nº 038/2015/GEINV/SUINF – ANTT, que se manifestou pela inclusão de novo trecho rodoviário na Concessão da BR 163/MT. Disponível em http://www.antt.gov.br/backend/galeria/arquivos/nota_tecnica_n__038_2015_geinv_suinf.pdf

[248] Conforme cláusula 24.5 e seguintes do Contrato de Concessão do Lote Centro Oeste Paulista do Estado de São Paulo. Disponível em *https://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Documento/Download?codigo=26369*

[249] Art. 6º A prorrogação antecipada ocorrerá por meio da inclusão de investimentos não previstos no instrumento contratual vigente, observado o disposto no art. 3º desta Lei.

[250] Deliberação nº 629, de 29 de agosto de 2018.

[251] Conforme voto DWE - 058, de 29 de agosto de 2018, que consta do Processo nº 50500.310500/2015-89, disponível em http://www.antt.gov.br/backend/galeria/arquivos/2018/09/04/Voto_DWE_0582018.pdf

[252] Ver Valor Econômico, *ANTT avalia pleito da Rumo de fazer extensão na Malha Norte* disponível em

3. Os limites qualitativos à mutabilidade dos contratos de parceria para inclusão de novos investimentos

No contexto de consolidação do entendimento acerca da inaplicabilidade dos limites quantitativos para a mutabilidade de contratos de parceria, com o advento do art. 22 da Lei 13.448/17, é da perspectiva dessas três categorias – (i) novos investimentos para atualização dos serviços, (ii) novos investimentos prementes e (iii) novos investimentos para expansão de infraestrutura – que faz sentido avaliar os contornos e parâmetros dos limites qualitativos para inclusão de novos investimentos em concessões e PPPs.

Adiante, as categorias (i) e (ii) serão tratadas conjuntamente e a (iii) de forma separada.

3.1. Novos investimentos para manutenção da atualidade dos serviços e investimentos urgentes

Essas categorias de novos investimentos devem ser confrontadas com os requisitos de legitimação da alteração contratual brevemente mencionados na introdução desse artigo: (i) *necessidade*, para o atingimento da finalidade – o interesse público – que motivou a contratação; (ii) *vinculação* ao objeto contratual; e (iii) *preservação* do equilíbrio contratual dos direitos do contratado. Como esse último requisito apenas pode ser avaliado diante das circunstâncias específicas do caso concreto, ele não será considerado nas reflexões adiante, embora seja pressuposto de legitimidade da alteração contratual nas parcerias.

No caso dos investimentos para atualização dos serviços, como visto acima, são obrigações inerentes ao escopo contratual que, geralmente, ou deveriam ter sido previstos inicialmente à época da licitação do projeto como investimentos contingentes e não o foram ou são investimentos decorrentes de inovações tecnológicas, naturalmente imprevisíveis, mas necessários para agregar confiabilidade na operação e conforto aos usuários na prestação dos serviços.

---

http://www.valor.com.br/empresas/5062218/antt-avalia-pleito-da-rumo-de-fazer-extensao-na-malha-norte

Justamente por essas características, exceto em casos excepcionais,[253] os novos investimentos para atualização dos serviços são, por sua própria natureza, necessários à prestação dos serviços, isto é, essenciais para alcançar o interesse púbico subjacente. Pode haver discussão técnica, inclusive da perspectiva de impactos fiscais para o ente concedente,[254] quanto ao melhor momento para inclusão desses novos investimentos e essa será inescapavelmente uma análise casuística. Contudo, não há dúvida sobre a aderência dessa espécie de novo investimento ao requisito da *necessidade*. De modo até mais intuitivo, é claro que os novos investimentos para manutenção da atualidade dos serviços estão vinculados ao objeto contratual, posto que não inovam quanto ao escopo das atividades que deles se beneficiarão. Assim, também está atendido, nesse caso, o requisito da *vinculação*.

De forma semelhante, os novos investimentos para enfrentamento de situações prementes, exceto nos casos em que a premência se deu de forma deliberada pela atuação desidiosa ou mesmo dolosa de agentes envolvidos, também, pela sua natureza, já se subsume ao pressuposto de *necessidade* e, nesse caso, até de forma mais evidente que na hipótese dos investimentos para atualização dos serviços, dado que a necessidade é a própria motivação do novo investimento e sem ele o interesse público subjacente à contratação estaria de todo comprometido. A ideia de premência aqui está intimamente conectada à noção de continuidade do serviço público.

Já em relação ao requisito de *vinculação*, aqui ele se verifica como pressuposto lógico do requisito de necessidade, na medida em que a necessidade só será atendida de houver plena vinculação do novo investimento ao objeto original do contrato. Ainda que o investimento seja em nova infraestrutura (como, por exemplo, o caso da construção da nova adutora mencionado acima), ou seja, não adjacente ao projeto original, se ele for necessário para enfrentar a situação de urgência, estará atendido o requisito de *vinculação*.

Em resumo, propõe-se que a inclusão de novos investimentos em contratos de parceria que se enquadrem nas categorias de *atualização dos serviços* e *atendimento de questões prementes* estão sujeitos à avaliação de mera conformidade, isto é, a um juízo

[253] Quando uma atualização dos serviços implicar na prestação de um novo serviço inteiramente.
[254] Nos casos das parcerias que contam com algum pagamento público.

simplificado de viabilidade jurídica, pela própria natureza desses novos investimentos. Esse juízo simplificado significa que, desde que esses novos investimentos sejam destinados efetivamente para manutenção da atualidade dos serviços ou para enfrentar situações urgentes, o próprio enquadramento nessas categorias já seria o crivo jurídico de pertinência qualitativa desses novos investimentos aos contratos em curso.

Isso não significa dizer que inexistem limites à mutabilidade contratual, em abstrato, nesses casos; mas sim que a própria natureza desses novos investimentos legitima a inclusão dessas obrigações nos contratos de parceria, pois pressupõe a subsunção aos requisitos de *necessidade* (para atingimento da finalidade que motivou a contratação) e *vinculação* (à natureza do objeto contratual e ao instrumento convocatório). No caso dos novos investimentos para atualização dos serviços pode-se ainda dizer que eles já integram o próprio objeto do contrato de parceria. A reflexão necessária, nessas hipóteses de inclusão de novos investimentos em parcerias, é tão somente de compatibilidade técnica e suficiência.

3.1.1. Análise de compatibilidade técnica e suficiência

A análise de compatibilidade técnica e suficiência é uma avaliação tanto da perspectiva do poder concedente quanto da concessionária.

Da ótica da concessionária, a análise de compatibilidade técnica deve identificar e definir de que forma – com quais equipamentos, abordagens, intervenções, soluções de engenharia, etc. - o objetivo perseguido com a inclusão de novos investimentos para atualização dos serviços ou atendimento de questões prementes é alcançado.

Por exemplo, no caso de atualização dos serviços de transporte metroviário em que se verifica a necessidade de substituição de material rodante obsoleto por novos equipamentos. Há no mercado, dependendo da tecnologia em questão, um conjunto de alternativas mais caras ou mais baratas, de qualidade geral superior ou inferior, para opção. De modo similar, é necessário um crivo sobre a suficiência desses novos investimentos, no caso, exemplificada pelo número de trens necessários ao transporte da demanda do modal. A princípio e salvo circunstâncias específicas (como novos investimentos em fim de contrato), faz sentido que as escolhas sobre compatibilidade técnica e suficiência sejam

fruto de consenso entre as partes[255] e que seja considerado, na decisão, o fato de que a concessionária será responsável pela manutenção e operação desses novos equipamentos.

Muito embora a avaliação de compatibilidade técnica e suficiência, em regra e na prática, seja feita posteriormente à decisão de inclusão do novo investimento, ela é importante para legitimar a alteração contratual da perspectiva dos limites qualitativos à mutabilidade dos contratos de parceria. Isto é, apenas serão legítimas as alterações contratuais para inclusão de novos investimentos visando à manutenção da atualidade dos serviços e o enfrentamento de situações prementes se tais investimentos forem adequados tecnicamente e suficientes para atender às necessidades do empreendimento. Isso busca proteger o empreendimento de acréscimos voluptuosos desnecessários ao atingimento da finalidade perseguida, tanto por parte do concedente quanto da concessionária.

Além disso, da perspectiva da concessionária, a análise de compatibilidade técnica e suficiência confunde-se com o requisito de legitimidade da alteração contratual associado à *preservação* do equilíbrio econômico-financeiro da parceria. Isso não significa apenas que o contrato deve ser reequilibrado; mas que ele deve ser reequilibrado tanto financeira quanto economicamente, sob pena de se promover um reequilíbrio incompleto.[256] No caso de reequilíbrio incompleto, defende-se que a concessionária poderia, inclusive, recusar a alteração contratual para inclusão do novo investimento.[257]

---

[255] Essa é uma visão que busca temperar os chamados poderes exorbitantes da Administração Pública, que conferem prerrogativa de alteração unilateral dos contratos "*para melhor adequação às finalidades de interesse público*" (art. 58, I da Lei 8.666/93), à realidade complexa dos contratos de parceria, que requer mais interlocução e consensualidade entre partes para o verdadeiro atingimento do interesse público.

[256] "*Em várias situações entre nós, as regras sobre o reequilíbrio dos contratos e a forma como elas são aplicadas resultam em reequilibrar o contrato apenas economicamente (mas não financeiramente), ou apenas financeiramente (mas não economicamente). Isso significa que as regras e práticas criadas para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro são insuficientes para dar completa eficácia à distribuição de riscos contratuais. Em outras palavras, a atribuição pelos contratos de concessão e PPP de riscos a uma das partes não necessariamente exime as outras partes de todas as consequências gravosas de tais eventos. (...)*" RIBEIRO, Maurício Portugal; Reequilíbrios incompletos de contratos de concessão e PPP: reequilíbrio econômico (que não caracteriza reequilíbrio financeiro) e reequilíbrio financeiro (que não caracteriza reequilíbrio econômico). Artigo, novembro, 2015.

[257] "*Em conclusão, entendemos que, observados os demais limites qualitativos aplicáveis à mutabilidade contratual, o concessionário poderia opor-se à inclusão de novos investimentos, exceto no caso de reequilíbrio completo, isto é, tanto econômico quanto financeiro, do contrato de concessão*." ENGLER PINTO, Gabriela Miniussi; RIBEIRO, Maurício Portugal. Pode o concessionário se opor à imposição de novos investimentos em contratos de concessão e PPP? Em quais circunstâncias? Artigo, 2017.

Daí porque faz sentido, de acordo com as melhores práticas, exigir contratualmente um procedimento prévio de avaliação do novo investimento com o objetivo de permitir que as partes avaliem tanto das suas respectivas perspectivas quanto da ótica do próprio empreendimento se o novo investimento é compatível tecnicamente e suficiente, ou não - e o que seria preciso fazer para tanto.

Por fim, da ótica do poder concedente, a análise de compatibilidade técnica e suficiência volta-se sobretudo às preocupações de política pública associadas à modicidade tarifária (nos casos em que há remuneração por tarifa) e questões de ordem fiscal, quando a viabilidade do empreendimento (ou especificamente do novo investimento) depende do dispêndio de recursos públicos. Neste último caso, é fundamental que o concedente avalie o comprometimento fiscal que o novo investimento lhe acarretará, de modo que a legitimidade do novo investimento dependerá da aderência às regras de responsabilidade fiscal por parte do concedente e de mecanismos que assegurem o fiel cumprimento das obrigações por ele assumidas.

3.2. Novos investimentos para expansão de infraestrutura

A discussão é mais complexa quando a inclusão de novos investimentos decorre de hipótese prevista na categoria *expansão de infraestrutura*. Nesse caso e diferentemente das outras duas categorias, não há na largada subsunção aos pressupostos de *necessidade* e *vinculação.* E, não atendidos esses requisitos, não seria lícita a inclusão do novo investimento.[258] É preciso que a análise casuística, a partir de determinados critérios, indique a pertinência ou não da inclusão de determinado novo investimento em concessão visando à expansão de infraestrutura. Não obstante, importante lembrar que a própria Lei Federal 8.987/95 prevê a possibilidade de "*expansão do serviço*".[259]

[258] Ao tratar do requisito de vinculação, Carlos Ari Sundfeld afirma que "*seria ilícito incluir, entre as obrigações assumidas pela concessionária em virtude da licitação, encargo novo que se afigurasse desprovido de qualquer conexão com o objeto licitado. É o que ocorreria, por exemplo, se o poder concedente transferisse à concessionária de serviço público rodoviário o dever de construir escolas ou postos de saúde ao longo da rodovia.*" SUNDFELD, C. A; CÂMARA, J. A; SOUZA, R. P. Concessão de serviço público: limites, condições e consequências da ampliação dos encargos da concessionária. In: OLIVEIRA, Farlei Maritns Riccio (coord.). Direito Administrativo Brasil-Argentina: estudos em homenagem a Agustín Gordilho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

[259] Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. (...)

É necessário responder a perguntas como: (i) é viável tecnicamente haver dois operadores da mesma infraestrutura? Por exemplo, no caso de novos investimentos para expansão de infraestrutura metroviária[260] ou para ampliação de rodovias; (ii) qual a relação de custo-benefício de executar determinada expansão de infraestrutura em novo contrato? Quais os custos adicionais – as perdas de escala e escopo – de haver dois operadores de uma mesma infraestrutura (por exemplo, construção e operação de dois centros de operação e controle, disponibilização de duas equipes para manutenção, dois times executivos, etc.)?[261] Quais os ganhos (por exemplo, melhores serviços aos usuários ou utilização de melhores tecnologias indisponíveis no passado)? (iii) Qual é o cronograma para execução desses novos investimentos dentro ou fora da concessão existente? Ele é compatível para atendimento das demandas públicas subjacentes?[262]

Propositalmente, essas são questões que não abordam diretamente discussões jurídicas como seria, por exemplo, uma pergunta sobre a compatibilidade ou não de determinado novo investimento com o edital de licitação originário do projeto. Isso porque os crivos jurídicos, especialmente os pressupostos de *necessidade* e *vinculação*, serão respondidos a partir (ou seja, após) a discussão sobre as questões postas acima. Supor haver discussão jurídica independente das questões fáticas e técnicas relativas ao projeto específico é isolar o debate jurídico da realidade.

Para exemplificar, pensemos num caso hipotético de novos investimentos para expansão de concessão ferroviária. De um lado, há consenso quanto à necessidade de ampliação daquele determinado trecho que, suponhamos, vá conectar a concessão hipotética com outra malha ferroviária de relevância nacional e equacionar problema

---

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

[260] O Metro de São Paulo, por exemplo, tem três agentes distintos operando a mesma infraestrutura metroviária: a própria Companhia do Metropolitano de São Paulo, a Concessionária ViaQuatro e a Concessionária ViaMobilidade, sendo que essas últimas têm acionistas em comum.

[261] Essas reflexões dialogam, no âmbito da Teoria dos Mercados Incontestáveis, com o conceito de subaditividade dos custos, que se verifica quando os custos de um único produto são menores se produzidos numa determinada quantidade e em uma única firma. Sobre o tema ver BAUMOL,William J., PANZAR, John C., WILLIG, Robert D. Contestable markets and the theory of industry structure, Harcourt Brace Jovanovich, 1982.

[262] Essa pergunta contribui inclusive para avaliação de eventual enquadramento desse novo investimento na categoria de demandas prementes.

logístico relevante para o País no curto/médio prazo.[263] De outro, é preciso avaliar o que vale mais a pena: fazer esses investimentos no bojo da concessão existente ou no âmbito de novo contrato; isto é, em que medida a expansão da ferrovia na própria concessão atende aos requisitos de *necessidade* e *vinculação*? Para tanto, seria necessário responder às perguntas elencadas acima que dependem, naturalmente, das particularidades do caso específico. Contudo, não obstante o caráter casuístico do juízo de *necessidade*, é possível ilustrar com alguns exemplos como essa verificação se faria em situações hipotéticas.

No caso das concessões comuns, por exemplo, faz sentido considerar uma análise de viabilidade econômico-financeira do novo investimento enquanto empreendimento autônomo, já que o projeto não conta com recursos adicionais do Poder Público, ou seja, a concessionária é remunerado apenas pela receita tarifária. Isso significa elaborar um fluxo de caixa do projeto e avaliar se o valor presente líquido (VPL) desse fluxo é positivo ou negativo, considerando uma taxa de desconto que reflita os riscos do empreendimento. Sendo o VPL positivo, então o novo investimento tem viabilidade isoladamente e poderia, ao menos em tese e exclusivamente da perspectiva econômico-financeira, manter-se como uma concessão autônoma. Contudo, sendo o VPL negativo, então o novo investimento não teria viabilidade econômico-financeira isoladamente o que, por si só, já seria indicativo da inviabilidade de concessão comum autônoma do trecho.[264,265] Juridicamente, esse cenário corresponde à inviabilidade de competição, a justificar a inexigibilidade de licitação, nos

[263] Em oposição ao prazo que seria necessário para realizar esses investimentos no contexto de uma nova licitação, naturalmente mais extenso pelas próprias exigências inerentes ao processo licitatório contemplando, inclusive, a fase de confecção dos estudos de viabilidade necessários para o empreendimento.

[264] Embora sem fazer essa reflexão de ordem econômica, a doutrina chega a mesma conclusão: "*O segundo parâmetro geral que deverá ser observado nas alterações dos contratos administrativos está relacionado com a demonstração de que não é viável licitar de forma autônoma a alteração que se pretende introduzir no ajuste.*" BARROSO Luís Roberto, Concessão Rodoviária. Alterações no objeto do contrato: acréscimos de obras novas a pedido do Poder Público. Reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, possibilidade e limites. Parecer, abril de 2008. No mesmo sentido, "*também não podem ser objeto de inclusão na concessão original os encargos que, tomados isoladamente, admitam exploração econômica autônoma pelo sistema das concessões.*" SUNDFELD, C. A; CÂMARA, J. A; SOUZA, R. P. Concessão de serviço público: limites, condições e consequências da ampliação dos encargos da concessionária. In: OLIVEIRA, Farlei Maritns Riccio (coord.). Direito Administrativo Brasil-Argentina: estudos em homenagem a Agustín Gordilho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

[265] Não obstante, nada impede avaliar o projeto como uma concessão patrocinada ou mesmo como obra pública.

termos do art. 25 da Lei 8.666/93.[266] Nesse último caso, faria mais sentido, portanto, incluir o novo trecho no contrato de concessão original.[267]

Não se ignora que a confecção de fluxo de caixa descontado está longe de ser um trabalho de ciência exata, o que significa que a depender dos *inputs* do fluxo, inclusive da taxa de desconto utilizada, resultados os mais díspares podem surgir. Mesmo que haja plano de negócios para efeito regulatório do empreendimento original, é possível que os novos investimentos sejam reequilibrados por fluxo de caixa marginal. Aqui há discussão interessante: se o projeto originariamente era *brownfield*, a taxa de desconto considerava o risco de expansão e não necessariamente de novas implantações (*greenfield*). Nesse contexto, é razoável supor que a taxa de desconto do fluxo do projeto original não seja suficiente para remunerar o risco de nova implantação. Todos esses elementos precisam ser levados em conta pelo governo na confecção desses estudos.

Já o requisito de *vinculação* se manifesta, a partir das respostas às perguntas mencionadas acima, na identificação de elementos que evidenciem a compatibilidade operacional do novo investimento em expansão da infraestrutura. Aliás, se o novo investimento, mesmo que viável economicamente, não for viável de forma autônoma da perspectiva operacional, então estará legitimada a alteração contratual para inclusão do novo investimento.

Imagine-se os desafios operacionais, por exemplo, de uma concessionária responsável pela operação e manutenção de rodovia cujos investimentos para duplicação são licitados separadamente. Os problemas de interface e de disputa sobre quem é responsável por determinada atividade ou evento seriam bastante significativos e potencialmente inviabilizadores, na prática, da expansão como empreendimento autônomo.[268]

---

[266] Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: (...).

[267] Esse raciocínio foi desenvolvido pela ANTT no contexto da avaliação pertinência e legitimidade da construção e exploração do ramal ferroviária entre Rondonópolis/MT e Lucas do Rio verde/MT no âmbito da renovação antecipada da concessão da Malha Norte, conforme Parecer n. 01739/2016/PF-ANTT/PGF/AGU.

[268] É nesse sentido que as sugestões da Controladoria Geral da União, em relação à duplicação da BR 040, de que as obras de expansão poderiam ser conduzidas por licitação em apartado são pouco realistas. Vide nota de rodapé 221.

Ainda no requisito de vinculação, é importante avaliar a compatibilidade espacial do novo investimento em expansão de infraestrutura, a partir da identificação da área geográfica de interferência do empreendimento original. Por exemplo, faz sentido que as expansões rodoviárias e ferroviárias sejam em trechos contíguos às parcerias originais.

A inclusão de novos investimentos para expansão de infraestrutura deve também submeter-se à análise de compatibilidade técnica e suficiência descrita no item 0, especialmente no tocante à inserção de novas obras nas parcerias. Nesse contexto, destaca-se a farta discussão no TCU sobre a precificação de novos investimentos na forma de obras, na qual o tribunal critica a suposta falta de desconto nos valores dessas obras em relação ao preço teto definido pelos sistemas de preços públicos, quando calculado o reequilíbrio contratual para inclusão de novas obras.[269]

Por último, é preciso enfrentar o disposto no art. 175 da Constituição Federal que determina ao Poder Público a realização de licitação para delegar a prestação de serviços públicos por meio de concessão ou permissão. [270]

---

[269] Nesse sentido: "*Como a precificação das modificações contratuais é feita sempre a partir de preços de referência da Administração, ou seja, aqueles considerados como limite para as contratações públicas, estes novos investimentos possuem condições mais vantajosas para os concessionários, razão pela qual são reiterados os pedidos de inclusão destes novos investimentos. Verifica-se que a ANTT não tem levado em conta a vantagem conseguida durante o procedimento licitatório, bem como quaisquer limites para tais inclusões.*
Com isso, tem-se um modelo contratual sui generis na Administração Pública, com a existência de preços diferentes para um mesmo serviço. Ou seja, caso um serviço previsto inicialmente no contrato de concessão tenha que ser incrementado ao longo de sua vigência, os preços dos serviços marginais são calculados a partir de custos teto de referência da Administração Pública, em detrimento dos preços apresentados na proposta de negócios durante a licitação.
E esta peculiaridade tem exigido da ANTT a realização de atividades não previstas para uma agência reguladora, como a análise mais aprofundada dos novos projetos para o estabelecimento dos seus custos, a elaboração de orçamentos de referência, a fiscalização destas obras (de modo que atendam aos parâmetros de projeto), entre outras atividades características do DNIT, nos termos da Lei 10.233/2001. E isso ocorre mesmo para os casos em que obras e serviços já estão previstos no PER e têm suas quantidades aumentadas ao longo da vigência do contrato.
Exatamente esta metodologia utilizada pela ANTT, formalizada a partir da alteração feita na Resolução 3.651/2011, no ano de 2014, tem o potencial de ocasionar distorções nas revisões tarifárias das concessões vigentes, como é o caso em análise na presente representação." TCU, Acórdão nº 290/2018, Plenário, Data da Sessão: 21/2/2018.

[270] Segundo a doutrina, a licitação "*constitui um princípio instrumental da realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público*". José Afonso da Silva, Comentário Contextual à Constituição, 8ª ed., São Paulo, Malheiros, 2012. Como crítica a esse posicionamento vale mencionar a posição de Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho: *"A CF, no art. 175, não criou o dever de licitar concessões e permissões em geral, mas única e exclusivamente aquelas que envolvessem a prestação de serviços púbicos. Para ficar em apenas um exemplo, não se extrai do texto constitucional o mandamento de que concessões de direito real de uso serão em regra outorgadas por meio*

Na linha do raciocínio desenvolvido até aqui, não cabe discutir a incidência do artigo 175 da Constituição Federal para os casos de novos investimentos que se enquadrem nas categorias de manutenção da atualidade dos serviços e de investimentos prementes, posto serem investimentos inerentes à consecução do contrato de parceria originário, intrínsecos ao próprio projeto. Eventual dúvida se coloca quando se está diante dos novos investimentos para expansão de infraestrutura, que pressupõem análise sobre em que medida seria viável e faria sentido licitar esses investimentos separadamente.

Nesse caso, defende-se que se atendidos os requisitos de *necessidade* e *vinculação*, na linha das reflexões feitas acima, a análise da exigência de prévia licitação se torna desnecessária porque, ao se responder às questões sobre necessidade e vinculação, estar-se-á, na prática, afastando a possibilidade de prévia licitação. Isto é, o novo investimento estará caracterizado como inerente à parceria originária e não como nova delegação, de que trata o art. 175. Não sendo nova delegação, não é o caso de incidência da exigência de prévia licitação.

4. Conclusões

O presente artigo discutiu os contornos do conceito de novos investimentos, os limites à mutabilidade dos contratos de parceria para inclusão de novos investimentos no curso da execução contratual e propôs uma sistemática para que tais limites sejam analisados à luz da finalidade desses novos investimentos, classificada em três categorias.

Para novos investimentos em *atualização dos serviços* ou com o objetivo de atender *situações emergenciais*, conforme explicado, concluiu-se não haver, da perspectiva jurídica, limites nem quantitativos nem qualitativos à mutabilidade contratual. Nesses casos, a análise de pertinência para inclusão dos novos investimentos deve ser tão somente de compatibilidade técnica e suficiência, posto que a própria natureza desses novos investimentos já pressupõe subsunção aos requisitos de *necessidade* e *vinculação.*

---

de licitação prevista no art. 37, XXI, inspirados, inclusive, em valores diversos ou mais abrangentes." Não se ignora, ainda, as controvérsias sobre o significado de "serviços públicos". Não obstante, *"uma coisa é certa: a concessão e a permissão a que se refere o art. 175 da CF não dizem respeito à delegação da prestação de qualquer tipo de serviço. Isso porque o próprio art. 174 (caput e incisos do seu parágrafo único) elenca algumas das características típicas dessa espécie de contrato*." Onde está o princípio universal da licitação?, in Carlos Ari Sundfeld e Guilherme Jardim Jurksaitis (orgs.). Contratos públicos e direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 19-38.

Em relação aos novos investimentos para *expansão de infraestrutura*, é necessária a análise de determinados critérios no caso concreto, detalhados acima, a fim de averiguar, então, o atendimento aos requisitos de *necessidade* e *vinculação* que delimitam juridicamente a alteração contratual nesse caso. Presentes esses requisitos, fica afastada a exigência de prévia licitação constante do art. 175 da Constituição Federal.

Evidentemente, essa reflexão teórica precisa ser alinhada a eventuais disposições contratuais que regulem o tema da inclusão de novos investimentos. Se o próprio contrato dispõe acerca de determinados limites, quantitativos e/ou qualitativos, eles devem ser observados, ainda que as regras contratuais guardem pouca relação com a lógica proposta neste trabalho.[271]

Não obstante, o ideal é que a modelagem contratual convirja para refletir a sistemática proposta para definição dos limites à mutabilidade contratual, de modo que teoria e prática se alinhem na condução de tema sensível à execução dos contratos de parceria.

Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. **Alteração dos contratos de concessão rodoviária**. In: Brasil-Argentina: estudos em homenagem a Agustín Gordillo. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BAUMOL,William J., PANZAR, John C., WILLIG, Robert D. **Contestable markets and the theory of industry structure**, Harcourt Brace Jovanovich, 1982.

[271] Por exemplo, o contrato de concessão rodoviária da Entrevias (Estado de São Paulo) definiu limites quantitativos específicos para inclusão de novos investimentos. Veja-se: "24.2. Os novos investimentos, não previstos inicialmente no PLANO ORIGINAL DE INVESTIMENTOS, e eventualmente implementados em função do conjunto de ciclos de REVISÃO ORDINÁRIA, não poderão, em seu conjunto, acarretar revisão do PRAZO DA CONCESSÃO que enseje o acréscimo de prazo superior a 15 (quinze) anos e/ou supere, em seu conjunto, o montante de 15% (quinze por cento) do montante inicial total de investimentos sob a responsabilidade da CONCESSIONÁRIA, de acordo com os valores e marcos de obra definidos no ANEXO XXI.
24.2.1. Os investimentos limitados ao valor de 15% do montante inicial, descritos na cláusula 24.2, apenas serão obrigatórios se a avaliação da hipótese de sua realização não apontar para a queda da nota de classificação de risco obtida pela concessão, ou, no caso de nova emissão de valores mobiliários ou obtenção de nova dívida bancária, a eventual consequência não seja nota inferior àquela obtida pela emissora ou mutuária original, sendo que esta nota, em escala nacional, será emitida pela Fitch ou, em escala equivalente, pela Standard and Poor's (S&P) ou Moody's.
24.2.2. O limite de valor apresentado no item 24.2. poderá ser superado, mediante justificativa própria e desde que previamente anuídos pela ARTESP com consentimento da CONCESSIONÁRIA, além de, quando o caso, dos FINANCIADORES e GARANTIDORES da CONCESSIONÁRIA."

CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. **Contrato Incompleto**: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo. *REVISTA DIREITO GV*, São Paulo, 2014.

ENGLER PINTO, Gabriela Miniussi. A revolução silenciosa: o fim dos limites à mutabilidade dos contratos de concessão. **Revista Colunistas - Direito do Estado**, Rio de Janeiro, RJ, 28 jul. 2017.

GARCIA, Flávio Amaral. Mutabilidade nos contratos concessionais: aspectos endocontratuais e procedimentais. *In* **O Direito Administrativo na Atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles** (1917-2017) defensor do Estado de Direito. Malheiros, 2017.

HART, Oliver. Incomplete Contracts and Public Ownership: remarks, and an application to public-private partnerships. 2003. **The Economic Journal**, Vol. 113, No. 486, Conference Papers (Mar., 2003), pp. C69-C76;

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**, 2003, p. 306.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O Contrato Administrativo**, 2002.

MOREIRA, Egon Bockmann. ***Direito das concessões de serviço público***. São Paulo: Malheiro, 2010;

NÓBREGA, Marcos. **Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, abr./jun 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PINTO, Gabriela Miniussi; RIBEIRO, Maurício Portugal. **Pode o concessionário se opor à imposição de novos investimentos em contratos de concessão e PPP? Em quais circunstâncias?** Artigo, 2017.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **Reequilíbrios incompletos de contratos de concessão e PPP: reequilíbrio econômico (que não caracteriza reequilíbrio financeiro) e reequilíbrio financeiro (que não caracteriza reequilíbrio econômico)**. Artigo, novembro, 2015.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. Alteração de Contratos de Concessão e PPP por Interesse da Administração Pública – Problemas Econômicos,

Limites Teóricos e Dificuldades Reais. **Revista de Contratos Públicos** – RCP. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, set. 2012/ fev. 2013.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. Atlas, 2011.

RODRIGUES, Bruno da Costa Lucas. **Avaliação do impacto da utilização de parceria público-privada para a construção e operação de unidades municipais de educação infantil em Belo Horizonte**. Dissertação (mestrado) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa, 2015.

SILVAM José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**, 8ª ed., São Paulo, Malheiros, 2012.

SUNDFELD, C. A; CÂMARA, J. A; SOUZA, R. P. Concessão de serviço público: limites, condições e consequências da ampliação dos encargos da concessionária. In: OLIVEIRA, Farlei Maritns Riccio (coord.). **Direito Administrativo Brasil-Argentina: estudos em homenagem a Agustín Gordilho**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SUNFELD, Carlos Ari; Guilherme Jardim Jurksaitis (orgs.). **Contratos públicos e direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Pareceres: direito administrativo contratual**, Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DESAFIOS PARA A PRESERVAÇÃO DAS EMPRESAS NO CENÁRIO PÓS LAVA JATO

Luciana Levy[272]

Lucas Cherem de Camargo Rodrigues[273]

Introdução

Nos últimos seis anos, no período de 2012 a 2018, o setor de Infraestrutura brasileiro vivenciou desde a euforia do mercado, com pesados investimentos na área para compensar o atraso de muitas décadas, até uma grave crise, devido à recessão da economia e os fatos desvelados pela denominada "Operação Lava Jato", envolvendo os principais *players* do setor, que, somados, resultaram em um imenso "pé no freio" e retrocesso para a infraestrutura do país.

Com cinco anos de duração até o momento, a Operação Lava Jato é considerada a maior ação de combate à corrupção da história no país, pois rompeu muitos paradigmas - de impunidade, especialmente - e impactou diretamente os principais conglomerados empresariais fortemente atuantes no setor de Infraestrutura que tiveram, em maior ou menor grau, envolvimento nos fatos desvelados.

Neste contexto, além das crises econômicas e no setor, as empresas envolvidas passaram a enfrentar uma grave crise interna sem precedentes, com um turbilhão de acontecimentos e circunstâncias jamais antes imaginadas, assistindo à prisão de importantes executivos, buscas e apreensões em suas sedes, investigações minuciosas e bloqueio de bens de pessoas físicas e jurídicas, quebras de sigilo bancário, além de credibilidade e imagem profundamente abaladas.

Diante desse novo cotidiano de profundo stress, com forte participação midiática e pressão popular, essas empresas, sentindo na pele a mudança de paradigma e a necessidade – e até oportunidade – de fazer parte dessa "guinada", viram-se na mais severa busca pela sobrevivência, muitas delas optando por uma solução consensual com as autoridades, por

[272] Advogada, com atuação em projetos de infraestrutura, Presidente da Comissão de Infraestrutura e Desenvolvimento Econômico da OAB/RJ no período de 2013 a 2018.
[273] Advogado, especialista em Direito Público.

meio da celebração de acordos de leniência. Da mesma forma, muitos dos executivos celebraram acordos de delação premiada com as autoridades competentes. No mesmo compasso, todas as empresas obrigaram-se a reformular seus processos internos, rompendo paradigmas de uma cultura de negócios que não tem mais lugar no momento atual do país.

Não se pretende neste artigo fazer uma análise exaustiva de todos os aspectos enfrentados pelas empresas do setor durante o desenrolar da Operação Lava Jato e na nova realidade do país, até porque para isso seria indispensável uma análise caso a caso, levando em consideração as particularidades de cada empresa, de cada fato envolvido e de cada acordo firmado.

O enfoque deste artigo será em três pontos de dificuldades que foram e têm sido enfrentadas pelas empresas e que consideramos relevantes para a sua preservação e continuidade.

Tais pontos guardam relação com medidas legislativas, judiciais e administrativas que afetam diretamente as empresas envolvidas. São eles: (i) a insegurança jurídica na celebração do acordo de leniência, (ii) as decisões do Poder Judiciário no contexto da Operação Lava Jato, e (iii) a paralisia decisória do Direito Administrativo.

1. Impactos da Operação Lava Jato nas empresas do setor de infraestrutura - Contexto

Deflagrada a Operação Lava Jato, as empresas que tiveram seu envolvimento apontado pelas investigações sentiram imediatamente o reflexo no mercado de capitais, tanto nos entraves para a obtenção de financiamentos - seja para elas mesmas, seja para os projetos por elas desenvolvidos - como na revisão dos ratings pelas agências internacionais de classificação de risco, colocando em dúvida a capacidade das empresas de honrar com as obrigações financeiras correntes.

As instituições financeiras aumentaram os requisitos de *compliance* e pacote de garantia das dívidas exigidos e, diante da impossibilidade de cumprimento dessas novas exigências por parte das empresas, passaram a negar-lhes novos recursos. Sem recursos, em pouco tempo as dívidas já existentes deixaram de ser honradas, surgindo a necessidade de renegociação para evitar um efeito cascata.

Como consequência, projetos recém conquistados e em fase inicial foram paralisados – senão devolvidos – pelos vencedores dos certames. Também ganhou força a renegociação de contratos, onde cabível, e a venda (em atacado) de ativos (com enorme depreciação no valor). Este passou a ser o roteiro das empresas envolvidas nos fatos que vieram à tona, na tentativa de ganhar alguma liquidez e tentar se reerguer. Além disso, pleitos de recomposição do equilíbrio econômico financeiro dos contratos em curso aumentaram sobremaneira, no contexto da forte recessão econômica e crise no setor.

Com efeito, assistimos a uma crise gravíssima de credibilidade para as referidas empresas, levando-as a um cenário de extrema dificuldade de acesso ao crédito, elas que já operavam com pouca liquidez, alavancadas e comprometidas com projetos de capital intensivo que dependiam de aporte de recursos ou de financiamentos.

Some-se a isso as altas taxas de juros e as poucas fontes de financiamento dos projetos de infraestrutura, quase todos restritos à linhas de bancos de fomento como BNDES e Caixa Econômica Federal, um problema já conhecido do setor, mas que agravou a situação em momento tão delicado. Isso sem falar em bancos internacionais que, declaradamente, deixaram de financiar projetos de empresas envolvidas na Operação Lava Jato.

Ademais, as agências de classificação de risco rebaixaram e continuam rebaixando as notas de empresas antes consolidadas no mercado, considerando a rigidez (ou falta dela) dos seus padrões de governança, e sua capacidade de honrar os compromissos financeiros assumidos, o que torna mais difícil e mais cara a obtenção de crédito à empresa cuja nota tenha sido rebaixada.

Não bastasse tudo isso, o governo, principal investidor no setor de infraestrutura, com o cenário de crise, decidiu suspender tais investimentos.

Todos estes fatores resultaram em obras paralisadas, projetos com grandes dificuldades financeiras, descumprimento de obrigações contratuais, pedidos de recuperação judicial, e muitas disputas entre empresas acionistas e entre entes públicos e privados, o que também acabou por afastar novos investimentos no setor.

Nos projetos que ainda reuniam condições de continuidade, passou-se a enfrentar uma paralisia nas decisões dos agentes públicos, prejudicando sobremaneira o andamento de tais projetos, conforme será abordado mais adiante.

Foram criadas na legislação medidas urgentes, como a possibilidade de prorrogação antecipada e de devolução amigável das concessões e a possibilidade de relicitação, conforme disposto na Lei 13.448/17. No entanto, apesar de tais medidas terem sido bem recebidas pelo setor, quase dois anos depois do início da vigência da referida lei, a imprescindível regulamentação ainda está parada, com o respectivo Decreto engavetado. A Lei então deixou de cumprir sua principal finalidade, que era a de dar soluções céleres aos casos mais críticos, evitando paralisações de obras, recuperações judiciais de empresas e extinções litigiosas de concessões e PPPs.

Neste cenário difícil, as empresas envolvidas nos fatos desvelados pela Operação Lava Jato, no intuito de sobreviver e continuar a atuar no mercado de infraestrutura nacional, viram na celebração do acordo de leniência uma possibilidade de solução consensual com as autoridades competentes, para que, pagando por seus erros e cumprindo com as obrigações impostas pelas autoridades competentes, pudessem virar a página, preservando os projetos e ativos em andamento, assim como sua própria continuidade.

No entanto, as questões relativas à competência para celebração do acordo de leniência vêm causando grande insegurança jurídica às empresas que optaram por esta solução e celebraram o acordo.

2. Insegurança jurídica na celebração do acordo de leniência

Thiago Marrara define o acordo de leniência no processo administrativo sancionador como o "*ajuste entre certo ente estatal e um infrator confesso pelo qual o primeiro recebe a colaboração probatória do segundo em troca da suavização da punição ou mesmo da sua extinção. Trata-se de instrumento negocial com obrigações recíprocas entre uma entidade pública e um particular, o qual assume os riscos e as contas de confessar uma infração e colaborar com o Estado no exercício de suas funções repressivas.*"[274]

O acordo de leniência não é novo na legislação brasileira, mas consagrou-se recentemente como instrumento de solução consensual no âmbito do processo administrativo, para combate à corrupção, com a edição da Lei 12.846/13, a denominada

[274] MARRARA, THIAGO Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes In Revista Digital de Direito Administrativo, v. 2, n. 2, p. 509- 527, 2015. http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/99195/pdf_Marrara. Acessado em 02/02/2019.

Lei Anticorrupção, que trouxe a previsão de responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas por atos lesivos à Administração Pública.

Antes disso, o acordo de leniência era utilizado somente no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, no qual o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica – tem papel central, sendo certo que, nesta esfera, o instituto do acordo de leniência já atingiu maior grau de maturidade, estando consolidado, pois desde o ano 2000 foi introduzido na legislação aplicável à defesa da concorrência a possibilidade de celebração de acordo de leniência com pessoas físicas e jurídicas, com a confissão e colaboração na elucidação de fatos relativos a práticas contra a ordem econômica, em troca de redução ou extinção de penalidades aplicáveis aos infratores.

No âmbito da Lei Anticorrupção, a empresa que firma um acordo de leniência confessa o ilícito cometido e colabora de forma eficaz com as investigações em curso, identificando outras pessoas físicas e jurídicas envolvidas nos fatos, fornecendo informações e documentos relativos a tais ilícitos, tornando o processo conduzido pela autoridade competente mais fundamentado, com material probatório mais robusto, e permitindo que tal processo tenha um curso mais célere. Em troca, a empresa tem como benefício a mitigação das penalidades que lhe são aplicáveis em virtude do ilícito confessadamente cometido, com a isenção da sanção de publicação extraordinária da decisão condenatória, a isenção da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas, a isenção ou atenuação da proibição de contratação com a Administração Pública, e, por fim, a redução da multa imposta em até dois terços do valor.

No contexto da Operação Lava Jato, a possibilidade de mitigação de penalidades aplicáveis contra as empresas envolvidas, que muitas vezes é a única chance de sobrevivência de tais empresas, levou à escolha do caminho da celebração do acordo de leniência por muitas delas.

No entanto, existe uma questão que gera insegurança jurídica às empresas, que diz respeito à competência para celebrar o acordo de leniência.

Na Lei Anticorrupção, a questão da competência, tanto para instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa

jurídica, quanto para a celebração do acordo de leniência, está prevista em seus artigos 8º e 16 da Lei, que têm a seguinte redação:

> Art. 8º - A instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa.
>
> §1º A competência para a instauração e o julgamento do processo administrativo de apuração de responsabilidade da pessoa jurídica poderá ser delegada, vedada a subdelegação.
>
> §2º No âmbito do Poder Executivo Federal, a Controladoria-Geral da União - CGU terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento."

> Art. 16 – A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:
>
> I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e
>
> II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.
>
> §1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:
>
> I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;
>
> II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

> III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

Pela simples leitura dos dispositivos acima transcritos já se pode constatar o problema existente no que tange à competência para a condução do processo administrativo e celebração do acordo de leniência, eis que a Lei Anticorrupção não atribui tal competência a um único órgão específico, e sim à "*autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública*", fixando ainda a competência concorrente da Controladoria Geral da União no âmbito do Poder Executivo Federal.

O resultado é a possibilidade de inúmeras autoridades instaurarem, conduzirem o processo administrativo, e celebrarem o acordo de leniência, gerando enorme insegurança jurídica às empresas que temem – justificadamente – que a solução consensual firmada com uma autoridade não seja reconhecida pelas demais autoridades não signatárias do acordo, continuando, assim, tais empresas expostas a processos administrativos e judiciais.

Além da abrangência trazida pela Lei Anticorrupção, é fato que os dispositivos legais que versam sobre as medidas combativas à corrupção no Brasil não estão adstritos à Lei Anticorrupção supracitada, havendo dispositivos que versam sobre a matéria também na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei de Licitações, por exemplo.

A interpretação de todo este conjunto normativo nos leva a concluir que existe uma multiplicidade de órgãos e entidades públicas com competência e atribuição para adotar medidas de combate aos atos que violam a Lei Anticorrupção, em prol da proteção do patrimônio público, responsabilizando as pessoas físicas e jurídicas infratoras.

Nesse contexto de sobreposição de competências, o Ministério Público tomou a dianteira na interlocução com as empresas envolvidas nos fatos da Operação Lava Jato e celebrou acordos de leniência, com base nos dispositivos da Lei Anticorrupção. Celebrou também acordos de delação premiada com pessoas físicas, com base na Lei 9.807/99 e na Lei 12.850/13, a qual atribuiu, em seu artigo 4º §6º, a competência ao Ministério Público para a negociação e celebração dos acordos de delação premiada com as pessoas físicas investigadas.

Como é sabido, o acordo de leniência e o acordo de colaboração premiada possuem grande semelhança, já que ambos buscam aumentar a eficácia e a celeridade das investigações de atos ilícitos, culminando com a elucidação dos fatos e punição dos agentes responsáveis, em troca do abrandamento de penalidades aplicáveis à empresa ou ao colaborador, conforme aplicável.

Não obstante a responsabilização da pessoa jurídica prevista na Lei Anticorrupção, fato é que os atos ilícitos que violam a Lei Anticorrupção são praticados por pessoas físicas e, por isso, os relatos dos acordos de delação premiada dos executivos das empresas geralmente compõem a base fática para o acordo de leniência com a pessoa jurídica. Isso gera inclusive um outro ponto de insegurança, no que tange à possibilidade de o acordo de delação premiada de uma pessoa física ser invalidado e a extensão do efeito disso no acordo de leniência celebrado pela mesma empresa.

A Advocacia-Geral da União (AGU), por seu turno, passou a contestar judicialmente os acordos celebrados pelo Ministério Público Federal sem a sua participação, com os quais a AGU não concordava, tendo sua tese prevalecido judicialmente. Para as empresas, a mensagem foi de insegurança e a certeza de que somente o acordo firmado com o Ministério Público não bastaria, havendo a necessidade de acordos paralelos com a AGU e o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU).

Em outra ponta, o Tribunal de Contas da União (TCU) também passou a questionar a competência do Ministério Público Federal e os acordos celebrados, adotando uma posição de fiscal e revisor dos acordos celebrados, defendendo a prerrogativa de alterar desconsiderar acordos de leniência firmados pelo Ministério Público Federal e homologados pela Justiça. Deste posicionamento resultam decisões proferidas pelo TCU que impactam sobremaneira as empresas, como por exemplo bloqueio de seus bens, quando há discordância do TCU com relação aos valores pactuados no acordo de leniência firmado.

Ademais, a empresa que firma o acordo de leniência continua exposta às sanções da Lei de Improbidade Administrativa, em razão da proibição nela contida de celebração de acordos ou qualquer tipo de transação envolvendo questões de improbidade administrativa. Apesar das intensas discussões em torno desta proibição (que chegou a ser revogada pela MP 703/15, que perdeu a vigência) e de posicionamentos como o da 5ª Câmara de

Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, que entende que o advento da Lei Anticorrupção promoveu a derrogação, ainda que tácita, da antiga vedação ao acordo de leniência na Lei de Improbidade Administrativa[275], fato é que há Tribunais em que prevalece o entendimento da proibição da transação, resultando na exposição das empresas que celebraram acordos de leniência às sanções decorrentes das ações de improbidade administrativa.

