

FERNANDO LEAL
JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA
(ORGANIZADORES)

TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO ADMINISTRATIVO:

**CONSEQUENCIALISMO E ESTRATÉGIAS
REGULATÓRIAS**



 **FGV DIREITO RIO**

**Transformações do direito administrativo:
Consequencialismo e estratégias
regulatórias**

Edição produzida pela FGV Direito Rio

Praia de Botafogo, 190 | 13º andar
Rio de Janeiro | RJ | Brasil | CEP: 22250-900
55 (21) 3799-5445
www.fgv.br/direitorio

**Transformações do direito administrativo:
Consequencialismo e estratégias
regulatórias**

Fernando Leal
José Vicente Santos de Mendonça
(Organizadores)

Edição FGV Direito Rio
Obra Licenciada em Creative Commons
Atribuição – Uso Não Comercial – Não a Obras Derivadas / *Attribution - NonCommercial - NoDerivs*



Impresso no Brasil
Fechamento da 1ª edição em dezembro de 2016
Este livro foi aprovado pelo Conselho Editorial da FGV Direito Rio, e consta na Divisão de Depósito Legal da Biblioteca Nacional.

Os conceitos emitidos neste livro são de inteira responsabilidade dos autores.

Coordenação: Rodrigo Vianna, Sérgio França e Thaís Mesquita
Capa: S2 Books
Diagramação: S2 Books
1ª revisão: Laís Curvão Gabrig
2ª revisão: Marcia Glenadel Gnanni

**Ficha catalográfica elaborada pela
Biblioteca Mario Henrique Simonsen/FGV**

Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias / Fernando Leal, José Vicente Santos de Mendonça (organizadores). - Rio de Janeiro : Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2016.

398 p.

Inclui bibliografia.
ISBN: 978-85-63265-78-4

1. Direito administrativo – Brasil. 2. Direito público – Brasil. 3. Direito regulatório – Brasil. I. Leal, Fernando Angelo Ribeiro. II. Mendonça, José Vicente Santos de. III. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas.

CDD – 341.30981

APRESENTAÇÃO

Fernando Leal
José Vicente Santos de Mendonça

O direito é burocrático. A academia jurídica é imatura. Professores do direito são distantes. Pesquisa jurídica é consulta a decisões de tribunais e manuais (de preferência, dos autores mais renomados). Dissertações de mestrado em direito são petições de cento e poucas páginas.

Quantas vezes você já leu algo assim? Quantas vezes você já pensou algo assim? Pois esta obra, e o contexto no qual foi gerada, existe para sugerir um caminho alternativo. Em primeiro lugar, porque ela não é, apenas, uma coletânea de artigos: ela é o resultado de debates francos e de um processo colaborativo de construção do conhecimento. Explica-se.

No dia 26 de outubro de 2016, professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito do Rio de Janeiro da FGV e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ, e vários alunos dos dois programas, reuniram-se para trocar impressões sobre pesquisas. Os professores apresentaram suas ideias e elas foram questionadas, com espaços para réplicas e trélicas. Um diálogo aberto entre iguais, sem a força da autoridade, que já determina, de antemão, o vencedor com base em credenciais externas ao argumento. Um debate, e não uma disputa em dois rounds em que um fala, outro diverge, e a audiência tira suas próprias conclusões.

Os textos dos alunos foram lidos e debatidos entre professores e os próprios alunos. Além de três professores envolvidos nos debates da manhã (nós dois e o professor Eduardo Jordão), a professora Patrícia Baptista, da UERJ, e o professor Leandro Molhano Ribeiro, da FGV, também participaram dos debates. Aos dois somos imensamente gratos. Cinco professores, todos, ao mesmo tempo, comentando trabalhos lidos previamente. Para muitos, ter cinco docentes nessa posição é um privilégio que se limita à defesa de tese de doutorado. Para os presentes, foi uma oportunidade singular de vivência no país de um tipo diferente de academia.

Aceitas (ou rejeitadas) as sugestões, o resultado é o que você lerá nas próximas páginas. O que já debilita alguns dos lugares-comuns: se muito da prática do direito é burocrática, o pensamento há que ser livre. É crítico, é construtivo, é reconstrutivo; só não pode ser música de repetição. E, sim, muito da academia jurídica é imatura. Mas ela também pode se constituir num espaço de diálogo franco sobre normas, práticas, instituições. Se o lugar arquetípico do direito é o tribunal, o lugar de sua academia é uma mesa de debates, sem lugar alto à cabeceira: todos são autores, mas ninguém é juiz.

Em segundo lugar, porque a obra, dados os laços acadêmicos e de amizade entre os professores da FGV e da UERJ, sinaliza o começo de uma aproximação natural – diríamos, inevitável – entre dois centros importantes de reflexão e produção de conhecimento sobre as instituições e práticas nacionais. O esforço de colaboração, que tem nesta coletânea apenas uma de suas diversas expressões, já nasce auspiciosa. O mestrado em direito da regulação da FGV Rio, sob o signo da inovação que caracteriza sua Escola de Direito, associa-se à tradição do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ. O melhor de dois mundos: a inovação e a tradição que, em diálogo, refletem sobre um futuro possível para o direito administrativo do novo milênio.

*

O eixo temático condutor da obra são as transformações do direito administrativo brasileiro, sob o foco do tema do consequencialismo e das estratégias regulatórias. O consequencialismo é um dos grandes assuntos do direito público contemporâneo. Por muito que se fale, há risco da consolidação de platitudes irrefletidas; de se estabelecer mais um mantra, mais um rótulo vazio para a pseudoerudição que tanto influencia o direito brasileiro. No que esse consequencialismo consiste de fato? Será que a atenção às consequências em julgamentos trará segurança jurídica? O assunto adquire ainda mais proeminência diante de proposta legislativa, inspirada por um dos convidados do evento, o professor Carlos Ari Sundfeld, que busca consagrá-lo. O leitor terá farto material para reflexão.

Mas nem só de consequencialismo vive o direito administrativo dos dias de hoje. As diversas inovações — tecnológicas e jurídicas — solicitam estratégias regulatórias variadas. Seja o Uber, seja a economia comportamental, a autorregulação, o PPI ou as *startups*, fato é que há muitos assuntos a serem analisados. O direito administrativo, nascido numa autocompreensão de revolucionários franceses a respeito da separação de poderes, e, desde então, bastante influenciado por doutrinadores, encontra-se, hoje, diante de desafios técnicos e tecnológicos que ultrapassam em muito categorias conceituais do século XVIII. Viver o direito administrativo de 2016 é viver a transformação de uma disciplina e a explosão de suas técnicas.

*

Professores de direito são parceiros epistêmicos de discentes. A academia jurídica brasileira anda a passos largos rumo à maturidade. O direito pode ser desafiador e experimental. Pesquisa jurídica é um esforço de método e de reflexão, de que artigos, dissertações e teses são seus resultados estruturados.

A depender do que provaram os Programas de Pós-Graduação em Direito da UERJ e da FGV-RJ, estes podem ser os novos caminhos da pesquisa jurídica brasileira. A obra é um convite a que eles sejam trilhados por você, leitor.

SUMÁRIO

Apresentação.....	7
Fernando Leal e José Vicente Santos de Mendonça	
Artigos docentes.....	19
Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle.....	21
Carlos Ari Sunfeld e Guilherme Jardim Jurksaitis	
Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15.....	25
Fernando Leal	
Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari.....	31
José Vicente Santos de Mendonça	
1. Introdução: o consequencialismo, agora por lei.....	31
2. O primeiro futuro: a transformação da atuação administrativa e judicial.....	32
3. O segundo futuro: a retórica das consequências.....	33
4. Encerramento: o meio futuro: inclinações pragmáticas e mudanças de cultura.....	34
Obsolescência regulatória por efeito de inovações tecnológicas: vai de Uber ou de táxi?	35
Gustavo Binenbojm	
1. Introdução: o caso UBER e seu efeito disruptivo sobre a regulação dos meios de transporte individual de passageiros.....	35
2. A natureza da regulação do serviço de transporte individual de passageiros. Distinções em relação aos serviços de transporte coletivo de passageiros, verdadeiros serviços públicos.....	38
3. As inovações tecnológicas e gerenciais do fenômeno UBER	42

4. A reação do lobby dos taxistas: a tentativa de preservação do monopólio (ou exclusividade) dos serviços e de sua regulação falha....	45
5. Os efeitos da regulação disruptiva produzida pelo fenômeno UBER: entre a proteção destrutiva e a destruição criativa	49
Referências bibliográficas.....	50

Ensaio de uma visão autopoietica do direito administrativo 53

Alexandre Santos de Aragão

A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador? 61

Eduardo Jordão

1. Quais poderes a Constituição conferiu ao TCU para combater os vícios de legalidade, legitimidade e economicidade?	65
1.1. Os poderes diretos (competências corretivas).....	65
1.2. Os poderes indiretos (competências sancionatórias).....	67
2. Quais poderes jurídicos o direito confere ao TCU para intervir em editais não publicados de licitação?.....	67
2.1. A ausência de competências constitucionais preventivas como clara opção histórica.....	68
2.2. A ausência de competências preventivas também na normatização infraconstitucional.....	71
3. As razões apresentadas pelo TCU para fundamentar a sua atuação preventiva	74
3.1. As razões práticas: a suposta conveniência social da atuação preventiva	75
3.2. As eventuais razões jurídicas: a suposta existência de um “poder geral de cautela”	78
4. Conclusões.....	82
Referências bibliográficas.....	84

Evolução das escolhas administrativas: da self-execution law à regulação 87

Sérgio Guerra

1. Escolha absolutamente vinculada	88
2. Escolha relativamente vinculada.....	91
3. Escolha administrativa discricionária	93
4. Escolha regulatória.....	97
5. Conclusão	100
Referências bibliográficas.....	102

Artigos discentes 107**O debate sobre a eficiência..... 109**

André Augusto Corrêa Cunha

1. Introdução	109
2. A discussão econômica	110
2.1. Eficiência de Pareto	110
2.2. Kaldor-Hicks.....	112
2.3. A crítica de Amartya Sen.....	114
3. A discussão jurídica.....	115
4. Conclusão	119
Referências bibliográficas.....	120

O dever de “motivação administrativa” no contexto das escolhas regulatórias: uma análise da jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU)..... 123

Bruno Araujo Ramalho

1. Introdução.....	123
2. Referencial teórico	125
2.1. O dever de “motivação administrativa” e seus limites.....	127
2.2. Uma breve contextualização sobre o controle desempenhado pelo Tribunal de Contas da União (TCU).....	128
3. Metodologia.....	130
4. Resultados	133
4.1. Perfil geral da amostra.....	133
4.2. Deveres prescritos pela norma da motivação administrativa	134
4.2.1. Motivação associada ao dever de formular réplicas nos procedimentos de participação	134
4.2.2. Motivação associada a um dever de disponibilidade documental em consultas ou audiências públicas	136
4.2.3. Motivação associada a um dever de transparência deliberativa	137
4.2.4. Motivação associada ao dever de evidenciar, técnica ou cientificamente, as premissas admitidas pelo regulador (congruência dos pressupostos).....	138
4.2.5. Motivação associada à transparência metodológica prévia nos casos de revisões tarifárias	141
4.2.6. Motivação como instrumento enunciativo de uma escolha que pondere aspectos positivos e negativos de diferentes opções (com ênfase para o uso de A.I.R.).....	144
5. Discussão.....	146

6. Conclusão.....	152
Referências bibliográficas.....	153

Políticas regulatórias e a caixa de ferramentas da economia comportamental157

Carina de Castro Quirino e Mariana Tavares de Carvalho Vianna

1. Introdução.....	157
2. Racionalidade limitada e contingenciamento de erros – construindo novas premissas analíticas para a política regulatória.....	159
3. A análise de políticas regulatórias sob as premissas do comportamentalismo – onde estamos falhando?	165
4. Críticas à economia comportamental aplicada à regulação.....	167
5. Conclusão.....	173
Referências bibliográficas.....	174

O Programa de Parcerias de Investimentos – PPI e o papel das agências reguladoras para garantir segurança jurídica aos contratos de concessão177

Anna Carolina Morizot Tourinho

1. Introdução.....	177
2. O contexto da criação das agências reguladoras no Brasil	181
3. O papel das agências reguladoras como gestoras dos contratos de concessão no ordenamento jurídico atual.....	185
4. Análise exemplificativa de casos concretos.....	189
5. Conclusão.....	193
Referências bibliográficas.....	194

Devido processo administrativo na lei de liquidação extrajudicial197

Felipe Herdem Lima

1. Introdução.....	197
2. A situação como ela é.....	200
3. Assimetria de informação e violação ao contraditório e ampla defesa	200
4. Utilização dos pressupostos de urgência da medida como regra. Possíveis problemas.....	209
5. Discrecionariade na aplicação do regime. Necessidade de motivação	210
6. “Novos ares”. Pensando soluções.....	214
7. Conclusão.....	218
Referências biliográficas	219

O direito brasileiro rege mas desconhece as startups 221

João Pontual de Arruda Falcão

1. Introdução.....	221
2. Dimensão conceitual.....	222
2.1 Origem do termo startup.....	222
2.2 Definições da empresa startup.....	224
2.3 A startup é um arranjo institucional complexo.....	227
3. Dimensão prática: o ordenamento jurídico brasileiro vs o modelo econômico startup.....	229
4. Dimensão procedimental: questões jurídicas do ciclo de vida das startups no Brasil.....	233
4.1. A fase de descoberta.....	233
4.2. A fase de validação.....	235
4.3 A fase de eficiência.....	242
4.4. A fase de escala.....	245
4.5. Fase de desinvestimento (ou encerramento).....	247
5. Conclusão: o Direito brasileiro rege mas desconhece as startups ...	247
Referências bibliográficas.....	248

Discrecionariade, racionalidade e Estado de Direito..... 249

João Marcelo da Costa e Silva Lima

1. Introdução.....	249
2. Decisões discricionárias.....	252
2.1 Decisões tomadas com base em regras versus decisões particularistas.....	255
2.2 Discrecionariade e Estado de Direito: uma forma de entender a relação.....	258
3. Subsídios para uma proposta mais realista de compatibilização entre discrecionariade e Estado de Direito.....	260
3.1 Emergências.....	261
3.2 Além das fronteiras da ciência.....	266
3.3 Dois exemplos para ilustrar as categorias propostas.....	270
4. Conclusão.....	271
Referências bibliográficas.....	272

Fomento tributário..... 275

Paula Moreira de Souza Lima Junqueira

1. Introdução.....	275
2. Intervenção do Estado na economia e regulação.....	276
3. Planejamento estatal e falhas de mercado.....	277
4. Fomento e tributação.....	280

5. Conclusão.....	285
Referências bibliográficas.....	286

O controle concorrencial das condutas das empresas estatais que exploram atividade econômica..... 289

Marjorie Gressler Afonso

1. Introdução.....	289
2. O escopo subjetivo de aplicação do direito concorrencial	292
3. O conflito interno inerente às empresas estatais e às sociedades de economia mista.....	295
4. Proposta: o esboço de um teste operacionalizável.....	299
5. Conclusão	303
Referências bibliográficas.....	304

A atividade consensual da administração pública e as soluções consensuais na defesa da concorrência 307

Gabriela Reis Paiva Monteiro e Rachel Lopes Telésforo

1. Introdução.....	307
2. A consensualidade enquanto categoria do direito administrativo e opção à atuação da Administração Pública.....	308
2.1. A Administração pública consensual	311
2.2. Os benefícios esperados com a atividade consensual	316
2.2.1. Transparência e segurança jurídica	316
2.2.2. Celeridade.....	317
2.2.3. Eficiência e participação popular	318
2.3. As formas de consenso.....	318
2.4. Questões em aberto sobre a atividade consensual no direito brasileiro	319
3. Soluções consensuais adotadas na proteção da concorrência no Brasil.....	321
3.1. Os acordos em controle de concentrações (ACCs).....	323
3.2. Acordos de preservação da reversibilidade da operação (APROs).....	324
3.3. Acordo de leniência	325
3.4. Termo de compromisso de cessação de conduta (TCCs)	327
4. Conclusão.....	329
Referências bibliográficas.....	330

Os acordos de leniência da Lei nº 12.846/2013..... 333

Rafaela Coutinho Canetti

1. Introdução.....	333
2. Os incentivos trazidos pela Lei nº 12.846/2013	336

3. Os acordos de leniência da Lei Anticorrupção.....	340
4. Conclusões.....	352
Referências bibliográficas.....	353

Analisando pragmaticamente a intervenção regulatória derivada da incidência de CIDEs: o caso da Condecine Licença (art. 32, I da MP 2.228-1/2001) incidente sobre obras publicitárias veiculadas na Internet..... 355