Frise-se, ainda, que o fato de o Ministério Público Federal ter firmado acordos de leniência não significa que os demais membros do Ministério Público Federal e dos Ministérios Públicos Estaduais estão vinculados a estes acordos. Diante da autonomia funcional dos membros do Ministério Público, cada um deles tem a faculdade de aderir ou não ao acordo firmado pelo Ministério Público Federal, cabendo às empresas, após a celebração do acordo, diligenciar e negociar com cada um destes entes para obter tais adesões.

Somente pelo exposto até aqui já se nota que a celebração de um acordo de leniência com o Ministério Público Federal é apenas o início de um árduo caminho a ser seguido pelas empresas. Não está sendo alcançado, portanto, o objetivo do instituto do acordo de leniência, que é de ser instrumento viabilizador da continuidade dessas empresas, para que elas possam virar a página e ter foco total em no desenvolvimento de seus negócios – e não na superação das brechas da lei – para sua sobrevivência.

É inegável o avanço trazido pela Lei Anticorrupção, ao prever o acordo de leniência como solução consensual no combate à corrupção, sendo o instituto, sem sombra de dúvida, um forte aliado para a preservação das empresas. Por outro lado, seu marco legal é claramente insuficiente, eis que traz muitas dúvidas no que tange à competência e, com elas, a insegurança jurídica. As dúvidas que acometem as empresas que desejam uma solução consensual vão desde a entidade com quem deve iniciar as negociações até a extensão da efetividade do acordo em si, após celebrado.

Evidentemente que o cenário mais seguro para tais empresas seria o de se ter todos os atores na mesa de negociação, mas não é tarefa fácil. Não há sequer convergência entre as instituições. Pelo contrário. O cenário atual é de total ausência de coordenação entre as

[275] Nota Técnica 01/2017 da 5ª CCR, disponível em http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf. Acesso em 05/12/18.

instituições e competição entre elas, com tentativas de desqualificar e invalidar trabalhos já desenvolvidos e acordos celebrados. E mais do que isso. Não há certeza sobre o posicionamento do Poder Judiciário após a celebração do acordo, sendo certo que, na hipótese de modificação ou invalidação do acordo em juízo, o longo tempo de negociações será perdido, voltando a empresa à estaca zero, mesmo após ter apresentado todas as informações que lhe cabia.

Como consequência a tamanha insegurança jurídica, as empresas acabam não tendo alternativa senão entabular negociações paralelas com os diversos órgãos públicos, para celebrar diversos acordos, tornando uma *via crucis* sem fim a busca pela garantia de respeito aos termos do acordo de leniência.

Essa ausência de alinhamento entre os órgãos acaba por fragilizar o instituto. Há empresas que estão optando pelo ajuizamento de ação judicial numa tentativa de que todos os agentes competentes sejam obrigados a participar do acordo, que seria neste caso firmado judicialmente, de forma a conferir maior segurança jurídica. Outras consideram a atratividade do acordo de leniência tão baixa pela ausência de garantia de respeito pelos demais órgãos que preferem se defender na Justiça.

Neste cenário de fragilidade do instituto do acordo de leniência, todos perdem. A sociedade perde duas vezes. Com a falta de estímulo das empresas para confessar seus crimes pela ausência de garantias de respeito ao acordado, perde-se a oportunidade de ressarcimento ao erário de forma eficaz e de elucidação de fatos ilícitos com celeridade. Perde também – e este é um ponto relevante para o setor de infraestrutura – porque não se dá a devida importância e prioridade à preservação da empresa, com a geração e manutenção de empregos, fomento da atividade econômica, geração de riquezas e pagamento de tributos.

3. Decisões do Poder Judiciário no contexto da Operação Lava Jato

Além da questão da insegurança jurídica causada pela sobreposição de competências, em decorrência do previsto na Lei Anticorrupção, as empresas envolvidas na Operação Lava Jato têm enfrentado desafios também na esfera judicial.

A Operação Lava Jato teve início em março de 2014 para investigar esquema de lavagem e desvio de recursos da Petrobras. Embora já tenha ganhado repercussão desde as

duas primeiras fases, especialmente em razão da prisão do ex-diretor de abastecimento da petroleira Paulo Roberto Costa, começou a ter caráter "institucional"[276] a partir de novembro do mesmo ano, quando foram decretadas prisões preventivas de 19 executivos das maiores construtoras do país.

A esfera dos principais embates da Operação Lava Jato é o Poder Judiciário. Além das ações penais ajuizadas para punir executivos, agentes públicos e intermediadores considerados culpados, há diversas ações cíveis movidas contra as empresas envolvidas visando a reparação de danos ou aplicação de sanções de natureza não penal previstas na legislação.

O Judiciário tem a função de pacificar as controvérsias e oferecer segurança aos litigantes. No que diz respeito às empresas, o julgamento de seus casos com observância às garantias do contraditório e da ampla defesa definirá quais as consequências que devem suportar. Paga-se o que deve e a vida segue. Entretanto, o caminho da ação judicial é tortuoso e muitas vezes imprevisível. O enfrentamento do processo judicial pode ser mais tormentoso para as empresas do que a própria condenação. Adiante traremos algumas situações vivenciadas pelas empresas envolvidas que exemplificam as tribulações das ações cíveis ajuizadas no âmbito da Lava-Jato.

A arena das batalhas judiciais é Curitiba. Entretanto, embora possa soar natural que demandas relacionadas à Operação Lava-Jato sejam apreciadas em seu berço, a legislação processual não autoriza o ajuizamento das ações na capital paranaense. A regra geral, estabelecida no Código de Processo Civil (CPC), é o domicílio – ou sede no caso de pessoa jurídica, do réu, mas diversas ações foram ajuizadas sem que nenhum dos réus morasse ou tivesse sede em Curitiba.

A própria Constituição Federal estabelece que as causas em que a União for autora serão aforadas onde tiver domicílio a outra parte (art. 109, § 1º), o que deveria ser suficiente para resolver qualquer questão sobre competência. Ainda que assim não fosse, o CPC estabelece para as ações para reparação de dano o local do ato ou fato como o foro competente, o que deveria afastar a competência de Curitiba, já que a Petrobras tem sede no

[276] Diz-se "institucional" porque contrariando o conceito de operação, a Lava-Jato parece não ter uma finalidade específica. A Força-Tarefa, que conceitualmente é temporária, completou em abril de 2019 cinco anos de existência. E quando se fala em "fim" da Operação Lava-Jato é sempre com tom apocalíptico, como se houvesse vitória dos corruptos. A Lava Jato deixou de ser uma operação para ser uma entidade, ainda que sem personalidade jurídica.

Rio de Janeiro e não há descrição de qualquer ato ou fato praticado no Paraná. E nem mesmo os contratos firmados entre construtoras e Petrobras elegeram Curitiba como foro de resolução de litígios.

Apesar da clarividência da impossibilidade de processamento das ações em Curitiba, todas as arguições de incompetência foram rejeitadas, instância após instância, sob o fundamento de que Lei 7.347/85 estabelece que as ações civis públicas devem ser ajuizadas no local do dano. Tal argumento definiria o Rio de Janeiro como foro competente por ser a sede do ente lesado. Porém, o Judiciário entendeu que se trata de *dano nacional* por ter abalado toda a nação, autorizando que o legitimado ajuizasse a demanda em qualquer seção judiciária do país. Infelizmente, esse entendimento sacramentou a violação ao princípio do juiz natural, uma das mais relevantes garantias processuais.

A questão territorial não foi o único debate relacionado à competência. O Ministério Público Federal pretendeu que todas as ações cíveis da Lava Jato tramitassem no mesmo juízo, da mesma forma como ocorre nas ações penais, em que há uma vara exclusiva para casos da Operação Lava Jato[277]. Contudo, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região rejeitou tal pretensão, decisão confirmada no Superior Tribunal de Justiça.

As ações movidas contra as empresas no âmbito da Operação Lava Jato são para responsabilização por ato de improbidade administrativa, pleiteando ressarcimento ao erário e as sanções previstas na Lei 8.429/92, especialmente multa e proibição de contratar com o poder público. A lei é voltada para punir agentes públicos, mas os particulares que concorram ou se beneficiem do ato estão sujeitos às mesmas penas. Não cabe requerer punição das empresas no âmbito da Lei Anticorrupção, pois os atos questionados ocorreram antes do início de sua vigência.

A acusação de ato de improbidade consiste, em linhas gerais, no recebimento de vantagens indevidas por agente público[278] para favorecer empresas organizadas em cartel nas contratações com a Petrobras, causando danos materiais à estatal.

Não há dúvida que o ato de receber propina para favorecer particulares é improbidade administrativa. A questão é de prova, ônus que compete ao autor da ação e não pode se limitar a depoimentos prestados no âmbito de delação premiada. Comprova-se

[277] A Resolução 164 de 19/12/2014 suspendeu a distribuição processual à 13ª Vara Federal de Curitiba pelo prazo de 90 dias e vem sendo renovada desde então.
[278] Dirigentes e empregados da Petrobras são considerados agentes públicos pelo art. 2º da Lei 8.429/92.

quem recebeu, qual o montante, quem pagou e quem se beneficiou; o juiz terá os elementos necessários para aplicar as sanções previstas na lei.

A questão do *dano* já não é tão simples. Para ter coerência com a tese acusatória, o prejuízo da Petrobras deve ser a diferença entre o valor pago pela execução dos contratos e o que seria pago se a obra tivesse sido contratada fora do ambiente cartelizado. Diante da complexidade e do alto valor dos contratos, a maioria com cifras de centenas de milhões de reais, a apuração deste delta é tarefa intrincada, embora tecnicamente possível.

O método correto para a averiguação do dano seria a realização de perícia para apurar o valor de mercado da obra na época da contratação. Diante da dificuldade, os órgãos acusatórios preferem adotar critérios presumidos. Um deles, adotado em algumas ações por sua facilidade, é considerar o percentual da propina informada pelos delatores (de 1 a 3% do valor dos contratos), pois esse valor estaria embutido nas propostas e poderia ser deduzido se não houvesse o esquema. Aplica-se o percentual ao valor dos contratos e obtém-se o valor do prejuízo da Petrobras.

A falha deste critério é estar integralmente baseado numa presunção. O valor pode ter sido simplesmente deduzido do lucro da contratada, o que não comprovaria a ocorrência de dano à contratante. E se o autor da ação não provar que o valor estava embutido na proposta – o que será difícil, o pleito indenizatório não poderá ser acolhido.

Outro critério apresentado em algumas ações é a utilização de estudo econométrico elaborado pelo Tribunal de Contas da União, que concluiu que "*o valor mais provável" do potencial prejuízo causado à Petrobras com a redução dos descontos nas licitações, no período de 2002 a 2015, em razão da existência dos cartéis na Diretoria de Abastecimento, é de 17% em relação à estimativa das licitações tomando por base metodologia econométrica e dados de regressão consagrados internacionalmente e fartamente aceitos pelas cortes americanas*"[279]. A utilização deste parâmetro para fixação do dano é inviável por duas razões. A primeira, por se tratar de mera presunção, não podendo ser aplicado de forma linear a todos os contratos celebrados entre Petrobras e empresas acusadas, sob risco de enriquecimento sem causa da Petrobras como também de não ter o dano completamente indenizado na eventualidade da diferença ser superior a 17%.

[279] Acórdão 3089/2015 – TCU – Plenário; Relator Min. Benjamin Zymler.

A segunda é a garantia constitucional do contraditório, que impede a utilização do estudo técnico como prova diante da ausência de participação dos réus na sua elaboração.

Outro método de quantificação do dano apresentado pelos órgãos acusatórios é a devolução do lucro obtido pelas empresas nos contratos. Trata-se de critério conceitualmente falho, porque o lucro não é ilícito e também está previsto nos contratos inquestionavelmente lídimos. Não há dano pela simples constatação da previsão de lucro nos contratos. O raciocínio de que a devolução do lucro consistiria na perda do proveito econômico do contrato ilicitamente firmado pode até soar razoável, mas não encontra previsão na Lei 8.429/92, pois o art. 9º trata apenas do enriquecimento ilícito obtido pelo agente público.

Além do dano patrimonial, as ações quase sempre também requerem dano moral coletivo ou para a própria Petrobras. Ainda que a jurisprudência admita a condenação por danos morais coletivos nas hipóteses em que há lesão injusta e intolerável de valores fundamentais da sociedade, o requerimento na via da ação para responsabilização por ato de improbidade administrativa é inadequado, pois não há previsão na Lei 8.429/92. A propósito, a multa civil já tem o caráter punitivo e reparatório que é objetivo do pleito de ressarcimento por dano moral. Formular tal pedido visa a, na verdade, contornar o limite estabelecido no artigo 12 da Lei de Improbidade. A jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região sempre foi firme no sentido da impossibilidade de condenação por danos morais em ação de improbidade, mas, na era da Lava Jato, já há decisão em sentido oposto.

Como visto, as discussões a respeito da reparação do dano trazem diversos desafios às empresas envolvidas na Operação Lava Jato que respondem a ações judiciais. Mas, antes mesmo das discussões a respeito da quantificação, é necessário enfrentar as questões relacionadas ao bloqueio de bens. Desde o momento em que passou a prevalecer a tese de que a cautelar de indisponibilidade de bens é tutela de evidência e dispensa o *periculum in mora*, que foi posteriormente confirmada pelo STJ em recurso especial repetitivo, os pleitos de indisponibilidade de bens passaram a ser recorrentes e, na maioria das vezes, deferido pelo juiz.

O bloqueio de bens pode envolver congelamento de ativos financeiros, bloqueio para transferência de imóveis e veículos, dentre outras medidas cautelares. Por mais que se

alegue que a medida não retira a propriedade do réu, mas apenas limita o atributo da livre disposição, o fato é que as consequências da decisão são nefastas para as empresas, especialmente no quadro de grave dificuldade financeira das empresas já mencionado. De acordo com a jurisprudência hodierna, o valor da indisponibilidade está limitado ao valor da indenização perseguida acrescida da possível multa a ser aplicada, até o limite máximo previsto em lei. Como visto, a apuração do dano nas ações de improbidade no âmbito da Operação Lava Jato traz critérios deveras questionáveis, mas, mesmo assim, os valores indicados na petição inicial costumam ser a baliza para fixação do valor a ser bloqueado.

Em tempos de crise no setor da infraestrutura, um bloqueio no valor astronômico, que pode ultrapassar a casa do bilhão de reais, traz prejuízos gravíssimos para a empresa. O bloqueio de ativos financeiros via bacenjud pode imobilizar todo o caixa da empresa. Empregados e fornecedores deixarão de receber a remuneração devida. As obras em andamento poderão ser paralisadas. Como visto, as consequências ultrapassam a esfera da empresa acusada. Tudo isso liminarmente, antes do exercício do contraditório e da ampla defesa.

Alguns magistrados têm adotado cautela na apreciação do pedido de indisponibilidade de bens, seja fazendo juízo crítico a respeito do valor indicado, seja adotando medidas que não prejudiquem a continuidade das atividades da empresa. O bloqueio de percentual do faturamento já foi adotado em algumas ocasiões e, apesar das dificuldades que traz à empresa, é medida menos nociva que uma imobilização patrimonial considerável de seus ativos.

O último comentário a ser feito a respeito das ações judiciais no âmbito cível da Operação Lava Jato diz respeito à pluralidade de legitimados para o ajuizamento de ações de improbidade.

O art. 17 da Lei 8.429/92 dispõe que a ação judicial poderá ser proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica prejudicada. Normalmente, tal dispositivo não causa qualquer embaraço, eis que a ação costuma ser movida por um ou por outro, quando não conjuntamente. Se a ação é ajuizada pelo Ministério Público, o ente público participa da ação, e vice-versa. Porém, os casos da Operação Lava Jato trouxeram cores diferentes a essa questão.

Nos casos da Lava Jato, a pessoa jurídica prejudicada é a Petrobras. Embora não exista qualquer dúvida quanto a isso, a União Federal se apresenta como legitimada concorrente para ajuizar ações de improbidade, adotando como argumento ser a acionista majoritária da Petrobras e a existência de dano nacional. O Judiciário vem acolhendo a pretensão da União. O único juízo que reconheceu a ilegitimidade ativa teve a decisão reformada pelo Tribunal.

Apesar da existência de demandas ajuizadas pelo Ministério Público, a União não se limitou a intervir nas ações em andamento, preferindo ajuizar as suas próprias. Racionalmente, não há qualquer utilidade para a existência de duas ações tratando do mesmo tema. Ainda que a União procure sustentar diferenças, como o critério adotado para quantificação do dano ou a inclusão das empresas que firmaram consórcio com a empresa acusada, suas postulações poderiam ter sido feitas na mesma ação. Na prática, a conduta da União acaba por prejudicar a celeridade processual, pois retardam o trâmite da ação já ajuizada, por se tratar de demandas conexas que precisarão ser julgadas em conjunto.

Outro problema decorrente da pluralidade de legitimados é a leitura que cada parte faz dos acordos de leniência firmados. Além dos problemas mencionados no tópico anterior, acrescenta-se aqui a recusa da União em aceitar a validade dos acordos de leniência firmados entre o Ministério Público Federal e as empresas, postura que contribui para a insegurança jurídica. Embora as empresas tenham se comprometido a indenizar os danos e pagar multa em valor significativo, recebendo em troca a desistência dos pleitos condenatórios nas ações de improbidade, a União pede o prosseguimento de sua ação e das medidas de bloqueio de bens já deferidas. Ainda que sejam respeitáveis os argumentos da União a respeito da legitimidade para celebração dos acordos de leniência, não se pode ignorar que há um compromisso estatal que precisa ser honrado. E nos casos em que houve acordos de leniência também com a União, foi a vez da Petrobras reclamar pelo prosseguimento do pleito condenatório diante da ausência de sua participação nos acordos. Felizmente, neste último caso, o Judiciário vem rejeitando a pretensão da Petrobras.

Ressalta-se que, até março de 2019, nenhuma das ações de improbidade no âmbito da Operação Lava Jato havia sido sentenciada em primeiro grau, nem mesmo a primeira delas, ajuizada em fevereiro de 2015. O posicionamento do Judiciário neste tema será de extrema relevância, sendo inevitável que se torne parâmetro para outros casos do gênero.

4. Paralisia decisória no Direito Administrativo

Outro impacto sentido pelas empresas que atuam no setor de Infraestrutura após a deflagração da Operação Lava Jato foi a paralisia decisória no Direito Administrativo.

Um problema antigo se agravou enormemente. Os agentes públicos que, em sua maioria, já eram resistentes nos casos em que deveriam tomar decisões inovadoras, passaram a, na prática, deixar de decidir, arrastando processos por anos, por medo das severas – e muitas vezes desarrazoadas - punições dos órgãos de controle, com responsabilização pessoal do agente público.

Após o advento da Operação Lava-Jato, a crescente demanda da sociedade por punição de corruptos e corruptores e a consequente necessidade de resposta aos clamores populares, levaram à situação extrema de uma injusta generalização no sentido de que todos os agentes públicos fossem considerados desonestos, desonestidade essa advinda do simples fato de atuar na Administração Pública.

Os agentes públicos viram se tornar mais frequentes as responsabilizações pessoais pelas decisões tomadas no âmbito da gestão pública, muitas vezes por mera discordância do mérito da decisão pelo órgão controlador, e não por efetiva má-fé do agente público.

Passaram a ser frequentes os casos em que agentes públicos são alvos de condução coercitiva antes mesmo de serem intimados a depor, os casos de prisão preventiva ou provisória sem que haja provas contundentes, e os casos em que os agentes públicos têm seus bens bloqueados logo no início do processo.

Além disso, esses processos envolvendo agentes públicos costumam ocorrer com ampla exposição na mídia, o que muitas vezes acaba por gerar uma espécie de condenação antes mesmo do resultado do processo, causando danos irreparáveis à reputação do agente público, mesmo que ao final este venha a ser inocentado.

Esta situação gerou verdadeira letargia decisória. Os pleitos direcionados à Administração Pública passaram a ter respostas negativas constantes, ou, mais frequentemente, a ausência de decisões.

No “Direito Administrativo do Medo”, denominação dada pelos especialistas que debatem o assunto, fortaleceu-se a ideia de que o administrador público que indefere garante sua tranquilidade, passa incólume pelos riscos de punições acima citados, ainda que

a contrapartida seja a omissão das responsabilidades decorrentes do seu cargo e que a sociedade seja a maior prejudicada por esta paralisia.

Entre saírem de suas zonas de conforto e assumirem posições que possam suscitar qualquer mínimo questionamento, ou ficarem inertes e protegerem seu nome e CPF, os agentes públicos passaram a preferir sempre a segunda opção, pela ausência de riscos, ainda que muitas vezes este posicionamento seja diametralmente oposto ao interesse público.

As empresas passaram a ter de enfrentar um caminho tortuoso a cada vez que se faz necessária uma aprovação de um órgão público. E não é difícil se imaginar a quantidade de ações no âmbito de um contrato celebrado com o Poder Público no setor de infraestrutura, que demandam a manifestação de agentes públicos para que haja a continuidade e o cumprimento do próprio contrato. São atos que vão desde uma anuência para mera reestruturação societária da empresa contratada, passam pela assinatura de termos aditivos ao Contrato, até a concessão de licença ambiental de projetos, por exemplo, e que ficam emperrados por tempo o bastante para prejudicar ainda mais os projetos em desenvolvimento.

Importante frisar que não está se defendendo a complacência total, a ausência de responsabilização do agente público por atos cometidos no exercício de sua função, nem está se sugerindo que não haja controle eficaz sobre os atos do agente público. Tampouco está se generalizando tais críticas à integralidade dos órgãos de controle e ao Poder Judiciário como um todo, mas apenas ressaltando que os excessos existem, que se tornaram mais frequentes nos últimos anos e que, por conta deles, vivenciamos essa "apatia" no processo decisório por parte dos agentes públicos.

É preciso que se tenha em mente que, para que o agente público possa cumprir sua função e dar andamento nas relações jurídicas existentes entre a Administração Pública e seus contratados/parceiros, não se pode responsabilizá-lo pessoalmente por eventuais falhas formais e operacionais que decorram naturalmente de sua atividade, e, menos ainda, por entendimentos divergentes dos órgãos de controle com relação ao mérito de decisões que dão azo a diversas interpretações, o que, como é sabido, não é raro no Direito Público.

Deixar o gestor público à mercê do excesso de fiscalização e da responsabilização pessoal por estes fatores é estimulá-lo cada vez mais à paralisia, à inércia, e à consequente estagnação da máquina pública, uma Administração Pública emperrada.

Nas palavras de Carlos Ari Sundfeld "*não podem cair nas costas do gestor as consequências do risco de falhar e as consequências da incerteza do direito. O gestor tem de ser protegido contra os excessos de fiscalização. Do contrário, morrendo de medo de algum processo, ele cruza os braços e fica esperando a aposentadoria chegar. Nossa máquina pública funciona cada vez menos. O que o direito tem de fazer agora é multiplicar os incentivos para a ação pública, e não ficar criando novos riscos para quem age, incentivando a acomodação e a paralisia. Em suma: mais sim, menos não*."[280]

É neste contexto que, numa clara tentativa de delimitar o espaço do controlador, surge a Lei 13.655/18, que altera a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro trazendo dispositivos que visam dar maior segurança para a atuação do agente público, no exercício de suas funções. Podemos citar como exemplo os artigos 20, 22, e 28 da Lei 13.655/18, que possuem correlação com o tema aqui tratado e indicam mudanças que poderão permitir maior segurança ao agente público.

O texto do artigo 20 dispõe que:

> "Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.
>
> Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas."

O dispositivo exige que as decisões sancionatórias (inclusive as decorrentes de atos de improbidade administrativa contemplados no artigo 11 da Lei 8.429/92) sejam tomadas levando em consideração a realidade do agente público, ou seja, as dificuldades

[280] SUNDFELD, CARLOS ARI Chega de axé no Direito Administrativo. Disponível em http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/artigos-carlos-ari-sundfeld-chega-de-axe-no-direito-administrativo.pdf. Acesso em 14/11/2018.

por ele enfrentadas no dia a dia, *vis a vis* as necessidades da sociedade, demonstrando-se, em qualquer caso, os efeitos práticos produzidos pela decisão.

Já o parágrafo único traz a ideia de que a fundamentação da decisão deverá demonstrar que todas as alternativas disponíveis para a solução da questão foram avaliadas e que a medida imposta ao agente público (ou a invalidação do ato) é uma solução que guarda a proporcionalidade e a adequação necessários. Caso a medida imposta seja muito gravosa, comparada a outras alternativas disponíveis, a fundamentação, de acordo com o dispositivo em análise, deverá ser mais robusta.

Aliás, com o advento da lei, aumentou-se o ônus do controlador de fundamentar robustamente decisões que considerem atos de agentes públicos como atos de improbidade, não sendo mais aceitável alegação genérica de violação aos princípios da Administração Pública, tipificados no artigo 11 da Lei n.º 8.429/1992.

O artigo 22 prevê que:

> "Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.
>
> §1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.
>
> §2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.
>
> §3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato."

Na esteira do artigo anteriormente citado, este dispositivo também pretende que o controlador não leve em consideração para sua decisão apenas a literalidade das normas

que tenham eventualmente sido violadas pelo agente público, mas tenha sempre em mente as dificuldades práticas que são enfrentadas no desempenho de suas funções e que possam justificar tal violação.

Os parágrafos 2º e 3º estabelecem os critérios para a definição da sanção, exigindo que o controlador olhe tanto para circunstâncias que agravem ou atenuem a suposta conduta irregular, mas, também, para o agente público em si, levando em consideração sua conduta e *modus operandi* no desempenho de suas funções até ali, evitando arbitrariedades. Além disso, o dispositivo fala em considerar sanções já aplicadas para estabelecer outras sanções sobre o mesmo fato.

Merece destaque, ainda, o artigo 28, que prevê que "*O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro*".

Aqui existe um ponto relevante: não há definição na legislação para o que será considerado como erro grosseiro, abrindo um leque de opções vasto demais para que os controladores definam as hipóteses que ensejarão a responsabilização e, em última análise, este parâmetro continua nas mãos do controlador. Esta situação acaba por limitar, ou não incentivar o administrador público a inovar, pelo receio de que seu ato seja interpretado pelo controlador como um ato de improbidade administrativa.

De qualquer forma, não há como se negar o avanço, advindo da flagrante intenção de afastamento da simples culpa, como nos casos de falhas normais ou de divergências de entendimentos no Direito Administrativo.

O artigo 28 veio para proteger o gestor público que pretende inovar, mas está paralisado por medo de agir e ser responsabilizado pessoalmente, como esclarece Gustavo Binembojn[281]:

> O art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) surge nesse cenário. Era preciso cuidar do gestor que quer fazer uma boa administração a partir de abordagens inovadoras, mas tem medo de agir. O legislador precisava lidar com o receio de qualquer espécie de criatividade administrativa, de não se querer

[281] BINEMNOJN, GUSTAVO e CYRINO, ANDRÉ Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018.

> assumir o risco do erro. Com efeito, o rigoroso sistema de controles administrativos, que nem sempre é suficiente para inibir casos graves de má gestão e corrupção, acaba por dissuadir a ação daqueles que poderiam sugerir mudanças. Dorme tranquilo quem indefere, dizia Marcos Juruena. O art. 28, LINDB, tem o escopo de proteger o gestor com boas motivações. Para que ele possa assumir o risco de deferir e dormir bem. Do mau administrador continuam tratando os inúmeros estatutos de controle da moralidade administrativa (Lei de Improbidade Administrativa, Lei Geral de Licitações etc.). A LINDB, no seu art. 28, quer tutelar o administrador com incentivos positivos de inovação no trato da coisa pública.

Em suma, é evidente a necessidade de mecanismos de controle da administração pública, mas é necessário coibir os excessos que geram a paralisia, a inércia, o "apagão das canetas". Há que se coibir os excessos para se resguardar o funcionamento da atividade administrativa, buscando sempre o equilíbrio, e espera-se que as inovações legislativas exemplificadas acima colaborem neste processo.

5. Conclusão

Todo o exposto neste artigo procura demonstrar algumas das dificuldades enfrentadas pelas empresas no cenário pós deflagração da Operação Lava Jato e nos imensos desafios que devem ser superados para que tais empresas sobrevivam e continuem a atuar no mercado de infraestrutura nacional.

Tendo em vista que a Lei 13.655/18 é muito recente, ainda é intenso o debate acerca dos impactos que os novos dispositivos poderão causar ao ordenamento jurídico. No entanto, há a expectativa de que os efeitos práticos da aplicação da nova legislação se façam sentir e que o administrador público, com maior segurança jurídica, volte a decidir, a inovar, destravando a máquina pública, o que certamente terá efeitos positivos no setor de infraestrutura.

No que tange ao aspecto do quadro de insegurança que aflige hoje as empresas que firmaram ou pretendem firmar acordo de leniência, como foi dito, é impensável que uma empresa celebre um acordo com uma autoridade competente, confesse todos os ilícitos cometidos, coopere efetivamente com as investigações em curso, ressarça os cofres públicos e, ainda assim, continue, na prática, no *staus quo ante*, isto é, à mercê de questionamentos administrativos ou judiciais de outras autoridades que podem levar à aplicação de mais sanções, capazes de inviabilizar as atividades da empresa, como por exemplo a proibição de contratar com o Poder Público.

Para que este quadro seja modificado é indispensável o aprimoramento do diálogo entre os órgãos públicos e sua atuação coordenada. Somente assim podemos evitar a fragilidade do instituto do acordo de leniência, que é vantajoso tanto no que se refere ao interesse público – já que é um método eficiente de ressarcimento ao erário e de contribuição com a elucidação de ilícitos cometidos e punição dos culpados – quanto no que se refere ao interesse do ente privado, pois parte da premissa da preservação da empresa e continuidade de sua atividade econômica, estimulando a adequação das empresas às práticas de conformidade e uma nova cultura de negócios.

Por fim, é grande a expectativa com relação às decisões judiciais das ações de improbidade em curso no âmbito da Operação Lava Jato, que certamente serão precedentes importantes e nortearão o desfecho de outras ações semelhantes, que impactarão o futuro das empresas.

A superação destes desafios é fundamental para que as empresas possam se reerguer. Mas é preciso mais. É preciso uma mudança profunda no racional da sociedade com relação a estas empresas.

É evidente que a empresa envolvida em atos de corrupção deve pagar pelos erros cometidos. Os administradores devem ser processados e, se comprovados os atos ilícitos, devem ser punidos. A pessoa jurídica também deverá pagar as multas e indenizações devidas. Porém, a empresa que o fizer e que colaborar para o andamento das investigações no âmbito de um acordo de leniência deverá poder, de fato, ser preservada e seguir sua vida, gerando empregos e riquezas, beneficiando seus integrantes, parceiros, acionistas e a economia do país.

Observamos na experiência internacional, que a celebração de acordos entre empresas que cometeram atos ilícitos e as autoridades competentes efetivamente alcança sua finalidade: a empresa paga o que deve e vira a página, segue a vida.

No Brasil, infelizmente estamos vendo acontecer o contrário. Prevalece uma "demonização" absoluta das empresas que celebraram acordo de leniência, mesmo quando estão ressarcindo os cofres públicos mediante o pagamento de pesadas multas e estão cumprindo todas as obrigações impostas pelas autoridades competentes, e a despeito da capacidade técnica e da capacidade contributiva para o país dessas empresas.

Esperamos que haja uma tomada de consciência e que sejam implementadas medidas efetivas para que sejam superados os imensos desafios que as empresas do setor de infraestrutura têm pela frente e se evite um dano maior, que seria a derrocada em massa de importantes e até então sólidos conglomerados empresariais nacionais, no médio e longo prazos.

Referências bibliográficas

BINEMNOJN, GUSTAVO e CYRINO, ANDRÉ Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: **Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018)**, p. 203-224, nov. 2018.

MARRARA, THIAGO **Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro**: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes In Revista Digital de Direito Administrativo, v. 2, n. 2, p. 509- 527, 2015. http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/99195/pdf_Marrara. Acessado em 02/02/2019.

Nota Técnica 01/2017 da 5ª CCR, disponível em http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf. Acesso em 05/12/18.

SUNDFELD, CARLOS ARI. **Chega de axé no Direito Administrativo**. Disponível em http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/artigos-carlos-ari-sundfeld-chega-de-axe-no-direito-administrativo.pdf. Acesso em 14/11/2018.

A TRANSFORMAÇÃO NO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO PÓS-OLIMPÍADAS: O LEGADO DE INFRAESTRUTURA[282]

Maís Moreno[283]

Ana Luíza Fernandes Calil[284]

Introdução

A cidade do Rio de Janeiro vivenciou transformações estruturais em virtude da realização dos Jogos Olímpicos e Paralímpicos de 2016 (Jogos). As mudanças observadas especialmente na região central da cidade e na zona oeste impactaram principalmente o sistema de transportes e a utilização do espaço urbanístico.

Desde a realização dos Jogos, quase três anos se passaram e, embora as transformações sejam evidentes, muitas questões acerca do legado olímpico de infraestrutura não estão encaminhadas de acordo com os objetivos inicialmente estabelecidos pelas autoridades públicas. Por conta disso, o diagnóstico preciso do estágio de desenvolvimento dos projetos inseridos no contexto olímpico e a revisão das metas pretendidas para o legado se faz necessária.

Em função da pertinência temática da obra coletiva idealizado pela Comissão de Infraestrutura e Desenvolvimento Econômico da OAB-RJ, optamos por restringir o objeto de nosso estudo ao legado olímpico da infraestrutura. Assim, não são tratadas aqui, por exemplo, as políticas públicas relativas ao desenvolvimento esportivo, à educação, à sustentabilidade ou ao meio ambiente.

Dito isso, alguns esclarecimentos conceituais e metodológicos são importantes. A legislação editada para os Jogos não contém definição específica acerca do conceito de

[282] Agradecemos o apoio de Helena Gouvêa de Paula Hocayen. Não fosse a sua dedicação e diligência na busca pelos dados aqui expostos, teríamos sido incapazes de concluir esse estudo.

[283] Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP), em 2008. Mestra em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP), em 2016.

[284] Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professora substituta de Direito Administrativo e Ambiental da UFRJ. Membro fundador do UERJ Reg. Advogada do escritório Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques.

"legado olímpico"[285]. Na ausência de um conceito normativamente delimitado para o legado, o Tribunal de Contas da União (TCU) considera este como o resultado das transformações catalisadas pelas obras e investimentos na cidade do Rio de Janeiro decorrente da realização dos Jogos[286]. Para a Corte, há legados "autosuficientes" (como o urbano, de infraestrutura e ambiental) e legados que exigem "maior especificação". Estes últimos corresponderiam ao legado esportivo, sociocultural e econômico, que exigirão definição quanto à fonte de custeio e manutenção, ao uso e a destinação[287]. Ambas as dimensões serão tratadas nesse estudo.

Destaca-se também a excessiva dificuldade na obtenção de informações que deveriam ser públicas para elaboração da análise aqui empreendida. A omissão de dados básicos nos portais oficiais acerca dos Jogos e do legado é um limitador da análise acadêmica apoiada nos mecanismos tradicionais de pesquisa. Nesse contexto, além das informações disponíveis nos websites oficiais, uma parte dos dados foi obtida por meio da Ação Civil Pública nº. 0086335-91.2016.4.02.5101, em trâmite na Justiça Federal do Rio de Janeiro. Isso porque o objeto do processo em questão foi, justamente, a exibição de diversos documentos inacessíveis nos portais oficiais.

Além da análise primária de dados, também utilizamos fontes secundárias. Desse modo, a análise descritiva e propositiva empreendida neste trabalho leva em conta não somente os dados disponibilizados pelo Governo, mas também os relatórios de órgãos públicos que se dedicaram ao tema, especialmente o Tribunal de Contas da União e o Ministério Público Federal.

Nesse contexto, o presente trabalho pretende oferecer ao leitor uma consolidação das informações jurídicas mais relevantes referentes ao legado de infraestrutura na cidade do Rio de Janeiro, identificando as principais iniciativas do Poder Público que se encontram em execução. A primeira parte, nessa linha, é dedicada à abordagem descritiva dos

---

[285] Acórdão 2395/2018-TCU, Plenário, Ministro Relator Benjamin Zymler, DJ 17 de outubro de 2018.

[286] "61. A definição de legado de forma prévia aos Jogos influi diretamente na avaliação de sucesso das olimpíadas brasileiras, uma vez que a organização de um megaevento esportivo deve ser planejada e orientada a partir de interesses não somente econômicos, comerciais ou esportivos, mas sim do interesse desenvolvimentista da sociedade brasileira como um todo. Esse foi o discurso que conferiu legitimidade ao projeto olímpico brasileiro e, inclusive, deu substância ao Dossiê de Candidatura". Acórdão 2395/2018-TCU, Plenário, Ministro Relator Benjamin Zymler, DJ 17 de outubro de 2018.

[287] Acórdão 2395/2018-TCU, Plenário, Ministro Relator Benjamin Zymler, DJ 17 de outubro de 2018. No mesmo sentido: Acórdão 2.758/2014-TCU-Plenário, Ministro Relator Aroldo Cedraz;e Acórdão 2.596/2013-TCU-Plenário, Ministro Relator Aroldo Cedraz.

documentos que orientaram os projetos e definiram as competências para desenvolvê-los. A segunda parte do artigo é focada na breve descrição de três projetos de PPP municipais — dois deles representantes de notável impacto positivo no período pós-olímpico. Por fim, trataremos do papel do direito na viabilização das políticas públicas relacionadas aos Jogos e ao legado. Concluiremos, por fim, que embora seja inegável o impacto positivo das obras para a cidade, é igualmente constatável que ainda há muito por fazer para que os objetivos primários do Legado sejam atingidos.

Essas mudanças foram promovidas pela União, pelo Estado do Rio de Janeiro e pelo Município, sendo este último o protagonista nos projetos de infraestrutura cujo benefício transcende a finalidade esportiva.

1. O planejamento dos Jogos e do Legado Olímpico

A seleção da cidade do Rio de Janeiro como sede da primeira Olimpíada da América do Sul se deu em 2009, após procedimento de escolha do Comitê Olímpico Internacional (COI). Em decorrência da escolha, foi firmado o Contrato de Cidade Anfitriã entre o COI, a Cidade do Rio de Janeiro e Comitê Olímpico Brasileiro (COB), para regulamentar as principais obrigações relacionadas à realização do evento, incluindo as adequações estruturais necessárias. O Contrato em referência é denominado "Compromisso Olímpico" - documento-guia dos demais instrumentos que estruturam os Jogos.

Os documentos se subdividem em dois grupos principais: aqueles aplicáveis até o momento da realização dos Jogos e aqueles referentes ao período posterior à ocorrência dos eventos. Dentre os documentos do primeiro grupo, são relevantes o Plano de Políticas Públicas do Legado (PPPLegado) e a Matriz de Responsabilidades ("Matriz"). Do segundo grupo, por sua vez, devem ser considerados o Planejamento de Uso do Legado Olímpico (PUL) e o Plano de Legado do Ministério dos Esportes.

O subtópico a seguir tratará dos documentos mencionados, identificando as entidades competentes envolvidas na realização das ações previstas.

1.1 A regulamentação dos Jogos: entidades, competências e obrigações

Como dissemos, há dois instrumentos principais que guiaram a execução das obras no período pré-Jogos: o PPPLegado e a Matriz.

O Plano de Políticas Públicas do Legado[288] contém os projetos de infraestrutura não diretamente relacionados à realização dos Jogos, porém considerados de interesse para a boa realização dos mesmos[289], na medida em que focam em mobilidade urbana e renovação urbanística, com o objetivo promover o desenvolvimento social e econômico do Rio de Janeiro. O Plano contempla 27 projetos, sendo 14 de competência do Município do Rio de Janeiro, 10 do Estado do Rio de Janeiro e 3 da União[290].

A Matriz de Responsabilidades, por sua vez, definiu as competências e obrigações dos projetos diretamente relacionadas à realização dos Jogos — a primeira versão foi elaborada em 28 de janeiro de 2014 e passou por atualizações durante o período de preparação[291]. Ou seja, diferentemente do PPPLegado, na Matriz estão contempladas os 47 projetos e ações intrinsicamente relacionados aos Jogos (*e.g.*: arenas esportivas e centros de treinamento).

Tendo em vista a multiplicidade de órgãos atuando diretamente no funcionamento e execução do Contrato Olímpico, foi criada por lei[292], a Autoridade Pública Olímpica[293]: um consórcio público[294] sob a forma de autarquia em regime especial. Assim, a elaboração

---

[288] BRASIL, Tribunal de Contas da União. O TCU e as olimpíadas de 2016: relatório de situação / Tribunal de Contas da União; Relator, Ministro Aroldo Cedraz. – 2. ed. – Brasília: TCU, 2016, p. 15

[289] Na descrição do Tribunal de Contas da União, os Planos de Políticas Públicas são: "Quadros elaborados pelos três níveis de governo e publicados pela APO, contendo informações sobre os correspondentes empreendimentos que consistem em políticas públicas e que foram associados à realização dos Jogos, por contribuírem de alguma forma para a boa realização do evento". TCU, Processo n. TC 026.394/2016-2, Acórdão 580/2017, Plenário, Rel. Ministro Augusto Nardes, DJ 29.03.2017.

[290] BRASIL, Tribunal de Contas da União. O TCU e as olimpíadas de 2016: relatório de situação / Tribunal de Contas da União; Relator, Ministro Aroldo Cedraz. – 2. ed. – Brasília: TCU, 2016, p. 13

[291] BRASIL, Tribunal de Contas da União. O TCU e as olimpíadas de 2016: relatório de situação / Tribunal de Contas da União; Relator, Ministro Aroldo Cedraz. – 2. ed. – Brasília: TCU, 2016, p. 14

[292] BRASIL, Lei Nº 12.396, De 21 De Março De 2011, "Ratifica o Protocolo de Intenções firmado entre a União, o Estado do Rio de Janeiro e o Município do Rio de Janeiro, com a finalidade de constituir consórcio público, denominado Autoridade Pública Olímpica – APO".

[293] Além da APO, outra organização relevante para a realização dos Jogos foi o Comitê Organizador dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos Rio 2016 (Rio 2016), associação de direito privado sem fins lucrativos, com o objetivo de promover, organizar e realizar, em conjunto com o Comitê Olímpico Internacional e o Comitê Paraolímpico Internacional, os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos Rio 2016. A previsão do Comitê Rio 2016 está contida na Lei nº. 13.284/2016.

[294] Conforme definição da Lei nº. 12.396/2011: Cláusula Terceira, alínea V: pessoa jurídica formada exclusivamente por entes da Federação, na forma da Lei no 11.107, de 2005, e demais normas específicas aplicáveis, para estabelecer relações de cooperação federativa, inclusive a realização de objetivos de interesse

do PPPLegado foi realizada por cada ente federativo, de maneira individualizada, e divulgado de modo unificado por meio da Autoridade Pública Olímpica (APO).

Tanto a Matriz quanto o PPPLegado consideraram a atuação, planejamento e investimentos das três esferas de governo, bem como os entes privados envolvidos na realização dos Jogos[295].

Estabeleceu-se caloroso debate sobre as competências para gerir as estruturas após as olimpíadas. O entendimento inicial era de que a gestão do legado olímpico seria da APO, como consórcio público. Contudo, o TCU, ao analisar as atribuições da APO, entendeu que não somente o consórcio era responsável pelo legado, mas também o Ministério dos Esportes[296]. A Corte de Contas, em julgados anteriores, já havia reconhecido pela necessidade de envolvimento do Ministério dos Esportes no Plano de Legado, independente de outros agentes envolvidos[297].

Assim é que, após os Jogos, a APO foi transformada em Autoridade de Governança do Legado Olímpico (AGLO)[298], autarquia federal ligada ao Ministério dos Esportes[299]. Esta nova autoridade deveria viabilizar a adequação, a manutenção e a utilização das instalações esportivas olímpicas e paraolímpicas (art. 1º, I, da Lei nº 13.474/2017). Com a superveniência da AGLO, a competência de gestão e desenvolvimento do legado olímpico restou concentrada apenas na União. Contudo, a exclusão da Prefeitura e do Estado do Rio de Janeiro do antigo Consórcio[300] foi objeto de

---

comum, constituída como associação pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica;

[295] BRASIL, Tribunal de Contas da União. O TCU e as olimpíadas de 2016: relatório de situação / Tribunal de Contas da União; Relator, Ministro Aroldo Cedraz. – 2. ed. – Brasília: TCU, 2016, p. 13

[296] TCU, Processo TC 010.915/2015-0. Acórdão nº. 2395/2018, Rel. Min. Benjamin Zymler. DJ 10 de outubro de 2018.

[297] Acórdão nº. 3315/2015 (Plenário); Acórdão nº. 2596/2013 e 2758/2014, Rel. Min Aroldo Cedraz;

[298] BRASIL, Lei nº. 13.474 de agosto de 2017.

[299] BRASIL, Lei nº. 13.474 de agosto de 2017. Art. 1o Fica a Autoridade Pública Olímpica (APO), criada pela Lei no 12.396, de 21 de março de 2011, transformada em autarquia federal temporária, denominada Autoridade de Governança do Legado Olímpico (Aglo), dotada de personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Esporte, com as seguintes competências:

[300] Para regularizar a saída dos entes, no Município foi editada a Lei nº. 6.107/2016 e, no Estado, a Lei nº. 7.542/2017. Segundo o dossiê legislativo da Lei nº. 13.474 de agosto de 2017, a retirada do estado e do município se deu por conta de questões constitucionais de competência e organizacionais. Nesse sentido, ver Congresso Nacional, Parecer nº. 01/2017, COMISSÃO MISTA DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 771, DE 2017, sobre o processo Medida Provisória n°771, de 2017, que Transforma a APO na AGLO, Rel. Deputado Altineu Côrtes, p. 9.

crítica pelo Ministério Público Federal, que considerou como irregular a concentração de competências na União relativas ao legado[301].

Vale salientar que parte dos investimentos realizado para viabilizar os Jogos estava diretamente relacionado às Olimpíadas — a exemplo das arenas esportivas. Outra parte, contudo, transcende a realização dos Jogos, uma vez que representa a execução de programas de governo para a sociedade em geral, a exemplo das obras de mobilidade urbana. Todos esses investimentos constituem ativos para o Estado e um legado do evento, porém a atuação da AGLO[302] tem foco apenas no uso das estruturas olímpicas e, assim, leva em consideração a Matriz de Responsabilidades. O documento que pauta a atuação da AGLO é o Planejamento de Uso do Legado Olímpico (PUL), elaborado, em sua versão final, pela APO em agosto de 2016[303].

O objetivo do PUL é apresentar proposições sustentáveis sob aspectos ambentais, sociais e econômicos, tal como previsto na legislação, colaborando com a consolidação do uso sustentável das instalações esportivas após os Jogos. Ou seja, enquanto a Matriz é referente ao período anterior até a realização dos jogos, o PUL é voltado para o período do legado, posterior aos Jogos.

Um ponto de atenção em relação ao PUL é que este foi elaborado durante a gestão da APO; portanto, considera a estrutura consorciada para integração das ações necessárias ao Legado. Porém a AGLO, diferente da APO, é uma autarquia federal e pressupõe atuação apenas da União. Após a mudança para a AGLO, o PUL não foi ajustado[304], nem foi ele mencionado na Lei nº. 13.474 de agosto de 2017. Em razão de tal lacuna, o TCU, no Acórdão 1662/2017, de relatoria do Ministro Augusto Nardes, entendeu que a AGLO herdou a competência da APO para gestão do legado olímpico, inclusive no que tange o cumprimento do PUL[305].

---

[301] Conforme despacho de 04 de outubro de 2018, nos autos do ICP n. 1.30.001.003598/2013-17. Disponível no portal do MPF em: < http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/docs/pr-rj/legado%20olimpico.PDF>. Acesso em 02.04.2019, às 10h.

[302] As informações da AGLO estão disponibilizadas em http://aglo.gov.br/.

[303] O documento não se encontra disponível nos portais oficiais dos Jogos do Governo Federal e foi obtido por meio do acesso à Ação Civil Pública nº. 0086335-91.2016.4.02.5101.

[304] A última versão do PUL, conforme autos da Ação Civil Pública nº. 0086335-91.2016.4.02.5101 é de 2016. O portal da AGLO não traz nenhum dado, documento ou informação sobre o PUL.

[305] "30.1. A Autoridade de Governança Olímpica (AGLO), vinculada ao Ministério do Esporte, herdou as Arenas 1 e 2, o Velódromo e o Centro Olímpico de Tênis, todos situados no Complexo Olímpico da Barra,

Além do PUL, de competência da AGLO, o Ministério dos Esportes elaborou o Plano de Legado Olímpico, por meio de grupo de trabalho específico, em agosto de 2016. O Plano de Legado do Ministério dos Esportes define as principais diretrizes para o legado dos jogos Olímpicos e Paralímpicos de 2016, com foco no Plano Nacional de Desporto e na Rede Nacional de Treinamento.

Uma análise crítica dos documentos — tanto do PUL quanto do Plano do Ministério — nos permite identificar que ambos apresentam: (i) dados desatualizados; (ii) vagueza nas informações; (iii) sobreposição de conteúdo; e (iv) ausência de previsão de mecanismos de cooperação institucionais entre os entes com competências correlacionadas em si. Desde 2016, quando da edição de tais documentos, as informações relacionadas ao legado olímpico no tocante, em especial, à infraestrutura esportiva, não são sistematizadas nem atualizadas pelas entidades competentes.

Localizamos informações oficiais divulgadas acerca do cumprimento do PPPLegado divulgadas em 24 de abril 2015[306], mas ali não são encontras com facilidade informações ou dados atualizados relativos às pendências e parcela cumprida de cada projeto. Da mesma forma, o último documento divulgado pela AGLO, referente ao "Balanço do Legado", em 2018[307], apenas lista os eventos realizados nos últimos anos nos locais dos Jogos, sem apresentar dados concretos sobre a perspectiva futura de sua utilização, assim como bases normativas para realização de tais eventos.

Dessa maneira, no plano federal não há, atualmente, documentos disponibilizados para acesso público suficientemente atualizados referentes ao PUL —de competência da AGLO, ou ao PPPLegado — de competência do Ministério dos Esportes.

Já nos planos estaduais e municipais o cenário não é mais animador: de acordo com o TCU, é encargo de cada ente federado disponibilizar, via APO (e atualmente via AGLO), o monitoramento das ações previstas no Plano de Políticas Públicas[308]. O TCU

---

para sua gestão própria, além de papel central na adoção de modelo de gestão sustentável de legado olímpico de todas as arenas/equipamentos;"

[306] Disponível em: http://www.brasil2016.gov.br/pt-br/legado/plano-de-politicas-publicas.

[307] BRASIL, Comitê Organizador dos Jogos Olímpicos e Paralímpicos Rio 2016. Balanço do Legado Olímpico. 1ª Edição, 2018. Disponível em: < http://aglo.gov.br/wp-content/uploads/2019/02/Digital_LEGADOOlimpico_Web2.pdf>. Acesso em 08.04.2019, às 10h.

[308] "No caso dos Planos de Políticas Públicas, a APO limita-se a publicar planilhas com informações a ela encaminhadas pelos entes responsáveis, sem maiores detalhes, como dados sobre grau de execução, valores pagos, repasses realizados, e sem realizar nenhum trabalho próprio de acompanhamento e avaliação das

considerou que, no momento anterior aos Jogos, os dados divulgados no PPPLegado eram insuficientes, nos três níveis de Governo, incluindo o municipal, pois "*as informações que constam das planilhas são genéricas, não apresentando os dados sobre o grau de execução das obras, valores pagos e a pagar, entre outros*"[309]. A situação atual não abre alternativas para questão do controle do Plano de Políticas Públicas: a AGLO perdeu a sua anterior estrutura consorciada e nem a entidade nem o TCU não definiram como será feito esse controle.

2. Os projetos previstos e o cenário hoje

Como vimos, os projetos do PPPLegado não estavam diretamente relacionados aos Jogos e, por isso, não estão, na atual fase "pós-olímpica", sob a guarda da AGLO. São 27 projetos previstos, em sua maioria de competência municipal, que totalizariam R$ 24.600.000.000,00 (vinte e quatro bilhões de reais) de investimentos. De tal valor, 43% corresponderia à utilização de recursos privados[310].

Na tabela a seguir, elaborada conforme os últimos dados divulgados, são elencados os projetos previstos para cada ente federado no PPPLegado:

Ente Federado	**Projetos Previstos no Plano de Políticas do Legado** **Data-base: 24 de abril de 2015**
Município do Rio de Janeiro	Mobilidade **Veículo Leve sobre Trilhos (VLT)** Investimento: R$ 1,1 bilhão Previsão de conclusão: 2º trimestre de 2016 **BRT Transolímpica** ***Via Expressa*** Investimento: R$ 2,1 bilhões Previsão de conclusão: 2º trimestre de 2016 ***Conexão Magalhães Bastos – Deodoro*** Investimento: R$ 105,9 milhões Previsão de conclusão: 1º trimestre de 2016

situações e mesmo de riscos, especialmente quanto aos prazos e atendimento a necessidades relacionados aos eventos das Olimpíadas". TCU,

[309] TCU, TC 008.576/2016-5. Acórdão 1644/2016 – Plenário. Rel. Min. João Augusto Ribeiro Nardes, DJ 29 de junho de 2016.

[310] ROCHA, Glauter, A economia dos Jogos Rio 2016: bastidores e primeiros impactos, Nota Técnica n. 37, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2017, p. 6

	BRT Transoeste (trecho Alvorada-Shopping Città América e conexão com o Jardim Oceânico) Investimento: R$ 114,4 milhões Previsão de conclusão: 1º trimestre de 2016 **Duplicação do Elevado do Joá** Investimento: R$ 457,9 milhões Previsão de conclusão: 2º trimestre de 2016 **Viário do Parque Olímpico** Investimento: R$ 514,3 milhões Previsão de conclusão: 1º trimestre de 2016 Meio Ambiente **Reabilitação Ambiental da Bacia de Jacarepaguá** Investimento: R$ 369,1 milhões Previsão de conclusão: 2º trimestre de 2015 **Saneamento Zona Oeste – Bacia do Rio Marangá** Investimento: R$ 431 milhões Previsão de conclusão: 2º trimestre de 2016 Renovação Urbana **Porto Maravilha** Investimento: R$ 8,2 bilhões Previsão de conclusão: 2º trimestre de 2016 **Controle de Enchentes da Grande Tijuca** ***Construção dos reservatórios de retenção*** Investimento: R$ 404 milhões Previsão de conclusão: 2º trimestre de 2016 ***Desvio do Rio Joana*** Investimento: R$ 185,9 milhões Previsão de conclusão: 2º trimestre de 2016 **Requalificação urbana do entorno do Estádio Olímpico** Investimento: R$ 115,7 milhões Previsão de conclusão: 1º trimestre de 2016 **Domínio Urbano de Deodoro** Investimento: R$ 51,9 milhões Previsão de conclusão: 1º trimestre de 2016 Desenvolvimento social **Montagem das quatro escolas da Arena do Futuro** Após os Jogos, a Arena do Futuro será desmontada e transformada em quatro escolas municipais, cada uma com capacidade para 500 alunos. Três ficarão na região da Barra e Jacarepaguá e uma, em São Cristóvão. Investimento: R$ 31,2 milhões Previsão de conclusão: 3º trimestre de 2017

Estado do Rio de Janeiro	Mobilidade **Linha 4 do metrô** Investimento total é de R$ 8,79 bilhões, sendo R$ 7,63 bilhões do Governo do Estado e R$ 1,16 bilhão da Concessionária Rio-Barra. **Revitalização das estações do sistema ferroviário** O investimento privado, realizado pela SuperVia, é de R$ 260 milhões. Meio Ambiente Os projetos de sustentabilidade desenvolvidos pelo Governo do Estado são voltados para a Baía de Guanabara, que será um local de competição, e para as lagoas da região da Barra da Tijuca e Jacarepaguá, que concentram a maior parte das instalações para os Jogos de 2016. O total investido na melhoria da qualidade das águas será de cerca de R$ 929 milhões.
União Federal	Previsão de R$264 milhões em três projetos: **Novas instalações para o Laboratório Brasileiro de Controle de Dopagem - LBCD** **Aquisição de novos equipamentos para o LBCD** **Instalações de treinamento**

Além dos projetos do PPPLegado há, como destacado em tópico anterior, 47 projetos e ações previstos na Matriz de Responsabilidade para a infraestrutura esportiva[311]. Dentre os que estão sob gestão atual da AGLO, destacamos: a gestão esportiva do Parque Olímpico da Barra (que engloba 22 projetos, incluindo alimentação de energia elétrica, e foi iniciado por meio de uma PPP municipal, conforme veremos adiante); Campo de Golfe Olímpico; e Complexo Esportivo de Deodoro (que abrange 16 projetos, incluindo, também, alimentação de energia elétrica).

Ao lado do Parque Olímpico da Barra, ao qual dedicaremos tópico próprio por se tratar de um projeto originalmente municipal, especial destaque merece o Complexo Esportivo de Deodoro, em função da atuação tanto da União quanto do Município.

Ali, o Ministério da Defesa, por intermédio do Centro de Capacitação Física do Exército (DECEx) herdou o Complexo Olímpico de Deodoro (Centros de Tiro, Hipismo, Hóquei e Pentatlo Moderno, além da Arena da Juventude).

Já em relação às competências municipais, temos que a Secretaria Municipal de Esporte e Lazer da cidade do Rio de Janeiro (SMEEL) se responsabilizou pela gestão da

[311] ROCHA, Glauter, A economia dos Jogos Rio 2016: bastidores e primeiros impactos, Nota Técnica n. 37, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2017, p. 6

Arena 3, no Parque Olímpico da Barra, e do Parque Radical, contendo a Pista de BMX e a Canoagem Slalom, nos arredores do Complexo Olímpico de Deodoro.

Presume-se que o Município do Rio de Janeiro tenha interesse em desenvolver os planos para povoamento e promoção do lazer na zona oeste, pois publicou edital de parceria público-privada para a implantação, operação e manutenção do Autódromo Parque da Região de Deodoro (Concorrência Pública nº. 01/2018)[312]. Entretanto, sem negar a importância associada ao projeto em comento, não há no conteúdo dos documentos publicados qualquer referência ao legado olímpico.

No que tange às estruturas olímpicas de Deodoro, a única informação constante no portal da Prefeitura do Rio de Janeiro consiste na indicação do horário de abertura do Parque Radical[313]. Nas mídias da Prefeitura, foi encontrada informação acerca de contratação de empresas para prestação de serviço de manutenção no Complexo de Deodoro, porém, não foram localizados os contratos firmados[314].

Por fim, destaca-se que os projetos de maior impacto de infraestrutura com contratos de longo prazo firmados estavam sob gestão do Município do Rio de Janeiro[315], e três relevantes projetos municipais foram concretizados por meio da realização de Parceria Público-Privada (PPP). São eles: a revitalização da Zona Portuária (Porto Maravilha), o Veículo Leve Sobre Trilhos (VLT) e a construção do Parque Olímpico da Barra. Todos foram realizados por conta dos Jogos e representavam, portanto parte relevante do legado olímpico previsto. Apesar da relevância, apresentaram dificuldades quanto à continuidade de sua execução, conforme veremos a seguir.

2.1 Parque Olímpico da Barra

312 Os documentos da licitação se encontram disponíveis no portal E-compras Rio: < http://ecomprasrio.rio.rj.gov.br/editais/banners_lista.asp#topo>. Acesso em 09.04.2019, às 17h.

313 Dados oficiais obtidos em: http://prefeitura.rio/web/parqueradical/parqueradical/sobreoparque. Acesso em 10.04.2019, às 00:30h.

314 Dados oficiais obtidos em: http://www.rio.rj.gov.br/web/guest/exibeconteudo?id=7135102. Acesso em 10.04.2019, às 00:30h.

315 Outros projetos relevantes foram executados no Município, porém, não há informações acerca da vigência dos contratos. Os projetos em questão abrangem o BRT Transoeste e Transolímpica; duplicação do elevado do Joá; e Viário da Barra. Tais projetos estão listados no Plano de Políticas Públicas do Legado, em 2015, como "em execução".

O contrato municipal de PPP do Parque Olímpico foi firmado em abril de 2012 e teve por objeto a implantação, operação e manutenção do Parque para a realização dos Jogos Olímpicos e Paralímpicos de 2016. A PPP, que possui a vigência de quinze anos, foi instituída na modalidade de concessão administrativa, adotando-se como remuneração diferentes tipos de contraprestação: pecuniária mensal, pecuniária por conclusão de etapa e contraprestação imobiliária por conclusão de etapa.

Merecem atenção, neste caso, duas particularidades da estrutura economico-financeira do projeto. Primeiro, a adoção da contraprestação imobiliária, que representou uma inovação nos contratos de concessão do Município. Por meio desta modalidade de contraprestação, ficaria a Prefeitura com o encargo de transferir imóveis de sua titularidade à Concessionária, na medida em que esta concluísse as etapas contratuais. Segundo, a ausência de sistema de garantias — diferentemente do que ocorre com as PPPs do VLT e do Porto Maravilha.

Ocorre que em parte dos imóveis transferidos à Concessionária como contraprestação foram contruídas arenas temporárias para receber os Jogos. Elas deveriam ser retiradas após a realização dos Jogos, porém permanecem até hoje ocupando irregularmente os terrenos privados.

A mora do Município com os encargo de desmontagem das arenas e da devolução dos terrenos para Concessionária é destacado pelo Ministério Público Federal, que atenta para o impacto da inércia no equilíbrio econômico financeiro do Contrato[316].

Tanto é assim que o Município do Rio de Janeiro, com aval do Governo Federal e do Ministério dos Esportes, havia modelado uma PPP para cuidar de parte das estruturas do Parque Olímpico, em 2016. O objeto da PPP era, precisamente, a gestão, manutenção e adaptação dos equipamentos públicos do Parque, incluindo obras e prestação de serviços, pelo prazo de 25 anos[317]. O projeto disponibilizado para consulta pública abrangia as Arenas 1, 2 e 3, o Centro Olímpico de Tênis, o Velódromo e as áreas externas. Porém, de

[316] Conforme despacho de 04 de outubro de 2018, nos autos do ICP n. 1.30.001.003598/2013-17. Disponível no portal do MPF em: < http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/docs/pr-rj/legado%20olimpico.PDF>. Acesso em 02.04.2019, às 10h.

[317] Disponível em: http://prefeitura.rio/documents/2887926/84f7bd2f-64e9-4a08-a277-705424c8631b. Acesso em 02.04.2019, às 10h.

acordo com os dados disponibilizados pelo Município, o procedimento encontra-se sem movimentações desde novembro de 2016[318].

A paralização do projeto pode ser explicada em função do posicionamento do TCU, pois o Acórdão 494/2017, de relatoria do Ministro Augusto Nardes, entendeu que o projeto municipal não teria sustentabilidade econômica[319]. Além de tal ponto, note-se que a modelagem do projeto municipal se deu antes da superveniência da competência legal da AGLO.

Na visão do TCU, "*mesmo com as contraprestações pecuniárias recebidas, teme-se que as receitas previstas para o concessionário da PPP (locação de espaços, eventos, naming rights e serviços para o COB) não consigam suprir as elevadas despesas com manutenção e reparo*". Isto porque o TCU considerou o projeto de alta complexidade. Ademais, havia de ser considerada, na época, a responsabilidade do Ministério dos Esportes na elaboração do Plano de Legado, que deveria conter a forma de utilização, o modelo de estrutura, a forma de gestão e as fontes de recursos para custeio dessas instalações esportivas. Entretanto, aparentemente nenhum desses elementos havia sido definido pelo Ministério[320]. De acordo com o Acórdão do TCU nº 2395/2018,

> "*...A Autoridade de Governança Olímpica (AGLO), vinculada ao Ministério do Esporte, herdou as Arenas 1 e 2, o Velódromo e o Centro Olímpico de Tênis, todos situados no Complexo Olímpico da Barra, para sua gestão própria, além de papel central na adoção de modelo de gestão sustentável de legado olímpico de todas as arenas/equipamentos; ... A Secretaria Municipal de Esporte e Lazer da cidade do Rio de Janeiro (SMEEL) herdou a Arena 3, no Complexo Olímpico da Barra, e o Parque Radical, contendo Pista de BMX e Canoagem Slalom, nos arredores do Complexo Olímpico de Deodoro.*".

Em relatório de monitoramento do TCU acerca da utilização das arenas, há informação prestada pelo Município sobre a assinatura de termo de cessão de uso parte dos

---

[318] Conforme dados do portal oficial da Subsecretaria de Projetos Estratégicos, o último andamento da PPP foi referente ao Aviso de Adiamento para 30 de novembro de 2016 da abertura da propostas. Ref.: CONCORRÊNCIA – CEL/PRÓPRIOS/CN-06/2016 Processo: 24/000.129/2016. Disponível em: <http://prefeitura.rio/documents/2887926/e338e5dd-f861-4f68-a8f0-3cead5facd8f>, acesso em 07.04.2019, às 12h.

[319] TCU, Processo nº. 010.915/2015-0. Acórdão 494/2017. Rel. Min. Augusto Nardes.

[320] TCU, Processo nº. 010.915/2015-0. Acórdão 494/2017. Rel. Min. Augusto Nardes.

ativos olímpicos para o Ministério dos Esportes[321]. Nessa linha, três entidades, atualmente, realizam a gestão direta dos ativos de estrutura esportiva.

O mencionado Acórdão determinou que o Ministério dos Esportes e o Município do Rio apresentassem, em conjunto, uma solução definitiva à questão das Arenas. A solução apresentada foi a Contratação do BNDES de estudos técnicos para a realização da modelagem de Concessão/PPP para a operação das instalações (que envolvem tanto as da AGLO quanto as do Município).

Assim é que, em novembro de 2018, o BNDES publicou o Pregão Eletrônico de nº 48/2018, cujo objetivo foi a contratação de consultoria especializada para a estruturação de modelo de PPP para a operação do Parque Olímpico[322]. A realização do Pregão pelo BNDES foi respaldada por determinação anterior da AGLO. A autarquia, por meio de decisão do Conselho do Programa de Parcerias e Investimentos (PPI) da Presidência da República, teve autorização para realização da estruturação do projeto via certame a ser realizado pelo BNDES, conforme informações oficiais[323]. No entendimento refletido na auditoria realizada pela Controladoria Geral da União (CGU) acerca da atuação da AGLO, a justificativa para o envolvimento do BNDES foi a falta de aparelhamento da autarquia para elaboração do projeto do legado para os ativos de sua responsabilidade[324].

---

[321] "8.14. Observam que no segundo semestre de 2016 a Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro não foi bem sucedida em sua tentativa de fazer a concessão do Parque Olímpico da Barra à iniciativa privada por meio de Parceria Público-Privada PPP e, consequentemente, em 23 de dezembro de 2016, assinou Termo de Cessão de Uso, ou seja, transferiu a posse de algumas arenas esportivas (Arenas Cariocas 1 e 2, Velódromo e Centro Olímpico de Tênis) para o Ministério do Esporte, o qual está atualmente responsável pela gestão e pela definição da futura utilização dessas instalações esportivas" TCU, Processo nº. 010.915/2015-0. Acórdão 2.395/2018 – Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler.

[322] Disponível em: https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/licitacoes-contratos/licitacoes/pregoes-eletronicos/pregoes-eletronicos-2018. Acesso em 05.04.2019, às 12h.

[323] "Uma das justificativas utilizadas para desestatização seria a falta de pessoal para exercer o trabalho na Aglo". Disponível em: http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-02/parceria-com-bndes-foi-aprovada-por-conselho-diz-aglo. Acesso em 09.04.2019, às 11h.

[324] "Para a adoção de modelo gestão de longo prazo do Parque Olímpico da Barra da Tijuca, verificou-se decisão governamental no sentido de firmar uma parceria entre o Ministério do Esporte e o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MP) com a contratação do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) devido à alegada falta de estrutura da AGLO para tratar o tema. Assim o Banco, responsabilizou-se por estruturar o projeto de desestatização, compreendendo o planejamento prévio, a elaboração de termos de referência, a contratação de consultorias técnicas especializadas, o acompanhamento da elaboração de estudos técnicos e jurídicos e a elaboração do Edital de Licitação, da minuta de Contrato e seus Anexos, bem como por realizar certame licitatório, que compreende o auxílio na realização de audiências e consultas públicas, inclusive a contratação da instituição responsável pelo leilão de desestatização". CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO, Relatório nº: 201800688 - Unidade Auditada: Autoridade de Governança do Legado Olímpico, 2017, p. 12

De acordo com o Termo de Referência, os serviços a serem prestados pelo futuro contratado abrangem: (i) gerenciamento de projetos; (ii) avaliação comercial; (iii) plano de negócios; (iv) indicadores de desempenho; (v) assessoria jurídica; (vi) estudos de engenharia; (vii) relatório para decisão do modelo de negócios e (viii) relatório final consolidado.

Embora o certame tenha sido realizado em 10 de dezembro de 2018[325], o Ministério Público Federal recomendou a interrupção do processo de modelagem pelo BNDES[326] em 04 de fevereiro de 2019. Não localizamos informações oficiais quanto ao cumprimento da solicitação ministerial.

Note-se, ainda, que a chamada "Arena do Futuro" não foi abrangida pelo Edital do BNDES, ora suspenso pelo MPF. Inicialmente, a estrutura da arena temporária seria destinada à construção de escolas, mas não se sabe ao certo o desfecho desse projeto.

Diante desse cenário, não é exagero dizer que a ausência de medidas para concretização do PPPLegado, seja via Município, AGLO ou Ministério dos Esportes, apenas agrava o potencial de oneração dos cofres públicos — afinal, esses, cedo ou tarde, poderão ser obrigados a indenizar a Concessionária pela ocupação irregular de seus terrenos. Ademais, o abandono das arenas do Parque Olímpico afeta negativamente o desenvolvimento social do município, que fica sem qualquer perspectiva de usufruir dos planejados benefícios decorrentes das desmontagens das arenas.

2.2. O VLT

Outra PPP municipal vocacionada ao legado de infraestrutura é a do Veículo Leve Sobre Trilhos (VLT). O projeto compõe um dos planos para a revitalização da Região Portuária e foi constituído na modalidade de Concessão Patrocinada. Ou seja, a sua estrutura financeira pressupõe pagamento de contraprestação pública e o repasse das tarifas pagas pelos usuários do serviço.

---

[325] Conforme dado disponível em: https://www.bndes.gov.br/wps/wcm/connect/site/1bc5d108-c35f-46fb-8c33-3bdd4ed5c44c/PE-48-2018-aviso-de-adiamento.pdf?MOD=AJPERES&CVID=mtgW4v4. Acesso em 09.04.2019, às 11h.

[326] "No Rio, MPF pede que BNDES suspenda acordo relativo ao Parque Olímpico da Barra", disponível em: https://esportes.estadao.com.br/noticias/geral,no-rio-mpf-pede-que-bndes-suspenda-acordo-relativo-ao-parque-olimpico-da-barra,70002703714. Acesso em 09.04.2019, às 11h.

Apesar de se encontrar em operação nas linhas 1 e 2 e contar com alto índice de aprovação dos usuários, o serviço vem enfrentando problemas contratuais, referentes ao cumprimento de obrigações por parte do Poder Concedente. Segundo as notícias veiculadas, os entraves vão desde a inobservâncias das regras de repartições de riscos relacionados à demanda até inadimplência de contraprestações públicas pecuniárias.

A integração do VLT com o sistema do "bilhete único carioca", por exemplo, é um fator que impacta a demanda – e, por consequência, a receita da PPP — e, até o momento, não foi realizada pelo Município[327]. Além disso, a PPP, assim como o Porto Maravilha, encontra problemas de cumprimento das obrigações pecuniárias do Poder Concedente, seja no pagamento da contraprestação pública, seja na recomposição das garantias contratuais. Essa seria a razão pela qual a operação da Linha 3, que liga a Central do Brasil ao Aeroporto Santos Dumont, ainda não foi iniciada, embora as obras estejam concluídas[328].

2.3. O Porto Maravilha

A revitalização da Região Portuária do Rio foi uma das obras preparatórias dos Jogos de maior visibilidade, visto que uma grande área central da cidade foi substancialmente modificada. Para viabilizar o Projeto, o Município do Rio de Janeiro criou a Companhia de Desenvolvimento Urbano da Região do Porto do Rio de Janeiro (CDURP)[329]. A CDURP tem natureza de sociedade de economia mista, unicamente com o objetivo de viabilizar e executar concessões, contratos e parcerias para a revitalização da Área de Especial Interesse Urbanístico (AEIU)[330] da Região do Porto do Rio de Janeiro.

---

[327] Conforme notícia veiculada em: https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2018/09/06/integracao-do-bilhete-unico-intermunicipal-passa-a-valer-no-vlt-do-rio-a-partir-de-segunda.ghtml, acesso em 10.04.2019,às 10h.

[328] Conforme notícia veiculada em: https://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2019/01/5611225-linha-3-do-vlt-esta-pronta--mas-atraso-em-repasses-da-prefeitura-trava-inauguracao.html#foto=1, acesso em 10.04.2019,às 10h.

[329] A autorização para criação da CDURP foi estabelecida por meio da Lei Municipal Complementar de nº 102, de 23 de novembro de 2009. "Art. 1º Fica o Poder Executivo municipal autorizado a constituir pessoa jurídica, sob a forma de sociedade por ações, na modalidade sociedade de economia mista, a ser controlada pelo Município e denominada Companhia de Desenvolvimento Urbano da Região do Porto do Rio de Janeiro–CDURP, para o fim específico de: (...)"

[330] Segundo o Plano Diretor, a Área de Especial Interesse Urbanístico é uma área submetida a regime urbanístico específico, relativo a implementação de políticas públicas de desenvolvimento urbano e formas de controle que prevalecerão sobre os controles definidos para as Zonas e Subzonas que a contêm.

Nesse sentido, a primeira PPP instituída pela CDURP foi a do Porto Maravilha, tendo por objeto a revitalização, operação e manutenção da AEIU Portuária do Município. O empreendimento possui como função primordial a promoção do uso social, turístico, cultural e de lazer, além de fomentar a valorização imobiliária da região. A PPP foi firmada em novembro de 2010 com a Concessionária Porto Novo S/A[331], na modalidade de concessão administrativa.

Após os Jogos, o Projeto do Porto Maravilha foi negativamente impactado pela ausência dos repasses públicos especialmente para o pagamento da contraprestação pública e composição do sistema de garantias[332]. Os recursos a serem utilizados para o projeto seriam oriundos da exploração imobiliária da região, por meio da venda de CEPACs (Certificados do Potencial Adicional de Construção). Com a emissão dos títulos, o adquirente obtém direitos adicionais de construção, nas áreas definidas pelas Operações Urbanas, o que é o caso da região. A Lei Municipal Complementar 101/2009 ampliou, então, o potencial construtivo na área ao instituir uma Operação Urbana Consorciada e se utilizar da emissão de CEPACs.

Para viabilizar a garantia da contraprestação por parte do Poder Concedente (de dez milhões de reais mensais) foi constituído um Fundo de Investimento Imobiliário (FII)[333]. A composição do fundo adviria da venda das CEPACs. A opção do Município do Rio de Janeiro, por meio da CDURP foi leiloar o bloco de CEPACs de uma só vez. O vencedor do leilão foi o FGTS, com lance de 3,5 bilhões de reais[334]. A expectativa é que a valorização dos CEPACs no tempo fosse capaz não somente de arcar com os custos do Porto Maravilha, como também gerar rendimentos a favor do FGTS. No caso do Porto Maravilha, a falha do sistema foi a crise no mercado imobiliário que impactou a cidade,

[331] Sociedade de Propósito Específico formada pela Construtora OAS Ltda., Construtora Norberto Odebrecht Brasil S.A. e Carioca Christiani-Nielsen Engenharia S.A.

[332] Disponível em: https://oglobo.globo.com/rio/sem-repasses-desde-janeiro-concessionaria-suspende-obras-na-zona-portuaria-21489095, acesso em 10.04.2019,às 10h.

[333] Contrato de PPP do Porto Maravilha: "37.2.1 Em garantia ao cumprimento de suas obrigações, o Poder Concedente outorgara a Concessionaria garantia fiduciária de pagamento, consistindo na cessão fiduciária dos recebíveis associados as quotas por ela subscritas no FII ("Garantia Publica"). Dessa forma, e simultaneamente a assinatura do Contrato de PPP, o Poder Concedente firmara com a Concessionaria o contrato de cessão fiduciária. A Garantia Publica poderá ser acionada pela Concessionaria (inclusive diretamente por seu financiador, nos termos do Contrato de PPP) caso o FII venha a inadimplir, total ou parcialmente, com relação a atribuição de pagamento da Contraprestação Publica, considerando-se inadimplemento para fins deste item o não pagamento em ate 90 (noventa) dias contados da data de seu vencimento".

[334] Conforme dados do Porto Maravilha, disponíveis em: http://portomaravilha.com.br/artigosdetalhes/cod/10.

resultando na baixa alienação de CEPACs e impossibilidade de cumprimento das obrigações financeiras da PPP[335].

3. A dificuldade de construir um diagnóstico.

3.1. O balanço do IPEA e da AGLO

As intercorrências relativas aos projetos do legado olímpico não são exclusivas do ordenamento brasileiro: outras cidades olímpicas passaram por desafios pós-olimpíadas. Dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), de 2017, mostram que a experiência olímpica do Rio de Janeiro foi similar à de Barcelona, cidade olímpica em 1992, à de Atenas, em 2004. A similaridade em questão se deu pelo fato de, nas três cidades, ter sido necessário um alto investimento em infraestrutura urbana, além do investimento em infraestrutura olímpica[336]. A realização do evento foi utilizada, então, como mecanismo propulsor da infraestrutura nas três cidades[337].

Entre Rio de Janeiro e Atenas, as semelhanças são ainda maiores considerando o contexto pós-olimpíadas. Uma preocupação notável na realização das olimpíadas na Grécia, assim como no Brasil, era, justamente, a falta de logística na mobilidade urbana e os congestionamentos na cidade, que poderiam ser minimizados por meio de investimentos. Tanto que, no momento da candidatura, a Grécia explorou a melhoria nos transportes como uma meta a ser alcançada para as Olimpíadas[338]. A situação do Brasil e do Rio de Janeiro, quase três anos depois da realização do evento, é também de crise.

Segundo análise do IPEA, os projetos tanto da Matriz de Responsabilidades, (relacionados às estruturas olímpicas), quanto do Plano de Políticas Públicas do Legado (mais amplos) foram executados, salvo aqueles relativos à despoluição da Baía de Guanabara[339]. O tom positivo da avaliação do IPEA, entretanto, desconsidera dois

[335]Disponível em: https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/zona-portuaria-do-rio-e-a-que-mais-tem-predios-desocupados-na-cidade.ghtml, acesso em 10.04.2019,às 10h.
[336] ROCHA, Glauter, A economia dos Jogos Rio 2016: bastidores e primeiros impactos, Nota Técnica n. 37, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2017, p. 5
[337] KASIMATI, Evangelia, Post-Olympic Use of the Olympic Venues: The Case of Greece, Athens Journal of Sports, Volume 2, Issue 3, Sep. 2015, pp 167-184, p. 169
[338] KASIMATI, Evangelia, Post-Olympic Use of the Olympic Venues: The Case of Greece, Athens Journal of Sports, Volume 2, Issue 3, Sep. 2015, pp 167-184, p. 174
[339] ROCHA, Glauter, A economia dos Jogos Rio 2016: bastidores e primeiros impactos, Nota Técnica n. 37, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2017, p. 7

elementos relevantes: a aderência das obras realizadas aos projetos previstos, bem como a sustentabilidade futura dos projetos previstos na Matriz de Responsabilidades, no Plano de Políticas Públicas do Legado Olímpico, no Planejamento de Uso do Legado e no Plano de Legado do Ministério dos Esportes.

Além da análise do IPEA, o último documento divulgado pela AGLO se denomina, como mencionado, "Balanço do Legado", publicado em 2018, o qual lista as atividades realizadas na área do Parque Olímpico da Barra e do Complexo Esportivo de Deodoro até o momento[340]. No Parque Olímpico da Barra, o documento lista as iniciativas realizadas, em sua maior parte eventos[341], bem como iniciativas ligadas ao esporte desenvolvidas na área[342]. Em Deodoro, o documento também descreve os eventos e iniciativas esportivas realizadas[343]. Quanto ao legado urbano, o balanço descreve as transformações realizadas no Município do Rio de Janeiro, sem expor a regulamentação aplicável aos projetos[344].

Em resumo, o Balanço do Legado da AGLO foca mais na dimensão da política pública de esportes atrelada à infraestrutura do que à gestão dos ativos públicos, sejam eles olímpicos ou de legado urbano. A visão do documento é apenas descritiva quanto às iniciativas, sem especificar planos, programas, normas ou outros instrumentos que

---

[340] BRASIL, Comitê Organizador dos Jogos Olímpicos e Paralímpicos Rio 2016. Balanço do Legado Olímpico. 1ª Edição, 2018. Disponível em: < http://aglo.gov.br/wp-content/uploads/2019/02/Digital_LEGADOOlimpico_Web2.pdf>. Acesso em 08.04.2019, às 10h.

[341] Cirque du Soleil, Rock in Rio e Game XP, Jogo Internacional de Futsal Feminino, Abu Dhabi Grand Slam Jiu-Jitsu World Tour, Campeonato Pan-Americano de Caratê, Cross Fit Games 2018, a etapa das Eliminatórias da Copa do Mundo de Basquete Masculina Brasil e Venezuela, o Campeonato SulAmericano de Badminton; dentre outros, cf. BRASIL, Comitê Organizador dos Jogos Olímpicos e Paralímpicos Rio 2016. Balanço do Legado Olímpico. 1ª Edição, 2018. Disponível em: < http://aglo.gov.br/wp-content/uploads/2019/02/Digital_LEGADOOlimpico_Web2.pdf>. Acesso em 08.04.2019, às 10h, p. 36 e seguintes.

[342] Instituto Reação; Luta: Escola da Vida; Centro de Treinamento da Arena 2; atividades gratuitas para até 1.500 crianças e adolescentes de até 14 anos, como aulas de ginástica, música e teatro na Arena 3; dentre outros.

[343] BRASIL, Comitê Organizador dos Jogos Olímpicos e Paralímpicos Rio 2016. Balanço do Legado Olímpico. 1ª Edição, 2018. Disponível em: < http://aglo.gov.br/wp-content/uploads/2019/02/Digital_LEGADOOlimpico_Web2.pdf>. Acesso em 08.04.2019, às 10h, p. 88: "Durante o modo legado, 131 eventos foram realizados no Complexo Esportivo de Deodoro com destaque para o Campeonato Mundial de Canoagem, Campeonato Brasileiro de Carabina, Rifle e Pistola, Seletivo Brasileiro para a o Campeonato Mundial em Munich, Etapas do Campeonato Brasileiro de Tiro ao Prato, 2ª Copa Sul-Americana de Tiro e etapas do Campeonato, entre outros. Para 2019, estão em negociação a realização da Copa do Mundo de Tiro e os Sul-americanos de Hóquei Sobre Grama".

[344] Cita como projetos centrais: o Museu do Amanhã; o Parque Madureira; Saneamento no entorno do Complexo de Deodoro; Aumento da Rede Hoteleira; Legado de Transporte (BRT, VLT e Aeroportos).

respaldam a descrição realizada. Desse modo, o que se aplica no tocante ao desenvolvimento futuro do legado é o PUL e o Plano de Legado do Ministério dos Esportes.

Embora o Balanço apresente só a dimensão positiva do legado, as notícias veiculadas pela mídia alertam quanto à falta de ação do Poder Público. As notícias veiculadas[345] tratam sobre a deterioração das instalações esportivas e da ausência de controle por parte da AGLO em relação às estruturas. O relatório de auditoria do Ministério dos Esportes, correspondente ao exercício de 2017, indicou que a AGLO carece de melhores mecanismos de controle e implementação de projetos, mas concluiu pela regularidade das atividades prestadas, tendo em vista que a entidade estava apenas há um ano em funcionamento[346].

No mesmo sentido que o relatório do Ministério dos Esportes, o Ministério Público Federal[347] e o Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro[348] se pronunciaram quanto à insuficiência da gestão do legado olímpico. Nas respectivas análises das manifestações, restou configurada a deterioração das estruturas e a falta de planejamento quanto ao futuro do legado.

Tanto em nível federal[349] quanto municipal[350] há previsão de recursos para as entidades competentes para gestão do legado nos orçamentos anuais de 2019. No âmbito

---

345 A título de exemplo: https://oglobo.globo.com/esportes/legado-de-arenas-olimpicas-ainda-convive-com-subaproveitamento-incerteza-21667966; http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/noticias-rj/mpf-segue-questionando-a-administracao-do-legado-olimpico; http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/noticias-rj/mpf-segue-questionando-a-administracao-do-legado-olimpico

346 No que se refere ao funcionamento dos controles internos administrativos existentes na Autarquia, em especial quanto à suficiência desses controles para migar riscos e garantir, com razoabilidade, a confiabilidade necessária das informações produzidas, a obediência às leis e aos regulamentos que a regem, bem como a salvaguarda dos recursos, de modo a evitar perdas, mau uso e dano, verifica-se que, em vista da recente criação da autarquia, é necessário melhorar os controles existentes, bem como implementar novos controles, incluindo uso de sistemas que permitam avaliar a eficácia dos processos de gerenciamento de riscos e da governança pública. Parecer de Auditoria nº 1/2018/AGLO/ACI/PR-AGLO/AGLO. Processo 58021.000112/2018-30. Ministério do Esporte. Acesso em <http://aglo.gov.br/wp-content/uploads/2018/04/SEI_ME-0248846-Parecer.pdf>

347 http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/docs/pr-rj/legado-olimpico-relatorio-mpf-da-atual-situacao-do-legado-replica-na-acp-acordao-tcu-relatorio-tcu-voto-do-relator-tcu/mpf-relatorio-parte-1

348 http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cespo/audiencias-publicas/audiencias-publicas-2017/apresentacao-do-tcmrj

349 Dados gerados em: http://www.portaltransparencia.gov.br/orcamento/despesas?paginacaoSimples=true&tamanhoPagina=&offset=&direcaoOrdenacao=asc&palavraChave=legado&de=2019&ate=2019&colunasSelecionadas=ano%2CorgaoSuperior%2CorgaoVinculado%2Cfuncao%2CsubFuncao%2Cprograma%2Cacao%2CcategoriaEconomica%2

federal, R$130 milhões são disponibilizados pela AGLO como despesa corrente; R$4 milhões são de investimentos. No municipal, são previstos mais de R$13 milhões para a Subsecretaria do Legado Olímpico. Desse valor, cerca de R$5 milhões é destinado ao pagamento da PPP do Parque Olímpico e o restante do valor se destina à manutenção do local, programas de esportes e outras despesas.

A previsão orçamentária, nesse sentido, indica movimentação das entidades na gestão do legado, sem resultar, necessariamente, na concretização do PUL e no Plano de Legado do Ministério dos Esportes. A falta de transparência, desatualização de dados e a dispersão das informações dificulta o diagnóstico conjuntural acerca do tema. Apesar da obscuridade, é possível constatar a inércia do Poder Público em efetivamente concretizar um cronograma de atuação para legado, com a cooperação dos entes envolvidos, para o aproveitamento das estruturas resultantes dos Jogos. É preciso transpassar a generalidade de documentos como o do Balanço para, no seu lugar, buscar um planejamento real e aderente à atual situação do legado olímpico.

3.2. A falta de informações

O dever de publicidade dos atos do poder público está previsto na Lei de Acesso à Informação em seu art. 3º, II[351] e é derivado do dever de publicidade dos atos do Poder Público, previsto no art. 37 da Constituição Federal de 1988[352]. Na esteira das normas, os atos de interesse público devem ser disponibilizados espontaneamente pelo Poder Público, sem que houvesse a necessidade de uma demanda formal e procedimental para tanto. É o que se chama de dever de transparência ativa. No que tange à publicidade, há diversos trabalhos que destacam a necessidade de desenvolvimento da cultura da transparência no

---

CgrupoDespesa%2CelementoDespesa%2CorcamentoInicial%2CorcamentoAtualizado%2CorcamentoRealizado%2CpercentualRealizado

[350] Dados disponível em: < http://www2.rio.rj.gov.br/smf/banco/pdforc/loa/lei6481_2019-vol01.pdf>. Acesso em 10.04.2019, às 14h.

[351] Brasil, Lei n° 12.527/2011: "Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes: (...) II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;"

[352] CRFB/88, art 5°, XIV e XXXIII; art. 37, §3, II; art. 49, IX; art. 84, XI e XXIV; art. 74, I e II; e art. 216, §2.

Brasil, mas que não tratam diretamente da qualidade da informação que é prestada pelo Poder Público[353].

A carência da divulgação de dados atualizados e de informações disponibilizadas de maneira efetiva no ponto de vista qualitativo implica dificuldade em entender e diagnosticar a real situação do legado olímpico. A realização da transparência não pressupõe apenas a disponibilização da informação, mas também a garantia de seu caráter qualitativo, claro, atual e inteligível[354].

Conforme destacado desde a introdução e ao longo do presente trabalho, verificou-se que o acesso à informação é o principal obstáculo enfrentado na construção do histórico de informações acerca do legado olímpico. A ausência do cumprimento da publicidade pelos entes e órgãos da Administração Pública foi reconhecida como um fator preocupante, na opinião do Ministério Público Federal[355] e do Tribunal de Contas da União[356], órgãos de controle diretamente envolvidos no legado olímpico.

Os meios eletrônicos que contém os dados referentes aos projetos e aos planos de legado se encontram desatualizados. Os meios de acesso possuem pouca clareza sobre onde encontrar as informações procuradas ou as maneiras de obtê-las. Além disso, os portais eletrônicos oficiais, de todos os níveis federativos, estão frequentemente fora do ar, os direcionamentos falham com frequência, as informações estão desatualizadas e os mecanismos de busca são ineficientes. O portal da AGLO, por exemplo, contém falhas em grande parte dos *hiperlinks* de direcionamento, os quais resultam em páginas não encontradas – a aba "legado" é um dos exemplos mais crítico[357].

---

[353] BARCELLOS, Ana Paula de, Acesso À Informação: Os Princípios da Lei n° 12.527/2011, Quaestio Juris, vol. 08, nº. 03, Rio de Janeiro, 2015, p. 1751

[354] BARCELLOS, Ana Paula de, Acesso À Informação: Os Princípios da Lei n° 12.527/2011, Quaestio Juris, vol. 08, nº. 03, Rio de Janeiro, 2015, p. 1751

[355] Conforme petição inicial da Ação Civil Pública nº. 0086335-91.2016.4.02.5101.

[356] TCU, TC 008.576/2016-5. Acórdão 1644/2016 – Plenário. Rel. Min. João Augusto Ribeiro Nardes, DJ 29 de junho de 2016. "No tocante ao controle e divulgação das despesas para a realização dos Jogos no Brasil, verificou-se que o conteúdo e o formato das informações merece ser reavaliado, especialmente em razão da não consideração e da não divulgação de alguns gastos e da não separação entre despesas correntes, que correspondem mais propriamente ao custo dos Jogos, e despesas de capital, que devem ter como contrapartida bens que produzirão benefícios após o evento".

[357] A tentativa de acesso foi realizada todos os dias, durante o período de 02.04 a 10.04.2019, no portal http://www.apo.gov.br/. A mensagem de retorno, no momento do acesso, é *"Desculpe o incômodo, mas nosso site ainda está em construção. Visite-nos em breve!".*

No âmbito municipal, a maior dificuldade no acesso às informações dos projetos de infraestrutura do legado está na busca pelos contratos públicos e seus desdobramentos. Através da consulta disponibilizada em meio eletrônico, não se tem informações claras acerca da execução contratual – se houve elaboração de aditivos, se os contratos se encontram em vigor, dentre outros dados essenciais para compreensão da situação.

Quanto ao Estado do Rio de Janeiro, no canal do "Serviço Eletrônico de Informação ao Cidadão", o cenário não se mostra diferente. Durante as pesquisas desenvolvidas para o do presente trabalho, solicitaram-se informações ao Estado do Rio de Janeiro acerca de duas questões, quais sejam: i) a restauração das Lagoas da Barra da Tijuca e Jacarepaguá; ii) contratos e ações sobre as obras de Saneamento Básico da Barra da Tijuca, Recreio e Jacarepaguá.

O protocolo do pedido de informações foi realizado no dia 24 de outubro 2018[358] e foi respondido de forma fragmentada e insuficiente. A resposta acerca da restauração das Lagoas da Barra da Tijuca e Jacarepaguá foi prestada dentro do prazo legal, de vinte dias prorrogados por mais dez. No entanto, a informação prestada foi extremamente insatisfatória, restringindo-se a informar que o contrato com o Consórcio Lagunar havia sido rescindido em 19 de junho 2018 "por insuficiência de recursos estaduais". A segunda informação, por sua vez, foi prestada com quase dois meses de atraso. Nos esclarecimentos, foi mencionada a existência de processo regulatório em trâmite perante a Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (AGENERSA), sem que fosse especificado o objeto deste ou a situação em que se encontra o projeto de Saneamento das Regiões.