Vinícius Alves Portela Martins

1. Introdução.....	355
2. O pragmatismo jurídico: noções gerais	357
2.1. Pragmatismo jurídico e direito tributário	361
3. O papel das CIDEs no ordenamento jurídico brasileiro e a Condecine Licença (art. 32, I da MP 2.228-1/2001)	363
3.1. A contribuição para o desenvolvimento da indústria cinematográfica nacional – Condecine Licença (art. 32, I da MP 2.228-1/2001)	366
4. Novos parâmetros de análise da incidência da CIDE/Condecine sobre obras publicitárias destinada ao mercado de internet (alteração da IN 95/2011 da Ancine) à luz do pragmatismo jurídico	368
4.1. Críticas tradicionais à incidência: possíveis violações à legalidade e à igualdade/capacidade contributiva.....	369
4.2. Análise pragmática da tributação	373
5. Conclusão	376
Referências bibliográficas.....	378

Prestação temporária de serviço de energia elétrica por órgão ou entidade da administração pública federal – regime jurídico aplicável..... 381

Vlândia Viana Regis

1. Introdução.....	381
2. O serviço público de energia elétrica no Direito Administrativo Brasileiro.....	384
3. A natureza jurídica da prestação temporária de serviço público de energia elétrica	386
4. Do regime jurídico aplicável às prestadoras temporárias de serviço público de energia elétrica ou responsáveis.....	389
5. Conclusão.....	395
Referências bibliográficas.....	396

ARTIGOS DOCENTES

UMA LEI PARA DAR MAIS SEGURANÇA JURÍDICA AO DIREITO PÚBLICO E AO CONTROLE

Carlos Ari Sundfeld
Guilherme Jardim Jurksaitis

O direito público está na pauta dos principais jornais. Seus personagens são atores importantes nos grandes debates e suas instituições estão cada vez mais presentes no imaginário coletivo. O direito privado perdeu sua hegemonia como ramo fundamental do direito. Sinal disso é a mudança já não tão recente na nomenclatura do Decreto-Lei 4.657, de 1942, que deixou de ser a Lei de Introdução ao Código Civil para ser a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (redação dada pela Lei Federal 12.376, de 2010).

Mas a mudança foi só no nome, pois o conteúdo continuou tratando da aplicação da lei no tempo e no espaço e de mais uma ou outra regra de interpretação. Detalhe: a assim chamada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é, na verdade, um Decreto-Lei. Ato de autoridade, tomado pelo Chefe do Poder Executivo no auge da ditadura varguista. A Democracia e a Constituição Federal não conseguiram superar essa herança, apesar da supressão desse tipo normativo.

É verdade que a substituição de um nome por outro teve ao menos um efeito prático: o de corrigir a distorção comum entre os operadores do direito quanto à matriz do ordenamento. Como alertava Geraldo Ataliba no agora distante ano de 1992: “a maioria dos estudantes – mesmo os já graduados – supõe que a lei geral de aplicação de normas jurídicas (entre nós impropriamente designada Lei de Introdução ao Código Civil) é de direito privado, levando ao equívoco de pensar que o direito civil é matriz do

1 Professor Titular da FGV Direito SP, Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP.

2 Professor do Programa de Pós-Graduação da FGV Direito SP, Coordenador de Direito Administrativo da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP.

direito”³. E não é. Ao contrário, há amplíssimo espectro de relações jurídicas tratadas por normas que estão fora do direito privado, especialmente nos casos que envolvem a administração pública.

Embora a Constituição de 1988 e o extenso conjunto de atos normativos que a seguiu (leis, decretos e regulamentos) tenham conferido maior densidade aos institutos de direito público, ainda falta uma norma uniformizadora dos preceitos gerais que devem reger a sua aplicação para *regular* melhor tanto a atuação da administração quanto a relação dela com os administrados.

O direito público sente falta de uma Lei de Introdução.

Com o intuito de preencher esse vácuo, foi apresentado no Senado Federal o Projeto de Lei 349/2015,⁴ que pretende introduzir dez novos artigos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. De iniciativa do senador Antonio Anastasia, o projeto busca conferir mais segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade ao direito público.

E o que os Tribunais de Contas, e os órgãos de controle em geral, têm a ver com isso? Afora tratarem cotidianamente com a administração pública, essas entidades assumiram nos últimos anos o papel de construtores ativos do direito público. Passaram a estabelecer deveres, padrões de comportamento e comandos concretos de conduta às entidades estatais, aos gestores públicos e aos particulares que se relacionam mais estreitamente com eles.

O Projeto de Lei reconhece esse protagonismo e quer torná-lo mais eficiente e efetivo. É preciso então enfrentar aquela que talvez seja a principal crítica à atuação proeminente dos órgãos de controle, segundo a qual os controladores teriam assumido o lugar dos gestores públicos na formulação de políticas e na própria condução da máquina estatal, trazendo enorme instabilidade.

Superar essa crítica envolve ter cuidado com decisões tomadas com base em princípios, em valores jurídicos abstratos, que, não obstante, produzem claros efeitos concretos. O fato de o direito positivo prestigiar o uso dos princípios, e prever normas suficientemente abertas, de modo que os intérpretes possam deles se socorrer em determinadas situações, impõe aos órgãos de controle um ônus de motivação mais elevado.

3 Prefácio de Geraldo Ataliba à primeira edição do livro *Fundamentos de Direito Público*, de Carlos Ari Sundfeld, São Paulo, Malheiros, 1992.

4 Por ocasião da elaboração deste artigo, considerou-se o parecer submetido à Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal pela senadora Simone Tebet. O referido parecer propôs pequenas mudanças na redação e na numeração do projeto originalmente apresentado pelo senador Antonio Anastasia. O andamento e o texto integral atualizados do Projeto de Lei estão disponíveis em: [<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120664>], Acesso em: 9 dez. 2016.

Não basta dizer qual é o direito, qual é o princípio a ser aplicado; é preciso motivar adequadamente, considerando os efeitos da decisão no caso concreto e até mesmo as possíveis soluções alternativas, cujas razões de serem preteridas devem ser ponderadas e expostas (art. 20 da Lei de Introdução, na redação do Projeto de Lei).

É assim, afinal, que decidem os administradores públicos e os formuladores de políticas: considerando dado problema, vislumbram possíveis soluções, tentam prever os custos e as consequências de se optar por cada uma delas e submetem o juízo final ao escrutínio público (seja através do debate parlamentar, no caso de uma lei, de consultas públicas, ou mesmo no momento em que a decisão passa a dar resultados para a população, sejam eles positivos ou não) e também ao crivo dos órgãos de controle.

Mesmo nos casos em que a decisão dos órgãos de controle for tomada com base em regras claras, é necessário e prudente considerar, à luz do caso concreto, quais as circunstâncias fáticas que se apresentaram no momento da prática do ato examinado. Isso significa avaliar a situação à luz de suas peculiaridades, das informações de que, à época, dispunha o administrador (e eventualmente o particular envolvido), dos respectivos custos e do que se pretendia alcançar naquele momento (art. 22).

Agir de modo diferente, ignorando essa realidade, é simplificar a função administrativa e diminuir a dos órgãos de controle a ponto de equipará-las ao trabalho dos analistas esportivos em mesas-redondas após a partida de futebol. Depois da partida, fazer críticas aos jogadores, e com mais vigor e graça, aos juízes desportivos, é muito mais fácil do que participar ativamente do jogo.

Além disso, as orientações dos órgãos de controle devem ser suficientemente claras, especialmente em caso de mudanças. Os administradores públicos e os particulares que se relacionam mais estreitamente com a administração devem saber como pensam os órgãos de controle, sobretudo quando mudam de ideia sobre alguma lei, ato administrativo ou prática de gestão, e ter a oportunidade de se adaptar por meio de uma transição adequada (art. 23).

Outro passo importante para trazer estabilidade à atuação dos gestores públicos e às relações travadas entre a administração e os particulares é proteger a validade dos atos estatais em face de mudanças de orientação dos órgãos de controle. Interpretação nova não pode prejudicar atos praticados anteriormente (art. 24).

Igualmente, não se mostra acertado punir pessoalmente o gestor público porque agiu de acordo com interpretação razoável de norma legal, ainda que posteriormente considerada equivocada. Não podem cair nas costas do gestor as consequências do risco de falhar e as consequências

da incerteza do direito (por acaso, juiz que tem sua sentença revertida por Tribunal Superior deveria ser punido?). Do contrário, temeroso das consequências, o administrador abre mão de agir e deixa de inovar, preferindo praticar os mesmos erros em vez de se arriscar. Evidentemente, isso não significa isentar de responsabilização aquele que age com reiterada desídia, ou em nítida afronta ao direito, mediante dolo ou erro grosseiro (art. 28).

Dos dez artigos novos que o Projeto de Lei 349/2015 pretende incluir na Lei de Introdução, destacamos aqui alguns dos que produziriam efeitos mais imediatos na atuação dos órgãos de controle.

O momento para discutir essas mudanças não poderia ser mais oportuno.