Desse modo, o que ocorre, na maioria dos casos, é a busca por informações em fontes secundárias, como autos de ações protocoladas pelo Ministério Público, decisões do Tribunal de Contas, portais não oficiais e mídia geral. Entende-se que a medida central para a clarificação da situação atual do legado olímpico é a sistematização adequada das informações pelos entes envolvidos e pela AGLO. A atual conjuntura de ausência de concentração de dados atualizados impossibilita a realização da análise global do legado olímpico.

[358] Protocolo de nº. 3197/2018 e nº.3.198/2018 do Serviço eletrônico de Informações ao Cidadão do Estado do Rio de Janeiro.

4. O legado olímpico como política pública e o papel do Direito

A realização dos Jogos Olímpicos e Paralímpicos no Rio de Janeiro exigiu não apenas o esforço executivo para a viabilização das obras, mas também a preparação de um marco regulatório voltado para o evento. A existência de uma regulação específica para os projetos de infraestrutura olímpica foi essencial para o desenvolvimento das transformações urbanas na cidade do Rio de Janeiro. Tais normas envolvem o exercício do poder estatal de ordenação do ambiente urbanístico, bem como na coordenação das políticas voltadas para a concretização das metas relacionadas ao compromisso olímpico.

O protagonismo do direito administrativo na revisão e criação do marco regulatório dos Jogos se dá com base na característica deste como um meio de "*viabilização, de efetivação, do exercício do poder*"[359]. Giulio Napolitano considera como papel da Administração Pública na efetivação de direitos a atuação conforme as escolhas coletivas dos cidadãos, coordenando o aparato burocrático e compreendendo que existe uma pluralidade de missões no direito administrativo. Este serviria para conferir ao setor público de modo geral os instrumentos necessários para sua atuação e exercício de suas funções[360].

Lado a lado ao direito administrativo, está o campo de estudo de políticas públicas — aqui entendida como programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados[361].

Há uma ampla gama de definições adotadas pelos estudiosos para o termo "política pública"[362]. Isto porque o conceito de política pública representa o resultado da inclusão de diversas variáveis em sua concepção, as quais encontram um denominador comum no papel do Estado pautado na atuação político-normativa-constitucional.

---

[359] MARQUES NETO, Floriano Azevedo, A Bipolaridade do Direito Administrativo e sua superação, In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Contratos Públicos e Direito Administrativo, São Paulo: Ed. Malheiros, 2015, p. 374.

[360] NAPOLITANO, Giulio. La logica del diritto amministrativo. 2ª ed. Bologna: Ed. Mulino, 2017, p. 50-51

[361] BUCCI, Maria Paula Dallari, Direito Administrativo e Políticas Públicas. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 241.

[362] CHRISPINO, Alvaro, Introdução ao estudo das Políticas Públicas: uma visão interdisciplinar e contextualizada, Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2016, p.17 e p. 59

Tendo em vista o presente estudo de caso, como a nomenclatura do próprio documento da Autoridade Pública Olímpica deixa claro, o legado olímpico é uma política pública, de tal modo que a associação entre direito e políticas públicas é essencial para compreensão do tema. Deve-se, a partir das normas e da estruturação dos projetos do Poder Executivo, analisar o ciclo de políticas públicas do legado olímpico, o que compreende, no presente momento, a etapa de controle primordialmente.

Para compreender o atual *status* do legado olímpico de infraestrutura, dentro da etapa de controle, é importante compreender as normas que sustentam a evolução da política pública. Grande parte das normas foi editada a nível municipal, considerando as transformações urbanas do Município do Rio de Janeiro. Foram diversos eixos de normas, especificamente elaboradas para a realização dos Jogos, a fim de viabilizar a ocorrência do evento[363] e a estruturação da infraestrutura do Plano de Políticas Públicas do Legado.

O exemplo mais relevante dentre as normas estruturantes dos projetos olímpicos é o caso do Porto Maravilha e do VLT. Para construção de ambos empreendimentos na região central, pudemos identificar a edição da Lei Complementar nº. 101/2009, destinada à criação de uma Operações Urbana Consorciada (OUC)[364]. Conforme José Afonso da Silva, as operações urbanas têm por finalidade a promoção da melhoria de determinada região,

[363] Dentre as leis municipais relevantes: Lei Complementar nº 139/2014: Fixa a obrigatoriedade de preferência na contratação de empresas com sede no Município ou no Estado do Rio de Janeiro com vistas à realização das Olimpíadas de 2016 e dá outras providências; Lei nº 5.924/2015: Estabelece regras especiais para a realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos Rio 2016; Decreto nº 36.111/2012: Declara a Cidade do Rio de Janeiro CIDADE OLÍMPICA e dá outras providências; Decreto nº 35.859/2012: Dispõe sobre a consolidação da estrutura organizacional da Empresa Olímpica Municipal - EOM e dá outras providências; Lei nº 5.230/2010: Institui incentivos e benefícios fiscais relacionados com a realização da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 e dá outras providências; Decreto nº 34.802/2011: Dispõe sobre a inclusão do projeto de implantação e manutenção do "Parque Olímpico Rio 2016" no programa municipal de parcerias público-privadas - PROPAR-Rio; Lei nº 5.283/2011: Dá o nome de Parque Olímpico Jornalista Armando Nogueira a toda área do Autódromo Internacional Nelson Piquet e do Complexo Esportivo Cidade dos Esportes localizados na Avenida Embaixador Abelardo Bueno, s/nº - Barra da Tijuca; Decreto nº 36.414/2012 Desafeta as áreas que menciona e aprova o PAA 12.379/ PAL 48.085 para remembramento e loteamento da área do Parque Olímpico – XXIVª Região Administrativa – Barra da Tijuca; Lei Complementar nº 133/2013: Institui a Operação Urbana Consorciada Parque Natural Municipal da Barra da Tijuca, estabelece diretrizes urbanísticas para a área de abrangência delimitada na Operação, permite a Transferência de Potencial Construtivo, institui Conselho Consultivo e dá outras providências.

[364] Art. 1.° Esta Lei Complementar institui a Operação Urbana Consorciada - OUC da região do Porto do Rio de Janeiro, na Área de Especial Interesse Urbanístico –AEIU criada nesta Lei Complementar, que compreende um conjunto de intervenções coordenadas pelo Município e demais entidades da Administração Pública Municipal,coma participação de proprietários, moradores, usuários e investidores, como objetivo de alcançar transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e valorização ambiental de parte das Regiões Administrativas I, II, III e VII, em consonância com os princípios e diretrizes da Lei Federal n.° 10.257, de 10 de julho de 2001 - Estatuto da Cidade e do Plano Diretor Decenal da Cidade do Rio de Janeiro.

por meio de estruturação legal, com a responsabilidade central de criação e coordenação atribuída ao Poder Público Municipal[365]. O Estatuto da Cidade (Lei nº. 10.527/01) é a norma a nível nacional que regulamenta do tema das OUC[366].

No caso da área do Porto Maravilha, o Plano Diretor da cidade do Rio foi alterado pela Lei Complementar n° 101, de 23 de novembro de 2009. O objeto da criação da OUC do Porto foi, nos termos do art. 2º, de promover a reestruturação urbana da região, por meio da ampliação, articulação e requalificação dos espaços livres de uso público da região do Porto, visando à melhoria da qualidade de vida de seus atuais e futuros moradores, e à sustentabilidade ambiental e socioeconômica da região. O principal componente da OUC do Porto foi a implantação do VLT na área central, além da reurbanização de roda região, o que inclui a demolição do elevado da perimetral e a construção de túneis para ampliação das vias. Todas as modificações foram previstas no Anexo II da Lei Complementar em referência.

Podemos entender que as políticas públicas são concebidas como ciclos, compostos por uma sequência de etapas que perpassam a sua formulação, execução e controle[367]. A alteração do marco regulatório e a execução das obras do legado olímpico estão associados às etapas de formulação e execução da política pública, as quais representam o movimento vivenciado até a realização dos Jogos em 2016.

O momento atual, por sua vez, é focado na perspectiva do controle. Com base nas normas, compromissos firmados e nos documentos da Matriz de Responsabilidades e do Plano de Políticas Públicas, deve-se empreender a análise da atual conjuntura do legado, a fim de exigir do Poder Público a sua implementação integral.

---

[365] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 5ª edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2008, p. 367

[366] Em seu art. 32, §1º, dispõe que a OUC é um conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados. Para sua constituição, é também exigido um plano de operação urbana consorciada, nos termos do art. 33.

[367] No original: "Certaines étapes peuvent être purement et simplement omises (volontairement ou non), et de nombreuses décisions sont prises sans que l'on puisse identifier une phase de définition du problème. Parfois même, la mise en œuvre est entamée avant que la décision soit prise formellement.". MULLER, Pierre. Les politiques publiques. 10ª ed. Collection Que sais-je?. Paris: Presses Universitaires de France – PUF, 2013, p. 13.

O equilíbrio no estudo de políticas públicas de modo geral e na proposição de soluções se pauta no balanço entre elementos técnico-gerenciais e a questão política[368]. Uma ou outra, de maneira isolada, não será apta a resolver os problemas concretos de ineficiência de setores da máquina pública. Desse modo, os instrumentos jurídicos tradicionais e inovadores podem se prestar a encontrar solução para questões pontuais, atualmente diagnosticadas no âmbito dos projetos do legado olímpico.

Destaca-se, nesse ponto, a existência mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos, que podem ser utilizados nos contratos de PPPs, nos termos do art.11, III da Lei nº. 11.079/2004[369]. Dentre tais mecanismos, destaque deve ser atribuído aos *dispute boards*, incentivado pela OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico)[370], aos comitês de solução de controvérsias e às arbitragens, que podem ser adotadas pelas partes ainda que não haja previsão original nos contratos públicos firmados.

5. Considerações finais

Originalmente, esse trabalho tinha a pretensão de identificar os desafios jurídicos mais recorrentes relacionados ao legado olímpico e oferecer alternativas de encaminhamentos. Porém, tão logo iniciamos as pesquisas verificamos que mais interessante seria oferecer ao leitor a melhor fotografia possível sobre o estágio de desenvolvimento do legado no estado e, sobretudo na cidade do Rio de Janeiro. Isso porque as informações são esparsas, desatualizadas e de difícil obtenção. Em nenhum local, consolidadas. Foi o que buscamos fazer.

Analisando o material encontrado, vimos que apesar do inegável impacto positivo que parte das obras tiveram na cidade, todos os projetos de infraestrutura relevantes

[368] BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas, 1ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, p. 145.

[369] Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3o e 4o do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: (...) III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

[370] OCDE, Principles for Integrity in Public Procurement, ISBN 978-92-64-05561-2, 2009: "In order to clarify expectations and anticipate possible misunderstanding with potential suppliers, elements of good practice include prompt responses to questions for clarification and the availability of dispute boards to prevent or resolve disputes on major projects.", p. 37

enfrentam sérias complicações na sua execução contratual. Os motivos são diversos: ausência de segurança jurídica, inadimplências várias, inobservância das regras relativas aos sistemas de garantias dos projetos, paralisia decisória do poder público, temor dos excessos punitivos dos órgãos de controle, falta de transparência ou publicidade, falta de coordenação e cooperação dos entes envolvidos, paralisia de tentativas de ações decorrentes da ações do TCU ou do MPF. Todos esses elementos, na realidade fluminense, são agravados pela grave crise econômica que acomete o estado e o município.

Diversos dos entraves enfrentados poderiam, em tese, ser equacionados administrativamente, por meio de revisões contratuais. Porém, à paralisia decisória soma-se a indefinição da política pública que deve orientar as ações do legado. Desse modo, mesmo os instrumentos jurídicos vocacionados para equacionar problemas complexos (tais como *dispute boards*, comitês técnicos e arbitragens) acabam sequer acionados.

Como as alternativas extrajudiciais se tornam cada vez menos eficientes, o cenário aponta uma tendência à judicialização dos problemas vivenciados nas contratações relacionadas ao legado. Nesse ponto vale lembrar que a maior parte do legado de infraestrutura é de competência municipal, e, nessa esfera, os precatórios estão sendo pagos em dia, o que acaba sendo mais um incentivo a mais para encaminhar as questões pela via judicial, apesar da demora e dos custos associados a este caminho.

Com isso, perde o Estado, perdem as empresas contratadas, e perde, sobretudo, a sociedade civil, que acaba privada de aproveitar todas as potencialidades do legado — e, pior, é quem no fim do dia paga mais caro pela ineficiência estatal.

Referências bibliográficas

BARCELLOS, Ana Paula de. **Acesso À Informação: Os Princípios da Lei n°12.527/2011**. Quaestio Juris, vol. 08, nº. 03, Rio de Janeiro, 2015, p. 1751

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**, 1ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, p. 145.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 241.

CHRISPINO, Álvaro. **Introdução ao estudo das Políticas Públicas: uma visão interdisciplinar e contextualizada**, Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2016, p.17 e p. 59

KASIMATI, Evangelia. **Post-Olympic Use of the Olympic Venues: The Case of Greece**, Athens Journal of Sports, Volume 2, Issue 3, Sep. 2015, pp 167-184, p. 169

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A Bipolaridade do Direito Administrativo e sua superação, In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. **Contratos Públicos e Direito Administrativ**o, São Paulo: Ed. Malheiros, 2015, p. 374.

NAPOLITANO, Giulio. **La logica del diritto amministrativo**. 2ª ed. Bologna: Ed. Mulino, 2017, p. 50-51

ROCHA, Glauter. **A economia dos Jogos Rio 2016: bastidores e primeiros impactos**, Nota Técnica n. 37, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2017, p. 6

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 5ª edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2008, p. 367

DESAFIOS JURÍDICOS PARA A REGULAMENTAÇÃO DA LEI Nº 13.448/17

Marco Aurélio de Barcelos Silva[371]

Introdução

O mundo da infraestrutura é dinâmico e desafiador. Em face dele, as normas jurídicas, até mesmo aquelas de natureza mais concreta – como as dos contratos que costumam reger os empreendimentos fomentados pelo Poder Público – acabam tendo, em algum momento, de se acomodar à realidade indomável do mundo dos fatos. É difícil, hoje, partir da premissa binária do tudo ou nada, em que os erros do passado induzam invariavelmente à extinção de atos e contratos – e a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), por exemplo, é um indicativo forte da consolidação de um novo paradigma a respeito[372]. Nessa esteira, aliás, é que também se pode compreender a edição da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017, que buscou enfrentar questões práticas vivenciadas no setor de infraestrutura, nomeadamente em projetos envolvendo a concessão de aeroportos, rodovias e ferrovias implementados nos últimos anos.

O presente artigo, diante desse contexto, visa a comentar alguns dos principais desafios ainda pendentes para a regulamentação da Lei nº 13.448/17. Ele procura identificar as oportunidades que o legislador deixou para o detalhamento da nova Lei, e vem alertar o leitor sobre a necessidade de uma abordagem arrojada a respeito da discricionariedade fruída pelas autoridades do Poder Executivo para esclarecer dúvidas e integrar lacunas propositalmente deixada naquele diploma legal.

Nesse sentido, pretende-se apresentar, num primeiro momento, o contexto da elaboração da Medida Provisória nº 752, de 24 de novembro de 2016, posteriormente convertida na Lei nº 13.448/17. Mostrar-se-ão as mais relevantes preocupações dos agentes

[371] Mestre em Direito Administrativo pela UFMG e Mestre em Direito (LL.M) pela Universidade de Londres (UCL). Doutorando em Direito do Estado pela USP e professor de Direito Administrativo do Instituto de Direito Público de Brasília (IDP).

[372] Trata-se do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, alterado pela recentíssima Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, a qual trouxe importantes regras de hermenêutica para o universo do Direito Público.

envolvidos na construção da proposta legislativa, bem como os objetivos que, ao que se imagina, eles buscariam alcançar. Na sequência, a análise do texto se repartirá em três grandes temas: i) a prorrogação antecipada de contratos vincendos no setor de infraestrutura; ii) a arbitragem nos contratos de concessão; e iii) a relicitação.

Sobre o primeiro tópico, o estudo indicará as principais críticas até então opostas ao instituto das prorrogações, bem como os pontos que mereceriam detalhamento infralegal – com destaque para a extinção dos contratos de arrendamento de bens das ferrovias concedidas e a disciplina da alienação dos bens inservíveis nelas existentes. Como será visto, o legislador previu, por ocasião da prorrogação dos contratos de concessão ferroviária, que ambas as medidas (a extinção dos contratos de arrendamento e a alienação dos bens inservíveis) poderiam ser implementadas com o intuito de modernizar os serviços contratados. A regulamentação da Lei nº 13.448/17, em face disso, deve se atentar para buscar soluções ótimas, detalhando o fluxo de procedimentos e das decisões correspondentes.

Mais adiante, o presente estudo cuidará do tema da arbitragem e dos pontos que também deveriam ser tocados no detalhamento da nova Lei. Demonstrar-se-á que a proposta consignada no art. 31 do diploma legal, em especial no seu § 4º, são cruciais para se afastarem dúvidas remanescentes a respeito da arbitrabilidade de certas decisões das agências reguladoras, tomadas sob o amparo do seu poder disciplinar.

O último grande assunto tratado neste artigo, por sua vez, envolverá a denominada relicitação dos contratos de concessão que enfrentam dificuldade financeira ou operacional. Ressaltar-se-á, nesse caso, a razão de ser do instituto criado pela Lei nº 13.448/17, bem como a importância do seu tratamento no plano infralegal. Cuidar-se-á, sobretudo, de demonstrar a existência de um espaço de discricionariedade intencionalmente deixado para as autoridades responsáveis pelo detalhamento da Lei no plano normativo – cuja exploração poderá levar ao sucesso, ou a ineficácia da medida.

Ao final, compartilhar-se-á a conclusão do trabalho, em que se reiterará a necessidade de uma postura pragmática, arrojada e – claro – razoável das autoridades responsáveis pela regulamentação e também pela implementação das propostas consignadas na Lei nº 13.448/17. Em tempos de crise, será visto: há de se nutrir uma

postura proativa e corajosa para se reverterem eventuais desacertos e frustrações do passado.

1. A medida provisória nº 752/16 e o contexto da Lei nº 13.448/2017

As condições econômicas adversas que o Brasil veio a enfrentar a partir de 2015 fizeram emergir problemas graves na execução de alguns contratos de concessão que haviam sido licitados pelo Governo Federal nos anos antecedentes. Entre esses contratos, destacam-se aqueles da 3ª etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais (PROCOFE), de 2012 e 2014[373], bem como os da 2ª e da 3ª etapa de concessões de aeroportos, de 2012 e 2013[374]. Muitos desses contratos tiveram por contexto o advento da Copa do Mundo e das Olimpíadas no País, como foi o caso, especialmente, dos aeroportos.

Diante da constatação de que a continuidade dos serviços objeto daquelas concessões poderia estar em risco – fosse em virtude da queda do número da demanda projetada para os diversos empreendimentos[375]; fosse em razão das dificuldades que algumas empresas tiveram em obter o financiamento necessário para os investimentos nas obras[376]; ou fosse, ainda, em razão de atrasos nos processos de licenciamento ambiental –, fato é que o Governo entendeu ser conveniente construir uma solução jurídica que afastasse o risco iminente de um colapso sistêmico nos contratos então celebrados.

Foi com base nesse cenário, de relevância e urgência, que se editou a Medida Provisória nº 752, de 24 de novembro de 2016, a qual trouxe soluções possíveis para as concessões cujos concessionários demonstrassem "incapacidade de adimplir as obrigações

[373] A 3ª etapa do PROCOFE envolveu 8 trechos rodoviários, detidos pelas seguintes concessionárias: CONCEBRA, Eco 101, Ecoponte, Galvão BR-153, MGO Rodovias, MS Via, Rota do Oeste e Via 040.

[374] As concessões de aeroportos foram iniciadas em 2011 com o Aeroporto de São Gonçalo do Amarante, no Rio Grande do Norte. Em 2012 foram licitados os aeroportos de Brasília, Guarulhos e Viracopos. Já em 2013, foi a vez dos aeroportos do Galeão e de Confins.

[375] É difícil identificar uma única causa para a crise das concessões que foram realizadas no Brasil entre os anos de 2012 e 2014. Para além do problema econômico que o País testemunhou, outras circunstâncias também teriam induzido às adversidades relacionadas a tais contratos. Entre outros fatores, cite-se, por exemplo, os altíssimos ágios oferecidos nos leilões pelas empresas vencedoras (como no caso emblemático dos aeroportos), bem como a concentração intensiva de investimentos nos primeiros anos em alguns dos contratos (traduzida na exigência de duplicação das rodovias e na ampliação de terminais de certos aeroportos).

[376] Não se pode deixar de registrar que, em alguns casos, essa dificuldade foi decorrente do fato de algumas concessionárias terem, entre os seus sócios, empresas envolvidas na denominada operação Lava-Jato, que levantou dificuldades de *compliance* junto ao principal financiador daqueles empreendimentos: o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES.

contratuais ou financeiras assumidas originalmente"[377]. Com efeito, o texto da MP nº 752/16 foi construído sob a conjuntura do denominado Programa de Parcerias de Investimentos – PPI[378], e representou uma das medidas buscadas pelo recém-assumido Governo Temer para a retomada de investimentos no setor de infraestrutura. Para que se chegasse à versão definitiva daquela MP, foram realizadas dezenas de reuniões com técnicos de diversos órgãos e entidades da Administração Pública federal, e também representantes das associações dos setores envolvidos puderam contribuir com sugestões para a elaboração do texto. Ao fim e ao cabo, foram abrangidos, pelos mecanismos concebidos na Medida Provisória nº 752/16, os setores rodoviário, aeroportuário e também o setor ferroviário, havendo, igualmente, outros temas nela tratados, para além apenas das propostas de equacionamento das concessões problemáticas.

A MP nº 752/16 e, posteriormente, a Lei Federal nº 13.448, de 5 de junho de 2017, fruto da sua conversão, trazem na verdade os seguintes grandes tópicos regulatórios, sem prejuízo de outras propostas pontuais que ainda podem ser encontradas no seu conteúdo[379]: i) a relicitação; ii) a disciplina das prorrogações antecipadas; e iii) a previsão da arbitragem pelas agências reguladoras, para a resolução de controvérsias no âmbito das concessões.

A tramitação legislativa da Medida Provisória nº 752/16 perdurou de 25/11/2016, data do seu protocolo no Congresso Nacional, até 3/5/2017 (um dia antes de ela caducar), quando se deu a aprovação do respectivo Projeto de Lei de Conversão, tendo por relator o Deputado Sergio Souza. Foram apresentadas noventa emendas sobre o texto da MP, que ensejaram modificações isoladas sobre determinados dispositivos, sem desnaturar, porém, a essência dos principais temas por ela tratados. O Parecer da Comissão Mista instaurada no Congresso trouxe, aliás, um interessante histórico das condições que justificaram as

[377] Vide o art. 13 da Lei Federal nº 13.448, de 5 de junho de 2017, resultado da conversão da MP nº 752/16.

[378] O PPI também foi instituído por meio de uma medida provisória, a MP nº 727, de 12 de maio de 2016 – posteriormente convertida na Lei Federal nº 13.334, de 13 de setembro de 2017. De acordo com a Exposição de Motivos enviada ao Congresso Nacional pelo Presidente da República, já se reconhecia que o País passava por "uma das piores crises econômicas da sua história". E, "para sair desse ciclo vicioso, o Brasil precisa, em caráter de urgência, implementar medidas que estimulem o crescimento da economia e a geração de empregos" – o que pressuporia a ampliação de investimentos em infraestrutura.

[379] Entre essas propostas regulatórias adicionais, cita-se: a possibilidade de os contratos acessórios, no âmbito das concessões, ultrapassarem o prazo de vigência delas (art. 34 da Lei Federal nº 13.448/17), e a não submissão das alterações dos contratos de concessão aos limites até então fixados no art. 65 da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (art. 22 da Lei Federal nº 13.448/17).

propostas encartadas na medida provisória[380], tendo concluído que: "as políticas corretas de infraestrutura são essenciais para a retomada do desenvolvimento sustentado do Brasil". Nesse sentido, concluiu-se que a "Medida Provisória nº 752/2016 caminha na direção certa"[381].

Nesse sentido, foi aprovada e sancionada a Lei Federal nº 13.448/17, que configura, sem sombra de dúvidas, um marco importante em relação ao arcabouço regulatório brasileiro – em especial para o universo da infraestrutura. Em que pese, todavia, o fato de uma multiplicidade de pontos nela contidos merecer um aprofundamento analítico, a proposta deste artigo estará concentrada na figura da denominada "relicitação", bem como sobre os potenciais desafios que tal instituto ainda enfrentaria para a sua materialização, sobretudo no plano da sua regulamentação.

Antes, ainda assim, de avançar por esse assunto, não se deixarão de tecer algumas considerações breves sobre dois outros relevantes tópicos versados na Lei nº 13.448/17 – a "prorrogação antecipada" e a "arbitragem" –, os quais, em alguma medida, também reservam para si desafios regulamentares para funcionar de maneira plena no mundo da realidade. É o que se fará, brevemente, no sub-tópico a seguir.

2. Sobre as prorrogações antecipadas e a arbitragem na Lei nº 13.448/2017 – Desafios para a sua implementação

2.1. Os desafios regulamentares pendentes sobre as prorrogações antecipadas

As prorrogações antecipadas configuram uma ideia engenhosa que busca equacionar dois aspectos críticos em alguns setores de infraestrutura. O primeiro deles diz respeito à necessidade de se realizarem novos investimentos, de imediato, em alguns

[380] Destacando os números frustrantes de investimentos em infraestrutura no Brasil (queda de 9,5% dos investimentos previstos para ferrovias, 35,3% para aeroportos e 16,1% para rodovias, no ano de 2016), o Parecer assinala que a MP nº 752/16 "seria a primeira tentativa de traduzir essa nova fase pragmática da política de investimentos em infraestrutura do governo em medidas mais concretas que permitem uma reestruturação relativamente rápida e bastante significativa das concessões atuais, que têm padecido de problemas de desenho do contrato regulatório, efeitos da crise econômica e falta de incentivos para investir" (vide o Parecer nº 1/2017 da Comissão Mista da Medida Provisória nº 752/2016. pp. 24 e 25. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD00201704080006000000.PDF#page=46>. Acesso em: 02/11/2018).

[381] Parecer nº 1/2017 da Comissão Mista da Medida Provisória nº 752/2016. p. 37. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD00201704080006000000.PDF#page=46>. Acesso em: 02/11/2018.

empreendimentos, para que eles possam fazer frente à demanda reprimida existente ou a que virá a se concretizar no curtíssimo prazo. O segundo envolve a possibilidade de se melhorarem os contornos regulatórios de contratos celebrados há algumas décadas (considerando-se, por exemplo, a revisão de indicadores de desempenho, a atualização da sistemática de sancionamento e o tratamento dos bens vinculados à concessão), que acabaram ficando defasados ao longo do tempo.

Muito embora o art. 5º da Lei nº 13.448/17 preveja que as prorrogações antecipadas pudessem ocorrer tanto em relação a empreendimentos do setor rodoviário quanto do setor ferroviário, até então o foco das autoridades federais no que toca ao tema tem se concentrado sobre as concessões de ferrovias – nomeadamente, aquelas cujos contratos foram celebrados em meados da década de 90[382]. A racionalidade subjacente às prorrogações é clara: trata-se de uma oportunidade de trazer, para o momento presente, o ingresso de novos investimentos para certos empreendimentos, sem ter de se aguardar, para tanto, o término do prazo de vigência contratual; e, ainda, aproveitar o ensejo para renovar cláusulas operacionais a fim de realinhar os incentivos entre as partes e incrementar a eficiência na prestação dos serviços objeto da concessão.

Para que ocorra, porém, esse tipo de prorrogação depende do juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública[383], embora tanto o Poder Concedente quanto o concessionário possam suscitá-la. Além do mais, há quesitos objetivos fixados na legislação, os quais precisam estar cumpridos a fim de viabilizar a medida. Dentre tais requisitos destaca-se: a necessidade de inserção de novos investimentos no contrato, não previstos originalmente; e a necessidade de a vigência do contrato encontrar-se entre 50% e 90% do prazo originalmente estipulado. Tratando-se de concessões rodoviárias, além do mais, é necessária a execução de, no mínimo, 80% das obras obrigatórias exigíveis entre o início da concessão e o encaminhamento da proposta de prorrogação antecipada; e, para as concessões ferroviárias, é igualmente exigida a prestação de serviço adequado, entendendo-se como tal o cumprimento, no período antecedente de 5

[382] No site do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), é possível encontrar informações sobre as concessões ferroviárias objeto das primeiras prorrogações antecipadas sob a vigência da Lei nº 13.448/17. São elas: Estrada de Ferro dos Carajás, Estrada de Ferro Vitória-Minas, Ferrovia Centro-Atlântica, MRS Logística S.A., Rumo Malha Paulista S.A. Conferir em: <https://www.ppi.gov.br/projetos1#/s/Prorroga%C3%A7%C3%A3o/u//e/Ferrovias/m//r/>. Acesso em 11/11/2018.

[383] É o que diz, explicitamente, o art. 5º, § 1º, da Lei nº 13.448/17.

anos, das metas de produção e de segurança definidas no contrato por 3 anos, ou das metas de segurança definidas no contrato por 4 anos.

O empreendimento que sofrer a prorrogação antecipada deverá ser qualificado no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos[384]. E, ao fim, o termo aditivo por meio do qual a prorrogação será materializada deverá ser submetido a consulta pública e à avaliação do Tribunal de Contas da União[385].

Com efeito, apesar de se mostrar uma ferramenta engenhosa de modernização dos contratos e de ampliação da capacidade operacional dos respectivos concessionários em virtude dos novos investimentos imediatos requeridos, não se pode ignorar que as prorrogações antecipadas da Lei nº 13.448/17 não configuram uma unanimidade. Não por outra razão, já foram ajuizadas ações diretas de inconstitucionalidade contra esse diploma: uma patrocinada pela Frente Nacional de Profissionais, Trabalhadores, Operadores, Usuários e Associações em Defesa das Ferrovias (Ferrofrente)[386] e outra, pela própria Procuradoria-Geral da República[387].

Basicamente, questionam-se nessas ações os requisitos fixados para que as concessionárias venham a se valer da prorrogação antecipada (as metas de segurança e de capacidade), bem como uma eventual insegurança jurídica que a alteração sobre os contratos prorrogados poderia produzir junto ao mercado. No primeiro caso, o argumento é de que as exigências trazidas na Lei seriam tímidas e não permitiriam extrair um diagnóstico real da qualidade dos serviços prestados pelas empresas beneficiárias da prorrogação. A corroborar essa percepção, indica-se o histórico de multas e sanções até então impostas a tais empresas (muitas delas decorrentes de problemas com a qualidade dos serviços). No segundo caso – referente à insegurança jurídica – o argumento é o de que a prorrogação antecipada feriria a regra da licitação e o princípio da competitividade, afastando potenciais interessados em prestar o serviço.

Outro ponto também ventilado na ação proposta pela Procuradoria-Geral da República envolve a questão dos arrendamentos dos bens vinculados à concessão. Com efeito, o art. 25, § 3º, da Lei nº 13.448/17, prevê que:

[384] Veja-se o art. 2º da Lei nº 13.448/17.
[385] Arts. 10 e 11 da Lei nº 13.448/17.
[386] Trata-se da ADI 5684/DF.
[387] Trata-se da ADI 5991/DF.

> *§ 3º Nos termos e prazos definidos em ato do Poder Executivo, as partes promoverão a extinção dos contratos de arrendamento de bens vinculados aos contratos de parceria no setor ferroviário, preservando-se as obrigações financeiras pagas e a pagar dos contratos de arrendamento extintos na equação econômico-financeira dos contratos de parceria.*

Mais ainda, o art. 26 daquele mesmo diploma prescreve:

> *Art. 26. Os contratados poderão promover, nos termos de regulamentação do Poder Executivo, a alienação ou a disposição de bens móveis inservíveis do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit), arrendados ou não, localizados na faixa de domínio da ferrovia objeto do contrato de parceria.*

Esses dois dispositivos teriam sido concebidos para fazer frente a problemas de ordem prática do setor. De um lado, buscou-se permitir a transferência de bens que são hoje integrantes do patrimônio do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT às concessionárias. Elas se utilizam de tais bens via contratos de arrendamento (como é o caso do material rodante de algumas concessões). Com a transferência, as empresas poderão gozar da sua maior plasticidade para manter, renovar e dimensionar a frota de trens e vagões, sem se esquecerem das metas de capacidade estabelecidas pelos respectivos contratos de concessão. De outro lado, a Lei também procurou equacionar a questão da sucata ou dos vagões abandonados do DNIT, que se encontram espalhados pelas vias férreas e são, por exemplo, foco de insetos e outros vetores danosos à saúde. A partir da nova Lei, as concessionárias poderão promover, por sua conta, a alienação desses ativos, contando com a maior flexibilidade que lhes são próprias para a tarefa.

Segundo a Procuradoria-Geral da República, entretanto, tais medidas levariam a um risco de dilapidação do patrimônio da União, em virtude da suposta doação de ativos operacionais às empresas, sem o respeito às formalidades legais necessárias. Quanto ao ponto, vale tecer alguns comentários, sabendo-se, aliás, que a temática dos dispositivos acima citados traduz um dos desafios regulamentares existentes na Lei nº 13.448/17[388].

De fato, parece inválido o raciocínio segundo o qual a proposta da Lei nº 13.448/17 induziria à dilapidação do patrimônio público. O que haveria, na realidade, é a transferência dos bens para o balanço das empresas, as quais passariam a gozar de

[388] Veja-se que tanto o § 3º do art. 25, quanto o art. 26 da Lei nº 13.448/17 remetem a "ato do Poder Executivo".

capacidade gerencial sobre eles. As empresas poderiam decidir, por exemplo, se e quando trocá-los, ou até mesmo aliená-los. E o fato é que não estariam amarradas às sujeições do Poder Público para tanto, o que levaria, em última análise, a ganhos de eficiência na operação dos serviços.

Em todo o caso, para eliminar o receio de eventual má-versação daqueles bens, seria exigido da concessionária que passasse a observar condições mínimas de capacidade operacional em relação aos serviços por ela explorados, condições essas que seriam fixadas no respectivo contrato prorrogado[389]. Então, pouco importaria a quantidade de vagões e dos trens que ela mantivesse em estoque, sendo relevante, isso sim, a qualidade da sua operação. Além do mais, a concessionária continuaria pagando pelos bens a ela transferidos, a exemplo do prescreve a parte final do § 3º do art. 25 da Lei nº 13.448/17. Ou seja, o impacto econômico para o erário e para os serviços concedidos seriam neutralizados – quer porque os pagamentos pelos bens arrendados continuariam; quer porque seria garantida a capacidade operacional adequada para a concessão; e quer porque, ao final do contrato, nos termos estabelecidos pelo § 6º do art. 25 da Lei nº 13.448/17, os bens vinculados à concessão reverteriam, de todo o modo, ao Poder Concedente.

Sem dúvida, a futura regulamentação da Lei há de se atentar para esses aspectos e buscar deixá-los claros. É dizer: ela deve estabelecer que os contratos, ao se aditarem para a prorrogação antecipada, terão de prever as obrigações de capacidade assumidas pelas concessionárias, que sejam compatíveis, no mínimo, com o quantitativo de bens que elas estarão recebendo por ocasião da transferência dos ativos arrendados. Do mesmo modo, deverá ser mencionada e necessidade de se neutralizar o efeito econômico da operação, mantendo-se a obrigação de pagamentos, pelas concessionárias, dos valores correspondentes aos arrendamentos.

Seja como for, esse ainda não é o principal desafio regulatório pendente em relação à Lei 13.448/17, pelo menos no que diz respeito às ferrovias e às prorrogações antecipadas. O art. 26, que trata da alienação dos bens do DNIT pelas concessionárias de ferrovias é o que talvez desperte as maiores curiosidades. Por meio desse dispositivo,

[389] O art. 25 § 5º da Lei 13.448/17 assim diz: "Ao contratado caberá gerir, substituir, dispor ou desfazer-se dos bens móveis operacionais e não operacionais já transferidos ou que venham a integrar os contratos de parceria nos termos do § 3º deste artigo, observadas as condições relativas à capacidade de transporte e à qualidade dos serviços pactuadas contratualmente".

atribui-se às concessionárias a prerrogativa de promover a alienação ou até mesmo a disposição de bens móveis inservíveis do DNIT, mesmo aqueles que não lhes tenham sido arrendados.

Decerto, o problema que está no cerne do referido dispositivo legal – os vagões abandonados – vem assolando municípios do Brasil já há muito tempo. Alguns desses bens servem de abrigo a moradores de rua e a usuários de drogas, e outros são foco de doenças como a dengue e a chikungunya. Dada a sua dispersão, bem como o engessamento procedimental a que se submete o DNIT, é difícil conceber e sustentar uma política estruturada de alienação desses bens, que acabam ficando largados nos pátios e ao longo das vias férreas. Por meio da Lei nº 13.448/17, portanto, as concessionárias como que receberiam um mandato para aliená-los, repassando os valores arrecadados ao DNIT.

O desafio, nesse caso, reside no procedimento a ser estabelecido para que as alienações se materializem. Deveriam as concessionárias observar os trâmites da Lei nº 8.666/93, ou poderiam adotar ritos diferenciados? Poderiam elas ficar com os bens e então destruí-los ou reciclá-los? Essas dúvidas não estão endereçadas na nova Lei. Mas, particularmente, entende-se que – sim – as concessionárias poderiam adotar procedimentos distintos aos da Lei de Licitações, desde que obedecidos princípios como o da impessoalidade, o da publicidade e o da moralidade.

Isto é: desde que amplamente divulgado, e observados valores de mercado em uma avaliação prévia, a alienação dos referidos bens poderia se dar por caminhos bem mais simples e céleres. E poderia ser prevista a hipótese de que, não havendo interessados, fosse dado à concessionária o direito de se desfazer do ativo, pagando o valor correspondente ao Poder Público. Perceba-se, nesse caso, que as empresas têm incentivos naturais de se livrarem da sucata, dado que elas são motivo de transtorno para a operação e para a segurança ferroviária. Do mesmo modo, é comum a reclamação dos cidadãos e até mesmo a manifestação de órgãos do Ministério Público solicitando que as concessionárias deem uma solução para os vagões abandonados (os quais, todavia, não lhe pertencem). Há expectativas positivas, assim, para que a regulamentação da Lei nº 13.448/17 seja arrojada e efetiva. E para que ela contribua, de uma vez por todas, para a melhoria das condições em que as concessões ferroviárias vêm sendo executadas atualmente.

2.2. Os desafios regulamentares sobre a arbitragem na Administração Pública

Outro ponto a merecer destaque, ainda antes de se adentrar na temática da relicitação, envolve a arbitragem – e, igualmente, os desafios existentes para regulamentá-la. A arbitragem na Administração Pública não é novidade, tampouco foi inaugurada pela Lei nº 13.448/17. Desde 2015, com as alterações trazidas por meio da Lei 13.129/15, a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96) está a contemplar expressamente a possibilidade de a Administração se utilizar de tal instituto[390]. A propósito, autores de escol, como Caio Tácito, vinham defendendo essa linha há mais de vinte anos, em contraponto à ideia de que, por envolverem direitos indisponíveis, os contratos administrativos seriam infensos ao procedimento arbitral[391].

Diante desse cenário, é inevitável perguntar-se o porquê de a Lei nº 13.448/17 ter resgatado o tema em seu art. 31. Pois bem, a resposta a essa questão parece estar em uma espécie de reforço pedagógico, tendo em vista o fato de, mesmo depois de tanto tempo desde a edição da Lei de Arbitragem, ainda pairarem dúvidas quanto à arbitrabilidade de algumas decisões da Administração Pública, nomeadamente aquelas provenientes das agências reguladoras no exercício do seu poder disciplinar.

Sobretudo no âmbito do Tribunal de Contas da União – TCU, ainda se têm verificado decisões refratárias ao emprego da arbitragem em face de cláusulas de contratos de concessão de serviços públicos, mesmo aquelas referentes a questões econômico-financeiras. Para tanto, tem prevalecido o argumento vetusto da indisponibilidade do interesse público, como se extrai do precedente de relatoria do Ministro Augusto Nardes, segundo o qual:

> *37. No que tange à previsão da resolução de divergências envolvendo questões econômico-financeiras do contrato de concessão por parte de Comissão Técnica e de Arbitragem (objeto da determinação proposta no subitem "c.7"), comungo do entendimento da unidade técnica no sentido de que, consoante o disposto nas Leis nºs 8.987/1995 e 9.307/1996, a utilização do juízo arbitral nos contratos de concessão somente é possível*

[390] Dispõe o § 1º do art. 1º da Lei nº 9.307/96: "A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis". E a Lei nº 8.987/95, por sua vez, mesmo antes dispunha sobre a possibilidade de adoção de formas amigáveis de solução de divergências contratuais no âmbito dos contratos de concessão (veja-se o seu art. 23, XV).

[391] TÁCITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. *Revista de direito administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, nº 210, out./dez.1997.

> *caso não se incluam na parte de arbitragem situações que não observem estritamente o princípio da indisponibilidade do interesse público.*
> *38. É por essa razão que questões de natureza econômico-financeira, atinentes ao poder tarifário da Administração Pública, o qual é irrenunciável, não podem ser objeto de resolução mediante a aplicação da arbitragem, por se tratarem de interesse público indisponível.*
> *39. Lembro que a aplicabilidade do instituto em tela tem sido considerada com bastante parcimônia por parte deste Tribunal, dirigida apenas a questões marginais, não albergados direitos públicos indisponíveis de que é exemplo a concessão de serviços públicos. (TCU. Acórdão nº 1.796/11. Rel. Min. Augusto Nardes, Plenário, j. 6/7/11).*

Pois para fazer frente a esse tipo de pensamento e para debelar de vez a resistência à arbitragem nos contratos administrativos é que se mostrou necessário revisitar o assunto na Lei nº 13.448/17. Merecem ser ressaltados, sob esse prisma, dois importantes dispositivos nela contemplados: um definindo explicitamente o que seriam controvérsias suscetíveis à arbitragem; e o outro tratando do credenciamento como forma de designação das câmaras arbitrais. Explique-se.

O § 4º do art. 31 da Lei nº 13.448/17 tem por virtude arrolar o que seriam direitos patrimoniais disponíveis nos contratos de parceria, para fins da arbitragem. Como a Lei nº 9.307/96 não trazia detalhes a respeito, a nova legislação contribuiu para dirimir qualquer dúvida quanto à submissão das decisões das agências reguladoras a uma câmara arbitral. Chama a atenção, quanto ao ponto, o fato de que algumas agências vinham enfrentando dificuldades em cobrar das concessionárias as multas aplicadas em razão de descumprimentos contratuais. É que, mesmo ao cabo do trâmite administrativo, a questão acabava sendo levada ao Judiciário, com as demoras correspondentes. Acredita-se agora que, com a arbitragem, o término das discussões sobre esses assuntos seja encurtado drasticamente.

Relendo o art. 31, § 4º, vê-se que são arbitráveis as questões relacionadas: à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; ao cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou da transferência do contrato de concessão; e ao inadimplemento das obrigações contratuais por qualquer das partes. Considera-se, aliás, que, quando menciona a transferência do contrato no inciso II, a Lei esteja aduzindo à relicitação (em reforço ao que consta do seu art. 15, III). De outro lado, e talvez o mais importante, entende-se que, quando faz referência ao inadimplemento das obrigações, a nova Lei também esteja abarcando as discussões sobre as penalidades correspondentes – ao menos

no que toca à sua proporcionalidade (ou dosimetria). Até porque, essa seria uma das querelas mais comuns levadas ao Judiciário pelas empresas concessionárias, retardando sobremaneira a liquidação das multas aplicadas pelo poder concedente. Cabe, pois, ao decreto que vier a regulamentar a Lei nº 13.448/17 aproveitar o ensejo para elucidar todos esses aspectos, garantindo a eficácia das decisões das agências reguladoras.

Em outra frente, e ainda sobre a arbitragem, o § 5º do art. 31 do diploma legal prescreve que "ato do Poder Executivo regulamentará o credenciamento de câmaras arbitrais". Esse é, de igual maneira, um quesito relevante, porquanto permitirá que se contorne um clássico impasse sobre a forma de seleção das câmaras arbitrais pelo Poder Público. Desde há muito se questiona se, para designar a câmara de arbitragem responsável por conduzir as demandas surgidas no âmbito dos contratos públicos, a Administração deveria se valer de procedimento licitatório ou, eventualmente, sustentar uma inexigibilidade de licitação. Ambas as hipóteses trazem custos relacionados, seja pela dificuldade que a primeira impõe para a designação de uma câmara de confiança e com a reputação necessária para a tarefa (especialmente quando os critérios de seleção estejam centrados em preço); seja pela dificuldade que a segunda apresenta em relação às justificativas exigidas junto aos gestores públicos para uma contratação direta.

Diante desse cenário, o credenciamento se mostra uma saída inventiva, por permitir que todas as câmaras que reúnam os critérios mínimos sejam, em princípio, qualificadas para atuar em um dado contrato administrativo. E, uma vez constituído o universo de câmaras arbitrais credenciadas, poder-se-á conferir à própria concessionária a atribuição de selecionar aquela que cuidará do contrato, restando aberta, é claro, a possibilidade de o Poder Público eventualmente apresentar, fundamentadamente, a sua objeção.

Perceba-se que essa mecânica conta, mais uma vez, com os incentivos naturais das partes em obter a melhor solução para si próprias. Mesmo sendo o particular quem cuidará da indicação da instituição responsável, pressupõe-se que ele se empenhará em buscar a mais adequada. Ademais, a Administração poderá se opor a tal escolha, caso entenda que haja conflito de interesses, irregularidades ou incompatibilidade com a câmara pretendida. Nesse caso, a concessionária apenas deverá redesignar outra câmara de arbitragem dentre aquelas credenciadas, sucessivamente. Um último detalhe: seria interessante que todo esse

rito acontecesse antes da formalização do contrato de concessão, caracterizando uma dentre as possíveis condições precedentes para a sua assinatura. Logo, tudo teria de estar resolvido quando o empreendimento tivesse a sua execução iniciada.

Em vista disso, o decreto que vier a regulamentar o trecho relacionado à arbitragem na Lei nº 13.448/17 deverá, sem prejuízo da definição de outros itens, cuidar de evidenciar a mecânica acima referida para afastar quaisquer dúvidas remanescentes quanto ao emprego daquele instituto no âmbito dos contratos de concessão, servindo ainda para facilitar a adoção dos procedimentos necessários à designação e ao funcionamento do juízo arbitral.