A superação da crise econômica exige dar mais estabilidade e segurança aos negócios públicos, requisitos fundamentais para recuperar a nota de crédito do país e atrair investimentos privados de qualidade.

E chegou a hora de enfrentar seriamente a crise ética. Para isso, é imperioso abandonar a crença equivocada de que mais burocracia e mais dirigismo inibem a corrupção. Estão aí os resultados da Lei 8.666/1993: o sistema de licitação aberta e com critérios de julgamento “hiperobjetivos” deu margem a maus negócios (ou alguém ainda contesta que o café servido nas entidades estatais tem gosto menos apazível do que qualquer outro no mundo, e que as canetas das repartições públicas duram menos do que as outras?) e a manobras que fogem por completo do direito público (como sói ocorrer com os “contratos guarda-chuva”, feitos com as fundações de apoio, mediante o repasse desenfreado de recursos públicos para fugir do dever de licitar e de prestar contas).

É hora de mudar.

INCLINAÇÕES PRAGMÁTICAS NO DIREITO ADMINISTRATIVO: NOVA AGENDA, NOVOS PROBLEMAS. O CASO DO PL 349/15¹

Fernando Leal²

Um recente projeto de lei, se aprovado, promete alterar radicalmente o modo como decisões judiciais, administrativas e de órgãos controladores são justificadas no país. Arquitetado pelos professores Carlos Ari Sunfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, o PL 349/15 do Senado pretende lidar com “importantes fatores de distorção da atividade jurídico-decisória pública”. O mais importante deles parece ser o uso pouco parcimonioso de padrões vagos para sustentar decisões jurídicas. Impedir ou limitar de alguma forma o recurso a termos como “interesse público”, “razoabilidade”, “moralidade” e “precaução” como razões centrais para fundamentar decisões é considerado movimento crucial para realizar o principal objetivo do projeto de lei: “elevar os níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do direito público”.

A intenção do projeto é, sem dúvida, nobre. Se é correto o diagnóstico feito pelo próprio Carlos Ari Sunfeld de que vivemos hoje em um “ambiente de geleia geral, em que princípios vagos podem sustentar qualquer decisão”,³ a necessidade de reduzir as incertezas produzidas pelo recurso exclusivo a princípios vagos para fundamentar decisões é urgente. Sem mecanismos para domesticar essas incertezas, sobra subjetividade. Com isso, o processo decisório nas esferas judicial, controladora e administrativa torna-se instável e imprevisível.

1 Esta é uma versão um pouco ampliada do texto publicado em <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-leal/considerar-as-consequencias-das-decisoes-resolve-uma-analise-critica-do-pl-34915>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

2 Professor da FGV Direito Rio.

3 SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça. In: _____. *Direito Administrativo Para Céticos*. 2ª. ed. São Paulo: Direito GV/ Malheiros, 2014, p. 205.

Os riscos decorrentes de um uso excessivo de princípios vagos para fundamentar decisões é um problema já mapeado.⁴ Decisões administrativas, judiciais ou de órgãos controladores que se sustentam sobre padrões muito amplos carecem de fundamentação, seja porque raramente juízes, administradores ou controladores definem o sentido com que essas expressões são empregadas, seja porque essas expressões podem abraçar subdeveres colidentes em casos concretos que são simplesmente desconSIDERADOS durante a justificação. No primeiro caso, os efeitos perversos são aumento de insegurança e desestabilização do processo decisório. Sem que se saiba, por exemplo, quais são os parâmetros de aplicação da razoabilidade, fica difícil não apenas identificar as razões de decidir do julgado como saber que tipo de orientação a decisão que se toma agora pode ter para a solução de casos futuros. No segundo caso, o recurso a um princípio vago acaba por enviesar a argumentação, já que só uma das dimensões do comando abstrato é considerada na solução do caso concreto. O pressuposto para a sustentação dessa miopia argumentativa é a crença de que, quanto mais vago é o princípio, maior o seu potencial para produzir razões multidirecionais.

Se as duas dificuldades apontadas não são levadas a sério, a evocação de princípios se limita ao emprego de um recurso retórico quase sempre irrelevante para a justificação de decisões.⁵ Nesse contexto, qualquer tentativa de alteração legislativa que obrigue tomadores de decisão das esferas administrativa, controladora ou judicial a justificar melhor suas decisões, limitando diretamente ou não a invocação de padrões vagos nas suas fundamentações, é sempre bem-vinda. Esse é o objetivo buscado, por exemplo, pelo artigo 489 do Código de Processo Civil de 2015, que, em seu parágrafo primeiro, elenca os casos em que não se pode considerar uma decisão fundamentada e, em seu parágrafo segundo, no caso específico de “colisão entre normas”, dispõe que “o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

O mesmo espírito de busca pelo aumento da qualidade argumentativa das decisões inspira o Projeto de Lei 349/15 do Senado Federal. Apesar de vir em um bom momento, não está claro, porém, como o tipo de estra-

4 V., por exemplo, LEAL, Fernando. Argumentando com o sobreprincípio da dignidade da pessoa humana. *Arquivos de Direitos Humanos*, v. 7, 2007, p. 49 e ss.

5 V. SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça. In: _____. *Direito Administrativo Para Céticos*. 2ª ed. São Paulo: Direito GV/ Malheiros, 2014, p. 60 e ss. No caso do trabalho com princípios no Supremo Tribunal Federal, crítica nessa linha é feita por NEVES, Marcelo. Princípios e regras: do juiz Hidra ao juiz lolau. In: COSTA, José Augusto F.; ANDRADE, José Maria Arruda; MATSUO, Alexandra Mery H. (Orgs.). *Direito: teoria e experiência. Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau*. São Paulo: Malheiros, t. II, 2013, pp. 1149-1172.

tégia em que o projeto investe pode contribuir para alcançar o seu principal objetivo. Uma das obrigações que o projeto pretende incluir na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB) é a de consideração das “consequências práticas” das alternativas decisórias que se apresentam a juízes, controladores ou administradores. O *caput* do artigo 20 que se pretende aprovar dispõe que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem medir as *consequências práticas* da decisão”. O *caput* do artigo 26, por sua vez, estabelece que:

“[a] decisão que, na esfera administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso as suas *consequências* e, quando for o caso, as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional, equânime e eficiente, 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”.

Ambos os dispositivos podem ser avaliados de duas formas básicas. Em um cenário de elevada carência argumentativa, obrigar tomadores de decisão a, ao lado de princípios vagos, considerar mais um elemento de justificação *pode* contribuir para o aumento da qualidade da fundamentação das suas decisões. Se decisões são tomadas exclusivamente com base em padrões vagos, exigir do juiz que pense nos efeitos das alternativas decisórias que lhe são apresentadas e incorpore em seu julgamento essas reflexões deixará os resultados menos sujeitos a críticas sobre um possível déficit de justificação. Pelo menos em termos *quantitativos*. Recorrer a um princípio vago e discorrer sobre as consequências de alternativas de decisão parece, assim, melhor do que simplesmente mencionar um princípio vago.

Na verdade, seria possível até problematizar o artigo 20 por investir, no fundo, em uma redundância. Se princípios são normas com estrutura teleológica,⁶ a tomada de decisão com base em princípios jurídicos deveria necessariamente envolver um juízo sobre os possíveis efeitos atrelados à aplicação de medidas destinadas a realizar os estados de coisas a eles vinculados. Justificar decisões com base em princípios significa, assim, recorrer invariavelmente a raciocínios consequencialistas. Nesse ponto, ao exigir que, ao aplicar princípios vagos, o decisor pense nas consequências práticas de sua decisão, o artigo 20 pode significar um simples comando

6 Para a defesa de uma relação conceitual entre princípios jurídicos e estrutura teleológica de raciocínio v. LEAL, *Ziele und Autorität*. Baden-Baden: Nomos, 2014, p. 196 e ss.

para que essas normas sejam aplicadas como deveriam. Isso não é pouco na nossa realidade – ainda que não seja metodologicamente inovador.

O problema é que do aumento quantitativo de referências de argumentação não se infere o aumento da *qualidade* da justificação. Nesse aspecto, apenas ao exigir a consideração de consequências sem estabelecer critérios para neutralizar certas dificuldades intrinsecamente relacionadas ao trabalho com efeitos de alternativas de decisão, o projeto de lei pode não ser capaz de reduzir as incertezas de processos decisórios que se sustentem sobre princípios vagos ou que invalidem os atos referidos no artigo 26 que se pretende incluir na Lei de Introdução. Ao contrário. Assim como do aumento quantitativo dos referenciais de argumentação os autores do projeto de lei parecem assumir o aumento da qualidade da justificação, é igualmente possível sustentar que esse aumento quantitativo, nos termos do projeto de lei, poderá *augmentar* os níveis de incerteza nos processos de tomada de decisão jurídica.