3. Da relicitação e seus desafios regulamentares

Como já foi destacado, a relicitação compreende uma solução juridicamente pensada para aqueles contratos cujas concessionárias se encontram em dificuldade financeira ou operacional – circunstância que pode trazer severos riscos à continuidade dos serviços e potencial prejuízo aos usuários. Tal instituto estaria situado, em última análise, entre a caducidade e a rescisão de um contrato de concessão de serviços públicos, devendo ser enxergado, por isso mesmo, como uma espécie de extinção amigável (ou devolução amistosa do empreendimento para o Poder Concedente). Note-se, de antemão, que a consensualidade caracteriza um elemento intrínseco ao instituto[392]: para que tenham sucesso, as partes envolvidas deverão se engajar colaborativamente para que a relicitação siga o seu curso, sendo certo que a capacidade de negociação traduz uma habilidade imprescindível para todos os envolvidos no procedimento.

Decerto, uma das diferenças centrais entre a relicitação e a caducidade é a previsão expressa, naquela primeira, de uma fase de transição – fase que se inicia com a manifestação da concessionária em devolver o contrato, e que perdurará até o momento em que uma nova empresa finalmente venha a ingressar no empreendimento. Veja-se que, quanto à caducidade, a Lei nº 8.987/95 nada diz a respeito do que ocorre depois da decretação da medida; portanto, o término do contrato se materializaria de forma abrupta

[392] A própria Lei nº 13.448/17 ressalta esse aspecto ao definir a relicitação. Trata-se, de acordo com a Lei, do "procedimento que compreende a extinção amigável do contrato de parceria e a celebração de novo ajuste negocial para o empreendimento, em novas condições contratuais e com novos contratados, mediante licitação promovida para esse fim".

(eventualmente com a assunção imediata do serviço pelos próprios órgãos da Administração Pública que precisariam garantir recursos humanos e financeiros para tal), e também com riscos à continuidade do objeto da concessão. Sob esse contexto, o período de transição contemplado na Lei nº 13.448/17 funcionaria como uma espécie de zona de amortecimento entre o pedido de devolução da concessão e a entrada do outro operador.

É importante observar que uma vez que a antiga concessionária já não consegue suportar a prestação dos serviços concedidos nos moldes fixados originalmente no contrato (sendo essa, aliás, a razão de ser da relicitação), não seria esperado que tais serviços se mantivessem intocados durante a fase transitória. Faz-se necessário, por esse motivo, revisitarem-se as condições da concessão, em cada caso e conforme as especificidades do contrato, bem como as fragilidades vivenciadas pelos atores afetados – incluindo-se usuários e financiadores.

É nesse cenário que a negociação emerge como um ingrediente-chave na relicitação: trata-se da possibilidade de pactuação de um novo contorno jurídico, paralelo ao contrato original, que regerá a atuação dos envolvidos até à extinção da relação que haviam travado. Com efeito, dada a diversidade dos aspectos que poderiam ser revisitados em tal procedimento, a Lei nº 13.448/17 não trouxe – nem poderia trazer – uma lista exaustiva das cláusulas sujeitas à modulação. Assim é que o art. 15 do diploma estipulou que a relicitação seria condicionada à celebração de termo aditivo, e arrolou alguns dos itens que dele deveriam constar, mas sem prejuízo de "outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente" para estarem presentes na transição.

O referido dispositivo legal funciona, pois, como uma válvula para as ponderações do gestor público destinadas a assegurar a preservação do contrato. Não se trata, claro, de um cheque em branco, tampouco de uma brecha para arbitrariedades: as condições específicas a vingar no estágio de transição do contrato que será devolvido hão de ser pautadas por princípios como o da razoabilidade e da continuidade dos serviços públicos, tal como está sinalizado, por exemplo, nos art. 14, § 1º[393], e 15, inciso II[394], da Lei nº

[393] Diz o art. 14, § 1º: "Caberá ao órgão ou à entidade competente, em qualquer caso, avaliar a necessidade, a pertinência e a razoabilidade da instauração do processo de relicitação do objeto do contrato de parceria, tendo em vista os aspectos operacionais e econômico-financeiros e a continuidade dos serviços envolvidos".

[394] Diz o art. 15, inciso II, da Lei nº 13.448/17, que do termo aditivo ao contrato de parceria constará: "a suspensão das obrigações de investimento vincendas a partir da celebração do termo aditivo e as condições mínimas em que os serviços deverão continuar sendo prestados pelo atual contratado até a assinatura do novo

13.448/17. E essa circunstância, em suma, consolida as fronteiras das negociações que guiarão a relicitação, trazendo algum grau de conforto para as partes ajustarem as condições contratuais, segundo a realidade do momento.

A regulamentação da nova Lei, por isso, não poderia estar alheia a esses contornos, e deveria reforçar a consensualidade, assim como o espírito pragmático necessários à condução e à conclusão do processo de relicitação. Veja-se, a esse propósito, que a própria Lei nº 13.448/17 já se adiantou, explicitamente, a sinalizar alguns dos aspectos sujeitos à modulação consensada no âmbito da fase de transição, até a saída definitiva da concessionária com problemas. Ela o faz, *v. g.*, quando prescreve, no art. 15, II, que podem ser suspensas obrigações de investimento originalmente previstas e, notadamente, quando indica a possiblidade de alteração de condições de prestação dos serviços objeto da concessão.

Veja-se, nada obstante, que ambas as previsões legais acabam por deixar em aberto algumas dúvidas, as quais poderiam ser saneadas por meio do futuro ato regulamentador da Lei nº 13.448/17. A primeira dessas dúvidas diz respeito às obrigações passíveis de suspensão, isto é: somente seriam suspensas as obrigações de investimentos vincendas, como mencionado textualmente no art. 15, II, ou obrigações de investimentos vencidas, e mesmo as de pagamento de outorgas (vencidas e vincendas) também poderiam se submeter a tal sistemática? Em segundo lugar, no que toca às condições de operação da concessão, isso poderia ensejar a revisão de indicadores de desempenho do contrato? E, se sim, a sua eventual atenuação deveria levar, dentre outros, à redução imediata das tarifas pagas pelos usuários dos serviços?

Ao que se entende, a resposta à primeira das perguntas seria afirmativa: seria possível, contratualmente, ajustar-se a suspensão de outras obrigações de investimento (que não apenas as vincendas), assim como as obrigações de pagamento de valores em dinheiro ao Poder Público. E a razão de ser desse raciocínio é simples: a fase de transição destina-se a garantir uma sobrevida a um contrato com problemas, até que ocorra o ingresso de um novo operador. Portanto, há de se estabelecer um equilíbrio entre obrigações preservadas, as quais não comprometam a continuidade dos serviços (nem a segurança dos usuários),

---

contrato de parceria, garantindo-se, em qualquer caso, a continuidade e a segurança dos serviços essenciais relacionados ao empreendimento".

mas que confiram um certo alívio financeiro à concessionária – sob o risco de eventual quebra da empresa ou da inevitável decretação da caducidade da concessão (que, como visto, ocorreria de forma abrupta).

Juridicamente, reconhece-se que o já referido art. 15 da Lei nº 13.448/17, com destaque para a sua parte final, daria o embasamento necessário para que o contrato disciplinasse sobre a suspensão daquelas diversas outras obrigações. Relembre-se de que tal dispositivo prevê a celebração do termo aditivo, do qual constarão os elementos listados nos respectivos incisos, mas sem prejuízo de "outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente".

Caberá, pois, à autoridade competente – a agência reguladora responsável – avaliar a adoção de medidas adicionais. Todavia, para que a decisão não seja tomada de forma isolada e para que se amplie o debate junto a potenciais interessados (incluindo-se controladores), pode ser o caso de até mesmo se prever a criação de um grupo de trabalho ou um comitê técnico para cada projeto submetido à relicitação. Esse grupo poderia contar com a presença de representantes da agência e também do ministério envolvido, o qual tem a atribuição de desenhar as políticas públicas do setor. Outros possíveis integrantes do grupo seriam: representantes da Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos (dado que o Conselho do PPI qualifica o empreendimento relicitado) e da Empresa de Planejamento e Logística – EPL (que poderia apoiar com as avaliações técnicas do futuro contrato a ser celebrado ao término da relicitação).

Como convidados, outrossim, seria conveniente poder contar com representantes dos financiadores do empreendimento (que têm incentivos naturais de colaborar com o sucesso da relicitação, dado que disso dependerá a liquidação dos créditos que eles têm junto à concessionária), representantes da própria concessionária (a fim de trazer insumos para as negociações na fase de transição) e de representantes do Tribunal de Contas e até mesmo do Ministério Público (ainda que como mero observadores – já que isso ajudaria a reduzir assimetrias informacionais e eliminaria suspeitas de atuação ilícita dos demais). Tal comitê poderia ser designado pelo ministério setorial ou pelo Conselho do PPI, quando da qualificação do projeto para fins da relicitação, e a regulamentação da Lei nº 13.448/17 deveria detalhar as competências de tal comitê – possivelmente como um apoiador técnico de todo o procedimento.

Outro elemento útil, passível de figurar em um futuro decreto, consistiria na possibilidade de as tratativas relacionadas à fase de transição e também aquelas relacionadas às indenizações da concessionária serem submetidas à conciliação ou mediação. Perceba-se que a Lei nº 13.448/17, como já analisado, fez referência à adoção da arbitragem. Porém, como um passo antecedente à instauração de um processo arbitral, as partes poderiam se valer da autocomposição de forma institucionalizada, o que traria ainda maior robustez e conforto para a as negociações necessárias ao sucesso da relicitação.

A esse respeito, observe-se que a nova Lei deixou o gancho para o uso de mecanismos alternativos de solução de controvérsias, conforme a redação do seu art. 30, parte final[395]. Observe-se, igualmente, que já há hoje tratamento legal à conciliação e à mediação no âmbito da Administração Pública federal, tendo a Lei nº 13.140/15 admitido a criação de câmaras específicas para esse propósito – como é o caso da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF (instituída pelo Ato Regimental AGU nº 5, de 27 de setembro de 2007)[396]. Essas câmaras não têm poder decisório, mas criam um ambiente institucionalizado para que as partes construam as soluções para os desafios que precisam enfrentar. Esse ambiente, cumulado com a atuação do comitê técnico, parece ser fulcral para o sucesso do processo negocial imposto pela relicitação e mereceria estar contemplado na regulamentação da Lei nº 13.448/17.

Tratando-se, agora, da modulação das obrigações da concessionária na fase de transição, entende-se que elas também podem abranger os níveis de serviço originalmente pactuados no contrato. Isso, claro, desde que não haja comprometimento para a segurança dos usuários. A ideia, nesse caso, seria trazer alívio para os custos da concessionária, a fim de preservar um bem maior: a continuidade da empresa até a conclusão do processo de relicitação.

Sob esse mesmo raciocínio, outras modulações poderiam ainda ser pensadas, como, por exemplo, a redução, ou até mesmo a eliminação da exigência de garantias contratuais oferecidas pela concessionária. De fato, dado que alguns investimentos serão

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

[396] A CCAF tem por objetivo prevenir e reduzir o número de litígios judiciais que envolvem a União, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.

suspensos, é razoável diminuir-se o patamar dos valores demandados para tal fim. Entretanto, independentemente dessa circunstância, a verdade é que as empresas que se manifestarem pela relicitação dificilmente terão crédito no mercado para renovarem as apólices ou fianças, o que inevitavelmente fará com que o Poder Público, em algum momento: ou tenha que abdicar delas, ou tenha que decretar a caducidade do contrato (precisamente o que se quer evitar com a relicitação), diante da impossibilidade de sua renovação. No processo de renegociação, portanto, as partes precisam estar atentas a isso.

De uma maneira ou de outra, ainda é necessário sanear a seguinte dúvida remanescente: sobre as consequências que todos esses eventuais ajustes contratuais trariam sob o ponto de vista do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, já que, com a suspensão ou a modulação das obrigações, há um valor resultante gerado. Nesse caso, a concessionária poderia se apropriar de tal valor? Além do mais, como ficaria o tratamento das multas e como ficaria a tarifa dos usuários, em face da redução da qualidade dos serviços?

Há aqui um dilema intrínseco aos propósitos perseguidos com a Lei nº 13.448/17. Ele envolve os sinais regulatórios que deveriam ser passados para o mercado *versus* o aspecto resolutivo das medidas adotadas em virtude da relicitação. Explique-se.

De fato, muito embora as dificuldades enfrentadas nos contratos suscetíveis à relicitação decorram de uma série de fatores, tal como a crise econômica pela qual o País passou nos últimos anos, não se pode ignorar que em alguns casos se testemunhou um arrojo desproporcional em relação às propostas vencedoras nas licitações desses empreendimentos – é dizer: os ofertantes foram longe demais nos ágios oferecidos.

Adicionalmente, algumas concessionárias que tiveram o crédito para o financiamento negado junto a instituições oficiais sofreram essa limitação por razões de *compliance* (elas estiveram envolvidas em esquemas de corrupção como o da Lava-Jato). Então, sob esse contexto, há o receio de que permitir a apropriação dos valores originados com as suspensões ou modulações das obrigações pelas empresas significaria premiá-las por um comportamento, no mínimo, imprudente. Seria, em última análise, uma mensagem regulatória ruim, no sentido de que a Administração Pública não prezaria, no Brasil, por propostas sérias nas licitações de infraestrutura que realiza.

De outro lado, há também o receio de que ao não se conferir qualquer tipo de alívio às condições contratuais durante a fase de transição, a relicitação possa se tornar um instrumento ineficaz, porquanto à concessionária restará paralisar os serviços em sua totalidade ou requerer eventual falência ou recuperação judicial (haja vista as dificuldades pelas quais ela passaria e que, como já dito, são as motivadoras da devolução do contrato). Ou seja, pareceria um tanto quanto irreal desejar cobrar normalmente da empresa todos os investimentos, multas e juros correspondentes na fase de transição, pela simples razão de que ela provavelmente não conseguirá fazê-lo.

Por conseguinte, uma solução de meio termo é a que se mostraria a mais desejável para o caso – e caberá ao decreto, por óbvio, avaliá-la. Entende-se por decisão de meio termo aquela em que nem se confere uma anistia ampla à concessionária em relação ao passivo de multas gerado com atrasos ocorridos até antes da relicitação (como o não pagamento de outorgas ou o descumprimento do cronograma de investimentos); e na qual nem se ignora a conveniência de se prover algum tipo alívio financeiro no âmbito do contrato, para permitir a sobrevida do projeto até a entrada de um novo empreendedor.

Por outras palavras, e especialmente em razão da abertura trazida pela parte final do já citado art. 15 da Lei nº 13.448/17, poder-se-ia pensar na seguinte solução para o clausulado do termo aditivo a ser celebrado na etapa transitória da relicitação:

1. prever-se que as multas e juros relacionados a atrasos ou inadimplementos da concessionária, até a celebração do termo aditivo, seriam por ela arcados, cabendo-lhe pagá-los imediatamente, ou ter os respectivos montantes decotados de eventual indenização a que fizer jus por ocasião da reversão do contrato (com a incidência de correção);
2. admitido que as partes podem renegociar as condições do contrato quando da celebração do aditivo, prever-se a suspensão dos investimentos vencidos e vincendos, com a cessação das correspondentes multas e juros pelo atraso (a partir de então), e fixar os novos parâmetros de execução do contrato (os níveis de serviço);
3. para afastar-se eventual apropriação econômica, pela concessionária, da não realização desses investimentos, bem como das novas condições de operação da

concessão, calcular-se o efeito, sobre o fluxo de caixa da empresa, do alívio financeiro produzido (considerar o valor do dinheiro no tempo ou o custo de oportunidade do não comprometimento dos recursos pela concessionária, nos prazos originais do contrato); e

4. prever que os valores calculados conforme o passo anterior serão decotados de eventual indenização a que a concessionária fizer jus por ocasião da reversão do contrato (com a incidência de correção).

Ao fim e ao cabo, seria possível construir uma solução com efeito econômico neutro, mas com repercussões financeiras positivas sobre o fluxo de caixa da concessionária, pelo menos durante o período de transição. Veja-se que não haveria perdão das multas decorrentes dos atrasos acontecidos antes da formalização do termo aditivo (que é quando as partes podem alterar as obrigações originalmente pactuadas). E, ainda, seria possível obter um fôlego mínimo em relação aos compromissos financeiros da empresa, a fim de mitigar o risco de descontinuidade dos serviços até a conclusão do processo de relicitação.

A respeito dos impactos de todas essas operações sobre os valores das tarifas, por sua vez, haveria mais de uma alternativa a se cogitar. Talvez o mais intuitivo seria promover a redução automática dos patamares praticados, como uma pronta resposta à redução dos níveis de serviço ajustados na fase de transição da concessão. No entanto, identificam-se alguns inconvenientes relacionados a essa medida. O primeiro é o estresse de caixa que isso traria para a concessionária, que testemunharia uma redução drástica de suas receitas, quase que a anular as demais modulações acima referidas. Outro inconveniente seria a insegurança gerada para o usuário no que diz respeito à flutuação do preço, por exemplo, do pedágio em uma rodovia – que poderia sofrer sucessivas revisões no transcurso da relicitação, em face das condições dos serviços oferecidos.

O ideal, assim, seria preservar inalterado o valor das tarifas praticadas perante os usuários, mas calcular o *quantum* capturado pela concessionária em face disso, abatendo-o da indenização que ela receberia ao término do processo de relicitação por ocasião da reversão do contrato de concessão. Essa mecânica traz efeitos financeiros benéficos temporários para a empresa, mas efeitos econômicos neutros ao final da operação – o que,

novamente, minimiza potenciais questionamentos quanto a sinais regulatórios distorcidos para o mercado.

Para todos os casos, poder-se-iam utilizar, como parâmetro de cálculo, os sistemas de descontos tradicionalmente já fixados nos contratos ("Fator D" e/ou "Fator Q"), sendo que os valores aferidos, como dito, incidiriam apenas ao final da relicitação, numa espécie de encontro de contas entre haveres e deveres das partes. A definição precisa de tais valores, outrossim, tanto poderia ser submetida à avaliação do comitê técnico antes mencionado, ou mesmo provirem do consenso entre Poder Concedente e concessionária, alcançado pela via da mediação.

Como se observa, há um cardápio amplo de alternativas para as autoridades competentes estruturarem o normativo que viria a detalhar a relicitação, como também existe um espectro relativamente amplo para que, na prática, os atos necessários para garantir a efetividade e o sucesso do procedimento se concretizem. Apenas dir-se-ia, nesse caso, que bom senso, boa-fé, razoabilidade e abertura para a negociação seriam ingredientes em relação aos quais as fórmulas pensadas não poderiam deixar de contar.

4. Conclusões

O marco legal dos contratos administrativos no Brasil, em especial aqueles relacionados ao setor de infraestrutura, vem testemunhando mudanças significativas ao longo das últimas décadas. Esse fenômeno pode ser compreendido como fruto da dinâmica das relações econômicas do setor, o que é potencializado, no caso da infraestrutura, pelo longo prazo dos contratos, bem como pela complexidade das relações firmadas entre o Poder Público e os agentes do mercado.

A Lei nº 13.448/17, resultado da conversão da Medida Provisória nº 752/16, é um dos novos elementos concebidos para aprimorar os contornos jurídicos necessários à existência de tais contratos, e apresenta propostas inovadoras que ainda demandam, porém, detalhamento no nível infra-legal. Aguarda-se, até o momento, a regulamentação de assuntos importantes tratados na referida Lei, com destaque para: i) o regime de transferência de bens no âmbito de contratos de concessão ferroviária; ii) a disciplina da arbitragem em face de decisões das agências reguladoras nos contratos de concessão; e iii) o detalhamento do procedimento da relicitação.

Neste breve estudo, viu-se que a Lei nº 13.448/17 deu abertura para que todos esses temas fossem tratados com certa discricionariedade pelas autoridades competentes por regulamentá-los. Para esse fim, é claro que as balizas fincadas no diploma legal, bem como os princípios e valores que ele reafirma haverão de ser preservados em qualquer hipótese. Contudo, o ato normativo que virá a detalhar as condições em que tanto a extinção de contratos de arrendamento de bens, quanto a arbitragem e a relicitação seriam minudenciadas poderia e deveria incorporar uma abordagem pragmática, para efetivamente equacionar questões críticas, esclarecendo pontos que não foram – nem poderiam ser – antevistos pela Lei.

É nesse sentido que se defendeu a possibilidade de extinção dos arrendamentos de bens nas concessões de ferrovias, com a transferência dos ativos relacionados para as respectivas concessionárias, e desde que elas assumissem o compromisso de metas de capacidade junto ao Poder Concedente, e garantissem a reversão, ao término do contrato, das condições para a manutenção da qualidade do serviço. Também por isso, defendeu-se a possibilidade de as concessionárias promoverem a alienação de bens inservíveis existentes nos pátios ferroviários e ao longo das vias férreas que são hoje de titularidade do DNIT, podendo, para tanto, adotar procedimentos simplificados.

Quanto à arbitragem, para preservar a efetividade do instituto, especialmente no que toca às discussões sobre as sanções aplicadas pelas agências reguladoras, assinalou-se que o futuro ato regulamentador da Lei nº 13.448/17 deveria explicitar que, quando o diploma legal faz referência ao inadimplemento das partes como tema arbitrável, ele também estaria considerando as discussões sobre as penas aplicáveis e a sua dosimetria. Do mesmo modo, sobre as câmaras arbitrais, o regulamento deveria prever que, uma vez credenciadas as câmaras aptas, a própria concessionária poderia designar aquela que cuidaria do acompanhamento do contrato, embora se facultasse ao Poder Público apresentar sua eventual objeção, sempre de forma fundamentada. Esse sistema evitaria discussões sobre qual procedimento a Administração teria de observar, caso fosse ela a responsável pela contratação da instituição arbitral competente.

Por fim, tratando-se da relicitação, destacou-se a importância do instituto e de seu propósito resolutivo em face do cenário atual, em que algumas concessionárias vêm apresentando severas dificuldades de prestação dos serviços aos usuários. Frisou-se a

relevância da fase de transição a que a Lei nº 13.448/17 faz referência – que se inicia com o pedido de devolução do contrato e perdura até o ingresso de um novo operador para o empreendimento –, e demonstrou-se a conveniência e a possibilidade jurídica de se modularem as obrigações originalmente pactuadas no contrato de concessão durante esse período.

Entre as obrigações moduláveis, estariam não apenas aquelas atinentes aos investimentos vincendos, mas também as relacionadas aos investimentos vencidos e ao pagamento de outorgas, vincendas e vencidas. Não se trataria, nesse caso, de remissão de dívidas, especialmente porque estariam preservadas as multas e os juros correspondentes aos eventos de inadimplemento ocorridos até antes da celebração do termo aditivo – o qual inauguraria a fase de transição do contrato de concessão. A ideia seria, apenas e tão somente, conferir um alívio financeiro para a concessionária até a devolução definitiva do empreendimento, buscando assim minimizar os riscos de descontinuidade dos serviços durante esse período, ou evitar a decretação irremediável da falência da empresa ou a caducidade da concessão.

Em todo o caso, defendeu-se a observância de um mecanismo de compensação quando da reversão do contrato, de maneira que os efeitos financeiros aproveitados pela concessionária durante a transição fossem neutralizados através de uma espécie de acerto de contas com as indenizações que o Poder Público teria de lhe pagar a título de investimentos ainda não amortizados. Tal compensação poderia ser materializada por meio de mecanismos que os próprios contratos de concessão já englobam, como os descontos por reequilíbrio baseados nos denominados fatores D ou Q. Nesse caso, a modulação mencionada poderia abranger as próprias condições operacionais de prestação dos serviços concedidos, garantindo-se, em qualquer caso, a continuidade e a segurança dos serviços essenciais relacionados ao empreendimento.

Com efeito, existem expectativas relevantes por parte de agentes do mercado e da sociedade quanto à regulamentação da Lei nº 13.448/17. Apesar de os temas veiculados no diploma legal eventualmente despertarem polêmicas junto a vertentes mais tradicionais da doutrina jurídica, como por exemplo, do Direito Administrativo, a verdade é que a estrutura normativa da nova lei confere a abertura necessária para que as autoridades com a competência para minudenciá-la gozem de certa margem de liberdade para construir as

soluções necessárias aos problemas que ela pretendeu contornar. Pois para esse caso, uma dose de razoabilidade – e de coragem – não haveria de fazer mal a ninguém.

Referências bibliográficas

BRASIL. Lei Federal nº 13.448, de 5 de julho de 2017.

BRASIL. Lei Federal nº 9.307/96, de 23 de setembro de 1996.

BRASIL. Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

Parecer nº 1/2017 da Comissão Mista da Medida Provisória nº 752/2016. pp. 24 e 25. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD00201704080006000000.PDF#page=46>. Acesso em: 02/11/2018).

Parecer nº 1/2017 da Comissão Mista da Medida Provisória nº 752/2016. p. 37. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD00201704080006000000.PDF#page=46>. Acesso em: 02/11/2018.

TÁCITO, Caio. **Arbitragem nos litígios administrativos**. Revista de direito administrativo–RDA, Rio de Janeiro, nº 210, out./dez.1997.

REPRESAMENTO E SUPRESSÃO DE DIREITO AO REEQUILÍBRIO EM CONTRATOS DE CONCESSÃO E SEUS CUSTOS PARA OS USUÁRIOS E PARA O CONCESSIONÁRIO[397]

Análise de regras da ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil

Mauricio Portugal Ribeiro[398]

Introdução

No mundo das concessões e PPPs de infraestruturas, tornou-se prática comum agências reguladoras ou poderes concedentes limitarem as possibilidades do concessionário pleitear reequilíbrio do seu contrato.

Essas limitações geralmente têm efeito ou de represamento de reequilíbrios, ou de supressão do direito ao reequilíbrio dos contratos.

É mais comum limitações sob a forma de represamento. Nesses casos, a agência reguladora dificulta, formal ou informalmente[399], a realização de pedidos, a qualquer tempo, de Revisão Extraordinária do contrato pela ocorrência de evento de desequilíbrio, confinando a possibilidade de apreciação dos pleitos de reequilíbrio exclusivamente ou preferencialmente ao momento da Revisão Ordinária do contrato, que em diversos contratos só ocorre a cada 4 ou 5 anos. A explicação oficial para isso seria que existiria um custo relevante na agência reguladora se mobilizar para realizar a análise de pleitos de

[397] Gostaria de agradecer a Otavio Ferreira da Silveira pela discussão das ideias que constaram da primeira minuta desse artigo e pelas diversas sugestões de alteração; a Gabriela Miniussi Engler Pinto pela revisão de texto e pela discussão dos temas tratados nesse artigo; e a Luiz Carlos Penner Rodrigues da Costa por ter me ajudado com a obtenção de dados usados no artigo. Eventuais erros e omissões são exclusivamente de minha responsabilidade.

[398] Especialista na estruturação e regulação de projetos de infraestrutura, autor de vários livros e artigos sobre esse tema, sócio do Portugal Ribeiro Advogados, Mestre em Direito pela Harvard Law School, Ex-professor de Direito de Infraestrutura da FGV-RJ.

[399] Já aconteceu de técnicos ou dirigentes de agências reguladoras fazerem executivos de uma concessionária saberem que um pedido de Revisão Extraordinária por esse ou aquele evento não seria "bem visto", mas que ficariam felizes de apreciar esses pedidos por ocasião da "Revisão Ordinária".

reequilíbrio. Por isso, segundo a narrativa utilizada, faria sentido ou estabelecer valores mínimos de desequilíbrio para que cada concessionária possa pedir reequilíbrio em processos de Revisão Extraordinária ou limitar a avaliação do desequilíbrio dos contratos ao momento de sua Revisão Ordinária.

Muito mais rara é a emissão por agências de regulamentos que, na prática, suprimem o direito ao reequilíbrio, carreando ao concessionário o risco de eventos alocados pelo contrato ao poder concedente. Isso geralmente é feito pelo estabelecimento de valor mínimo de pleito de reequilíbrio por evento de desequilíbrio. A narrativa usada para tanto – com base em uma visão de reequilíbrio em minha opinião ultrapassada – é que só surgiria o direito de reequilíbrio se o impacto sobre a equação econômico-financeira do contrato for "relevante" ou tiver "materialidade". Nesses casos, agências reguladoras arrogam-se a prerrogativa de definir por regulamento o que é valor mínimo de desequilíbrio que possibilite ao concessionário exercer o direito ao reequilíbrio, que lhe foi atribuído pelo contrato de concessão. Claramente, se o reequilíbrio é um direito do concessionário que tem por função protegê-lo de riscos atribuídos a outras partes do contrato, o concessionário (e não a agência) deveria ser o responsável por julgar quando é necessário se valer desse direito e quando não vale a pena fazê-lo em vista dos valores ínfimos do benefício a ser obtido com o exercício do seu direito. Entender o contrário seria dar à agência a prerrogativa de dispor de direitos de terceiros, nesse caso do concessionário.

No caso da ANAC, estamos presenciando uma tentativa da agência de mudar de uma regra de represamento de direito ao reequilíbrio, prevista atualmente na Resolução ANAC n° 355/2015, para uma regra de supressão de direito de reequilíbrio, conforme proposta submetida à Audiência Pública ANAC n° 16/2018.

A Resolução ANAC n° 355/2015 estabeleceu o valor mínimo de desequilíbrio 5,5% da receita bruta média dos últimos 3 exercícios do respectivo concessionário para iniciar Revisão Extraordinária do seu contrato. Essa resolução permite que, se os eventos de reequilíbrio combinados não alcançassem o valor mínimo para viabilizar o início de uma Revisão Extraordinária, eles poderiam ser apreciados quando da Revisão Ordinária dos contratos, de 5 em 5 anos (a ANAC chama a Revisão Ordinária dos seus contratos de "Revisão dos Parâmetros da Concessão"). As regras constantes da Resolução n° 355/2015, portanto, permitem potencialmente um represamento de pleitos de reequilíbrio que não

atinjam em conjunto o valor de 5,5% da receita bruta média do concessionário. Esse represamento é resolvido quando da Revisão Ordinária dos contratos.

Recentemente, na Audiência Pública ANAC n° 16/2018, que aparentemente teve seu prazo prorrogado até 15 de setembro de 2018, a agência propôs alteração na Resolução n° 355/2018 para estabelecer que somente eventos de desequilíbrio que individualmente atinjam mais que 1% do valor médio da receita bruta anual do contrato autorizariam a realização de pleito de reequilíbrio pelas concessionárias. Essa nova regra, se adotada, suprimirá o direito da concessionária ao reequilíbrio por eventos de valor inferior a 1% da receita bruta média da concessionária, e carreará, por regulamento, às concessionárias de aeroportos o risco de eventos de desequilíbrio com valor inferior a 1% da sua receita bruta, apesar do contrato de concessão estabelecer que esses eventos são risco do poder concedente.

No presente artigo, eu queria sugerir e discutir parâmetros para análise da razoabilidade e licitude de regras sobre represamento e supressão de direito de reequilíbrio, usando a Resolução ANAC n° 355/2015 e a proposta de resolução objeto da Audiência Pública ANAC n° 16/2018 como exemplos para a minha análise.

No caso da regra de represamento de reequilíbrio atualmente vigente no âmbito da ANAC, considerando que os concessionários, por ocasião da Revisão Ordinária do contrato são ressarcidos pelo atraso no reequilíbrio – no caso da ANAC, conforme a taxa do fluxo de caixa marginal, ou, em outros casos conforme a taxa de rentabilidade prevista no seu plano de negócios – a pergunta que pretendo responder é: qual é ordem de grandeza do custo potencial para os usuários/poder concedente do represamento dos reequilíbrios decorrente dessa regra da ANAC? Vou fazer esse cálculo considerando o custo para um aeroporto mais ou menos do tamanho do de Guarulhos e aplicar uma regra de 3, considerando a receita bruta dos demais aeroportos, apenas para ter a ordem de grandeza do custo para o usuário do represamento de reequilíbrios em um portfólio de aeroportos da dimensão do da ANAC. O resultado desse cálculo certamente fará surgir a pergunta sobre se é razoável e lícito criar esse custo para usuários e poder concedente em virtude de decisão regulatória da agência de represar reequilíbrios.

No caso da regra proposta pela ANAC de supressão de direito ao reequilíbrio, eu pretendo no presente artigo tentar dimensionar as perdas que um concessionário da

dimensão do Aeroporto de Guarulhos pode vir a sofrer em decorrência da aprovação desse regulamento da ANAC. O meu objetivo nesse caso também é trazer à discussão o problema da razoabilidade e licitude desse tipo de prática.

Antes de entrar propriamente na análise dos regulamentos da ANAC, eu queria deixar claro para o leitor menos acostumado a lidar com reequilíbrios de concessão o contexto econômico- financeiro de uma concessão e os efeitos nesses contratos de atrasos e de supressões de direito ao reequilíbrio. Para isso, no item 2 tentei explicar de forma bastante didática, com exemplos e analogias, os impactos econômico-financeiros do atraso no reequilíbrio e da supressão do direito de reequilíbrio em contratos de concessão.

Se o leitor já for versado em questões econômico-financeiras de contratos de concessão e PPPs e conhecer os impactos de atraso e supressões de direito ao reequilíbrio, eu aconselho que se dirija diretamente para o item 3 do presente artigo, que trata da proposta da ANAC de regra de supressão de direito de reequilíbrio que é objeto da Audiência Pública n° 16/2018.

Depois, no item 4, analiso o custo potencial máximo para os usuários do represamento de reequilíbrio decorrente das regras vigentes na Resolução ANAC n° 355/2015.

E no item 5 resumo as conclusões a que cheguei com o presente artigo.

Quero mais uma vez frisar que diversas outras agências reguladoras estão adotando práticas semelhantes às criticadas no presente artigo. Escolhi usar o caso da ANAC como exemplo por duas razões. Em primeiro lugar, porque quando uma grande agência reguladora federal adota essas práticas, o seu efeito mimético sobre agências estaduais e municipais é quase instantâneo. Em pouco, agências estaduais e municipais estarão copiando a ANAC. Em segundo lugar porque ao passar de uma regra que tinha por efeito o represamento de reequilíbrios, que, como vou discutir abaixo, pode eventualmente ser justificável, para a proposição de uma regra que leva à supressão de direito ao reequilíbrio, a ANAC está, em minha opinião, realizando uma inflexão da sua regulação para pior, com uma série de consequências graves que são difíceis de estimar. Achei que uma inflexão desse tipo em uma agência que, em vários aspectos atua de maneira adequada, é representativa da piora que tem ocorrido no nosso ambiente regulatório e merecia ser discutida.

Antes de passar para a próxima seção, queria avisar ao leitor que sou advogado e já prestei diversas vezes assessoria jurídico-regulatória para concessionárias de aeroportos reguladas pela ANAC.

1. O impacto no concessionário do atraso na realização do reequilíbrio[400]

1.1. Comparando o concessionário com um banco[401]

Apesar da comparação ser contra intuitiva, a atividade de um concessionário de serviços públicos se assemelha, do ponto de vista econômico-financeiro, à atividade de um banco, particularmente nos casos em que a concessão ou PPP envolve investimentos iniciais relevantes que são amortizados ao longo do prazo do contrato.

É que o concessionário é remunerado (taxa interna de retorno, que funciona como uma taxa de juros) por uma renúncia de liquidez (investimento em obras, equipamentos etc.), que realiza em favor do poder concedente.

Ao fazer o investimento em obras e outros bens reversíveis o concessionário está, na prática, emprestando dinheiro ao poder concedente. Ao invés do poder concedente receber em numerário do concessionário, ele recebe em obras e equipamentos, que permitem a prestação de serviços aos usuários e/ou ao poder concedente com a qualidade pactuada no contrato de concessão.

O pagamento ao concessionário por esse "empréstimo" é realizado pela percepção de tarifas dos usuários e/ou de pagamentos públicos e/ou receitas acessórias. A percepção de todas essas receitas, em regra, está condicionada ao cumprimento adequado do contrato de concessão ou PPP.

Portanto, se o concessionário não cumprir as exigências do contrato de concessão ou PPP ou se ele gerir mal os riscos que o contrato lhe atribui, ele não receberá o pagamento do seu "empréstimo", ou pelo menos não o receberá na íntegra, conforme esperado.

---

[400] Reproduzi, com algumas alterações os itens 4 e 5, do artigo que escrevi em coautoria dom Denise Nefussi Mendel intitulado "*O atraso em reequilibrar contratos de concessão e PPP pode ser enquadrado como improbidade administrativa*" e disponível no seguinte link http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/o-atraso- em-reequilibrar-concessoes-e-ppp-como-improbidade-administrativa-publicado2-em-13-09-2015.pdf.

[401] Quem pela primeira vez me falou da utilidade de realizar essa comparação foi Gabriel Galipolo, ironicamente antes de se tornar banqueiro. Agradeço ao Gabriel por essa contribuição.

Isso é o que distingue na prática o risco corrido por um banco, que é muito mais baixo, do risco corrido por um concessionário, que é muito mais alto.

O banco também renuncia a liquidez ao fazer empréstimos a seus clientes. No caso do banco, o recebimento do pagamento pelo empréstimo é condicionado, em regra, apenas à passagem do tempo. O banco corre apenas o risco do patrimônio do devedor para o qual emprestou ser insuficiente para o seu pagamento.

Como o risco de não recebimento do pagamento e da sua remuneração é muito mais alto no caso do concessionário, a taxa interna de retorno dele é muito mais alta do que as taxas de juros cobradas por um banco.

Vejam o quadro abaixo para uma comparação entre as atividades de um concessionário e de um banco:

Atividade	Banco	Concessionária
Renuncia a liquidez	Ao emprestar	Ao investir
Em favor de	Mutuário	Poder Concedente/usuários
Finalidade	Depende do caso	Geralmente, investir em construção/melhoria de infraestrutura para disponibilizar/prestar serviços relacionados a essas infraestruturas
Remuneração	Taxa de juros	Taxa Interna de Retorno
Condição para receber pagamento	Passagem do tempo	• Disponibilizar serviços nas condições previstas no contrato • Gerenciamento adequado dos riscos que lhe foram atribuídos • Sorte?
Risco	Mais baixo	Muito mais alto
Valor da taxa	Mais baixa	Muito mais alta

Imagine-se agora a comparação entre um banco que empreste recursos ao poder concedente, por exemplo, um Estado da Federação, e um concessionário contratado por esse mesmo Estado.

Um banco que emprestasse a esse Estado consideraria suas várias fontes de receita para avaliar o seu risco e sua capacidade de pagamento do empréstimo. Em virtude, por exemplo, da multiplicidade de fontes receitas do Estado – isso é de não estar atrelado especificamente aos riscos de demanda da concessão –o risco desse banco é muito menor

do que o de um concessionário que contrate com esse Estado e, por isso, as taxas de juros cobradas por esse banco hipotético seriam bem menores que a taxa interna de retorno que um concessionário hipotético exigiria.

1.2. O que acontece quando a agência reguladora cria regra que força o concessionário a represar pleitos de reequilíbrio e o que acontece quando ela cria regra que suprime o direito ao reequilíbrio?

A ocorrência do evento gravoso que impacte o concessionário e seja risco do poder concedente ou o descumprimento do contrato pelo poder concedente, dá origem a uma dívida do poder concedente em favor do concessionário.

Sobre essa dívida, incide, como se fosse taxa de juros, a taxa de desconto do fluxo de caixa marginal ou a taxa de rentabilidade prevista no plano de negócios do concessionário.

Ao atrasar a decisão sobre o pagamento dessa dívida (represando pleitos de reequilíbrio ou atrasando o seu julgamento), o Poder concedente está na prática aumentando o montante do empréstimo feito pelo concessionário ao Poder concedente.

Quanto mais atrasar o pagamento dessa dívida, maior será evidentemente o valor a ser pago, por consequência da incidência da taxa de desconto do fluxo de caixa marginal ou da taxa de rentabilidade prevista no plano de negócios.

E essa dívida, conforme já mencionei acima, será, em regra, muito mais cara do que qualquer outra forma de endividamento que o poder concedente resolvesse realizar, por exemplo, junto ao setor bancário, para pagar ao concessionário.

Por isso, em minha opinião, o atraso na recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em regra caracteriza má gestão de recursos públicos[402].

No caso da ANAC, como a forma de reequilíbrio preferencialmente utilizada é a redução do pagamento das outorgas que são destinadas ao FNAC – Fundo Nacional de Aviação Civil, para cobrir investimentos e outros custos em aeroportos não concedidos, quem preferencialmente termina arcando com as consequências do represamento de pleitos de reequilíbrio são os usuários dos aeroportos aos quais se destinam os recursos do FNAC.

[402] Vide artigo que escrevi em coautoria com Denise Mandel, já citado na nota 3 acima.

Nos casos de regra emitida pela agência reguladora que suprime o direito ao reequilíbrio, o efeito é o mesmo da negativa de pagamento de um mutuário a um banco. Os juros continuam incidindo sobre o montante que o concessionário teve que despender para lidar com evento que, pelo contrato de concessão ou pela lei, é risco do poder concedente. Ao final da concessão, se tudo correr conforme esperado, a rentabilidade da concessão será menor que a expectativa originária do concessionário por consequência da ocorrência eventos cujo risco o contrato ou a lei alocou ao poder concedente, mas a agência, por regulamento, resolveu realocar ao concessionário.

2. As mudanças que a ANAC pretende realizar na Resolução n° 355/15 em relação ao valor mínimo de desequilíbrio para início de processo de Revisão Extraordinária

Como mencionei acima, a ANAC pretende adotar regra que estabelece que só é possível pedir reequilíbrio se o valor do desequilíbrio for igual ou maior que 1% (um por cento) da receita média bruta dos últimos 3 anos do respectivo aeroporto.

A regra atualmente vigente, constante da Resolução ANAC n° 355/2015 é de que só é possível iniciar revisão extraordinária do contrato de concessão quando o valor combinado dos pedidos de reequilíbrio alcançarem 5,5% da receita bruta média dos últimos 3 exercícios da respectiva concessionária.

Na regra atual, eventos que não alcançarem esse valor combinado podem ser objeto de pleitos de reequilíbrio quando da Revisão de Parâmetros da Concessão, que é o nome que a ANAC dá ao que as demais agências reguladoras chamam de Revisão Ordinária dos contratos de concessão.

A ANAC, portanto, na Audiência Pública n° 16/2018, está propondo 3 mudanças na regra a respeito do valor mínimo necessário para iniciar processo de Revisão Extraordinária:

a) A aferição do valor mínimo necessário para iniciar as Revisões Extraordinárias será por evento de desequilíbrio e não por conjunto de eventos;

b) O valor mínimo passa a ser 1% da receita bruta média dos 3 últimos exercícios da concessionária;

c) Eliminação da possibilidade de pedir reequilíbrio por eventos de valor menor que 1% da receita bruta do concessionário – na regra atual, é viável pedir

reequilíbrio, quando da Revisão Ordinária da concessão, por eventos que combinados não cheguem ao valor mínimo de 5,5% da receita bruta média dos últimos 3 exercícios.

Sem dúvida, dessas mudanças a mais grave é a eliminação da possibilidade de pedir reequilíbrio por eventos de valor menor que 1% da receita bruta do concessionário.

A seguir, no item 3.1, vou analisar os impactos dessa mudança conceitual proposta pela ANAC de uma regra de represamento de reequilíbrio para uma regra de supressão de direito de reequilíbrio. Depois, no item 3.2, vou comentar a justificativa da ANAC para a mudança dessa regra. No item 3.3, vou focar em sugerir os parâmetros que deveriam ser usados pela ANAC para análise da mudança normativa e motivação da sua decisão. E, no item 3.4, vou tentar dimensionar quantitativamente o impacto potencial da eventual adoção pela ANAC da regra de supressão de reequilíbrio sobre um aeroporto hipotético com o tamanho semelhante ao do Aeroporto de Guarulhos.

3.1. Por que a ANAC não deveria adotar a regra de supressão do direito ao reequilíbrio em lugar da regra de represamento de reequilíbrio atualmente vigente?

A ANAC não deveria realizar essa mudança pelas seguintes razões:

a) Altera a matriz de riscos dos contratos – eventos cujo risco tinha sido atribuído pelo contrato ao poder concedente, passam a ser risco do concessionário desde que o seu impacto individual seja de até 1% da receita bruta anual do concessionário;

b) Cria enorme incerteza porque os eventos cujo risco essa regra realoca para o concessionário são eventos por excelência não controláveis pelo concessionário. Em tese, o contrato alocou o risco desses eventos ao poder concedente justamente porque se tratam de eventos cujo risco da ocorrência é controlado pelo poder concedente, ou porque não são controláveis por qualquer das partes. Ao realocar, por regulamento esses riscos ao concessionário a ANAC está repetindo erro que já cometeu no passado de alocar a concessionários riscos que não são por eles controláveis. Vide sobre isso artigo, intitulado "*Concessões de aeroportos e de rodovias federais: o erro de atribuir ao concessionário riscos controlados pelo poder concedente e as suas consequências*", que publiquei em

2014, em coautoria com Gabriela Engler Pinto[403];

c) A realocação de riscos ao concessionário por regulamento configura alteração unilateral de condições econômico-financeiras do contrato e, por isso, viola o artigo 58, §1° da Lei 8.666/93 e o artigo 10 da Lei 8.987/95;

d) Como o contrato e a lei estabelecem que o concessionário tem direito ao reequilíbrio do contrato e como o contrato utiliza a noção de reequilíbrio como braço operacional da matriz de riscos com a finalidade de proteger o concessionário contra os efeitos da ocorrência de eventos que não são risco do concessionário, não pode a ANAC a título de definir a "relevância" ou "materialidade" do direito do concessionário suprimir parte desse direito. Permitir isso seria dar à ANAC a prerrogativa de dispor de direito do concessionário, o que não me parece compatível com o nosso sistema jurídico.

3.2. A motivação da ANAC para a supressão do direito de reequilíbrio por eventos de valor menor que 1% da receita bruta

O documento que traz a motivação da decisão da ANAC sobre esse tema foi apresentado na Audiência Pública 16/2018 com o seguinte título "*JUSTIFICATIVA - Proposta de resolução que revoga e substitui a Resolução nº 355, de 17 de março de 2015, que dispõe sobre os procedimentos e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária nos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal"*. Vou me referir a esse documento de agora em diante simplesmente como "Justificativa".

Além desse documento, a ANAC apresentou dois outros documentos. O primeiro deles intitulado "*Quadro de alterações normativas – principais alterações propostas*", que resume as alterações propostas e suas justificativas. Vou me referir a esse documento usando simplesmente a palavra "Quadro". E um documento intitulado "Formulário de análise para proposição de ato normativo", que vou chamar de "Formulário".

Primeiro vou tratar do Quadro para depois tratar da Justificativa e, por último, vou tratar do Formulário.