Trabalhar com consequências em processos de tomada de decisão jurídica envolve dois tipos distintos de incerteza.⁷ O primeiro se localiza na dimensão positiva ou descritiva do raciocínio. Em tese, o que o projeto de lei sugere é que tomadores de decisão devem ser capazes de antecipar os efeitos futuros de alternativas de decisão. A questão aqui é como controlar essas prognoses. Se, para dizer com Luhmann, existe uma assimetria insuperável entre o futuro presente e o presente futuro,⁸ a validade de argumentos consequencialistas é necessariamente dependente da confiabilidade das prognoses feitas sobre o que acontecerá com o mundo caso um determinado curso de ação seja adotado. Por isso, a pergunta central a ser respondida neste plano de análise é: como tornar essas prognoses confiáveis, e não produtos de especulações intuitivas sobre o futuro?

O segundo tipo de incerteza diz respeito à dimensão normativa do raciocínio. Uma vez identificadas as consequências vinculadas a cada alternativa decisória, o tomador de decisão deve indicar um critério com base no qual ordenará as consequências para, só então, justificar a sua preferência por determinado curso de ação.⁹ No caso do artigo 20, não está claro se esse critério de valoração é o princípio vago que o decisor pretende adotar ou algum outro, como segurança jurídica, igualdade ou eficiência. E, não estando claro o critério de valoração, o problema é que

7 ARGUELHES, Diego Werneck e LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta]Teoria da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações. In: Daniel Sarmiento (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 190.

8 LUHMANN, Niklas. Selbstreferenz und Teleologie in gesellschaftstheoretischer Perspektive, *Neue Hefte für Philosophie*, v. 20, Göttingen, 1981, p. 6-7.

9 Sobre problemas metodológicos desse processo de valoração v. WEINBERGER, Ota. *Rechtslogik*. 2ª ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1989, p. 294-295.

o tomador de decisão segue livre para ranquear as consequências à sua maneira. Além disso, ainda que os critérios de valoração estejam fixados na lei (esses poderiam ser os casos de “proporcionalidade” e “interesses gerais” quando olhamos para o art. 26), como são termos vagos, nada impede que a indeterminação de suas prescrições reabra exatamente os problemas com os quais o PL pretende, no fundo, lidar. Finalmente, o Projeto de Lei não apresenta qualquer proposta para domesticar as incertezas que possam eclodir quando diferentes critérios de valoração de estados do mundo podem sustentar decisões opostas para o mesmo caso.

Em resumo, os problemas da dimensão normativa são dois: (i) como determinar os critérios de valoração para ordenar consequências antecipáveis (e, como um subproblema deste, determinar o sentido dos critérios de valoração aplicáveis em casos de vagueza) e (ii) como solucionar possíveis colisões entre critérios igualmente aplicáveis à mesma situação. No caso do artigo 26, parece ser possível extrair que, pelo menos em alguns casos, a sugestão normativa é de um juízo consequencialista às avessas: os critérios de ordenação de consequências estão fixados (proporcionalidade, igualdade, eficiência e atendimento a interesses gerais); a partir deles, deve o tomador de decisão indicar a alternativa decisória que gera efeitos positivos para promovê-los. Mas, se este é o caso, não está claro como a consideração de consequências não reabre exatamente os problemas que o *caput* do artigo 20 pretende combater. Para valorar estados do mundo com base, por exemplo, em proporcionalidade ou interesses gerais, é preciso que se determine o significado dessas expressões. Sem isso, a escolha pelas alternativas decisórias segue cercada de indeterminação.

Se as incertezas típicas das dimensões positiva e normativa de uma decisão orientada em consequências não devem ser descartadas, a simples exigência de considerar os efeitos de alternativas decisórias, mais uma vez, não parece suficiente para reduzir ou manter sob níveis administráveis as incertezas subjacentes à tomada de decisão jurídica nas esferas administrativa, controladora ou judicial. É certo que essa desconfiança não afeta a importância de se buscar alternativas para lidar com o recurso pouco parcimonioso a princípios vagos na justificação de decisões. No entanto, se o antídoto em que se aposta é a consideração de consequências, o projeto de lei poderia incluir disposições que almejassem neutralizar algumas das dificuldades apontadas.

O PL 349 poderia, por exemplo, exigir que tomadores de decisão recorressem, sempre que possível, a dados ou juízos técnicos para sustentar as suas prognoses (algo presente, de alguma forma, na proposta de redação do artigo 27); estabelecer regras de ônus de prova e determinar que resultado deveria ser privilegiado em cenários de plena incerteza ou ignorância sobre o futuro (regras de deferência institucional ou de manutenção do mundo “como está”, por exemplo); obrigar o tomador de deci-

são a selecionar critérios jurídicos para a ordenação de consequências e a justificar sua preferência por certa alternativa decisória em casos em que critérios diferentes possam ser aplicáveis; impor o ônus de determinação do sentido dos critérios de valoração utilizados para ordenar estados do mundo; criar regras de parada para a consideração de cadeias de consequências, ou argumentos do tipo “efeito dominó”, e prever mecanismos de vinculação para a solução de casos futuros. Esses são apenas possíveis caminhos para que, colocando em termos consequentialistas, o Projeto de Lei possa, se aprovado, produzir com maior probabilidade os efeitos que almeja no direito público brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARGUELHES, Diego Werneck; e LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta]Teoria da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações. In: Daniel Sarmento (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 171-211.

LEAL, Fernando. Argumentando com o sobreprincípio da dignidade da pessoa humana. *Arquivos de Direitos Humanos*, v. 7, 2007, pp. 41-67.

_____. *Ziele und Autorität*. Baden-Baden: Nomos, 2014.

LUHMANN, Niklas. Selbstreferenz und Teleologie in gesellschaftstheoretischer Perspektive, *Neue Hefte für Philosophie*, v. 20, Göttingen, 1981, p. 1-30.

NEVES, Marcelo. Princípios e regras: do juiz Hidra ao juiz Iolau. In: COSTA, José Augusto F.; ANDRADE, José Maria Arruda; MATSUO, Alexandra Mery H. (Orgs.). *Direito: teoria e experiência. Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau*. São Paulo: Malheiros, t. II, 2013, pp. 1149-1172.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça. In: _____. *Direito Administrativo Para Céticos*. 2ª ed. São Paulo: Direito GV/ Malheiros, 2014, pp. 205-229.

WEINBERGER, Ota. *Rechtslogik*. 2ª ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1989.

DOIS FUTUROS (E MEIO) PARA O PROJETO DE LEI DO CARLOS ARI

José Vicente Santos de Mendonça¹

1. INTRODUÇÃO: O CONSEQUENCIALISMO, AGORA POR LEI

O senador Antonio Anastasia (PSDB-MG) apresentou, no Senado, o Projeto de Lei 349/2015, com o propósito de acrescentar alguns artigos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil). O projeto de lei possui pedigree acadêmico: decorre de sugestão advinda do professor Carlos Ari Sundfeld (FGV-SP) e do professor Floriano de Azevedo Marques Neto (USP). Dez novos artigos seriam introduzidos na LINDB. A proposta consagra um conjunto de normas de direito público e de exegese juspublicística. Há desde exigências para o cumprimento do dever de motivação (ele seria cumprido indicando-se a necessidade e a adequação da medida, inclusive em face de possíveis alternativas [art. 20, § único]), passando por exigência de constituição de *regimes de transição* quando da constituição de novos estados de direito (art. 22), e chegando, até, à criação de ação *declaratória de validade de ato, contrato, ajuste ou norma administrativa* (art. 24), de regime equivalente ao da ação civil pública.

Pois bem. Considerando o evento acadêmico de que este livro é resultado, destacaria, dentre os dez artigos, o artigo 20 – o primeiro do projeto –, que parece ilustrativo dos méritos e impossibilidades da proposta.² Diz

¹ Professor adjunto de Direito Administrativo da UERJ. Professor da UVA (RJ). Doutor e mestre em Direito Público pela UERJ. LLM por Harvard. Procurador do estado e advogado.

² Faço referência, no título, ao “projeto do Carlos Ari”, mas sei que, em sua gênese, ele conta com a contribuição do professor Floriano de Azevedo Marques Neto. Menciono Carlos Ari porque estive na mesa de debates junto com o professor titular da FGV-SP no evento para o qual redijo este breve texto.

ele, em seu *caput*, que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem medir as consequências práticas da decisão”.³

Ou seja: caso o projeto se torne lei com a redação de seu art. 20, *caput*, haveria um dever específico para a motivação administrativa e judicial. Sob a provável pena de nulidade da decisão (o projeto não diz, mas a conclusão é óbvia), a sentença, o acórdão, a decisão da corte de contas, haveria que “medir” as “consequências práticas da decisão”. A decisão até poderia se valer de “valores jurídicos abstratos”, desde que medisse as consequências daquilo que estivesse pretendendo alterar ou manter no mundo.