No Quadro, não há qualquer justificativa sobre a mudança conceitual de uma regra

[403] O artigo está disponível no seguinte link http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/riscos- controlados-por-uma-parte-e-atribuidos-a-outra-parte.pdf.

de represamento para uma regra de supressão de reequilíbrio. Não há também nenhuma explicação para a exclusão, na proposta de nova resolução que a ANAC apresentou na Audiência Pública n° 16/2018, das regras que asseguram que o direito de reequilíbrio poderá ser exercido durante a Revisão Ordinária do contrato em relação a eventos de valor menor que o percentual mínimo estabelecido para início das Revisões Extraordinárias.

Para mostrar isso, primeiro vou reproduzir na página a seguir o quadro comparativo entre a Resolução vigente e a nova resolução apresentado pela ANAC na Audiência Pública n° 16/2018. Observem, por favor, os trechos que grifamos, que são responsáveis por caracterizar a regra da Resolução n° 355/2015 atualmente vigente como regra de represamento e não de supressão de reequilíbrio. Esses trechos foram excluídos na proposta de norma apresentada pela ANAC e não há nenhuma explicação para isso na coluna "Justificativa/Objetivos/Efeitos Esperados".

Tema	Resolução n° 355/2015	Proposta	Justificativa/Objetivos/Efeitos Esperados
		Disposições Gerais	
Alteração relevante	Art. 2º A metodologia e os procedimentos de que trata esta Resolução visam compensar as perdas ou ganhos da Concessionária, devidamente comprovados, em virtude dos eventos elencados como riscos do Poder Concedente no contrato de concessão, desde que impliquem alteração relevante dos custos ou das receitas da Concessionária. § 1º Para efeitos do disposto no caput, será considerada alteração relevante aquela que causar impacto líquido combinado superior a 5,5% (cinco inteiros e cinco décimos por cento) da receita bruta anual média referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária. § 2º O impacto líquido a que se refere o § 1º deste artigo será medido pelo valor presente líquido do fluxo de caixa marginal projetado em razão do evento ou conjunto de eventos que ensejou a recomposição, utilizando-se a taxa de desconto em vigor na data do pedido, nos termos do respectivo contrato. **§ 3º No ano de início de cada Revisão dos Parâmetros da Concessão, a ANAC analisará os processos de Revisão Extraordinária que visem compensar as perdas ou ganhos da Concessionária, devidamente comprovados, em virtude dos eventos elencados como riscos do Poder Concedente no contrato de concessão, mesmo que não impliquem em impacto líquido combinado superior ao estabelecido no § 1º deste artigo, observado o disposto no art. 12 desta Resolução.** **§ 4º Na hipótese do § 3º deste artigo, o pedido de Revisão Extraordinária formulado pela Concessionária apenas será analisado no ano de início da Revisão dos Parâmetros da Concessão subsequente se for protocolado com antecedência superior a 12 (doze) meses do início do ano em que ocorrerá a Revisão dos Parâmetros da Concessão em questão, e se estiver instruído de acordo com o art. 5º desta Resolução.** § 5º Na ausência de informações disponíveis referentes às receitas brutas de algum dos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária, a ANAC poderá considerar as últimas 3 (três) informações anuais disponíveis referentes às receitas brutas do aeroporto em questão para complementar o cálculo da receita bruta anual média a que se refere o § 1º deste artigo. § 6º Na hipótese de Revisão Extraordinária do contrato de concessão do Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante, serão consideradas as últimas 3 (três) informações anuais disponíveis referentes às receitas brutas do Aeroporto Internacional Augusto Severo quando necessário para complementar o cálculo da receita bruta anual média a que se refere o § 1º deste artigo. § 7º A partir do início do penúltimo ano originalmente estabelecido para o período de concessão, a ANAC analisará os processos de Revisão Extraordinária que visem compensar as perdas ou ganhos da Concessionária, devidamente comprovados, em virtude dos eventos elencados como riscos do Poder Concedente no contrato de concessão, mesmo que não impliquem em impacto líquido combinado superior ao estabelecido no § 1º deste artigo.	Art. 2º. A metodologia e os procedimentos de que trata esta Resolução visam compensar as perdas ou ganhos da Concessionária, devidamente comprovados, em virtude dos eventos elencados como riscos do Poder Concedente no Contrato de Concessão, desde que impliquem alteração relevante dos custos ou das receitas da Concessionária. §1º Para efeitos do disposto no caput, será considerada alteração relevante o evento que causar impacto superior a 1% da receita bruta anual média referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária. §2º O impacto a que se refere o §1º deste artigo será medido pelo valor presente líquido do fluxo de caixa marginal projetado em razão do evento que ensejou a recomposição, utilizando-se a taxa de desconto em vigor na data do pedido, nos termos do respectivo Contrato. §3º Na hipótese de pedido de Revisão Extraordinária que contemple mais de um evento, considera-se o percentual a que se refere o §1º para cada evento de forma isolada. §4º Na hipótese de pedido de Revisão Extraordinária de Contratos que contemplem mais de um aeroporto, será considerada, para efeitos do disposto no §1º, a receita bruta da totalidade dos aeroportos que integram o Contrato. §5º Na ausência de informações disponíveis referentes às receitas brutas de algum dos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária, a ANAC poderá considerar as últimas 3 (três) informações anuais disponíveis referentes às receitas brutas do aeroporto em questão para complementar o cálculo da receita bruta anual média a que se refere os §§ 1º e 4º deste artigo.	Fixar parâmetros regulatórios objetivos para a conceituação do termo alteração relevante, permitindo a atualização do conceito frente ao entendimento da análise individual do evento e o percentual proposto pela nova Resolução. O benefício da fixação de percentual objetivo para a alteração relevante pode ser sintetizado em duas vertentes: por um lado, permite conferir maior efetividade ao conceito estipulado em cláusula contratual referente ao processo de Revisão Extraordinária, na medida em que o aperfeiçoamento do balizamento objetivo do percentual por evento isolado converge com a positivação da possibilidade da própria análise individual do evento. Por outro lado, o aperfeiçoamento da regra para o critério objetivo percentual de 1% por evento se fundamenta em importante teoria defendida por renomada vertente da doutrina administrativista, hipótese em que nomes de peso como os professores José dos Santos Carvalho Filho, Diógenes Gasparini e a professora Odete Medauar atribuem que não é qualquer alteração que abala a estabilidade da equação econômico-financeira do Contrato de Concessão.

Vale a pena destacar a motivação constante do Quadro para mostrar que nele nenhuma justificativa foi dada para a supressão do direito do reequilíbrio para eventos de valor menor que 1% da receita bruta da concessionária:

> *"Fixar parâmetros regulatórios objetivos para a conceituação do termo alteração relevante, permitindo a atualização do conceito frente ao entendimento da análise individual do evento e o percentual proposto pela nova Resolução.*
>
> *O benefício da fixação de percentual objetivo para a alteração relevante pode ser sintetizado em duas vertentes: por um lado, permite conferir maior efetividade ao conceito estipulado em cláusula contratual referente ao processo de Revisão Extraordinária, na medida em que o aperfeiçoamento do balizamento objetivo do percentual por evento isolado converge com a positivação da possibilidade da própria análise individual do evento.*
>
> *Por outro lado, o aperfeiçoamento da regra para o critério objetivo percentual de 1% por evento se fundamenta em importante teoria defendida por renomada vertente da doutrina administrativista, hipótese em que nomes de peso como os professores José dos Santos Carvalho Filho, Diógenes Gasparini e a professora Odete Medauar atribuem que não é qualquer alteração que abala a estabilidade da equação econômico-financeira do Contrato de Concessão."*

Fala-se em adotar um percentual objetivo por evento de desequilíbrio. Mas nada se fala sobre a mudança mais fundamental que é a supressão do direito de reequilibrar eventos de desequilíbrio com impactos menores que 1% da receita bruta do concessionário e não há nenhuma referência a qualquer tentativa de calcular quantitativamente o impacto dessa nova regra sobre os concessionários.

Já a Justificativa afirma a necessidade de estabelecer critério de valor mínimo por evento para fazer valer visão de que só há desequilíbrio quando o seu impacto for "relevante" ou "material".

O vínculo dessa discussão com os contratos é a utilização da palavra "relevante" na seguinte cláusula:

> *"6.21. Os procedimentos de Revisão Extraordinária objetiva a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, a fim de compensar as perdas ou ganhos da Concessionária, devidamente comprovados, em virtude da ocorrência dos eventos elencados no CAPÍTULO V – Seção I do Contrato, desde que impliquem* ***alteração***

***<u>relevante</u> dos custos ou da receita da Concessionária**.”*[404] *(grifei)*

Segundo a ANAC, o critério anterior (5,5% da receita bruta média para eventos de desequilíbrio combinados) não atenderia a essa exigência de “relevância” ou “materialidade”, porque, como esse critério trata de valores de eventos de desequilíbrio acumulados, qualquer evento poderia se tornar material ou relevante desde que seja combinado com outros que alcancem o valor de 5,5%:

> *“Conforme dispôs a Justificativa submetida à Audiência Pública nº 12/2017 [audiência anterior realizada sobre o mesmo tema da de n° 16/2018], o critério de alteração relevante vigente, ao estabelecer vínculo entre eventos de diferentes naturezas, permite que qualquer impacto seja relevante em algum momento, dependendo apenas da cumulatividade de impactos ou do tempo, conforme estabelecem os §1º e §3º do artigo 2º da norma vigente, abaixo transcritos. Com efeito,* ***isso é o mesmo que ignorar o conceito de relevância trazido pelos Contratos de Concessão, tornando inócua sua aplicação***.
>
> *§ 1º Para efeitos do disposto no caput, será considerada alteração relevante aquela que causar impacto líquido combinado superior a 5,5% (cinco inteiros e cinco décimos por cento) da receita bruta anual média referente aos 3 (três) exercícios anteriores ao início do processo de Revisão Extraordinária.*
>
> *(...) 4*
>
> *§ 3º No ano de início de cada Revisão dos Parâmetros da Concessão, a ANAC analisará os processos de Revisão Extraordinária que visem compensar as perdas ou ganhos da Concessionária, devidamente comprovados, em virtude dos eventos elencados como riscos do Poder Concedente no contrato de concessão, mesmo que não impliquem em impacto líquido combinado superior ao estabelecido no § 1º deste artigo, observado o disposto no art. 12 desta Resolução.” (Justificativa, pág 3, grifos do original).*

Depois, a Justificativa diz que é preciso definir objetivamente o valor por evento, para suprimir qualquer casuísmo da ANAC na decisão do valor relevante e, dessa forma, gerar segurança jurídica:

[404] Usei a cláusula constante do contrato de concessão do Aeroporto do Galeão. Os demais contratos de concessão regulados pela ANAC têm cláusulas com praticamente o mesmo teor.

> *"Contudo, após discussões no âmbito desta Gerência, concluiu-se que a ausência de previsão normativa para o conceito em tela poderia gerar insegurança jurídica na medida em que o comando contratual segundo o qual "as perdas ou ganhos da Concessionária, devidamente comprovados, em virtude da ocorrência dos eventos elencados no CAPÍTULO V - Seção I do Contrato,* ***desde que impliquem em alteração relevante dos custos ou da receita da Concessionária****" passaria a ser interpretado de forma discricionária pela Agência ao longo da vida do contrato." (Justificativa, pág. 4, grifos do original)*

Aparentemente, até esse ponto a agência não menciona o efeito de supressão do direito de reequilíbrio a ser causado pela regra que pretende adotar. Além disso, também não encontramos na Justificativa qualquer esforço quantitativo para avaliar o impacto econômico ou financeiro sobre os concessionários de suprimir o direito a Revisão Extraordinária de eventos de valor menor que 1% da sua receita bruta média.

A seguir, a ANAC aparentemente percebe, mas tenta negar, que a regra que pretende adotar restringe o direito do concessionário ao reequilíbrio do contrato:

> *"A segurança jurídica da previsibilidade do critério objetivo deve ser sopesada frente ao princípio da razoabilidade, o que denota a necessidade de se estabelecer um percentual* ***que não restrinja seu direito ao reequilíbrio contratual, mas que de fato implique em alteração relevante dos custos ou da receita da Concessionária, de modo que justifique a adoção dos mecanismos de revisão extraordinária previstos no contrato.****" (grifei) (Justificativa, página 6)*

O texto tenta negar o óbvio. Evidentemente que, ao estabelecer por regulamento critério de relevância pelo valor mínimo do evento de desequilíbrio, a ANAC está restringindo o direito ao reequilíbrio dos concessionários.

Nesse ponto, a agência perde a oportunidade de refletir sobre o que é mais importante: estabelecer o critério objetivo de relevância ou materialidade do evento ou assegurar que decisões da agência não alterem a distribuição de riscos do contrato? O que será que causa mais insegurança jurídica: a falta de um critério objetivo para o conceito de relevância, ou a agência definir esse conceito por regulamento carreando para o concessionário riscos que haviam sido alocados pelo contrato ao poder concedente? Esse é um juízo de razoabilidade que seria importante ser realizado pela agência.

Por outro lado, há que se reconhecer que há parâmetros econômicos para definir se

as regras sobre revisão extraordinária do contrato ou sobre pleitos de reequilíbrio estimulam ou não o uso eficiente desses instrumentos. A agência não tocou nesse tema nos documentos que emitiu para motivar a sua decisão. Vou tratar disso no item 3.3 a seguir.

A seguir, a Justificativa cita autores e teorias sobre equilíbrio econômico-financeiro dos contratos que exigem a "materialidade" ou "relevância" dos eventos para que haja direito ao reequilíbrio. Trata-se de teorias tradicionais sobre reequilíbrio, cujas premissas eu já critiquei exaustivamente em outros trabalhos – vide, de minha autoria, *Concessões e PPPs - melhores práticas em licitações e contratos*, Atlas, São Paulo, 2011, capítulo XV.1.3 e, em coautoria com Lucas Navarro Prado, *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada, fundamentos econômico-jurídicos*, Malheiros, São Paulo, 2007, Capítulo V.3. O próprio conceito que essas teorias usam de equação econômico-financeira do contrato não faz sentido para um contrato de concessão ou PPP porque não incorpora a noção de distribuição de riscos.

As teorias mais recentes sobre equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, ao notarem que a matriz de riscos integra as condições econômico-financeiras do contrato e que o equilíbrio do contrato não se define de forma concreta (pela igualdade entre receitas e custos somados à margem do contratado), mas de forma mais abstrata (as partes devem arcar apenas com os riscos que assumiram) tornam o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro meio para colocá-las na situação anterior à ocorrência de evento que lhes impactou econômica e financeiramente, mas que era risco de outras partes[405].

A noção de equação econômico-financeira nessas teorias é substituída pela necessidade de parâmetros que retratem o contrato em estado de equilíbrio. Basta observar os próprios contratos de concessão de aeroportos regulados pela ANAC. Não há planos de negócios anexados a esses contratos especificando as receitas e os custos ao longo de todo o prazo do contrato. Nesses contratos, do modo como foram elaborados, o regulador sequer conseguiria saber qual é a "equação econômico-financeira" originária[406]. As regras sobre

[405] Vide o artigo de minha autoria intitulado *"O que todo profissional de infraestrutura precisa saber sobre equilíbrio econômico-financeiro de Concessões e PPPs (mas os nossos juristas ainda não sabem)"*, disponível no seguinte link: http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/o-que-todo-profissional-de-infraestrutura-precisa-saber- sobre-equilibrio-economico-financeiro-versao-publicada-na-internet.pdf.

[406] Eu já deixei claro em vários outros trabalhos que me parece tecnicamente equivocada a utilização que a ANAC faz do fluxo de caixa marginal para reequilibrar os contratos por quaisquer eventos. Sobre isso, vide o artigo de minha autoria intitulado "*Erros e acertos no uso do plano de negócios e da metodologia do fluxo de*

fluxo de caixa marginal usadas para reequilibrar esses contratos também não se reportam à manutenção da equação econômico- financeira originária. Elas estabelecem parâmetros que supostamente refletem a condição do ambiente econômico do contrato de concessão quando da ocorrência do evento de desequilíbrio.

Considerando as regras sobre equilíbrio econômico-financeiro constante dos contratos de concessão de aeroportos regulados pela ANAC e o estado atual da teoria sobre equilíbrio econômico-financeiro dos contratos não faz sentido a ANAC estabelecer por regulamento o seu conceito de relevância ou materialidade do evento de desequilíbrio como condição para o exercício do direito ao reequilíbrio. O direito ao reequilíbrio é um instrumento para as partes do contrato se protegerem contra impactos de eventos que não são risco seu. Nesse sentido, o direito ao reequilíbrio é um guardião, ou um braço operacional da matriz de riscos. O juízo sobre a relevância ou irrelevância do impacto dos eventos de desequilíbrio para efeito de dar início a pleito de reequilíbrio deve ser realizado por cada parte, considerando os benefícios que podem obter com um pleito reequilíbrio *vis a vis* o custo de iniciar processo para tanto.

A preocupação do regulador deve ser em criar os incentivos para que o uso do direito ao reequilíbrio se dê de forma eficiente, para evitar que o custo da ANAC processar e decidir pleitos de reequilíbrio seja maior que o benefício que se pode extrair desses processos. Tratarei desse tema no item 3.3 abaixo.

Pelas mesmas razões, não faz sentido a aplicação aos contratos de concessão da ANAC da jurisprudência do TCU citada na Justificativa (Acórdão 45/1999, Processo n. 001.025/1998-8, DOU 19.05.1999; Acórdão 698/2000, Processo n. 675.047/1996-0, DOU 11.09.2000; Acórdão

538/2008, Processo n. 016.905/2002-3, DOU 04.04.2008). Trata-se de jurisprudência sobre contratos de obra submetidos à Lei n° 8.666/93, sendo de 2008 o mais recente entre os acórdãos citados. Trata-se de contratos aos quais se aplica a noção de equilíbrio econômico-financeiro tradicional.

Por fim, é preciso analisar o Formulário, que é um instrumento de análise de modificações normativas da agência, com perguntas padronizadas que foram respondidas

---

caixa marginal" disponível no seguinte link: http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/erros-e-acertos-versao-4.pdf.

pela área técnica da agência. Do Formulário, acho relevante destacar as perguntas número 10 e 11 e as respectivas respostas da ANAC.

> *"10) Descreva qualitativamente e, se possível, quantitativamente os custos do ato.*
>
> *Não haverá custos adicionais na implementação da norma. Seu objetivo é promover alterações que aperfeiçoem o ato normativo ao adequado processo de Revisão Extraordinária, bem como esclarecer método de análise dos pedidos de reequilíbrio já em prática pela Superintendência de Regulação Econômica."*

Lendo a resposta da área técnica da ANAC à pergunta, eu fiquei em dúvida se eles não perceberam que a mudança acarreta custos para os concessionários, ou se eles interpretaram a pergunta como se referindo exclusivamente à criação de custos para a ANAC. Para mim, claramente, a pergunta se refere aos custos do ato para a sociedade, o que importa em considerar os custos para todas as partes envolvidas.

Além disso, a pergunta solicita especificamente a consideração, se possível, dos impactos quantitativos. Mas como a agência entendeu não haver custos, esse pedido de considerar os impactos quantitativos foi ignorado.

> *"11) Descreva qualitativamente e, se possível, quantitativamente os benefícios do ato.*
>
> *O benefício da sistematização e da padronização dos termos e conceitos é assegurar meios para que a regulamentação proposta seja compreensível e clara, permitindo que as partes interessadas possam facilmente identificar seus direitos e obrigações. O benefício da fixação do percentual objetivo para a alteração relevante pode ser sintetizado em duas vertentes: por um lado, permite conferir maior efetividade ao conceito estipulado em cláusula contratual referente ao processo de Revisão Extraordinária, na medida em que o aperfeiçoamento do balizamento objetivo do*
>
> *percentual por evento isolado converge com a positivação da possibilidade da própria análise individual do evento. Por outro lado, o aperfeiçoamento da regra para o critério objetivo percentual de 1% por evento, fundamenta-se em importante teoria defendida por renomada vertente da doutrina administrativista, hipótese em que nomes de peso como os professores José dos Santos Carvalho Filho, Diógenes Gasparini, e a professora Odete Medauar, atribuem que não é qualquer alteração que abala a estabilidade da equação econômico-financeira do Contrato de Concessão.*

O benefício da instituição do instituto processual da preclusão também pode ser resumido em duas concepções: de um lado, busca- se adequar o texto normativo à jurisprudência do Tribunal de Contas da União e compatibilizar o documento ao ordenamento jurídico brasileiro, fundamentando-se tal ideia nos preceitos do Decreto 20.910/1932, e especialmente, na doutrina pátria administrativista dos professores José dos Santos Carvalho Filho e Celso Antônio Bandeira de Mello. De outro, procura-se privilegiar o princípio da segurança jurídica, quer em sua acepção objetiva, que designa a necessária estabilidade das relações jurídicas; quer na acepção subjetiva, que significa a confiabilidade que o administrado deve ter quanto à licitude das decisões administrativas. Nesse sentido, a estipulação de prazo se revela como medida salutar e harmônica ao ordenamento jurídico, oportunidade em que se quer evitar que os pedidos sejam protocolados indefinidamente no tempo, privilegiando o lapso temporal propício à instauração e ao desenvolvimento do processo de Revisão Extraordinária, de forma a se atingir o melhor conteúdo das decisões administrativas, o que representa nítida garantia ao próprio administrado. Os benefícios da análise do evento de forma isolada consistem em permitir análise e conclusão mais célere dos eventos que compõem o pedido de Revisão Extraordinária dos Contratos de Concessão. O benefício da apresentação do Projeto Básico, quando se tratar de obras e investimentos, é tão somente conferir a instrução processual a adequada apresentação de parte da documentação técnica, pressuposta pela ANAC que o Concessionário desenvolveu tanto para o atendimento das exigências legais de órgãos da Administração Pública, como para atendimento às necessidades mínimas que qualquer obra de engenharia exige. O benefício do tratamento público dos documentos é racionalizar o tratamento das informações, garantindo a publicidade e transparência dos pedidos de Revisão Extraordinária. O benefício da instituição dos procedimentos da análise do processo de Revisão Extraordinária, em linhas gerais, é justamente positivar os procedimentos que já são realizados no cotidiano da Agência, em respeito, sobretudo, aos princípios da transparência, conferindo previsibilidade ao processo decisório, e aos princípios da ampla defesa e contraditório, baluartes do Estado de Direito. A alteração para Ministérios de Transportes, Portos e Aviação Civil se revela como medida adequada frente ao nítido intuito de adequação e atualização normativa. O benefício da alteração da regra do prazo de conclusão também se consubstancia como medida salutar frente aos diferentes prazos estabelecidos nos Contratos de Concessão. Nesse sentido, a ideia da interrupção do prazo se revela pertinente, visto que não é razoável que o prazo para análise do processo de Revisão Extraordinária comece a contar sem que a ANAC o tenha recebido sem todas as premissas, informações, documentos e cálculos necessários para a replicação dos resultados apresentados."

A pergunta n° 11 novamente solicita à área técnica da ANAC a consideração, se possível, quantitativa, dos benefícios da modificação normativa a ser realizada. A resposta da agência volta a temas que já analisei acima: o benefício para a organização da atividade da agência e o cumprimento de parâmetros de teorias tradicionais sobre reequilíbrio do contrato e da jurisprudência do TCU. Ela ignora a provocação de quantificar os benefícios e também não toca nos parâmetros que, em minha opinião, deveriam balizar a atuação da agência nesse caso. Esses parâmetros são o tema da próxima rubrica.

3.3. Qual seria a discussão e preocupação correta que deveria basear a discussão da ANAC sobre a mudança que pretende fazer na Resolução n° 355/2015?

Em primeiro lugar, o meu entendimento é que, em vista da transparência e da publicidade que devem reger a atuação de entidades da Administração Pública, é obrigação da agência deixar claro na motivação de mudança regulatória a alteração conceitual que está realizando: de uma regra que tem efeito de mero represamento para uma regra que tem efeito de supressão de direito ao reequilíbrio.

Além disso, reconhecido que o reequilíbrio é o braço operacional da matriz de riscos (os contratos de concessão de aeroportos regulados pela ANAC o reconhecem, na medida em que só permitem reequilíbrio em favor da concessionária, por eventos cujo risco é alocado por lei ou por contrato ao poder concedente), ou seja uma vez reconhecido que o reequilíbrio é o meio de proteger uma parte (nesse caso o concessionário) dos riscos que são atribuídos pelo contrato ou pela lei à outra parte, o conceito de relevância do impacto do evento de desequilíbrio deveria ser tratado no confronto entre:

(a) impacto quantitativo sobre o concessionário;

(b) custo da agência para processar e decidir sobre o pedido de reequilíbrio.

O objetivo do confronto desses dois valores seria assegurar que o benefício marginal criado pela mobilização da agência seja maior ou igual ao custo marginal de movê-la para processar e julgar pedidos de revisão do contrato.

Como nesse caso, o benefício gerado pela decisão da agência é assegurar que o concessionário está protegido de eventos cujo risco foi atribuído a outras partes do contrato,

a forma normal de se impedir que pedidos reequilíbrios sejam feitos em valores mais baixos que o do benefício que ele gera seria estabelecer a exigência de pagamento pelo concessionário de um valor para custear a mobilização da agência para decidir cada pleito de reequilíbrio[407].

Mas note-se que o valor do pagamento exigido teria que ser calculado em vista do custo marginal para processar e decidir o pedido de reequilíbrio, pois a manutenção dos custos fixos da agência deveria ser feita pelas taxas de fiscalização que já são cobradas dos concessionários, ou pelo orçamento público.

Isso em minha opinião deveria ser um dos focos centrais da análise de impacto regulatório de qualquer mudança nas regras da Resolução n° 355/2015. A ANAC não tratou desse tema na motivação da sua proposta de mudança da regra atualmente vigente.

3.4. Tentativa de cálculo de dano potencial causado aos concessionários pela eventual adoção pela ANAC da regra que proíbe reequilíbrio de eventos com valor abaixo de 1% da receita bruta

A ANAC na sua justificativa para adoção da regra de supressão de direito de reequilíbrio não realizou nenhum esforço de mensurar a o impacto dessa regra sobre os concessionários.

Nessa parte do artigo, eu gostaria de tentar, ainda que de forma muito primária, dimensionar para o leitor o dano potencial dessa regra sobre os concessionários. O meu objetivo é sugerir que cálculos desse tipo, ou mais sofisticados do que esse, integrem das análises de impacto regulatório de regras como a que a ANAC pretende adotar.

Note-se que, nesse caso, o principal impactado pela adoção da regra é o concessionário. Os impactos sobre o poder concedente (redução da carga de trabalho de processamento de pleitos de reequilíbrio e isenção de responsabilidade sobre eventos cujo risco o contrato lhe atribuiu) e sobre o usuário são secundários nesse caso. Nesse contexto, a agência reguladora deveria tentar calcular qual o impacto sobre os concessionários da adoção dessa regra para testar a sua razoabilidade.

[407] Não vou discutir nesse momento qual a forma jurídica dessa exigência de pagamento ou se ela poderia ou não ser feita no caso dos contratos já em curso. Essas são discussões posteriores que não vale a pena incluir no presente artigo.

Talvez a ANAC tenha suposto que, como a regra de supressão de direito de reequilíbrio que pretende adotar será aplicada tanto para reequilíbrios a favor do poder concedente, quanto para reequilíbrios a favor do concessionário, não haveria impacto quantitativo relevante para qualquer das partes, ou pelo menos o impacto eventualmente existente para uma parte seria compensado pelo impacto havido na outra parte. Mas isso, em minha opinião, não faz sentido.

É que sempre, em contratos de concessão, o número de eventos de desequilíbrio em favor do poder concedente é e será muito menor que o número de eventos de desequilíbrio a favor do concessionário. Isso porque como o concessionário opera o aeroporto, ele está muito mais exposto, muito mais sujeito que o poder concedente aos impactos de eventos que são risco do poder concedente. O poder concedente, por sua vez, está protegido da maior parte dos impactos de riscos que não são seus pelo simples fato dele não operar o aeroporto, de ele não estar exposto às variações de custos e receitas decorrentes da realidade da sua operação.

É por essa razão que é muito mais raro haver pleitos de reequilíbrio do poder concedente contra concessionário do que pleitos de reequilíbrio do concessionário contra o poder concedente. Por isso, não faz sentido supor que a regra que suprime direito de reequilíbrio de ambas as partes (concessionário e poder concedente) de valor menor que 1% da receita bruta do concessionário é uma regra isonômica e que os seus efeitos adversos sobre o poder concedente compensariam os efeitos adversos sobre o concessionário. Claramente, a regra de supressão de direito de reequilíbrio terá efeitos adversos muito mais relevantes sobre o concessionário.

Para fazer a conta sobre os efeitos adversos da regra de supressão de reequilíbrio sobre o concessionário, vou trabalhar com um exemplo hipotético de um concessionário de aeroportos que tenha receita bruta média nos últimos 3 anos de R$ 1.800.000.000. Isso é um aeroporto mais ou menos do tamanho do de Guarulhos.

Vou supor a ocorrência de um evento de desequilíbrio por ano, com valor de 0,99% da receita bruta e vou calcular o tamanho da exposição do concessionário a esses eventos não reequilibráveis. Para isso, vou calcular qual o valor da indenização que a ANAC deveria pagar ao concessionário ao final do contrato de concessão para mantê-lo indene, isso é para compensá-lo pelas perdas sofridas em decorrência desses eventos de

desequilíbrio.

Vou supor que o nosso contrato de concessão hipotético terá 20 anos de validade, assim como o do Aeroporto de Guarulhos.

Como não temos acesso ao plano de negócios originário do concessionário para usar a sua taxa de rentabilidade esperada como parâmetro para tratar o dinheiro no tempo, vamos usar a taxa estabelecida pela ANAC na Resolução n° 355/2015 para tratamento do fluxo de caixa marginal que é de 8,55%, no caso dos Aeroportos de Guarulhos, Viracopos e Brasilia.

A planilha com o cálculo que realizei está no Anexo I ao presente artigo. Usei a função VF – Valor Futuro da planilha Excel para fazer o cálculo dos valores.

A exposição total do nosso concessionário hipotético em valor real (isso é sem considerar a inflação) à supressão do direito de reequilíbrio dos eventos de desequilíbrio com impacto menor que 1% da sua receita bruta média, com as premissas acima estabelecidas, é de R$866.899.980,88. Supondo que as premissas que adotamos estão corretas, isso é uma estimativa do valor que potencialmente a ANAC terá extraído ao final do contrato da nossa concessão hipotética como resultado da adoção da regra de supressão do direito ao reequilíbrio comentada.

Por fim, é preciso deixar claro que o cálculo foi feito apenas para dar uma noção quantitativa da exposição de um concessionário a essa regra. É possível sofisticar esse cálculo muito mais, usando instrumentos estatísticos para tentar fazer uma distribuição do valor dos eventos em uma curva etc. e considerando a evolução da receita bruta da concessionária conforme regras técnicas sobre as expectativas de crescimento da demanda. É possível também para medir o impacto presente da decisão da ANAC, por exemplo, trazer a valor presente o dano de R$866.899.980,88, usando para tanto a taxa de desconto do fluxo de caixa marginal (8,55%), que supostamente reflete o custo de oportunidade do concessionário, o que resultaria em R$168.024.433, ou o que talvez seja mais correto, se a finalidade for dimensionar o custo que está sendo imposto pela adoção da regulamentação, trazer a valor presente utilizando a taxa de juros real da economia (SELIC, do ano de 2017, 7,5%, menos a variação do IPCA ao longo de 2017, 2,54%, o que dá uma taxa de 4,96%) e

resulta em um valor presente de impacto da regra da ANAC de R$329.224.808[408].

Eu queria, por fim, tentar dar ao leitor, ainda que de forma muito superficial noção da ordem de grandeza do impacto dessa regra sobre o portfólio de aeroportos regulados pela ANAC. Para fazer isso de forma detalhada, eu teria que levar em consideração os prazos de vigência e o prazo restante de cada contrato de concessão e a receita bruta média de cada uma das concessionárias. Já que a minha intenção é apenas dar uma ordem de grandeza do valor que a ANAC pode tirar dos concessionários se adotar essa de supressão de direito a reequilíbrio, para simplificar o cálculo, eu vou fazer o seguinte: usar a receita média bruta dos aeroportos existentes e fazer uma regra de 3 simples. Isso implica duas suposições que teriam que ser corrigidas para um cálculo mais preciso:

(a) que a taxa do fluxo de caixa marginal é a mesma para todos os aeroportos, o que não corresponde à realidade; (b) que o prazo restante dos contratos é de 20 anos, o que também não corresponde à realidade. Mesmo com essas premissas contrafáticas, creio que vale a pena fazer o cálculo a seguir.

Em primeiro lugar, é preciso levantar a receita bruta média anual dos aeroportos do portfólio regulado pela ANAC relativa aos últimos 3 anos:

Tabela 1 - Receita Bruta Ajustada[409] dos Aeroportos Concedidos até 2016

Aeroportos	2017	2016	2015	Receita bruta média
São Gonçalo	52,620	52,620	50,420	51,887
Guarulhos	2,014,400	1,881,000	1,856,100	1,917,167
Brasilia	400,878	369,878	369,659	380,138
Viracopos	669,125	514,018	516,928	566,690
Confins	272,068	213,508	220,636	235,404
Galeão	997,530	826,623	874,463	899,539

[408] Agradeço a Otavio Ferreira da Silveira a percepção da conveniência de incluir a conta sobre o valor presente dos impactos no presente artigo.

[409] A rigor, a proposta de Resolução da ANAC fala apenas em receita bruta, sem mencionar o ajuste que seria adequado em vista da supressão das receitas de construção, que o IFRS exige que integre o valor de Receita Bruta. Como eu acho mais razoável que o parâmetro seja a receita bruta ajustada, usei a receita bruta ajustada para fazer os cálculos. Mas, para efeito de definição dos direitos das concessionárias ao reequilíbrio, vale a receita bruta total. O efeito dessa minha escolha foi tornar os meus cálculos mais conservadores. Os impactos da regra de supressão de reequilíbrio sobre os concessionários e da regra de represamento sobre os usuários seriam ainda maiores se eu utilizasse a receita bruta total das concessionárias para realizar o cálculo.

Total				4,050,825

Os dados relativos à receita bruta dos aeroportos foram extraídos das demonstrações financeiras disponibilizadas nos respectivos websites dos aeroportos. No caso do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante, não encontramos os dados financeiros relativos ao ano de 2017. Por isso, consideramos a receita bruta de 2017 do Aeroporto de São Gonçalo do Amarante igual à de 2016.

Os 4 aeroportos recentemente concedidos pela ANAC (Porto Alegre, Salvador, Fortaleza e Florianópolis) ainda não possuem dados anuais de receita bruta uma vez que os respectivos contratos de concessão foram assinados em meados de 2017. Por isso não os incluímos na conta, apesar de sabermos que a referida decisão da ANAC os impactará.

Tabela 2 - Impacto potencial sobre as concessionárias da regra de supressão ao direito de reequilíbrio proposta pela ANAC

Aeroporto	Receita bruta média	Impacto calculado conforme premissas
Aeroporto hipotético	1800000	866899980
Portfólio da ANAC	4050825	1950922124

Portanto, com as premissas acima, e usando uma regra de 3 simples posso afirmar que o impacto potencial sobre o portfólio de concessionários da ANAC – desconsiderando os 4 aeroportos recentemente licitados – da adoção por regulamento da regra de supressão de reequilíbrio é de R$1.950.922.124 ao longo de 20 anos. O valor presente desse impacto usando **a taxa de desconto do fluxo de caixa marginal (8,55%), é de R$378.131.953, e usando a taxa de juros real da economia do ano de 2017 (4,96%) é de R$740.906.650.**[410]

A pergunta que fica é a seguinte: é razoável e lícito a ANAC, por regulamento, adotar regra com impacto semelhante?

[410] Agradeço a Otavio Ferreira da Silveira a percepção da conveniência de incluir a conta do valor presente dos impactos no presente artigo.

Acho importante frisar que não encontrei entre os documentos da Audiência Pública n° 16/2018 qualquer tentativa de dimensionar quantitativamente o impacto dessa regra.

3. O custo para os usuários do represamento de reequilíbrios que decorre da regra da Resolução ANAC n° 355/2015 atualmente vigente

Como já mencionamos acima, atualmente, a regra vigente na Resolução ANAC n°355/2015 não proíbe o reequilíbrio de eventos que combinados tenham valor abaixo de 5,5% da receita bruta anual dos últimos 3 anos. Ela estabelece que se o conjunto de eventos não alcançar esse valor mínimo, eles só poderão ser reequilibrados de 5 em 5 anos quando ocorrer a Revisão dos Parâmetros da concessão.

Portanto, na regra atualmente vigente no âmbito da ANAC não há supressão de direito ao reequilíbrio ou realocação de riscos de eventos, mas apenas um represamento dos reequilíbrios.

Isso significa que o concessionário arca apenas temporariamente com o custo financeiro do adiamento do reequilíbrio. A cada período de 5 anos, ele é pago pela ANAC por lidar com esse custo, utilizando como taxa para tratamento do valor do dinheiro no tempo a taxa de desconto do fluxo de caixa marginal, que vamos supor que, nesse caso, é de 8,55%, como a dos Aeroportos de Guarulhos, Brasília e Viracopos.

Evidentemente que, se o custo de capital do concessionário for maior que 8,55%, ele amargará perdas em decorrência desse arranjo. Se seu custo de capital for menor, ele gerará ganhos com esse sistema.

De qualquer modo, o concessionário restará com uma compensação dentro dos parâmetros previstos em seu contrato de concessão. Por isso, nesse caso, eu gostaria de calcular não a exposição do concessionário a esse sistema, mas o custo para os usuários do serviço desse represamento do reequilíbrio, pois nesse caso, a principal parte afetada é o usuário do serviço.

Para o cálculo adotei as seguintes premissas:

a) Ocorrem, no primeiro ano da concessão e no primeiro ano após cada Revisão Ordinária do contrato, eventos de desequilíbrio que, em conjunto, somam 5,4% do

valor da receita bruta média do concessionário;

b) Nenhum outro evento de desequilíbrio ocorre nos 4 anos seguintes até a revisão de parâmetros da concessão;

c) A taxa de desconto usada para tratar o dinheiro no tempo é igual a taxa de desconto do fluxo de caixa marginal vigente para os Aeroportos de Guarulhos, Brasília e Viracopos, isso é 8,55%.

Com essas premissas calculei o valor dos juros a serem pagos pelos usuários/poder concedente ao concessionário, considerando as regras atuais da ANAC, em virtude do represamento de reequilíbrios criado pela regra vigente da ANAC.

Conforme planilha constante do Anexo I do presente artigo, o valor total de exposição a custo dos usuários à regra da ANAC, com as premissas acima, é de R$72.676.048.

Essa é a exposição em apenas um aeroporto hipotético com o tamanho parecido com o do Aeroporto de Guarulhos e prazo de 20 anos de concessão. A regra estabelecida pela ANAC tem custo potencial para os usuários do serviço muito maior do que esse valor, pois ela incide sobre todos os aeroportos regulados pela ANAC.

Eu queria, por fim, tentar dar ao leitor, também nesse caso, ainda que de forma muito superficial, noção da ordem de grandeza do impacto sobre os usuários dessa regra da ANAC considerando o portfólio de aeroportos por ela regulados.

Para fazer isso de forma detalhada, eu teria que levar em consideração os prazos de vigência de cada contrato de concessão, o prazo restante desses contratos e receita bruta média de cada um dos contratos. Para simplificar o cálculo, já que a minha intenção é apenas dar uma ordem de grandeza do custo para os usuários da regra de represamento adotada pela ANAC, eu vou fazer o seguinte: vou usar a receita média bruta dos aeroportos existentes, a receita bruta média do aeroporto hipotético e o custo para o usuário que calculei em relação ao aeroporto hipotético e fazer uma regra de 3 simples.

Isso implica duas suposições que teriam que ser corrigidas para um cálculo mais preciso: (a) que a taxa do fluxo de caixa marginal é a mesma para todos os aeroportos, o que não corresponde à realidade; (b) que o prazo restante dos contratos é de 20 anos, o que também não corresponde à realidade. Mesmo com essas premissas contrafáticas, creio que

vale a pena fazer o cálculo a seguir.

A receita bruta média total dos aeroportos conforme Tabela 1 acima é de R$4.050.825,00, desconsiderando nessa conta, por não termos a informação, os Aeroportos de Fortaleza, Porto Alegre, Florianópolis e Salvador.

Tabela 3 – Custo estimado potencial para os usuários da regra de represamento de reequilíbrios da Resolução ANAC n° 355/2015

Aeroporto	Receita bruta média	Impacto calculado conforme premissas
Aeroporto hipotético	1800000	72676048
Portfólio da ANAC	4050825	163554404.4

Portanto, com as premissas acima, o custo máximo potencial em termos reais (sem inflação) para os usuários da regra de represamento de reequilíbrios atualmente vigente no âmbito da ANAC é de R$163,554,404, ao longo de 20 anos de contrato sobre o portfólio de concessionários da ANAC. O valor presente desse custo usando a taxa de desconto do fluxo de caixa marginal (8,55%), é de R$31.700.469, e usando a taxa de juros real da economia do ano de 2017 (4,96%) é de R$62.113.471[411].

A pergunta que fica é a seguinte: em face desses montantes, é razoável a ANAC impor custos dessa dimensão sobre os usuários apenas para manter uma maior organização da sua atividade de decidir sobre reequilíbrios de contratos?[412]

[411] Agradeço a Otavio Ferreira da Silveira a percepção da conveniência de incluir a conta do valor presente dos impactos no presente artigo.

[412] Note-se que quanto mais a agência reguladora adia a realização dos reequilíbrios maior é o impacto do reequilíbrio sobre aqueles que vão arcar com o seu custo. Apenas para exemplificar, supondo um contrato de concessão igual ao do aeroporto hipotético, se um evento de desequilíbrio ocorre no primeiro ano de contrato, e, se o reequilíbrio for feito no primeiro ano de contrato, por aumento de tarifa, o valor do reequilíbrio poderá ser diluído na tarifa por 19 anos de contrato. Quando o reequilíbrio é adiado, além do adiamento em si ter um custo alto para o poder concedente/usuário (eis que ele é feito pagando-se remuneração sobre o valor do desequilíbrio equivalente à taxa de desconto do fluxo de caixa marginal ou à taxa interna de retorno do projeto), esse adiamento tem a consequência de aumentar o impacto do reequilíbrio em percentual do valor da tarifa, pois ele será feito em um momento em que o prazo restante do contrato será menor, e que, portanto, a diluição no tempo do pagamento pelo reequilíbrio não poderá ser feita de maneira tão efetiva quanto seria feita se o reequilíbrio tivesse sido realizado quando da ocorrência do evento de desequilíbrio. Quem notou isso foi Otavio Ferreira da Silveira, a quem agradeço essa observação.

4.1. O custo de processamento e decisão de pleitos de revisão pela ANAC como variável central para definir se a regra de retenção dos reequilíbrios é eficiente

Considerando o custo que estimamos de represamento do reequilíbrio, será que faz sentido a ANAC represar reequilíbrios? Será que o percentual de 5,5% é adequado para tanto? Será que ele cria represamento eficiente?

Novamente, assim como mencionado no item 3.3 acima, a questão central é se o custo marginal de movimentar a máquina da ANAC para analisar e decidir os pleitos de reequilíbrio é tão alto a ponto de justificar que o usuário arque com valores na dimensão que calculamos no item 4 acima.

Intuitivamente, me parece que o custo para o usuário da regra que retém reequilíbrios é alto demais, e que faria sentido simplesmente deixar que os concessionários possam a qualquer tempo realizar pleitos de reequilíbrio.

Evidentemente para ter certeza que a regra faz ou não sentido é preciso dados mais apurados tanto sobre o custo marginal da ANAC de processar esses pleitos de reequilíbrio, quanto sobre a dimensão exata do efeito de represamento causado pela regra. Para isso, seria preciso que a ANAC disponibilizasse informações sobre o custo marginal da ANAC processar e decidir pleitos de reequilíbrio e sobre os pleitos de reequilíbrio realizados pelos concessionários, que não estão disponíveis no seu website no presente.

4. Conclusões

Esse artigo teve por objetivo estimar:

(a) o impacto potencial para o concessionário da eventual adoção pela ANAC da regra que propôs na Audiência Pública n° 016/2018 de supressão do direito dos concessionários a reequilíbrio dos seus contratos de concessão por eventos de valor individual inferior a 1% da receita bruta anual média dos últimos 3 exercícios do respectivo concessionário; e,

(b) o custo máximo para o usuário do represamento de reequilíbrios em uma concessão de aeroporto hipotética, mais ou menos do tamanho da do Aeroporto de Guarulhos por consequência das regras constantes da Resolução ANAC n° 355/2015, que estabelecem que só é possível pedir Revisão Extraordinária dos contratos de concessão quando o valor combinado dos eventos for igual a 5,5%

da receita bruta anual média dos últimos 3 exercícios do respectivo concessionário.

Cheguei às seguintes conclusões:

i. O impacto potencial para um concessionário hipotético com dimensão semelhante à do Aeroporto de Guarulhos da regra de supressão de direito ao reequilíbrio que a ANAC pretende adotar é de **R$866.899.980,88** ao final de 20 anos de contrato. Seguindo as premissas que estabelecemos para o cálculo, esse valor representa a perda da concessionária hipotética ao final do seu contrato em virtude da eventual adoção pela ANAC da regra de supressão do direito ao reequilíbrio mencionada acima. As perdas para o conjunto de concessionárias reguladas pela ANAC (excluindo por falta de dados os Aeroportos de Fortaleza, Salvador, Porto Alegre e Florianópolis) seriam na ordem de **R$1.950.922.124**. O valor presente desse impacto usando a taxa de desconto do fluxo de caixa marginal (8,55%), é de **R$378.131.953**, e usando a taxa de juros real da economia do ano de 2017 (4,96%) é de **R$740,906,650.43**.[413]

ii. A adoção da regra citada de supressão de direito de reequilíbrio causará enorme insegurança jurídica e consubstanciará alteração unilateral pela ANAC da matriz de riscos dos contratos de concessão, que é condição econômico-financeira da formulação da proposta. Essa alteração unilateral de condição econômico-financeira de contrato administrativo é proibida explicitamente pelo art. 58, § 1°, da Lei n° 8.666/93 e, no caso de contratos de concessão, essa proibição decorre também do artigo 10, da Lei n° 8.987/95;

iii. O custo para o usuário do represamento de reequilíbrios em um aeroporto da dimensão do Aeroporto de Guarulhos por consequência das regras atualmente vigentes constantes da Resolução ANAC n° 355/2015 ao final de 20 anos de contrato de concessão pode atingir o valor de **R$72.676.048**. Usando as mesmas premissas, o custo para os usuários dessa regra quando se considera o portfólio de aeroportos regulados pela ANAC (excluindo por falta de dados os Aeroportos de

[413] Agradeço a Otavio Ferreira da Silveira a percepção da conveniência de incluir a conta do valor presente dos impactos no presente artigo.