Há dois futuros possíveis para o art. 20, *caput*, do projeto. A eles.⁴

2. O PRIMEIRO FUTURO: A TRANSFORMAÇÃO DA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA E JUDICIAL

O primeiro futuro seria o resultado ótimo da lei. Nele, autoridades não decidiriam o que quisessem, fundamentando a decisão em algum princípio da nova estação. O cenário seria menos ativista do que o atual: se julgadores estiverem vinculados à consideração e à medição das consequências práticas de suas decisões, o resultado será provavelmente menos revoltoso – para o bem e para o mal – do que o dos dias de hoje.

Há, no entanto, dificuldades para se crer em tal futuro. A primeira é que ele consagra a hipótese em que *autoridades interpretativas abdicam de poderes por meio de interpretação de lei*. Ora, foi justamente pela interpretação das leis, dos regulamentos e das constituições que o estado atual de coisas, pan-principiológico e ultra-ativista, consagrou-se. Em uma analogia singela, seria como pretender curar um alcoólatra com um remédio à base de cachaça.

E não é apenas isso: embora leis modernas adotem técnicas de empoderamento das autoridades decisórias (normas-quadro, conceitos indeterminados etc.), o fato é que não foi somente por isso – e talvez nem especialmente por isso – que se chegou até aqui. Leis ajudam ou atrapam

3 O projeto de lei, na sua redação original (ele recebeu algumas emendas, sem perder a substância, na revisão da senadora Simone Tebet), expõe sua filosofia a partir da utilização de certas palavras. Assim, por exemplo, a palavra “consequência” aparece duas vezes (no art. 20 e no art. 26); há, ainda, uso da expressão “consequências práticas” (art. 20, *caput*) e “circunstâncias práticas” (art. 21, § único).

4 Estou tomando o art. 20, *caput*, que me parece a norma mais significativa da proposta, como metonímia para o projeto de lei. Em todo caso, muitas das considerações aqui lançadas podem ser aplicadas às demais alterações.

lham, mas o que se tem é uma *cultura* de empoderamento simbólico de tecnoburocracias, em especial aquelas ligadas ao mundo do direito. Não é só porque a constituição fala em “melhor interesse da criança” que se criou um Ministério Público paternalista. É, antes disso, porque o promotor se percebe como alguém *melhor* do que o legislador, o administrador, os pais da criança. E culturas não se mudam apenas por meio de leis (mais sobre isso à frente).

Há, ainda, dificuldades técnicas de diversas ordens. Uma lei que exige, como condição de validade da decisão, a medição de consequências, carrega problemas quase insolucionáveis sobre (i) o que são consequências práticas, (ii) como elas podem ser expressas em unidades que permitam alguma comparação entre elas, (iii) qual será o critério que orientará essa métrica. Em outras palavras: exigir a medição de consequências práticas traz problemas de prognose, de comensurabilidade, de axiologia. Quem sabe seja, a pretexto de limitá-las, exigir demais – e daí necessariamente confiar demais – nas autoridades decisórias.

3. O SEGUNDO FUTURO: A RETÓRICA DAS CONSEQUÊNCIAS

O segundo futuro é mais provável do que o primeiro. É o futuro do cumprimento insincero desta nova Lei de Introdução. O art. 20, *caput*, não traria dever real de medição das consequências práticas da decisão, mas *dever de utilização de uma retórica de consequências*. Desse modo, o comando *não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem medir as consequências práticas da decisão* seria lido como *não se decidirá sem incorporar, à gramática da decisão, alguma cogitação sobre consequências práticas*. Aqui, a norma não gera controle da decisão, mas provoca a alteração do *estilo da decisão*.

Este cenário, que não é transformador, é provável porque, em certa medida, já é realidade. Nota-se que, em algumas decisões, o STF, por exemplo, vem flertando com certo consequencialismo genérico. Na famosa decisão do *habeas corpus* 124306, o voto que alcançou a maioria da Primeira Turma, do ministro Luís Roberto Barroso, considerou as consequências práticas de se manter a proibição do aborto até o terceiro mês de gravidez.

E é provável porque não só mantém o poder junto às autoridades decisórias, mas também porque supera as dificuldades técnicas de um consequencialismo consequente (afinal, bastaria *mencionar* consequências, e não identificá-las, medi-las, compará-las). Além disso, ele responde à necessidade, típica da prática do direito, por novidades irrelevantes. Se, ontem, a tendência era a ponderação, a proporcionalidade, Alexy e a

Alemanha, hoje, talvez, o *must* seja o pragmatismo, o consequencialismo, Posner e os Estados Unidos. Vai-se a ponderação, entra o pragmatismo; fica, em todo caso, o decisionismo.

4. ENCERRAMENTO: O MEIO FUTURO: INCLINAÇÕES PRAGMÁTICAS E MUDANÇAS DE CULTURA

Mas talvez o futuro, assim como a verdade, esteja no meio. Nem uma transformação autoabdicante de poderes, nem o inócua acréscimo da palavra “consequências” às fundamentações. Um cenário de primeiro passo; de inclinações pragmáticas que testam caminhos.

Mudar a gramática do direito é mudar – um pouco – o mundo das decisões. O art. 20 do projeto talvez não tenha plena efetividade (isto é, não creio no primeiro futuro). A despeito disso, ele é importante, mais do que sugere o segundo cenário, pelo que sinaliza. O juiz que buscar “consequências práticas” para fundamentar seu decisionismo estará sendo *educado* e *constrangido* por uma nova gramática. Além disso, uma coisa é discutir, à luz da decisão de licenciar o empreendimento, a “dimensão objetiva do direito fundamental à dignidade da pessoa humana enquanto dever de proteção”; outra é discutir se o estado de coisas A (“os peixes vão morrer na lagoa”) é preferível ao estado de coisas B (“a hidrelétrica não será construída e provavelmente faltará energia na região”). Consequências práticas podem ser muitas coisas, mas são menos coisas do que, por exemplo, a *vis expansiva* dos direitos fundamentais ou a dignidade da pessoa humana.

Por isso, deve-se saudar o consequencialismo decisório de que o art. 20, *caput*, da LINDB alterada, promete ser expressão legislativa: se de fato culturas não mudam por leis, leis podem sinalizar *zeitgeists* e indicar caminhos. Oxalá a consequência desse projeto de lei seja o fato de as autoridades brasileiras serem obrigadas a pensar nas consequências de seus atos.

OBSOLESCÊNCIA REGULATÓRIA POR EFEITO DE INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS: VAI DE UBER OU DE TÁXI?

Gustavo Binenbojm¹

I. INTRODUÇÃO: O CASO UBER E SEU EFEITO DISRUPTIVO SOBRE A REGULAÇÃO DOS MEIOS DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS

O presente estudo tem por objetivo analisar o fenômeno UBER e seu efeito *disruptivo* sobre a regulação dos serviços de transporte individual de passageiros. O caso é especialmente interessante porque nele se apresenta toda a complexidade do processo regulatório, inclusive a resistência dos taxistas – participantes exclusivos, até então, do mercado de transporte individual de passageiros – diante da ampliação da oferta de serviços similares por terceiros, viabilizada em razão do surgimento de inovação tecnológica que permite o compartilhamento eletrônico de informações e do desenvolvimento de um novo modelo de negócios, que tem sido denominado de economia compartilhada (*sharing economy*).²

1 Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Doutor e Mestre em Direito Público, UERJ. Master of Laws (LL.M.), Yale Law School (EUA). Professor Emérito da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Advogado.

2 Os estudos iniciais de “economia compartilhada” começam a ganhar destaque em 1978 com o trabalho de FELSON, Marcus & SPAETH, Joe L., Community Structure and Collaborative Consumption: a routine activity approach. In: *American Behavioral Scientist*, vol. 21, nº 4, Março/Abril, 1978, pp. 614,624. Os autores se referem a atos de “consumo colaborativo” para designar “eventos nos quais uma ou mais pessoas consomem bens ou serviços em um processo econômico de se engajar em atividades comuns.” (*Ibid.*, p. 614).

O fenômeno UBER será a seguir exposto como um estudo de caso. De acordo com a Constituição brasileira de 1988, a União tem competência privativa para legislar sobre “*diretrizes da política nacional de transportes*” e “*trânsito e transporte*” (art. 22, IX e XI). Nesse sentido, foram editadas a Lei federal nº 12.587/2012, que trata da Política Nacional de Mobilidade Urbana, e a Lei federal nº 12.468/2011, que regulamenta a profissão de taxista. Em ambas as leis, há a previsão de que a “*a utilização de veículo automotor, próprio ou de terceiros, para o transporte público individual remunerado de passageiros*” é privativa de taxistas.