Fortaleza, Salvador, Porto Alegre e Florianópolis) seria na ordem de **R$163.554.404.** O valor presente desse custo usando a taxa de desconto do fluxo de caixa marginal (8,55%), é de **R$31.700.469**, e usando a taxa de juros real da economia do ano de 2017 (4,96%) é de **R$62,113,471**.

As questões centrais levantadas pelo presente artigo são:

(I) É razoável o represamento dos reequilíbrios atualmente praticado pela ANAC, considerando o seu custo para o usuário?

(II) É lícita e razoável a adoção, por regulamento, de regra que suprime o direito de reequilíbrio por eventos de desequilíbrio de valor inferior a 1% da receita bruta média de concessionários, que impõe a concessionários custos na ordem dos R$1.95 bilhões de reais?

Por fim, é importante notar que práticas de represamento de reequilíbrios têm sido adotadas formalmente ou informalmente por diversas agências reguladoras do país que adiam o julgamento de pleitos de reequilíbrio, formulados como pedidos de Revisão Extraordinária do contrato para o momento da realização da Revisão Ordinária do contrato. Essas práticas têm custo relevante para os usuários do serviço e, pela minha experiência, isso sequer é notado quando se toma a decisão de adiamento.

ANEXO 1 – PLANILHAS DE CÁLCULO

Estimativa de custo imposto ao concessionário pela potencial supressão do direito de reequilibrar eventos com valor menor que 1% da receita bruta média

Valores a serem calculados	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20
Valores do desequilíbrio	17,820,000	17,820,000	17,820,000	17,820,000	17,820,000	17,820,000	17,820,000	17,820,000	17,820,000	17,820,000	17,820,000	17,820,000	17,820,000	17,820,000	17,820,000	17,820,000	17,820,000	17,820,000	17,820,000	17,820,000
Valores corrigidos pela taxa de desconto pelo número de anos do contrato	84,698,248	78,026,944	71,881,110	66,219,355	61,003,551	56,198,573	51,772,062	47,694,207	43,937,547	40,476,782	37,288,606	34,351,549	31,645,830	29,153,229	26,856,959	24,741,556	22,792,774	20,997,489	19,343,610	17,820,000
Total da exposição da concessionária	866,899,981																			

Exposição máxima do usuário ao custo de represamento do reequilíbrio

Valores a serem calculados	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20
Valor do desequilíbrio	97,200,000					97,200,000					97,200,000					97,200,000				
Valor da capitalização da taxa de desconto do fluxo de caixa marginal		105,510,600	114,531,756	115,303,065	115,369,012		105,510,600	114,531,756	115,303,065	115,369,012		105,510,600	114,531,756	115,303,065	115,369,012		105,510,600	114,531,756	115,303,065	115,369,012
Custo total no período do represamento dos reequilíbrios					18,169,012					18,169,012					18,169,012					18,169,012
Exposição máxima do usuário ao custo de represamento do reequilíbrio	72,676,048																			

Premissas	
Média das receitas	1800000000
0.99% da receita	17820000
Valor dos eventos de desequilíbrio	
Taxa de desconto do fluxo de caixa marginal	8.55%

Aeroportos	2017	2016	2015	Receita bruta média
São Gonçalo	52,620	52,620	50,420	51,887
Guarulhos	2,014,400	1,881,000	1,856,100	1,917,167
Brasilia	400,878	369,878	369,659	380,138
Viracopos	669,125	514,018	516,928	566,690
Confins	272,068	213,508	220,636	235,404
Galeão	997,530	826,623	874,463	899,539
Total				4,050,825

Aeroporto	Receita bruta média	Impacto calculado conforme premissas
Aeroporto hipotético	1800000	866899980
Portfólio da ANAC	4050825	1950922124
Valor presente do impacto pela taxa de juros real		$740,906,650.43
Valor presente do impacto pela taxa de desconto do fluxo de caixa marginal		$378,131,953.10

Aeroporto	Receita bruta média	Impacto calculado conforme premissas
Aeroporto hipotético	1800000	72676048
Portfólio da ANAC	4050825	163554404.4
Valor presente do impacto pela taxa de juros real		$62,113,471.60
Valor presente do impacto pela taxa de desconto do fluxo de caixa marginal		$31,700,469.04

Referências Bibliográficas

RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões de aeroportos e de rodovias federais: o erro de atribuir ao concessionário riscos controlados pelo poder concedente e as suas consequências**. São Paulo: 2014.

RIBEIRO, Maurício Portugal; MANDEL, Denise Nefussi. **O atraso em reequilibrar contratos de concessão e PPP pode ser enquadrado como Improbidade administrativa?**. São Paulo: 2015.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **Erros e acertos no uso do plano de negócios e da metodologia do fluxo de caixa marginal**. São Paulo: 2013.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **O que todo professional de infraestrutura precisa saber sobre equilíbrio econômico-financeiro de concessões e PPPs (mas os juristas ainda não sabem)**. São Paulo: 2014.

A NOVA LINDB E O DIREITO DA INFRAESTRUTURA

Rafael Véras de Freitas[414]

Introdução

Até bem pouco tempo, a lei continente das pautas de interpretação era a então denominada "Lei de Introdução ao Código Civil" (o vetusto Decreto-Lei no 4.657, de 4 de setembro de 1942). A sinédoque da designação antiga refletia uma época em que a lei civil (mais até que a Constituição) era o eixo vetorial do nosso sistema jurídico. Tinha lugar o Direito Civil oitocentista, pautado em um Estado Liberal, que possuía seus pilares vincados nas figuras da família, da propriedade e da relação contratual – sob a orientação do então Código Civil de Beviláqua, de 1916. O tempo passou. E a Lei de Introdução foi rebatizada, por intermédio da Lei n°12.376, de 30 de dezembro de 2010, para refletir seu amplo espectro de incidência, passando a se designar "Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro".

Mas seu conteúdo seguiu restrito aos problemas de interpretação do século passado. O Direito hoje, porém, é bastante diferente. Quatro fatores ressaltam.

A legalidade contemporânea vai muito além da lei em sentido estrito. Hoje, convivemos com uma pluralidade de fontes normativas (leis, decretos, resoluções, portarias e com o próprio viés normativo que passou a ser conferido à Constituição), sendo mais correto se falar em um "Bloco de Legalidade", ou no que se denomina de "Juridicidade". É dizer, se, outrora, predicava-se a análise da observância dos quadrantes da legalidade simples (que traz limites para as atividades privadas) e da legalidade qualificada (que guia o atuar da Administração Pública), atualmente, o espectro de controle da conformidade normativa espraia sua incidência para todo o conjunto normativo (tendo como diretriz orientadora a Constituição). As normas vinculantes, hoje, são muito mais diversas do que a lei estrita. A produção normativa infralegal transcende em muito o poder regulamentar atribuído ao Presidente da República pelo art. 84, IV, da CRFB. Temos normas editadas no âmbito de subsistemas

[414] Professor da FGV Direito Rio. Coordenador do Módulo de Concessões e de Infraestrutura da Pós-Graduação da FGV Direito Rio. Mestre em Direito da Regulação pela FGV. Advogado.

jurídicos e que ora preenchem de conteúdo molduras definidas por leis-quadro, normas editadas no âmbito do processo de deslegalização (como ocorre, por exemplo, com as Agências Reguladoras) ou, ainda, normas de concretização editadas no âmbito de núcleos de competência normativa reservada, como ocorre com a Receita Federal

Disso decorre uma fragilização do conteúdo normativo. Nós assistimos a várias manifestações destes processos. A lei passa não mais a limitar, a fixar competências e a prescrever meios para atingir finalidades públicas. Ela passa a ir um pouco mais além, a incorporar bases, normas gerais, normas objetivas, dentro da ordem jurídica entendida não apenas enquanto legislação ordinária, mas também como base constitucional. É dizer, a textura normativa, para além de plurissêmica, é pontuada por termos técnicos e em grande medida impregnada de conceitos indeterminados, de forte conotação axiológica. Isso não apenas porque o legislador em si perdeu em técnica, mas fundamentalmente porque, de um lado, os temas e conflitos sobre os quais se normatiza são mais complexos e intrincados e, de outro, o arbitramento de interesses exige concessões normativas ou o recurso a prescrições abertas que deslocam a decisão do legislador para o intérprete.

Daí surgirem prescrições como o direito de moradia, ao lazer, à vida saudável, ao meio ambiente equilibrado. Para isso, o Direito passa cada vez mais a recorrer a conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. Nesse processo de normatização crescente da vida social, passamos a assistir ao crescimento das contradições entre pautas normativas não solúveis.

Some-se a isso o fato de que a complexidade da regulação faz as prescrições serem mais abertas, menos precisas. A mudança da forma como Estado intervém no domínio econômico (de uma intervenção direta para uma intervenção indireta) contribuiu para ampliação dos seus lindes normativos. De fato, é um erro a afirmação de acordo com a qual a delegação das atividades para a iniciativa privada, seja por intermédio de contratos de longo prazo (concessões, parcerias público-privadas, arrendamentos, dentre outros), seja pela desestatização de empresas estatais, fez com que o Estado se demitisse da sua função normativa. A profusão normativa das últimas duas décadas bem retrata esse excesso interventivo (e muita vez, intrusivo) da função reguladora.

O quarto fator é a multiplicação de polos legitimados para aplicar o Direito. Ocorre que ao tempo do Decreto-lei 4.657/42 quem tinha competência para interpretar o Direito com força vinculante era o Judiciário. Hoje, existem várias esferas com

atribuição jurídica para interpretar e aplicar as normas de modo mandatório. Agências reguladoras, tribunais administrativos - como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN, o "Conselhinho", consoante as Leis nº9.069/95, nº9.447/97, e, mais recentemente, a Lei nº13.506/17) e outros tantos - , os órgãos de controle - Tribunais de Contas, controladorias e corregedorias -, Árbitros, o Ministério Público, e outras tantas instâncias, aplicam o Direito diariamente em decisões que têm efeitos concretos.

É dizer, se, de um lado, a Constituição de 1988, abriu um caminho fértil para a democratização (disciplinando, com grande detalhamento, instrumentos de participação popular, como o voto secreto, o plebiscito e o referendo), de outro, prestigiou a incidência de múltiplos controles. E esse fato não é em nada alterado pela inafastabilidade da jurisdição judicial prevista na Constituição (art. 5º, XXXV).

As sobreposições de controles somadas à crise de legitimação democrática importaram na substituição do Administrador Público pelo controlador, destacadamente no exercício de sua *atividade-fim*. A atuação do Ministério Público é ilustrativa neste particular. A "*doutrina do promotor natural*", por exemplo, confere ao promotor de justiça a possibilidade de escolher, discricionariamente, quais situações, entendimentos, intepretações ou interesses públicos serão privilegiados em detrimento de outros. Na verdade, trata-se de uma forma de lassear o caráter institucional do *parquet*, outorgando uma individualização para cada membro que, para além de não ter amparo na Constituição, gera entendimentos contraditórios dentro da própria instituição, em prejuízo da segurança jurídica[415].

Para além de conflitos endógenos, a ampliação do espectro de competências dos controladores gera efeitos exógenos, interinstitucionais. Um exemplo ilustra o exposto. O art. 16 da Lei n° 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) – ancorado na experiência cooperativa vivenciada no âmbito do Sistema Brasileiro de Direito da Concorrência — disciplinou o acordo de leniência, nos seguintes quadrantes: "A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem

[415] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Entre a independência institucional e neopatrimonialismo: a distorção da doutrina do promotor natural. *In:* RIBEIRO, Carlos Vinicius (Org.). *Ministério Público: reflexões sobre princípios institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010.

efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte". Tal previsão gerou uma crise institucional entre a Controladoria-Geral da União (CGU), o Ministério Público Federal (MPF) e o Tribunal de Contas da União (TCU), cada qual invocando, ancorado na respectiva competência institucional para combater a corrupção, a prerrogativa de celebrar tal ajuste.

Disso decorre a instabilidade das decisões definitivas. As decisões dos gestores públicos passam, pois, a ser provisionais – sobrestadas pelos órgãos de controle. Cuida-se de uma cambialidade que gera instabilidade, abala a segurança jurídica, interfere em políticas públicas de longo prazo, arrefece a confiança dos particulares na gestão da coisa pública. Mas não só. Atemoriza-se o gestor público, que, mesmo atuando nos quadrantes da legalidade, teme em exercer a sua discricionariedade. Gera o "apagão das canetas". Ninguém decide mais nada, com o receio de ser responsabilizado, pessoalmente. Para além de uma seleção adversa para o cargo de gestor público, o contexto de sobreposições de controle não protege o gestor de boa-fé. Na verdade, o desprestigia, bem como o afasta do setor público.

Atentos a esses fatores, já há algum tempo, os professores Floriano de Azevedo Marques Neto e Carlos Ari Sundfeld redigiram um anteprojeto de lei, endereçando soluções para essas questões. O Senador Anastasia encampou a iniciativa, dando impulso ao PLS n°3489/2015 no Senado. O Projeto tramitou, por mais de três anos, no Congresso, com audiências públicas e debates. Aprovado pelo Plenário do Senado Federal, em 19 de abril de 2017, a referida iniciativa foi enviada à Câmara dos Deputados, então sob a designação de PL nº7.448/2007. E, posteriormente, à sanção da Presidência, por intermédio da Mensagem n°10/2018.

Enviado à sanção, iniciou-se uma batalha renhida pelo veto. Alegou-se a falta de discussão, ser uma iniciativa ardilosa para ceifar o controle, havendo até quem afirmasse padecer de "inconstitucionalidade". Muitas críticas foram dirigidas à lei argumentando que ela seria prenhe de conceitos também indeterminados e que trariam mais insegurança na aplicação jurídica.

A favor do projeto se uniram os nomes mais significativos do direito público e os principais economistas do país, de todos os matizes. As críticas se mostraram insustentáveis e o projeto, na sua essência, converteu-se na Lei n°13.655/2018, a qual é objeto do presente ensaio. Cuida-se de diploma que produzirá relevantes externalidades positivas nos setores de infraestrutura. Explica-se. É lugar-comum a afirmação de que os setores de infraestrutura são predicadores de segurança jurídica. Nada obstante, nesse

ensaio, pretende-se, em primeiro lugar, demostrar que se cuida de uma afirmativa que tem lastro em fundamentos econômicos e jurídicos. E, em segundo lugar, estabelecer os efeitos que alguns dispositivos da Lei n°13.655/2018 trarão para tal setor.

1. Os fundamentos jurídico-econômicos para a incidência da segurança jurídica em contratos de infraestrutura

Como dito, o contrato de infraestrutura se configura como uma relação jurídica complexa (por envolver uma plêiade de obrigações e de agentes). Essa relação é caudatária de uma lógica de sistema, da qual decorre um dever de solidariedade entre as suas partes. De fato, o referido título habilitante transfere, por meio de relações jurídicas interligadas (v.g. o contrato de concessão, os contratos privados celebrados pelos concessionários, os contratos celebrados com os usuários), ao concessionário um plexo de posições jurídicas (econômicas e regulamentares) para o exercício de uma atividade que veicula um interesse público contratualizado.

Isso, contudo, não significa dizer que, ao fazer esta delegação, o Estado se demita de levar a efeito posturas comissivas favoráveis à adequada prestação do serviço. Muito ao contrário. O pacto concessório cria vínculos bilaterais (e sinalagmáticos) entre poder concedente e concessionária, a fim de que sejam alcançados objetivos comuns. Mais que isso, nas palavras de Egon Bockmann Moreira[416], "no âmbito do pacto concessório, são estabelecidos vínculos primários (entre concedente e concessionário); secundários (entre estes e os destinatários diretos da utilidade pública); e reflexos (para com terceiros detentores de posições jurídicas subjetivas em face da concessionária)."

Nada obstante, tais vínculos não colocam as partes contratuais em posições antagônicas. Não é essa a lógica dos denominados "contratos de investimento[417]". Nessas relações contratuais, os interesses do poder concedente e do concessionário são distintos, mas convergentes. De um lado, o Poder Público visa a oferecer uma utilidade pública, por meio de uma relação contratual, a um maior número de destinatários; de outro, o agente privado busca desenvolver uma atividade empresarial vocacionada à obtenção do legítimo lucro – atividade esta que pressupõe que o serviço delegado seja prestado, e, se possível, expandido. E isso porque à medida que há o incremento do

[416] MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviços público*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 281.

[417] Os contratos de investimentos diferem dos contratos de despesa. Nos primeiros, a Administração Pública recebe investimentos dos particulares – por exemplo, os contratos de concessão e de PPPs; nos segundos, a Administração despende recurso, como ocorre nos contratos de empreitada tradicionais.

número de utentes, maior será a receita marginal do concessionário. Daí porque se está de pleno acordo com Floriano de Azevedo Marques Neto[418], para quem "o objeto da concessão apresenta, a um só tempo, um interesse público, correspondente à finalidade justificadora da delegação de uma atribuição sua, e um interesse privado. Embora movidos por finalidades distintas, concedente e concessionário convergem para atingir um objetivo comum: realizar um cometimento público".

Essa noção de "cooperação" faz com que, por ocasião da modelagem dos contratos de concessão, sejam estabelecidas obrigações, *ex ante*, tanto para o Poder Concedente, como para o concessionário (artigos 29 e 31 da Lei nº 8.987/1995). Mas isso não significa dizer que, no bojo desta relação contratual, não possam ser avençadas outras obrigações para partes em prol da adequada prestação do serviço público delegado. Essa possibilidade decorre de uma imbricação de dois conceitos basilares atrelados a tal espécie de avença: o do "incremento dos custos de transação" e o da "incompletude" (ou "mutabilidade") dos contratos de concessão.

Explico. De acordo com Oliver Williamson[419,] os "custos de transação" nos negócios jurídicos têm lugar porque os agentes econômicos não adquirem bens, tão somente, por conta dos custos de produção, mas porque a todos eles estão agregados os custos de negociação, que são aqueles necessários à formação e à manutenção dos ajustes. Estes custos podem se materializar, *ex ante*, na fase pré-contratual; ou, *ex post*, posteriormente à sua celebração. Na fase pré-contratual, os custos de transação podem ser exemplificados: (i) pela redação do contrato; (ii) pelas negociações para obtenção de melhores condições e obrigações contratuais; e (iii) pelo estabelecimento de garantias para se mitigar os riscos da ocorrência de fatos supervenientes. Já os custos na fase pós-contratual, por sua vez, terão lugar, por exemplo: (i) na fiscalização do contrato; (ii) na manutenção das condições originalmente acordadas; e (iii) na sua renegociação pela ocorrência de fatos supervenientes.

Todavia, nos "projetos concessionários[420]", às partes é impossível estabelecer, *ex ante,* todas as obrigações que serão necessárias à adequada prestação dos serviços públicos durante a vigência contratual. Isto porque, como ensina Flávio Amaral

[418] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 164.
[419] WILLIAMSON, Oliver. *Economics of Organization: The Transaction Cost Approach*. 1981. p. 552.
[420] Feliz expressão cunhada por Egon Bockmann Moreira, que retrata a natureza consensual nesta relação jurídica de longo prazo.

Garcia[421], os contratos de concessão são "incompletos, porque realisticamente impossibilitados de regular todos os aspectos da relação contratual, o que os torna naturalmente inacabados e com lacunas, que reclamarão uma tecnologia contratual capaz de resolver a infinidade de contingências que poderão surgir durante a sua execução." Nesse quadrante, costuma-se afirmar que os contratos de longo prazo possuem uma incompletude deliberada.[422] Daí por que estou de acordo com Egon Bockmann Moreira[423,] quando o referido jurista, com muita propriedade, assevera que "em tempos pós-modernos, nada mais adequado do que afirmar que a segurança advém da certeza da mudança". Nos contratos de concessão, essa lógica fica ainda mais evidente, na medida em que se configuram como ajustes de longo prazo, sujeitos aos mais diversos tipos de riscos e de incertezas.

Essa "incompletude" dos contratos de concessão está ligada ao princípio da atualidade, consagrado no artigo 6º, §2º, da Lei nº 8.987/1995. Nos termos do referido dispositivo, o dever de atualidade deve ser compreendido pela: (i) utilização de técnicas modernas no que diz respeito aos equipamentos e às suas instalações; (ii) conservação dos direitos já adquiridos pelo concessionário; (iii) melhoria da qualidade dos serviços, durante a vigência do ajuste; e (iv) sua expansão para as pessoas ainda não beneficiadas pelo serviço. Diante disso, é possível se afirmar que as concessões se configuram como contratos relacionais. Nessa qualidade, há uma incomensurabilidade da equivalência de suas trocas projetadas para o futuro, vez que, como assevera Ronaldo Porto Macedo[424], em razão de "se tratarem de negócios jurídicos que se protraem no tempo, não se sabe, exatamente, o que as partes obterão ao término da relação contratual."

Diante do exposto, a incidência da segurança jurídica desses ajustes decorre de um racional de cooperação que interdita posturas adversárias (e oportunistas) e mudanças abruptas de posicionamentos (violadoras da segurança jurídica).

2. O art. 20 e a interdição das decisões principiológicas

[421] GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 59-83, mar./ago. 2014.

[422] Nesse sentido, v. NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, abr./jun. 2009.

[423] MOREIRA, Egon Bockmann. *O Contrato Administrativo como instrumento de Governo*. Coimbra: Março, 2012.

[424] MACEDO, Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 131.

Como visto, em 25 de abril deste ano, foi publicada a Lei nº 13.655, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, denominada "Lei da Segurança para a Inovação Pública". Cuida-se de normativo que não foi aprovado de forma açodada. Na verdade, o projeto é resultado de pesquisas acadêmicas imparciais e empíricas. É um esforço para o incremento da segurança jurídica[425]. Aprovado com ampla maioria nas casas legislativas (desde a apresentação do PLS 349/2015 até a ampla discussão a propósito da aprovação do PL nº 7.448/2017). Foi permeado por audiências públicas e por debates a propósito de seus termos, em diversas instituições brasileiras (universidades, procuradorias, entidades públicas).

A Lei nº 13.655/2018 já observou, em sua gestação, o que prescreve. Ao invés de ser fruto de abstrações como os princípios da "supremacia do interesse público", da "dignidade da pessoa humana" ou do "princípio da licitação", resultou do trespasse de uma ampla fundamentação empírica para um diploma normativo. E é disso de que se cogita, a partir da vigência do seu art. 20, que ora se comenta. A *ratio* é a de interditar a utilização indiscriminada de abstrações nas razões de decidir – as quais, nos últimos anos, serviram para ampliar o espectro de poder de instituições.

Cuida-se de vicissitude, há muito, diagnosticada por Carlos Ari Sundfeld, como uma arma de "espertos e de preguiçosos[426]". Como bem destacado pelo autor, a decisão com base em princípios jurídicos pode servir para que controladores decidam, sem enfrentar os fatos e analisar o ordenamento jurídico. Mais que isso, para que, por intermédio de indeterminações principiológicas, o controlador se substitua ao administrador público, seja para não ter de motivar, adequadamente, as suas decisões, seja para ignorar o ordenamento jurídico, seja para, sem uma análise consequencialista, resolver políticas distributivas.

Tal viés decisório, com base em conceitos abertos ou principiológicos, tem permeado as decisões do Tribunal de Contas da União (TCU), notadamente na elaboração de editais de projetos de infraestrutura ainda não publicados. Para fundamentar tal intervenção, os tribunais de contas têm se valido, ao menos, dos argumentos de que: *(i)* a Constituição de 1988, diferentemente das anteriores, em seu artigo 70, *caput*, lhes atribui a competência para a realização de "auditoria operacional",

[425] Como demostrado por Juliana Bonacorsi de Palma – disponível em: http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/PALMA-Juliana-A-proposta-de-lei-da-seguran%C3%A7a-jur%C3%ADdica.pdf
[426] SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. op. cit. p. 215.

a qual legitimaria tal espécie de intervenção[427]; *(ii)* na atuação finalística das agências reguladoras, sempre haveria repercussão sobre o erário, o que submeteria os atos dessas entidades ao controle externo[428]; e *(iii)* lhe teria sido conferido um "poder geral" de cautela, que teria fundamento na ainda mais indeterminada "Teoria dos Poderes Implícitos", com base no MS 24.510/DF, que foi apreciado pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Cuidam-se de conceitos abertos e indeterminados que, na verdade, têm o desiderato de ampliar o seu espectro de Poder para além do que tal instituição conseguiu incluir na Constituição de 1988 – como demonstrado pela destacada pesquisa empírica realizada por André Janjácamo Rosilho[429].

Um exemplo dessa principiologia decisória foi o Acórdão nº 2.466/2013, no qual se examinava o primeiro estágio das concessões dos Aeroportos Tancredo Neves/MG (Confins) e Tom Jobim/RJ (Galeão). Duas previsões editalícias foram objeto de questionamentos pelo TCU. A primeira a que seria exigido dos licitantes, para fins de comprovação de qualificação técnica, a demonstração de experiência na movimentação de, no mínimo, 35 milhões de passageiros anuais; a segunda de que não poderiam participar das licitações empresas que já atuassem na operação de aeroportos brasileiros licitados na primeira rodada, ou de suas respectivas controladoras ou controladas. O TCU questionou tais exigências, com base nos seguintes argumentos abertos, como se extrai da seguinte passagem de sua decisão:

> *em observância aos princípios da motivação, da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa, aos arts. 37, inciso XXI, da Constituição de 1988, 14 da Lei 8.987/1995, 3º e 30 da Lei 8.666/1993 e à súmula TCU 263/2011, inclusão no processo de concessão, expressamente, dos fundamentos legais e técnicos (além daqueles constantes da Nota Técnica 001/DERC/DEOUT/SPR/SAC-PR) da exigência de experiência em processamento de passageiros e da restrição à participação no leilão de acionistas das atuais concessionárias de serviço público de infraestrutura aeroportuária, de forma a demonstrar,*

[427] RODRIGUES, Walton Alencar. *O controle da regulação no Brasil*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 7, n. 33, p. 345-358, 2005. p. 346.
[428] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 340-341.
[429] ROSILHO, André Janjácamo. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da USP, em 2016.

tecnicamente, que os parâmetros fixados são adequados, imprescindíveis, suficientes e pertinentes ao objeto licitado.

Assim também se passou no Setor Portuário. Ao apreciar as licitações para o primeiro bloco de arrendamentos portuários, por intermédio do Acórdão nº 3.661/2013, o TCU determinou, com base na sua competência para realizar "auditorias operacionais", que o Poder Concedente: *(i)* instituísse tetos tarifários em todas as áreas portuárias arrendadas; e *(ii)* incluísse nas minutas dos contratos de arrendamento mecanismos de revisão tarifária compatíveis com as tarifas-teto instituídas.

Tal intervenção principiológica do TCU ainda é uma constante nos projetos de infraestrutura. Como dá conta balanço crítico parcial (jan/mar de 2018) sobre as decisões do TCU, elaborado pelo Grupo Público da FGV SP e da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), formado pelos pesquisadores André Braga; André Rosilho; Arthur Guedes; Conrado Valentini Tristão; Daniel Bogéa; Gilberto Gomes; Gustavo Maia Pereira; Julia Lillo; Matheus de Paula; e Yasser Gabriel, sob orientação da sempre firme e precisa Juliana Bonacorsi de Palma. Dentre os achados do referido grupo, destaca-se o Acordão nº 672/2018, por meio do qual o TCU se imiscui em decisões relacionadas à exploração de blocos de petróleo; e o Acórdão nº 290/2018 – Plenário, por intermédio do qual referendou medida cautelar para determinar à ANTT a mudança de critérios aplicados em reajustes de pedágios, especificamente em virtude do impacto advindo da Lei nº 13.103/2015 (conhecida como Lei dos Caminhoneiros).

Nesse quadrante, o dispositivo que se comenta poderá interditar tais intervenções do Controle Externo, fundamentadas, única e exclusivamente, em conceitos vagos.

O referido dispositivo poderá interditar, também, o ajuizamento de ações coletivas, com pedidos liminares procrastinadores do devir dos projetos de infraestrutura, com fundamento em abstrações, tais como a de que teria sido ameaçado "o princípio da precaução"; a de que o empreendimento seria permeado por "atos lesivos ao patrimônio público"; ou a de que teria violado "os princípios da Administração Pública". Cuida-se de investidas que poderão ser questionadas com base no artigo que ora se comenta. Claro que não se olvida que os quadrantes de um Estado Regulador (que resulta de substituição do *government by law* para o *government by policies*), pautado pela densificação técnica de políticas públicas, impõe a observância de matizes outrora consideradas como exógenas ao sistema jurídico (a exemplo de

dados econômicos, e de *imputs* da sociologia e da psicologia). Porém, isso não importa dizer que todas as entidades públicas sejam reguladores ou que tenham a capacidade institucional para o exercício da função de equilibrar subsistemas jurídico-econômicos. Mais que isso, que possam se valer dessa função, sem os ônus que lhe são inerentes.

A permeabilidade do sistema jurídico a normas de caráter mais aberto e a realidade da interpretação e aplicação do direito ser balizado por princípios é uma realidade. Contudo, a decisão baseada em "valores jurídicos abstratos", ou seja, não apoiados em normas concretas ou em prescrições normativas cerradas, não pode servir como uma cláusula mágica, transcendente. Não podem se prestar a ser um argumento de autoridade hermenêutica, sem que o decisor tenha o dever (ônus) de perquirir os efeitos desta decisão.

Mais do que uma deferência ao consequencialismo, o dispositivo presta homenagem à responsividade da decisão. Prospectar os efeitos da decisão não é irrelevante. O dever de motivar (geral a toda decisão) passa a ser reforçado, nos casos de decisão baseada em valores abstratos, com o dever de indicar as consequências antevistas pelo decisor. Mais do que isso, o dispositivo obriga a que as consequências possíveis sejam avaliadas e sopesadas. E, assim exigindo, torna a decisão baseada na aplicação de princípio em decisão controlável (e censurável) quando falhar em vir acompanhada da análise das consequências.

Não se trata de prescrição antípoda aos entendimentos dos decisores. Cuida-se de uma motivação para além da exigida pelo disposto no art. 50 da Lei nº 9.784/1999. A prescrição que ora se comenta é um tanto mais sofisticada. Estabelece um devido processo legal decisório, mais interessado nos fatos, por intermédio do qual os decisores terão de explicitar se: *(i)* dispõem de capacidade institucional para tanto, ou se, excepcionalmente, estão exercendo uma função que lhe é atípica, mas por uma necessidade pragmática, porém controlável; *(ii)* a decisão que será proferida é a mais adequada, considerando as possíveis alternativas e o seu viés intrusivo; e *(iii)* se as consequências de suas decisões são predicadoras de medidas compensadoras, ou de um regime de transição. Não se trata de um dever de utilização de uma "retórica das consequências", como já se cogitou, nem, tampouco, tem o propósito de tornar o controle mais lasso. Quem exerce o controle não pode descurar do seu autocontrole.

Em ambas as hipóteses, o art. 20 da Lei nº 13.655/2018 poderá servir de fundamento para questionar a validade de tais investidas, seja em âmbito administrativo (por intermédio de pedidos de reexame, por exemplo), seja em âmbito jurisdicional (por

intermédio de demandas anulatórias, amparadas em vício de motivo). Na verdade, trata-se de dispositivo que visa a estabilizar e a conferir exequibilidade às decisões do controlador. E, de outro bordo, estabelecer parâmetros a partir dos quais tais decisões poderão ser controladas.

3. O art. 21 interdita que sejam proferidas decisões anulatórias que desconsiderem os efeitos do "dia seguinte"

O art. 21 ora comentado, por sua vez, visa a conferir uma racionalidade aos processos administrativos invalidadores. Em termos coloquiais, impõe que sejam consideradas as consequências do "dia seguinte" da decisão invalidadora. Tenho que o dispositivo em comento confere novos quadrantes consequencialistas à Teoria das Nulidades dos Atos Administrativos. Explica-se. Como é sabido, a invalidação de um ato administrativo, em razão de sua desconformidade com a ordem jurídica, pode ser levado a efeito pela própria Administração Pública (de ofício ou mediante provocação), ou pelo Poder Judiciário.

Cuida-se do poder-dever de autotutela consagrado, há muito, pela Súmula n°473 do Supremo Tribunal Federal (STF), de acordo com a qual "a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial". Cuida-se de provimento com eficácia *ex tunc*, com um viés retrospectivo – pois que a antijuricidade não poderia produzir efeitos válidos.

É assaz recorrente, por exemplo, a prolação de provimentos jurisdicionais, decretando a nulidade de contratos de concessão, sem que sejam explicitadas as consequências de tal decisão invalidadora. A questão não passou despercebida por Egon Bockmann Moreira, para quem "o tradicional regime brasileiro de rescisões e nulidades de atos e contratos, inclusive os de longo prazo, é eminentemente retrospectivo. Volta-se ao passado, sem atentar ao futuro. Isso instalou o exercício irresponsável de competências. Se os agentes que firmam os contratos respondem por seus atos, o mesmo não se pode dizer daqueles que os extinguem[430]".

[430] MOREIRA, Egon Bockmann. Direito Administrativo da escassez, contratações públicas e segurança jurídica: o que temos a aprender com a crise permanente. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 55-76, jan./mar. 2018.

Nesse quadrante, o dispositivo que ora se comenta vai, justamente, na linha de coibir condutas desse jaez. Cria o ônus para que o controlador avalie as consequências – sob um viés prospectivo – das consequências da invalidação dos atos administrativos. Qualifica, pois, a motivação do processo administrativo invalidador por um viés consequencialista. Isto por que, como bem apontado por Thamy Pogrebinschi[431] "é, portanto, antecipando consequências futuras que se produz conhecimento no âmbito do pragmatismo. E estas consequências futuras devem ser permanentemente antecipadas para que se possa conhecer qual delas é melhor, a mais satisfatória, a mais útil e a mais benéfica". A não ser quando olhar ao passado seja "*metodologicamente interessante ao próprio estabelecimento do futuro*[432]".

Cuida-se de conferir pragmatismo ao processo administrativo invalidador. Como bem diagnosticado por Rafael Carvalho Rezende de Oliveira[433], o pragmatismo jurídico, nada obstante suas variações, apresenta, ao menos, três características básicas: (i) o antifundacionalismo, de acordo com o qual se rejeita a existência de entidades metafísicas ou conceitos abstratos, estáticos e definitivos no direito, imunes às transformações sociais; (ii) o contextualismo, conceito que orienta a interpretação jurídica por questões práticas; e (iii) o consequencialismo, característica de acordo com a qual as decisões devem ser tomadas a partir de suas consequências práticas (olhar para o futuro e não para o passado).

Aferir as consequências dos atos produzidos pelo Poder Público não é uma prescrição novidadeira. Já se trata de prática, relativamente, incorporada – ainda que sem tanta efetividade – na regulação brasileira, por intermédio do instituto da Análise de Impacto Regulatório. Tal instituto, como já se teve a oportunidade de asseverar, configura-se como um procedimento administrativo participativo — que será aberto às contribuições do setor regulado —, e que, por meio de análises consequencialistas de dados empíricos, visa a conferir racionalidade aos "motivos" dos atos administrativos produzidos pelo regulador[434]". É que não se cogita mais que as normas jurídicas sejam consideradas como um fator exógeno ao sistema econômico. Muito ao contrário, cada

[431] POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e prática.* Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 39.
[432] POGREBINSCHI, Thamy. *Ibdem*.
[433] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais: as novas tendências do controle judicial dos atos administrativos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 9-36, out./dez. 2012.
[434] FREITAS, Rafael Véras de. A Análise de Impacto Regulatório (AIR) no setor de energia elétrica. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 177-200, jul./set. 2014.

vez mais, os agentes econômicos passam a comparar custos e benefícios, antes de tomar uma decisão – seja ela econômica, social ou institucional. Para além de fazer justiça, as normas jurídicas devem ter um viés de otimização (sob um critério de utilidade) da repartição de recursos escassos, o que legitima a sua interpretação à luz de critérios consequencialistas atrelados à eficiência e à racionalidade.

Ora, se já se vem sendo exigido que a Administração Reguladora lance mão de uma análise consequencialista antes da produção de seus atos, não há por que demitir o decisor de tal ônus. Assim é que, por intermédio do dispositivo que ora se comenta, pretende-se impor um racional ao processo administrativo invalidador que não incremente os custos de transação das relações travadas com o Poder Público – ou, ao menos, que tais custos sejam avaliados antes da prolação de invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa.

O STF, em algumas oportunidades, vem se valendo de aspectos consequencialistas em suas decisões. Como bem diagnosticado pelo robusto trabalho de Mariana Pargendler e Bruno Meyerhof Salama[435], o Supremo se valeu de um racional consequencialista antes de proferir as seguintes decisões sobre (i) a inconstitucionalidade da Lei n° 8.620/93, que responsabilizava o sócio de responsabilidade limitada pelo inadimplemento de contribuições previdenciárias pela sociedade, por violação ao princípio da livre iniciativa; (ii) a constitucionalidade do dispositivo da lei de falências que impõe limites quantitativos à prioridade concedida às dívidas trabalhistas; (iii) a exigência constitucional de estender-se os efeitos jurídicos da união estável às uniões homoafetivas; (iv) a constitucionalidade da adoção de cotas raciais por universidades brasileiras; e até mesmo (v) a inconstitucionalidade da criminalização de aborto de feto anencéfalo. Não é por outra razão que a Corte Suprema, notadamente em sede de controle abstrato de constitucionalidade, vem se utilizando de audiências públicas, com desiderato de se valer de substratos consequencialistas, antes de proferir suas decisões.

[435] PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *RDA – Revista de Direito Administrativo*. Belo Horizonte, v. 262, jan./abr. 2013. Eis os julgados a que se referem os autores. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 526.276. Tribunal Pleno. Rel. min. Ellen Gracie Northfleet. J. 3/11/2010. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.934. Tribunal Pleno. Rel. min. Ricardo Lewandowski. J. 27/5/2009.BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277. Tribunal Pleno. Rel. min. Ayres Britto. J. 5/5/2011. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186. Tribunal Pleno. Rel. min. Ricardo Lewandowski. J. 26/4/2012.

Do mesmo modo, não se trata de viés desconhecido ao controle externo. Como dá conta o profícuo trabalho de Bruno Araújo Ramalho[436], o Tribunal de Contas da União (TCU) em diversos julgados lançou mão de um racional decisório consequencialista. São exemplos desse viés decisório, segundo o autor, dentre outros: (i) o Acórdão nº 2386/2010 (Ata 34 – Plenário), referente ao setor de energia elétrica, no qual se entendeu que o cálculo de risco regulatório estava embasado em um estudo empírico de alcance insuficiente para lastrear a premissa metodológica ora adotada pelo regulador; (ii) o Acórdão nº 1201/2009, também sobre o setor de energia elétrica, por intermédio do qual se criticou a ausência de dados técnicos para fundamentar o percentual de revisão tarifária, além da adoção de informações produzidas exclusivamente pela própria concessionária; e (iii) o Acórdão nº 0768/2005 (Ata 22 – Plenário), sobre o setor de transportes aquaviários, o tribunal concluiu não haver consistência documental para considerar atendido o item "manutenção do calado" e, em razão disso, exigiu que o regulador reforçasse a sua fundamentação no tocante a esta premissa

É se de registrar, nada obstante, que tal dispositivo não tem a finalidade de exigir do decisor que ele preveja todas as possíveis consequências da decisão invalidadora, sob pena de tal mandamento se tornar inexequível. É que, da decisão invalidadora, terão lugar um sem número de consequências diretas e indiretas. Razão pela qual temos que o art. 21 imporá o ônus de processualização para que sejam estabelecidas as consequências mais relevantes (econômicas e sociais).

Cite-se, por exemplo, uma decisão que venha a anular um contrato de concessão de serviço público. Nessa hipótese, temos que a decisão deverá responder às seguintes indagações: Como será prestado o serviço para a população no dia seguinte? Quais são os prejuízos que serão experimentados pelos usuários (considerando o dever de continuidade dos serviços púbicos)? O Poder Concedente terá condições (econômicas, técnicas e operacionais) de retomar o serviço ou de relicitá-lo? O Poder Concedente terá recursos para indenizar o concessionário pelos investimentos ainda não amortizados?

[436] RAMALHO, Bruno Araújo. O dever de motivação administrativa no contexto das escolhas regulatórias: uma análise da jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU). *In:* I Seminário de Integração FGV Direito Rio e Faculdade de Direito da UERJ, 2016, Rio de Janeiro. *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias.* v. 1. p. 123-155, Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2016.

Em conclusão aos comentários do art. 21 da Lei nº 13.655/2018, temos que se trata de artigo que pretende contribuir para que as decisões sejam permeadas por um viés de realidade. Que considerem os efeitos que serão produzidos após a sua prolação. No atual quadrante do Direito Público Brasileiro, "o papel não aceita mais tudo". A decisão alheia à realidade não produz mais um ato jurídico lícito, nem, muito menos, justo. Disso decorre a possibilidade de se questionar a validade de decisões que não observem os mandamentos do referido dispositivo. Assim é que, caso se trate de decisão na esfera administrativa, a inobservância dessas exigências poderá importar na sua invalidação, por ausência de motivos, como determina o disposto no art. 2º, alínea "d", e parágrafo único, alínea "d", ambos da Lei nº 4.717/1965 (Lei da Ação Popular) ou por violação aos arts. 20 e 21. De outro lado, caso tal inobservância se dê em provimento jurisdicional, tratar-se-á de decisão considerada sem fundamentação, nos termos do art. 489, §1º, do CPC/2015, o que pode ensejar a sua nulidade (nos termos do art. 1.013, §3º, I, do CPC/2015).

Os dispositivos até agora comentados, portanto, não só são compatíveis com o sistema normativo já vigente, como, de resto, com ordenamento constitucional brasileiro. Exigir motivação robusta e compromisso com os efeitos é, no Estado Democrático de Direito, nada menos do que o mínimo essencial.

4. Os arts. 23 de 24 proscrevem que a cambialidade das interpretações públicas importem na insegurança jurídica de projetos de infraestrutura

Ficou célebre a frase do então ministro Pedro Malan segundo quem "no Brasil até o passado é imprevisível". Há, na cultura jurídica, uma deferência abstrata e um baixo compromisso prático com a segurança jurídica. Na verdade, sempre que a preservação de um ato ou contrato firmado no passado nos desinteressa, buscamos um bem jurídico maior para justificar que o passado seja reescrito, desconsiderado. No campo do Direito Público, isso é ainda mais comum.

É constante a Administração Pública, o Poder Judiciário ou a esfera de controle reverem posicionamentos ou atos jurídicos perfeitos sob alegação da prevalência do interesse público ou outros valores abstratos. O que criou para nós um sistema um tanto estranho: a CRFB veda que a lei retroaja (artigo 5º, XXXVI), mas o ato administrativo e, pior, a interpretação da lei, pelo Executivo, pelo Judiciário ou pelos meros órgãos auxiliares do Legislativo podem retroagir, desconsiderando o que já se perfez juridicamente.

É, nesse quadrante, que passam a vigorar os bem-vindos artigos 23 e 24 da Lei 13.655/2018, da denominada "Lei da Segurança para a Inovação Pública", que visam conferir maior racionalidade à aplicação da boa-fé nas relações das quais a administração é parte.

As referidas previsões se justificam, pois que tem por desiderato resguardar o particular dos efeitos das alterações das interpretações jurídicas dos poderes públicos. Explicamos.

A interpretação jurídica, sabemos, é a atribuição de sentido a textos normativos, conectando-os com fatos específicos e com a realidade subjacente. Como bem diagnosticado por Tércio Sampaio Ferraz Junior e Juliano Souza de Albuquerque Maranhão[437] o que "se busca na interpretação jurídica é, pois, alcançar um *sentido* válido não meramente para o texto normativo, mas para a *comunicação normativa*, que manifesta uma relação de autoridade. Trata-se, portanto, de captar a mensagem normativa, dentro da comunicação, como um dever-ser vinculante para o agir humano".

Daí a razão pela qual se firmou o entendimento de que a *norma jurídica* é resultado da intepretação do texto legal. Nesse sentido, Humberto Ávila[438], leciona que "normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos". Cuida-se de racional que se aplica até mesmo aos dispositivos que possuam uma significação unívoca.

Nada obstante, para o que aqui importa, é de se destacar os seus efeitos vinculantes. Hans Kelsen[439] já lecionava que, quando um órgão se pronuncia sobre o conteúdo de uma norma, por exemplo, o juiz quando determina o sentido de uma lei, no processo de aplicação, produz um enunciado normativo. Como qualquer norma, *esse enunciado é vinculante*. No mesmo sentido, Carlos Ari Sundfeld, Rodrigo Pagani de

---

[437] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. Função pragmática da justiça na hermenêutica jurídica: lógica do ou no direito? *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*. Belo Horizonte, ano 1, n. 5, jan./dez. 2007.

[438] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 22. Vide, também: GRAU, Eros. *Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.* 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005. p. 80-82; PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 26.

[439] KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luiz Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 236.

Souza e Guilherme Jardim Jurksaits[440] asseveram que "o reconhecimento de que interpretações feitas pelas autoridades competentes são normas encontra-se, antes de tudo, na própria hermenêutica jurídica. Ou seja, a própria teoria de interpretação das normas jurídicas constata que as interpretações, quando emanadas de autoridade competente, têm valor de norma".

Tanto assim é que o STF vem reconhecendo em sua jurisprudência a técnica da "interpretação conforme a Constituição", prevista no art. 28, parágrafo único, da Lei n° 9.868/1999, por intermédio da qual se preserva a vigência de determinada norma, lhe conferindo a única intepretação compatível com a Constituição[441]; e às Mutações Constitucionais, que "nada mais são que as alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático axiológico em que se concretiza a sua aplicação[442]".

Claro que isso não importa dizer que as autoridades decisoras restarão aprisionadas às suas interpretações. Até mesmo porque a cambialidade é da essência da interpretação jurídica. Na verdade, tal dispositivo só visa conferir previsibilidade para as suas mudanças interpretativas. E, na ponta, dar concretude à incidência da boa-fé nas relações administrativas. Para tanto, impõe o estabelecimento de um regime de transição, que pretende estabelecer um regime intermédio entre as relações constituídas com base na interpretação alterada e a nova interpretação.