O mercado de táxis opera em três segmentos: (i) o segmento de pontos de táxi, conhecido na literatura internacional como *taxi rank*; (ii) o segmento de rua, chamado de *hailing*; e (iii) o segmento porta a porta, também conhecido como *pre-booking*, *taxi-booking* ou *phone booking*, no qual também operam os provedores de serviços de caronas pagas.³ A prevalência de cada modalidade do serviço varia de cidade para cidade ao redor do mundo. Em geral, centros urbanos densamente povoados, como Rio de Janeiro e São Paulo, apresentam grande proporção de táxis dos dois primeiros segmentos, ao passo que cidades com menos habitantes, como municípios do interior do país, tendem a ser dominadas pela modalidade porta a porta.

Tradicionalmente, a racionalidade regulatória do serviço de táxi é apresentada a partir de quatro principais preocupações: (i) redução da *assimetria de informação* (dados os altos custos de transação envolvidos na identificação e na escolha pelo usuário do seu transportador); (ii) garantia de *segurança* na atividade; (iii) melhoria na *qualidade* do serviço; e (iv) controle de *externalidades* negativas (poluição ambiental e congestionamento urbano).⁴ Informado por tais objetivos, o Poder Público tem historicamente submetido o mercado de táxi a um intenso controle re-

3 V. Organization for economic Cooperation and Development (OECD). Competition Committee. *Taxi Services Regulation and Competition*. Roundtables on Competition Policy nº 81, Paris, Out. 2007, p. 18: “*Taxis are small passenger vehicles providing point-to-point personal transport services. In this general context, the taxi market can be further divided into three broad categories: the rank, hail and prebooked markets. Taxi ranks are designated places at which taxis may queue to await passengers, and vice versa. Passengers are generally expected to take the first cab at a rank. The hail market comprises situations in which consumers hail a cruising taxi on the street. In the pre-booked a market, consumers telephoned for a taxi, whether for immediate dispatch or for dispatch at a later time*”.

4 V. GWILLIAM, Kenneth M. *Regulation of Taxi Markets in Developing Countries: Issues and Options*. Transport Notes, Urban Transport Thematic Group, The World Bank, Washington/DC, No. TRN-3, fev. 2005. Disponível em: http://www.taxi-library.org/trn-3_taxi_reg.pdf. Acesso em: 1 out. 2015. V., tb., RANKENA, Mark W; PAUTLER, Paul A. *An Economic Analysis of Taxicab Regulation*. U.S. Federal Trade Commission, 1984. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/economic-analysis-taxicab-regulation/23832.pdf>>. Acesso em: 1 out. 2015.

gulatório, marcado que é pela disciplina jurídica de variáveis econômicas centrais para o exercício da atividade, tais como *entrada, preço, qualidade e segurança*. É nesse sentido que o serviço de táxi configura uma modalidade de transporte público *individual* de passageiros, isto é, uma atividade econômica em sentido estrito, sujeita a intensa regulação estatal, mas não um típico serviço público, como são os diferentes modais de transporte público *coletivo* de passageiros.

A fiscalização de entrada é apresentada como medida voltada a reduzir o impacto de externalidades negativas (pelo controle do volume de tráfego urbano e dos níveis de poluição ambiental) e a garantir a segurança de usuários e terceiros (ao permitir a verificação da habilitação técnica e da idoneidade moral dos condutores, além das condições de funcionamento dos veículos). O tabelamento de preços volta a mitigar as assimetrias de informação e os altos custos de transação que oneram o usuário do serviço.⁵ Já os *indicadores de performance* buscam otimizar a qualidade do serviço e a segurança no exercício da atividade, estipulando, por exemplo, tempo máximo de rodagem dos automóveis, testes periódicos do veículo, regularidade do taxímetro, identificações no automóvel, verificação rotineira de antecedentes criminais do motorista, exames médicos, limites de idade, entre outros requisitos.

Em virtude da natureza pública do transporte de passageiros realizado pelos taxistas, as questões fundamentais que constituem o objeto de controvérsia estão postas da seguinte forma: o transporte privado individual de passageiros, não sujeito à outorga de autorizações específicas pelo Poder Público, é proibido pela legislação brasileira? Uma lei ordinária poderia instituir o monopólio dessa atividade econômica? É possível interpretar normas regulatórias infraconstitucionais em sentido contrário aos princípios constitucionais da livre iniciativa, da livre concorrência e da liberdade de exercício profissional? Quais as consequências jurídicas, sobre os marcos regulatórios até então vigentes, da superação empírica, pelos próprios mercados regulados, de antigas falhas que justificaram a intervenção estatal original? É possível falar-se numa verdadeira regulação *disruptiva* produzida pelo fenômeno UBER?

5 Como explicam Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo e Eduardo Frade Rodrigues, "o consumidor que busca um táxi normalmente não tem condições de pesquisar adequadamente os melhores preços e serviços disponíveis, como se estivesse transitando por lojas em um *shopping center*. Como não sabem quando outro táxi irá passar nem quanto esse outro motorista irá lhe cobrar, os potenciais passageiros dificilmente rejeitam o primeiro táxi que lhes é oferecido. Tal condição é ainda mais agravada no caso, por exemplo, de turistas, que não conhecem a cidade e seus serviços de táxi, ou na ocorrência de condições climáticas adversas". V. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert & RODRIGUES, Eduardo Frade. Proporcionalidade e melhora regulatória: a regulação dos serviços de táxi. In: *Revista do IBRAC*, nº 22, 2013, p. 287.

2. A NATUREZA DA REGULAÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS. DISTINÇÕES EM RELAÇÃO AOS SERVIÇOS DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS, VERDADEIROS SERVIÇOS PÚBLICOS

Em primeiro lugar, impõe-se reconhecer que a atividade de prestação do serviço de transporte individual de passageiros, quando tomada em sentido amplo, *não é exclusiva de taxistas*. Enquanto a Lei nº 12.468/2011 se destina apenas a quem detém a condição jurídica de taxista, a Lei nº 12.587/2012, por sua vez, estabelece as diretrizes normativas que norteiam as políticas públicas para o setor, que incluem, de forma clara, os meios privados de transporte de passageiros no âmbito das políticas públicas para o transporte urbano (arts. 3º, §2º, III, e 4º, I). Esse segundo diploma legislativo, de escopo mais amplo que o primeiro, tem o claro objetivo de maximizar a disponibilidade e o acesso da população a meios de transporte individuais e privados.

Em segundo lugar, sob o prisma constitucional, a atividade de prestação do serviço de transporte individual de passageiros é atividade econômica em sentido estrito, e não serviço público, como as atividades de transporte coletivo. Dessa forma, a lei ordinária *não poderia validamente criar um novo monopólio de atividade econômica*, além daqueles já compreendidos na Constituição Federal (CF, art. 177). Reputa-se, portanto, inconstitucional qualquer interpretação das leis citadas acima no sentido da existência de um monopólio legal em favor dos taxistas.⁶ De outro lado, ainda que se admita a disciplina legal do serviço de táxi como serviço público (o que nos parece uma opção jurídica válida), ele jamais poderia ser *exclusivo*, porque ausente qualquer razão legítima a justificar a vedação à exploração do transporte individual de passageiros como atividade econômica (assimetria regulatória). Eventual lei que instituisse a aludida exclusividade criaria hipótese odiosa e inconstitucional de restrição regulatória à livre concorrência.⁷

No âmbito dos serviços públicos típicos, todavia, as escolhas regulatórias ganham complexidade. É que os serviços públicos estão diretamente vinculados à satisfação de direitos fundamentais⁸ e envolvem vetores

6 V., a propósito, o parecer de Daniel Sarmiento, cujas conclusões coincidem com as afirmações ora expostas: SARMENTO, Daniel. *Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O 'caso Uber'*. Parecer. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-15/aplicativo-uber-nao-ferre-leis-brasileiras>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

7 Sobre o tema, v. JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Restrições regulatórias à concorrência*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

8 “A atividade de serviço público é um instrumento de satisfação direta e imediata

como universalização, continuidade e modicidade tarifária. Esses fatores, por vezes, impõem e justificam a derrogação da lógica de mercado das normas de direito privado, como meio para tornar possível o acesso dos indivíduos às utilidades essenciais que compõem o rol de seus direitos fundamentais.