Trata-se de dispositivo que consagra o mesmo racional que vem sendo adotado, pelo Tribunal de Justiça da Corte Europeia – TJCE, para os casos de mudanças abruptas de regulamentos, como se passou, por exemplo, no caso Tomadini (84/78), trazido por Patricia Ferreira Baptista[443], no qual ficou assentando que "o respeito da confiança legítima proíbe as instituições comunitárias (...) modificar esta regulamentação sem combiná-la com medidas transitórias, salvo se um interesse público peremptório se opuser à adoção de tal medida".

---

[440] SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Interpretações administrativas aderem à lei?. *RDA – Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 260, p. 97-132, maio/ago. 2012.

[441] ADI 4277 / DF - DISTRITO FEDERAL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator(a): Min. AYRES BRITTO Julgamento: 05/05/2011 Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

[442] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 152. STF - MS 26.602, Voto do Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 04/10/2007. STF – ADI 5081, Relator: Min: Roberto Barroso, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 27/5/2015, Data de Publicação: DJe 19/8/2015.

[443] BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro.* Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação da Profª Draª. Odete Medauar. São Paulo: USP, 2006.

Do mesmo modo, o Direito Brasileiro é prenhe de exemplos nos quais as novas interpretações impõe o estabelecimento de um regime de transição, que seja serviente a salvaguardar a segurança jurídica das relações entabuadas sob a égide da intepretação superada. É o que prescreve o disposto no art. 27 da Lei nº 9.868/1999, de acordo com o qual "ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado". No Direito Tributário, por exemplo, em 2008, foi instituído o Regime Tributário de Transição - RTT, que trata dos ajustes tributários decorrentes dos novos métodos e critérios contábeis introduzidos pela Lei n° 11.638/2007.

O STF, do mesmo modo, em diversos precedentes, vem estabelecendo, a bem da segurança jurídica, regimes de transição para dar conta dos efeitos que poderão ser produzidos pelas suas mudanças de posicionamento. Assim se passou, por exemplo, no julgamento do MI n°670, a propósito do direito de greve dos servidores públicos, no qual ficou assentado que "em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria".

Do mesmo modo, ao apreciar o RE n° 597.994/PA, que consagrou a mudança de intepretação da Corte a propósito da atividade política dos membros do Ministério Público, deixou assentado que " a ausência de regras de transição para disciplinar situações fáticas não abrangidas por emenda constitucional demanda a análise de cada caso concreto à luz do direito enquanto totalidade."

O TCU, em algumas oportunidades, também vem reconhecendo um regime de transição a suas alterações interpretativas. Cite-se, por exemplo, a Decisão n° 481/1997-TCU, por intermédio da qual se consagrou o entendimento de que seria devida a incorporação do período de exercício de função comissionada (de uma fração 1/5 ou 1/10), para fins do percebimento de provimentos de aposentadoria. Posteriormente, o TCU, por intermédio da Decisão n°844/2001-Plenário, reviu tal posicionamento; nada obstante, por intermédio do Acordão n°2076/2005 – Plenário, com vista a preservar a segurança jurídica, deliberou no sentido preservar os atos de aposentadoria

fundamentados na Decisão n° 481/1997, que foram pulicados até a Decisão n°844/2001-Plenário.

É, justamente, o racional do art. 23 da Lei n° 13.665/2018, que pretende impor esse dever da instituição de um regime de transição entre a interpretação superada e a nova interpretação.

Nada obstante, não é qualquer mudança de interpretação que resultará no direito a um regime de transição. Para os fins da exegese de tal dispositivo, temos como relevante, para a aplicação do viés subjetivo da segurança jurídica às mudanças de interpretação dos decisores, os requisitos expostos por Jesús González Pérez[444], para quem a confiança legítima tem origem quando é produzido um ato estatal que: (i) seja suficientemente conclusivo para gerar no administrado a confiança de sua juridicidade; (ii) gere a confiança do afetado de que as suas expectativas são razoáveis; e (iii) reconheça ou constitua uma situação jurídica individualizada.

Assim é que tal dispositivo não incidirá sobre interpretações que são presumidamente provisionais (como as proferidas em decisões das quais ainda caibam recursos); ou que sejam pautadas em dispositivos ou normativos, manifestamente, inconstitucionais (por erro grosseiro ou culpa grave do exegeta); ou que não produzam efeitos aleatórios no patrimônio do administrado. De fato, o objetivo da norma é o de proteger as relações jurídicas constituídas (e consolidadas), de boa-fé, sob a égide da interpretação superada, e não criar um "Direito Universal a um regime de transição" para todas as mudanças de interpretação das entidades públicas.

Temos, ainda, que o referido dispositivo terá a importante função de relativizar a jurisprudência, de natureza quase principiológica, do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual "não há direito adquirido a regime jurídico" (RE nº 227755 AgR/CE). É que, se, para fins de alteração de regimes estatutários de servidores públicos, ela pode se mostrar parcialmente útil, para as demais relações das quais a Administração Pública é parte, ela é nefasta. Afinal, não pode desconsiderar que, no mundo dos fatos, a mudança de intepretação do Poder Público, ainda que resulte em um novo regime jurídico, produz efeitos nas situações já constituídas.

Não se trata, pois, de prescrição novidadeira nos setores regulados. No Setor Portuário, por exemplo, o art. 47, da Lei n° 10.233/2011 dispõe que "a empresa autorizada não terá direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da

[444] GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*. 4ª ed., Madrid: Civitas, 2004. p. 69-74.

outorga da autorização ou do início das atividades, devendo observar as novas condições impostas por lei e pela regulamentação, que lhe fixará prazo suficiente para adaptação". Do mesmo modo, no Setor de Telecomunicações, o art. 95, da Lei n° 9.472/1997, prescreve que "a Agência concederá prazos adequados para adaptação da concessionária às novas obrigações que lhe sejam impostas". Assim é que o racional de tais prescrições passa a ser expandido, por intermédio do art. 23 da Lei n°13.665/2011, das "mudanças abruptas normativas" para as "mudanças abruptas interpretativas".

Seguindo os quadrantes do disposto no art. 23, o art. 24 reconhece às interpretações conferidas pelas entidades públicas efeitos normativos. Razão pela qual impõe que tal alteração interpretativa deva deferência aos atos jurídicos perfeitos. Consagra, pois, a um só tempo, a segurança jurídica como estabilidade; a segurança jurídica como previsibilidade; e a segurança jurídica como proporcionalidade.

Em primeiro lugar, porque interdita que o processo administrativo invalidador se arvore na retroatividade das interpretações emanadas pelos Poderes Públicos. Nada mais isonômico. Explicamos. De acordo com a jurisprudência do STF, as leis ordinárias e as normas constitucionais podem apresentar três graus distintos de retroatividade, a saber: máxima, média e mínima. A retroatividade máxima – também chamada restitutória – se dá quando a lei nova retroage para atingir os atos ou fatos já consumados; isto é, aqueles protegidos pelo direito adquirido, ato jurídico perfeito ou até mesmo a coisa julgada.

A retroatividade média, por sua vez, se opera quando a nova lei, sem alcançar os atos ou fatos anteriores, atinge os seus efeitos ainda pendentes. Por fim, a retroatividade mínima – também chamada de temperada ou de mitigada – se verifica quando a novel legislação incide imediatamente sobre os efeitos futuros dos atos ou fatos pretéritos. Portanto, nos quadrantes da jurisprudência da Corte Suprema, não se afigura constitucional nem mesmo o diploma normativo que produza efeitos atrelados à retroatividade mínima. (STF. ADI 493, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 04/09/92). Ora, se a lei editada pelo parlamento se submete ao limite da irretroatividade, assim deve se passar também com as interpretações proferidas por entidades públicas.

Cuida-se de um característico intrínseco à segurança jurídica. Nesse quadrante, Luciano Ferraz[445] aponta que duas das principais diretrizes impostas ao Poder Público,

[445] FERRAZ, Luciano. Segurança jurídica positivada: interpretação, decadência e prescritibilidade. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 8, n. 30, p. 19-42, jul./set. 2010.

com o desiderato de proteger a esfera jurídica dos administrados, em face dos efeitos produzidos pela retroatividade dos atos estatais, são: (i) a irretroatividade das leis e demais atos estatais, bem assim de interpretações já realizadas pelos órgãos administrativos e judiciais acerca da legislação aplicável; e (ii) o dever de o Estado dispor sobre regras transitórias em razão de alterações abruptas de regimes jurídicos setoriais .

Ambas as vertentes são disciplinadas pelos arts. 23 e 24 da Lei 13.655/2018, que ora se comentam. O primeiro dispositivo, como visto, impõe o dever de o Poder Público instituir um regime de transição, que propicie que o particular possa se adaptar aos efeitos jurídicos produzidos pela nova interpretação. E o segundo interdita que a interpretação retroaja para o efeito de servir para a análise da validade de atos jurídicos.

Nada obstante, mais uma vez, não se trata de racional novidadeiro. O art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei 9.784/1999, interdita a retroatividade das interpretações administrativas, dispositivo que tem sido, reiteradamente, aplicado pala jurisprudência pátria. Do mesmo, o art. 100, III, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, chega a determinar a exclusão das multas tributárias na hipótese em que o contribuinte confiou em práticas reiteradas da Administração Pública. E o seu art. 146, por sua vez, estabelece que a mudança de intepretação da Administração Pública só será aplicável para fatos geradores vindouros.

A lógica que permeia os referidos dispositivos é a de interditar comportamentos contraditórios do Poder Público – *non procedit venire contra factum proprium* –, um dos consectários da segurança jurídica que, como destacado por Juan Carlos Cassagne[446] visa a rechaçar "*la actuación de la Administración que pretende, para beneficiarse a costa del contratista, desconocer o contradecir sus actos o hechos anteriores legítimos*".

O referido dispositivo poderá ter lugar, por exemplo, nas hipóteses em que sejam conferidos efeitos normativos a interpretações com base em dispositivos legais, o que inquinaria a validade dos atos produzidos com base na sua interpretação superada. Cite-se, por exemplo, o disposto no §2°, do art. 1° da Lei n°8.443/1992 (Lei que dispõe sobre o regime interno do Tribunal de Contas da União), de acordo com o qual "A resposta à consulta a que se refere o inciso XVII deste artigo tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto".

[446] CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. p. 72 - 73.

É que, como bem destacado por André Janjácomo Rosilho[447], caso o TCU revisse a sua posição sobre determinado tema, por diversas vezes, sem a devida fundamentação, ou revisse a sua resposta à consulta anterior, sem especificar se seu novo pronunciamento produziria efeitos *ex tunc*, ou *ex nunc*, poderia fomentar o entendimento de acordo com o qual os jurisdicionados que teriam agido com base na antiga resposta do Tribunal poderiam ser sancionados.

Estamos de pleno acordo com o referido jurista. Afinal, se no Direito vigora, com predominante aceitação, o brocardo *tempus regit actum*, no que respeita à vigência da lei no tempo, outro não pode ser o viés de exame da legalidade dos atos jurídicos arvorados na intepretação superada. Juliana Bonacorsi de Palma[448], ao comentar a referida previsão, assevera que sobre um mesmo fato pode incidir um conjunto de preceitos e orientações gerais em um momento inicial (t0) e outro conjunto marcadamente distinto em momento posterior (t1). De modo que o dispositivo "versa exatamente sobre um ato perfeito, válido e eficaz praticado no momento inicial (t0). Poderia ele ser controlado em momento posterior (t1) considerando as novas normas e orientações que sobrevieram, produzindo efeitos *ex tunc*? É isso o que está em discussão."

É, justamente, o que pretende o art. 24 da Lei n° 13.655/2018, que ora se comenta. Mais que isso, cuida-se de dispositivo que introduz um novo racional decisório aos procedimentos administrativos invalidadores. De fato, como é cediço, um ato pode ser declarado inválido: (i) se afrontar diretamente a Constituição; (ii) se estiver em desacordo com o ordenamento jurídico em vigor – formado pelo "bloco de legalidade", a que se submetem os atos e negócios jurídicos, atualmente. Mas isso não significar dizer que os atos jurídicos constituídos possam ter a sua validade questionada com base na mudança de intepretação do decisor a propósito da sua compatibilidade com a Constituição ou com o referido bloco de legalidade.

E isso por suas ordens de razão. A uma, porquanto, consoante a garantia da irretroatividade prevista no art. 5º, XXXVI, CRFB, as novas interpretações das entidades públicas (em razão da sua força normativa) não podem servir de fundamento para decretação de nulidade dos atos jurídicos perfeitos. A duas, na medida em que, com

[447] ROSILHO, André Janjácomo. op. cit.

[448] PALMA, Juliana Bonacorsi de. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/PALMA-Juliana-A-proposta-de-lei-da-seguran%C3%A7a-jur%C3%ADdica.pdf.

base na mesma garantia constitucional, integra o patrimônio das partes que celebraram negócios o direito de ter a sua validade aferida com base na intepretação vigente à época; cuida-se, pois, de um "direito adquirido" que o art. 24 visa a tutelar.

A título exemplificativo, cogite-se da hipótese em que a determinado agente econômico foi conferido um título habilitante para a exploração de uma atividade de relevante interesse coletivo, com base em jurisprudência administrativa consolidada no sentido de que, para tal, seria desnecessária a realização de procedimentos licitatórios. E que, depois da exploração de tal atividade por dez anos, tal entendimento administrativo tenha restado alterado, por intermédio de decisão administrativa, a partir da qual se consagrou o entendimento no sentido de que o procedimento licitatório seria inerente a tal modalidade de autorização. Nessa hipótese, de acordo com o regime jurídico trazido pelo artigo em comento, o seu título habilitante não poderá ser declarado inválido, considerando que está em consonância com interpretação jurídica consolidada à época de sua celebração.

Mais um exemplo. É usual que decisores, anos após a celebração de contratos de concessão, questionem a modelagem de equilíbrio econômico-financeiro de tais ajustes, seja ao argumento de que a taxa de rentabilidade do concessionário seria exorbitante (frente a mudança das condições econômicas do país), seja desqualificando o Plano de Negócios – PN apresentado para o Concessionário, para fins de restauração do crivo de reequilíbrio (passando-se a impor a utilização da metodologia do Fluxo de Caixa Marginal, por exemplo). Em casos tais, o art. 24 criaria o ônus para o decisor de analisar a validade da conduta dos concessionários nos quadrantes das interpretações gerais da época de sua consumação, interditando-se a declaração de sua invalidade, com base na nova interpretação.

5. O art. 26 e um novo regime para os acordos substitutivos

Não se desconhece que a doutrina é fonte do direito. Mas isso não importa dizer que o direito possa restar aprisionado a ensinamentos doutrinários. Nada obstante, assim se passou, com especial pujança, com o Direito Administrativo. A maior parte dos seus institutos teve os seus regimes jurídicos cunhados a partir das lições doutrinárias que tiveram origem no final do século XIX, lastreadas no racional de um regime jurídico-administrativo (caracterizado por relações verticalizas e pautado em prerrogativas publicísticas). É dizer, boa parte de seus paradigmas arvora-se em entendimentos doutrinários. O exercício do poder extroverso estatal, também conhecido

como *police administrative* na França – que orientou os quadrantes do poder de polícia no Brasil – e, como *police power*, nos Estados Unidos, é um exemplo saliente dessa influência.

Malgrado a sua gênese esteja atrelada à submissão da Administração à legalidade (no auge de um Estado Liberal), as principais características que lhe foram atribuídas, pela doutrina, lhe conferiram um viés arbitrário. Ancorada no atendimento do indeterminável interesse público (decorrente do regime jurídico-administrativo), a Administração Pública estaria autorizada a limitar direitos individuais em prol dos interesses da coletividade. Isto porque, como destacado por Caio Tácito[449], "essa faculdade administrativa não violenta o princípio da legalidade, porque é da própria essência constitucional das garantias do indivíduo a supremacia dos interesses da coletividade. Não há direito público subjetivo absoluto no Estado moderno".

Para tal desiderato, tal função pública seria detentora das características da discricionariedade (podendo ser exercida sob critérios de conveniência e oportunidade), da autoexecutoriedade (prescindindo, pois, a Administração Pública da interveniência do Poder Judiciário para o seu exercício) e da coercitividade (pelo que poderia ser imposta aos particulares, independentemente de sua anuência).

Outro paradigma atrelado ao exercício da função extroversa diz com a unicidade do regime jurídico dos títulos habilitatórios de consentimento estatal. É dizer, ao longo do tempo, defendeu-se o entendimento de acordo com o qual as autorizações seriam atos discricionários, unilaterais e precários, ao passo que as licenças seriam atos administrativos vinculados e estáveis. Mais que isso, chegou-se a defender, com muito vigor, o entendimento de que "o Texto Constitucional usa as expressões "autorização, concessão ou permissão", por uma insuficiência técnica. Deveria ter-se referido a "concessão ou permissão", pois a autorização diz respeito a atividades privadas que supõem, para seu exercício, prévia manifestação aquiescente do Poder Público".

Cuida-se de entendimentos que não resistiram, em primeiro lugar, aos influxos trazidos pelos Direitos Individuais previstos na Constituição de 1988.

E, em segundo lugar, à função reguladora que passou a ser exercida, pela Administração Pública, seja em razão do seu viés de processualização dos interesses enredados em determinado sistema econômico, seja em razão da sua necessária estabilidade – por ser insulada de influências políticas (designada de *regulatory*

[449] TÁCITO, Caio. O poder de polícia e seus limites. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, v. 27, p. 2, 1952.

commitment). Nesse quadrante, pautado pela densificação normativa da função reguladora, o ordenamento jurídico pátrio caminhou na firme trilha de desconstruir o dogma doutrinário de acordo com o qual as designações de um ato administrativo como licença e autorização seriam critérios prestantes a qualificar um ato de polícia como discricionário ou vinculado. São exemplos dessa "quebra de paradigmas" a autorização vinculada, serviente a franquear a exploração dos serviços de telecomunicações[450], no regime privado, prevista no art. 131 da Lei n° 9.472/1997, bem como a Licença Ambiental, prevista na Lei Complementar n°140/2011, que não poderia ser mais discricionária.

Nessa mesma direção da superação dos paradigmas construídos a propósito do exercício do poder extroverso, passa a vigorar o art. 26 da Lei n°13.655/2018, da denominada "Lei da Segurança para a Inovação Pública", que ora se comenta. Cuida-se de relevante previsão da introdução do consenso no exercício do poder extroverso estatal[451]. Isto por que a consagração da consensualidade no direito brasileiro é um movimento que tem sido levado a efeito de forma segmentada.

Nas últimas décadas, vários atos normativos previram formas de materialização da consensualidade administrativa, como a previsão de consultas e audiências públicas prévias à edição de normativos, bem como uma plêiade de dispositivos que disciplinaram espécies díspares de acordos substitutivos. A nova LINDB (Lei nº 13.655/2018), por intermédio de seu art. 26, dá um importante passo para a consagração definitiva desse vetor no Direito Brasileiro.

Nesse quadrante, temos que duas são as características de tal função que restaram superadas, a partir da vigência de tal dispositivo. A primeira de que o poder de polícia seria, necessariamente, coercitivo. É que, de acordo com o novel diploma, o administrado é chamado a participar da formação da decisão de polícia – o que, de resto, já poderia ser extraído da vertente da processualização, prevista no art. 5°, inciso LV, da CRFB e do parágrafo único, do art. 78 do CTN. Mais que isso, supera-se o entendimento (mais caracterizado como uma prerrogativa) de acordo com o qual o poder extroverso deveria ser exercido ao interno da burocracia.

---

[450] Sobre o tema, V. CÂMARA, Jacintho Arruda. As autorizações da Lei Geral de Telecomunicações e a Teoria Geral do Direito Administrativo. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT*. Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 55-68, jul./dez. 2007.

[451] SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 7, n. 27, out./dez. 2009.

A segunda de que tal função seria sempre discricionária. Assim já não se passava, já que casos há em que o exercício de tal função é predominantemente vinculado (a exemplo do regime jurídico do registro para o porte de armas, previsto no art. 4° da Lei n° 10.826/2003). Nada obstante, por intermédio do art. 26, cogita-se de que, à medida que a função de polícia passa a ser permeada pelos interesses dos administrados, da sociedade, pela realização de Consultas Públicas e pela manifestação do órgão jurídico competente (por intermédio, por exemplo, das Procuradorias Públicas) a sua discricionariedade passará a ser bem reduzida – ou, quando menos, os atos administrativos delas decorrentes passarão a ser, objetivamente, controláveis.

É de registrar, porém, que não é qualquer compromisso que terá de ser submetido à Consulta. É que, se, de um lado, tal instrumento opera conferindo maior legitimidade ao compromisso de que trata o dispositivo comentado, por outro, por importar em dispêndio de tempo e de recursos públicos, seja porque tal procedimento tem custos de divulgação e publicação, seja porque as contribuições dela decorrentes podem não ser relevantes para a celebração do instrumento negocial.

Nesse quadrante, estamos de acordo com Sérgio Guerra e Juliana Bonacorsi de Palma[452], para quem a realização de Consultas Públicas é recomendada nos casos de: (i) negociação de altos valores, como nos acordos de investimento bilionários; (ii) desenho de cláusulas com impactos concorrenciais, econômicos ou que importarem em escolha daqueles que se beneficiarão dos benefícios gerados pelo compromisso; (iii) sensibilidade social, política ou humanitária do compromisso, inclusive quanto à desconfiança ética das tratativas; e (iv) em casos cujo cenário do compromisso seja complexo e de difícil mapeamento dos interesses em jogo.

Ademais disso, o dispositivo em comento servirá como um permissivo genérico para a celebração de acordos, no âmbito da função de polícia administrativa. Explicamos. Como lecionam Floriano de Azevedo Marques Neto e Juliana Bonacorsi de Palma[453], o poder público dispõe de uma miríade de modelos de acordos dos quais pode se valer no seu atuar. Para o que aqui importa, é de se destacar os acordos integrativos, os acordos substitutivos e acordos complementação. Os acordos integrativos têm por

[452] GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 Novo regime jurídico de negociação com Administração Pública. *RDA - Revista de Direito Administrativo*. Lei de introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei n° 13.655/2018), p. 149.

[453] Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Juridicidade e Controle dos Acordos Regulatórios: O Caso TAC ANATEL*. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4296871/mod_resource/content/1/Juridicidade%20e%20Controle%20dos%20Acordos%20Regulat%C3%B3rios%20-%20O%20Caso%20TAC%20ANATEL.pdf - Acesso em: 22/11/2018.

desiderato viabilizar a edição de um ato administrativo unilateral, de modo mais harmônico, com as necessidades do caso concreto ou com as características de seu destinatário.

Assim é que, nessa modalidade, há a negociação do conteúdo do ato unilateral com os particulares. Os acordos substitutivos, por sua vez, são vocacionados à substituição do processo administrativo sancionador ou à própria sanção, a depender do regime jurídico previsto em lei. Os acordos complementação, por sua vez, tem por objetivo complementar, por meio do consenso, o ato administrativo final que será produzido.

O art. 26 endereça soluções para essas três espécies de acordos. Em sua parte inicial, servirá como um permissivo genérico para a celebração dos acordos integrativos, ao permitir a celebração de compromissos "inclusive no caso de expedição de licença". Cuida-se de dispositivo com similar racional ao disposto no art. 135 da Lei n°9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações), de acordo com o qual "a Agência poderá, excepcionalmente, em face de relevantes razões de caráter coletivo, condicionar a expedição de autorização à aceitação, pelo interessado, de compromissos de interesse da coletividade".

O objetivo de tal concertação de vontades é o de estabelecer condições para que particular possa exercer determinada atividade econômica (art. 170, paragrafo único, da CRFB), especialmente vocacionada às hipóteses em que, seja por razões econômicas, seja por objetivos constitucionalmente tutelados (a exemplo da proteção da concorrência), o consentimento administrativo terá de ser negociado.

Um exemplo ilustra o exposto. Cogite-se da hipótese em que a exploração de uma atividade industrial não comporte, pelas externalidades negativas por ela produzidas, diversos prestadores (por exemplo, pela instauração de uma concorrência predatória). Nesse quadrante, o poder público, por ocasião do procedimento de consentimento de polícia, poderá negociar condicionantes a propósito da atuação do particular (duração, regime de preços, parâmetros qualitativos do desenvolvimento de sua atividade), para o efeito de deferimento do titulo habilitatório – o que já ocorre, por exemplo, em procedimentos de licenciamentos ambientais, mas que passará a ser expressamente permitido em todo o procedimento de consentimento de polícia.

Mais que isso, o dispositivo comentado servirá como um permissivo genérico à celebração dos denominados "acordos substitutivos regulatórios", que nos termos do art. 26 ora comentado, que o vocaciona a "eliminar situação contenciosa". Explica-se.

Muito já se questionou a juridicidade da celebração de tais acordos, quando inexistente autorização normativa prévia específica. Temos que sempre se tratou de controvérsia descabida considerando o disposto no art. 5°, §6°, da Lei n° 7.345/1985, que autoriza que autarquias (que é gênero, do qual são espécies as agências reguladoras) celebrem tal modalidade de acordo, desde que tenha suas finalidades vocacionadas a tutelar os valores protegidos pela Lei da Ação Civil Pública.

Mas não só, para além de tal permissivo genérico, no âmbito da regulação setorial, as leis-quadro, em razão da sua baixa densidade normativa, deslegalizam o que é ou não punível para a normatização de segundo grau. Razão pela qual a celebração de tais espécies de acordos é, apenas, predicadora da sua disciplina em normatização da agência[454]. Porém, a inclusão de um permissivo genérico para a celebração de tais ajustes, em uma lei interpretativa, põe a termo a controvérsia a propósito da imprescindibilidade de sua previsão em normas de primeiro grau.

A segunda ordem de questionamentos que se esvaem com tal permissivo diz com o antigo (e em vias de superação) entendimento de que a chamada "supremacia do interesse público" interditaria a disponibilidade do procedimento administrativo sancionador e do valor da multa dele decorrente. Tal entendimento não nos parece o melhor.

Para além do chamado princípio da supremacia do interesse público (na qualidade de um valor metodológico) não ter previsão normativa, nem acolhimento pela maior parte da doutrina, tal adágio seria antípoda à própria legislação vigente, que autoriza a celebração de pactos negociais envolvendo o Poder Público. Nesse quadrante, tal espécie de acordo de que trata o art. 26, considerando a ponderação de todos os interesses públicos enredados no caso específico, tende a ser mais eficientes, seja porque os seus destinatários tendem a lhe emprestar maior deferência (por se tratar de um ato formado pelo consenso), seja porque a aplicação de uma sanção pode ser questionada, por longos anos, pelos administrados (em sede administrativa e judicial). Daí porque tal modalidade de acordo pode melhor atender o interesse público, no caso concreto, ao substituir a incerteza do cumprimento da sanção pelo adimplemento de uma obrigação superveniente. Daí por que o legislador se valeu, propositadamente, da

[454] SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 133-151, abr./jun. 2011).

expressão "razões de interesse geral" para substituir o adágio da "Supremacia do Interesse Público".

Some-se isso o fato de que, no âmbito de uma função de polícia, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, a sanção deve ser a *ultima ratio*. É que, como já se teve a oportunidade de afirmar "dessa constatação parte outra de que a sanção não é um fim em si, mas sim um dos meios - e não o único - para se evitar o descumprimento de uma obrigação jurídica e para viabilizar a consecução das políticas públicas estabelecidas para um determinado setor[455]". O simples ato de punir não está inserido como prioridade nas pautas administrativas. Na verdade, neste particular, a sanção só será legítima se for o instrumento mais adequado para equilibrar os interesses enredados em determinada situação concreta.

Ademais disso, é de ressaltar que a função de polícia administrativa não deve ser orientada por um viés arrecadatório; se o for, produzirá um ato administrativo maculado pela pecha do desvio de finalidade. De fato, seria absurdo trazer à baila raciocínio lastreado em perda ou ganho econômico para a Agência em decorrência da celebração de acordo substitutivo. É evidente que essa preocupação não é legítima aos olhos da pauta regulatória, a ser observada e ponderada pelo órgão regulador quando de sua escolha com relação ao acordo[456].

A partir deste dispositivo, é de se investigar a natureza jurídica dessa espécie de acordo, que se apresenta controvertida em sede doutrinária. De acordo com um primeiro entendimento, tais acordos teriam natureza jurídica de negócios jurídicos bilaterais do direito privado, mais precisamente, como forma *sui generis* da transação prevista no art. 840 do Código Civil[457].

Já, para um segundo entendimento, "o ajustamento de conduta responde satisfatoriamente à natureza jurídica de contrato administrativo típico[458]". E, para um terceiro entendimento, capitaneado por Vasco Dias Pereira da Silva[459], nem mesmo seria necessária a criação de uma nova categoria de ato administrativo, uma vez que os

[455] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. Biblioteca Digital - *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 8, n. 31, out./dez. 2010.
[456] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. op. cit.
[457] NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 156.
[458] FERNANDES, Rodrigo. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 77-78.
[459] SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido.* Coimbra: Almedina, 1998. p. 474. No mesmo sentido: KATO, Mariana Almeida. Os Acordos Substitutivos o termo de ajustamento de conduta. RDA - Revista de Direito Administrativo, v. 277, p.101-105/abril de 2018.

acordos celebrados pela administração não poriam em causa a sua natureza essencialmente unilateral. No entendimento deste autor, "a fonte de validade (e de eficácia) de tais decisões não é o consenso das partes, mas a manifestação de vontade unilateral da Administração, independentemente de se saber se as autoridades administrativas e os particulares se puseram ou não previamente de acordo acerca do seu conteúdo (em parte, ou no todo)"[460].

A natureza de negócio jurídico privado não se coadunaria com um instrumento que veicula a substituição do exercício do poder extroverso por uma entidade com personalidade jurídica de direito público. Do mesmo modo, o ainda vigente regime jurídico único dos contratos administrativos, com as exorbitâncias que lhe são salientes, mostra-se incompatível com a natureza negocial dos acordos substitutivos. Temos que os acordos substitutivos têm natureza jurídica de negócio jurídico processual, mas que produz externalidades exógenas.

É dizer, de um negócio processualizado, permeado pelo consenso, que deve ser praticado com base em juízos pragmáticos e prospectivos, nos termos do que dispõe o art. 20 da própria Lei nº 13.655/2018. Nada obstante, como bem observado por Sérgio Guerra de Juliana Bonacorsi de Palma[461], "Lindb parece ter tentado suplantar essa questão por meio da disciplina regulamentar suficiente, que afastaria a necessidade de aplicação subsidiária de normas outras que não as processuais administrativas".

Não bastassem os efeitos da substituição do procedimento sancionador por atos negociais, em termos de eficácia, tais ajustes terão a vantagem de coibir, de forma imediata, condutas que ofendam a ordem jurídica. Com esse racional, o art. 26 da LINDB, em sua parte inicial, tem por desiderato "eliminar irregularidade". Isto porque a suspensão ou a alteração da conduta do compromissário é parte integrante do próprio acordo. E disso decorrem, ao menos, dois efeitos positivos. O primeiro é o de que o poder público terá menores custos para inibir o ilícito, já que a suspensão ou a alteração da conduta contará com a aquiescência do compromissário.

O segundo é o de que, como a conduta é voluntária, à luz da lógica dos incentivos, o compromissário tende a lhe prestar deferência[462]. Não se trata de

[460] Tal pesquisa observa a ordenação de CARDOSO, David Pereira. Os acordos substitutivos no Direito Administrativo. Negócio jurídico privado, contrato de direito público ou ato administrativo bilateral?. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 13, n. 49, p. 59-77, jan./mar. 2015.

[461] GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. op. cit., p. 149.

[462] (MARRARA, Thiago. Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação da prática no ajustamento de condutas. *Revista Digital de Direito Administrativos*).

prescrição novidadeira. No âmbito do Sistema Brasileiro da Concorrência, com um racional similar, tem lugar o compromisso de cessação de conduta violadora da ordem econômica (art. 85 da Lei n°12.529/2011) e, na seara ambiental, o compromisso de cessação de infrações ambientais (art. 79-A da Lei n° 9.605/1998).

Nada obstante, temos que, para que o acordo de que cuida o dispositivo em comento seja eficaz, alguns quadrantes deverão orientar a sua aplicação. O primeiro deles é o de que do compromissário não poderá ser exigida a confissão da prática do ato violador do ordenamento jurídico, mas, tão somente, a adequação de sua conduta aos ditames fixados pela Administração Pública – do contrário, restar-se-iam violados os ditames da presunção da inocência (art. 5°, LVII, da CRFB) e da interdição da autoincriminação (previsto no art. 5°, LXIII, da CRFB e na Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, da Organização das Nações Unidas, da qual o Brasil é signatário).

O segundo diz com a necessidade do estabelecimento de um efetivo procedimento de negociação entre as partes, de modo que o particular possa, efetivamente, participar da formação do ato de polícia, interditando-se atos administrativos de adesão, nos quais o concurso de vontades seja um simulacro. O terceiro de que todas as entidades que possam ter competência para exercício do poder extroverso sobre as atividades exercidas pelos compromissários lhe devam deferência, sob pena de tal ajuste restar inviabilizado por conta de sua instabilidade – como ficou decidido no Mandado de Segurança n°35435, a propósito da possibilidade de revisão de Acordo de Leniência pelo TCU.

O referido dispositivo ainda prevê que tal "compromisso poderá ser celebrado com os interessados". Disso decorre a sua natureza jurídica, também, de um permissivo genérico para a celebração dos acima referenciados acordos de cooperação. É que o legislador, ao invés de usar o termo "partes" houve por bem ampliar o seu espectro para todos os interessados que possam ter seus direitos afetados pela situação jurídica contenciosa. Trata-se da consagração do que Hamut Maurer[463] denomina de relações administrativas multipolares, as quais "se distinguem das relações bipolares pelo fato de não só o estado de um lado e o cidadão – ou mais cidadãos, mas com interesses no mesmo sentido – do outro lado estão face a face, mas de também do lado do cidadão são feitos valer interesses distintos e em sentido contrário".

[463] MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Tradução de Luís Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006. p. 191

Exemplificando essa relação, o referido autor apresenta uma hipótese em que o Tribunal Constitucional alemão considerou cabível a proteção jurídica dos interesses dos vizinhos em face de planos de urbanização (BVerwGE, 151, 154f.). Isto porque, como bem destacado Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva[464], "esses particulares, titulares de direitos subjetivos públicos, já não podem mais ser considerados terceiros em face da Administração, ou perante aqueloutros privados imediatamente destinatários da sua actuação". Não se trata, porém, de racional desconhecido, considerando que o art. 9° da Lei n° 9.784/1999 (Lei de Processo Administrativo Federal), já reconhecia como interessados aqueles que não deram início ao processo, mas têm seus interesses afetáveis pela decisão final.

Cogite-se da hipótese em que o IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, constatando a consumação de um dano ambiental, para além de propor um compromisso com o agente poluidor, inclui, no referido instrumento negocial, obrigações positivas para parcelas da sociedade diretamente afetadas pelo dano adotarem, de sorte a minimizar os impactos do dano ambiental que já foi conflagrado.

Por fim, o *caput* do artigo comentado, dispõe que o referido compromisso só "produzirá efeitos a partir de sua publicação". Cuida-se de prescrição que visa a interditar a celebração de "acordos de gaveta", assim considerados como os compromissos que são pactuados, mas que ficam sem produzir efeitos por anos, em razão da inércia da entidade pública celebrante.

Temos que, nos quadrantes do dispositivo comentado, tal compromisso poderá ser celebrado: antes da instauração do processo administrativo; no seu devir; por ocasião da prolação da decisão final, quando da interposição de recurso[465]. Porém, antes da constiuição de coisa julgada administrativa, caso que ainda será cabível a celebração de compromisso perante o Poder Judiciário.

O §1°, I, do referido dispositivo prevê que os compromissos deverão buscar "a solução jurídica proporcional", equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais". A lógica de tal prescrição é a de que a obrigação veiculada por intermédio do compromissso não poderá ser superior à sanção cogitada em sede de processo administrativo sancionador; tudo sob a orientação de privilegiar a solucão que deve ser endereçada no caso concreto. Temos que um dos exemplos de que se pode cogitar a

[464] SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. op. cit. p. 234.
[465] GUERRA, Sérgio. PALMA, Juliana Bornacosia. op. cit. p. 149

partir da vigência de tal dispositivo é da possibilidade de os valores que seriam arrecadados, a título de multa, serem reconduzidos à realização de novos investimentos, ainda não previstos em módulos concessórios – tema que restou, parcialmente, equacionado, por intermédio do Acordão nº 2121/2017, do TCU[466]. Isto porque, considerando a incerteza da arrecadação do valor multa em determinadas hipóteses, o interesse público, em concreto, restará mais bem atendido se tal numerário for revertido para o adimplemento de obrigações de investimentos não previstas no contrato de concessão – que não compunha, pois, o fluxo de despesas do projeto.

Até mesmo porque temos que, em determinadas hipóteses, a celebração dessa espécie de acordos pode ser a única escolha regulatória possível. Cogite-se, por exemplo, da hipótese em que: (i) o serviço concedido necessite da realização de investimentos não previstos, orginalmente, no contrato; e (ii) para fazer frente a tais investimentos, não seja mais possível se utilizar da variável prazo (por intermédio do expediente da prorrogação), da redução de obrigações de desempenho dos concessionários (sem prejuízo da adequada prestação do serviço público), nem aumentar a tarifa do serviço concedido (sem prejuízo da modicidade tarifária). Nessa hipótese, a celebração do acordo substitutivo de que trata o dispositivo em comento tratar-se-ia de um poder-dever.

Porém, é de se registrar, por oportuno, que tais investimentos não podem ser estipulados ao alvedrio do regulador. Muito ao contrário, a sua realização será fruto de uma concertação entre as partes. Isto porque, como é de conhecimento convencional, as cláusulas econômicas dos contratos administrativos só podem ser alteradas com a aquiescência do contratado, consoante dispõe o §1º, do art. 58, da Lei nº 8.666/93 (dispositivo aplicável, supletivamente, às concessões). Afora isso, tais investimentos terão de ser realizados em bens vinculados, direta ou indiretamente, ao serviço delegado.

Não se poderia cogitar, por exemplo, que as multas que seriam aplicadas a um concessionário de rodovia fossem revertidas para o cumprimento das obrigações de universalização de uma concessionária de um Serviço de Telefonia Comutado – STFC. O nítido desvio de finalidade interditaria tal reversão. Ainda sobre tema, temos que tais novos investimentos teriam de observar a metodologia do Fluxo de Caixa Marginal, por

[466] Sobre o tema, V. Floriano de Azevedo e PALMA, Juliana Bonacorsi de. Juridicidade e Controle dos Acordos Regulatórios: O Caso TAC ANATEL. Op. cit.

intermédio da qual se busca reequilibrar contratos de longo prazo, nas hipóteses de inserção de obras e serviços não acordados quando da sua pactuação.

O §1°, III, do dispositivo comentado prescreve que tal compromisso "não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral". Cuida-se de uma salutar limitação objetiva à celebração do compromisso de que trata o *caput*. Assim é que, se, de um lado, o caput tem por desiderato ampliar o seu espectro subjetivo (franqueando a sua celebração a todos os "interessados"), esse inciso III, de seu §1°, tem por escopo estabelecer uma limitação objetiva aos termos desse compromisso negocial. Uma espécie de *checks and balances*, por assim dizer, de tais compromissos. Segue daí que o seu racional é o de evitar desvios de fianalidade na sua celebração, o que, ao fim e ao cabo, preservará a segurança jurídica na celebração de tal instrumento, finalidade primeira da Lei n° 13.655/2018.

Alguns exemplos ilustram o quanto exposto. À luz de tal inciso um acordo substitutivo celebrado pela Agência Nacional de Transporte Terrestre-ANTT, com uma concessionária de rodovia que a desonerasse de observar o dever de modicidade tarifária, previsto no art. 6°, §1°, da Lei n° 8.987/1995, seria considerado inválido. Assim também se passaria com um compromisso celebrado pela Agência Nacional do Petróleo – ANP, com uma concessionária de E&P, que a desonerasse de observar as disposições da Lei n° 9966/2000, que dispõe sobre a prevenção, o controle e a fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional.

Por fim §1°, IV, do dispositivo comentado, prescreve que tal compromisso deverá prever, com clareza, as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento; a objetividade do acordo, a sua transparência e as reprimendas pelo seu descumprimento. Cuida-se de preceito que tem de ver com a eficácia e com a exequibilidade do referido instrumento. Eficácia, na medida em que, sem o cuidado redacional com as obrigações que serão estipuladas para os compromitentes, o pacto negocial poderá restar esvaziado. Exequibilidade, porquanto a ausência de uma previsão de comando-sanção, ainda que num instrumento negocial, poderá gerar incentivos para que as partes o descumpram.

Ambas as referidas diretrizes, uma vez mais, tem por escopo último a preservação da segurança jurídica do instrumento. Nesse particular, tem-se a aplicação, por analogia, do disposto no art. 104, III, do Código Civil, de acordo com o qual a

validade do negócio jurídico predica de objeto lícito, possível, determinado ou determinável. Nada obstante, é assaz relevante o alerta de Sérgio Guerra e Juliana Bonacorsi de Palma[467], para quem "nos demais casos, as sanções se prestam simplesmente a estimular negativamente o descumprimento, podendo ser mais brandas".

Dos referidos comentários, é possível se inferir que a Lei n°13.655/2018, diferentemente do que ela foi acusada, não tem o desiderato de fomentar ilicitudes, ou de tornar o controle mais lasso. Muito ao revés, o racional da nova lei – do qual é saliente o seu art. 26 que ora se comenta – é o de conferir transparência às relações público-privadas. A história demonstrou que o arbítrio e a unilateralidade do exercício do poder extroverso, ao invés de reprimir, fomentaram a prática de ilegalidades. Consagrou a nefasta lógica do "criar dificuldades, para vender facilidades". A Lei n°13.655/2018 caminha no sentido oposto; processualiza e confere transparência ao consenso. É um novo caminho para os próximos anos da história sobre o exercício da função de polícia.

6. Conclusões

A Lei nº 13.655/2018, ao trazer racionalidade aos controles e conferir publicidade ao consenso, poderá colaborar para a dissolução dos gargalos da infraestrutura brasileira. Incompletude não é sinônimo de indeterminabilidade. Riscos são precificáveis; incertezas, não. A estabilidade gera a previsibilidade dos investimentos (e dos seus retornos). E os projetos de infraestrutura brasileiros vêm se ressentindo disso. O ferramental trazido pela Lei nº 13.655/2018 poderá ajudar.

Referências Bibliográficas

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 22. Vide, também: GRAU, Eros. *Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.* 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

[467] GUERRA, Sérgio. PALMA, Juliana Bonacorsi. op. cit. p. 149.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro**. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação da Profª Draª. Odete Medauar. São Paulo: USP, 2006.

CÂMARA, Jacintho Arruda. **As autorizações da Lei Geral de Telecomunicações e a Teoria Geral do Direito Administrativo**. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT*. Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 55-68, jul./dez. 2007.

CARDOSO, David Pereira. **Os acordos substitutivos no Direito Administrativo. Negócio jurídico privado, contrato de direito público ou ato administrativo bilateral?**. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 13, n. 49, p. 59-77, jan./mar. 2015

FERNANDES, Rodrigo. **Compromisso de ajustamento de conduta ambiental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **Função pragmática da justiça na hermenêutica jurídica: lógica do ou no direito?** *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*. Belo Horizonte, ano 1, n. 5, jan./dez. 2007.

FERRAZ, Luciano. **Segurança jurídica positivada: interpretação, decadência e prescritibilidade.** *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 8, n. 30, p. 19-42, jul./set. 2010.

[1] CASSAGNE, Juan Carlos. **El contrato administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. p. 72 - 73.

FREITAS, Rafael Véras de. **A Análise de Impacto Regulatório (AIR) no setor de energia elétrica**. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 177-200, jul./set. 2014.

GARCIA, Flávio Amaral. **A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das Agências**. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 59-83, mar./ago. 2014.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. **Art. 26 Novo regime jurídico de negociação com Administração Pública**. *RDA - Revista de Direito Administrativo*. Lei de introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei n° 13.655/2018), p. 149.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo**. 4ª ed., Madrid: Civitas, 2004

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luiz Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MACEDO, Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

_____. **Entre a independência institucional e neopatrimonialismo**: a distorção da doutrina do promotor natural. *In:* RIBEIRO, Carlos Vinicius (Org.). *Ministério Público: reflexões sobre princípios institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. **Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção**. Biblioteca Digital - *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 8, n. 31, out./dez. 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Juridicidade e Controle dos Acordos Regulatórios***: O Caso TAC ANATEL*. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4296871/mod_resource/content/1/Juridicidade%20e%20Controle%20dos%20Acordos%20Regulat%C3%B3rios%20-%20O%20Caso%20TAC%20ANATEL.pdf - Acesso em: 22/11/2018.

MARRARA, Thiago. **Regulação consensual**: o papel dos compromissos de cessação da prática no ajustamento de condutas. *Revista Digital de Direito Administrativos*).

MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Tradução de Luís Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito Administrativo da escassez, contratações públicas e segurança jurídica: o que temos a aprender com a crise permanente**. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 55-76, jan./mar. 2018.

_____. **Direito das concessões de serviços público**. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **O Contrato Administrativo como instrumento de Governo**. Coimbra: Março, 2012.

NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de ajustamento de conduta**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NÓBREGA, Marcos. **Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs**. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, abr./jun. 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais: as novas tendências do controle judicial dos atos administrativos**. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 9-36, out./dez. 2012.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método**. *RDA – Revista de Direito Administrativo*. Belo Horizonte, v. 262, jan./abr. 2013.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo: teoria social e prática. Rio de Janeiro**: Relume Dumará, 2005.

RODRIGUES, Walton Alencar. **O controle da regulação no Brasil. Interesse Público** – IP, Belo Horizonte, ano 7, n. 33, p. 345-358, 2005.

ROSILHO, André Janjácamo. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da USP, em 2016.

SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito**. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 7, n. 27, out./dez. 2009.

SILVA, Vasco Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 474. No mesmo sentido: KATO, Mariana Almeida. Os Acordos Substitutivos o termo de ajustamento de conduta. RDA - Revista de Direito Administrativo, v. 277, p.101-105/abril de 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. **Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. Revista de Direito Público da Economia** – *RDPE*. Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 133-151, abr./jun. 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. **Interpretações administrativas aderem à lei?.** *RDA – Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 260, p. 97-132, maio/ago. 2012.

TÁCITO, Caio. **O poder de polícia e seus limites**. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, v. 27, p. 2, 1952.

WILLIAMSON, Oliver. **Economics of Organization: The Transaction Cost Approach**. 1981.

Vista aérea da construção da Ponte Prefeito Pereira Passos, que faz a ligação entre a Ilha do Fundão e a Ilha do Governador - jan.2014
Foto: Daniel Basil/Ministério do Esporte

2019