De fato, cabe ao Estado, em cada caso, ponderar os fatores que recomendam a adoção da concorrência com as preocupações relacionadas à indissociável relação entre os serviços públicos, a realização da dignidade da pessoa humana e a coesão social.⁹ A ponderação deve dar preferência àqueles valores que melhor se coadunarem com a concretização dos fins constitucionais pretendidos.

Assim, nem sempre a livre concorrência será o melhor caminho. Como destaca Alexandre dos Santos Aragão, “não apenas no âmbito dos serviços públicos, mas a *fortiori* na sua seara, a concorrência não é um valor em si mesmo, podendo constituir, outrossim, um instrumento de realização eficiente dos objetivos dos serviços públicos.”¹⁰ Só se deve privilegiar a concorrência enquanto ela for um meio adequado para assegurar tais objetivos.

Tenha-se em vista que as obrigações adicionais impostas ao concessionário do serviço público, relacionadas à universalização, continuidade e modicidade tarifária, têm – e não podem deixar de ter, no regime capitalista – como contrapartida o possível estabelecimento de regime jurídico de privilégio na sua prestação. Assim, por exemplo, garante-se ao concessionário a preservação da equação econômica do contrato de concessão, como também, em diversos casos, pode ser necessário atribuir-se a exclusividade na exploração da atividade econômica em sentido amplo que constitui o seu substrato. Vale dizer: serviços públicos podem ser exclusivos¹¹ e, em determinados casos, a exclusividade é medida necessária para viabilizar a sua prestação de forma satisfatória.

dos direitos fundamentais, entre os quais avulta a dignidade humana. O serviço público existe porque os direitos fundamentais não podem deixar de ser satisfeitos. (...) Todas as atividades estatais, mesmo as não administrativas, são um meio de promoção dos direitos fundamentais. Mas o serviço público é o desenvolvimento de atividades de fornecimento de utilidades necessárias, de modo direto e imediato, à satisfação de direitos fundamentais. Isso significa que o serviço público é o meio de assegurar a existência digna do ser humano. O serviço de atendimento a **necessidades fundamentais e essenciais** para a sobrevivência material e psicológica dos indivíduos.”

9 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 421.

10 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. Cit.*, p. 421.

11 V. STF, ADPF nº 46, voto do Ministro Eros Grau, p. 4: “Os regimes jurídicos sob os quais são prestados os serviços públicos importam em que sua prestação seja desenvolvida sob privilégios, inclusive, em regra, o da exclusividade na exploração

Um exemplo dessa constatação encontra-se nos casos de monopólio natural (situação na qual a existência de um único agente atuando em determinado campo econômico pode trazer maiores benefícios à sociedade do que se houvesse um mercado amplo). Tome-se o exemplo dos serviços de distribuição de gás ou de energia elétrica. Os investimentos necessários à expansão de tamanha infraestrutura são altíssimos e, em boa parte dos casos, jamais poderiam ser efetuados em um ambiente de livre concorrência. Em determinados lugares e condições, somente a exploração exclusiva do serviço pelo investidor é capaz de justificar os custos envolvidos e viabilizar a sua adequada prestação. Em casos que tais, a existência de **regulação de entrada** e a limitação do mercado a um ou a um determinado número de *players*, por exemplo, é a medida mais adequada a ser adotada pelo ente regulador.

Sobre o tema, Floriano de Azevedo Marques Neto comenta que:

“quando tratamos de utilidades públicas, a regulação econômica não pode se pautar apenas pelo prisma da competição. Os interesses da sociedade (os móveis da regulação estatal) enredados nessa atividade não são exclusivamente traduzidos por critérios de eficiência econômica tais como redução de custos e livre opção pelos usuários. **Há toda uma gama de interesses de universalização e de perenidade na fruição destes serviços (porquanto se considere ser relevante para a coletividade que, como meta, todos os indivíduos possam se servir dessa utilidade) que justificam a preterição, ao menos transitória, de um regime de competição plena o qual tende a beneficiar sempre a parcela dos consumidores efetivos, em detrimento dos consumidores potenciais do serviço.** (...) Privilegiar o vetor do benefício competitivo quando majoritariamente apropriado pelos consumidores hipersuficientes, em detrimento do aumento da base dos que podem usufruir de uma atividade essencial, **viola tanto os princípios e objetivos fundamentais da República (cf. art. 10, 11 e III e art. 30, I, III e IV), quanto os axiomas estruturantes da Ordem Econômica (cf. art. 170, caput e incisos III e VIII).**”¹²

da atividade econômica em sentido amplo a que corresponde a sua prestação. É justamente a virtualidade desse privilégio de exclusividade na prestação, aliás, que torna atrativo para o setor privado a sua exploração, em situação de concessão ou permissão”. V. tb GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, São Paulo: Malheiros, 2005.

12 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural*. In: Revista de Direito Administrativo (RDA), v. 223, 2001, pp. 137 e 140; grifou-se.

Pode, assim, haver razões jurídicas, econômicas e técnicas que justifiquem a adoção, em certos casos, lugares e momentos históricos, de medidas restritivas ao acesso de certos agentes ao mercado. É nesse contexto que se enquadra o objeto da presente análise. Embora a regra, no âmbito do serviço público, seja a adoção de um modelo de ampla competição (não exclusividade), nada impede que essa lógica seja afastada em razão de outros fatores, que indiquem que os fins perseguidos serão mais bem atendidos com a adoção de um modelo distinto.

Com efeito, as Constituições Estadual e da República admitem esse tipo de ponderação, porque não a vedam. A prova disso é que mesmo a Lei Federal nº 8.987/97 (art. 16) e a Lei Estadual nº 2.831/97 (art. 5º), das quais se extrai a regra geral da não exclusividade, admitem expressamente a concessão em regime de exclusividade nos casos de **inviabilidade técnica** ou **econômica justificada**.

E, de fato, mais do que ser lícito, é necessário que o legislador infraconstitucional defina um sistema normativo flexível o bastante para admitir exceções, sobretudo quando se trata da prestação de serviços públicos essenciais. Na hipótese do transporte público municipal, como visto, essa flexibilidade traduz-se na possibilidade de os municípios, dentro de sua esfera própria de atuação (que envolve, como se viu no item anterior, o interesse local), analisarem a situação concreta e adotarem o regime jurídico que atenda, da melhor forma possível, as demandas constitucionais que incluem a busca por modicidade tarifária, universalização e qualidade dos serviços públicos.

Daí porque, como salienta Patrícia Sampaio, é possível, e até conveniente em alguns casos, a outorga de exclusividade ao prestador de determinado serviço público:

“O próprio art. 175, por outro lado, determina que a pessoa jurídica de direito público titular do serviço poderá delegá-lo a particulares, na forma da lei, mediante os institutos da concessão e da permissão de serviços públicos, após processo licitatório. A Lei Geral de Concessões e Permissões de Serviços Públicos (Lei n. 8.987/95), por sua vez, estabelece, em seu art. 16, que **sempre que possível** o serviço público seja concedido de modo não exclusivo, com vistas a propiciar a concorrência. (...) Dessa forma, não se pode desconsiderar que, **se a opção política do ente da federação for delegar o serviço ou atividade monopolizada mediante a outorga de exclusividade ao seu explorador, ter-se-á, no caso, uma concorrência “no mercado”, já que, por decisão política, existirá apenas um prestador do serviço durante o prazo de execução do contrato**. Haverá, assim,

a criação de poder econômico, para cuja disciplina o direito possui diversos instrumentos, tais como, **controle tarifário, exigência de qualidade mínima da prestação, metas de universalização**.¹³

Assim, seria viável, a depender do contexto fático e dos objetivos estatais, instituir regime de exclusividade no modal de transporte coletivo de passageiros por ônibus, como estratégia regulatória para assegurar alguma forma de modicidade tarifária, mediante subsídio cruzado entre linhas deficitárias e superavitárias da cidade, por exemplo. Nesse caso, a exclusividade seria uma forma de evitar o ataque oportunista apenas aos elos lucrativos da cadeia econômica. Realmente, o fato de haver grande disparidade entre linhas superavitárias e deficitárias, aliado à necessidade de universalização do serviço público e à perseguição de modicidade tarifária, podem justificar a criação de barreiras de entrada, mediante a exclusão de outros prestadores. Em um ambiente sem regulação, em que se operasse a livre concorrência, os agentes tenderiam a focar nos mercados mais rentáveis (fenômeno conhecido como “*cherry picking*”, ou seja, realizar escolhas seletivas para operar apenas nas áreas consideradas as “cerezjas do bolo”). Com isso, as demais áreas – justamente as mais necessitadas – ficariam desassistidas, ou não seriam atendidas satisfatoriamente, muito menos a preços módicos.

No caso dos serviços de transporte individual de passageiros, entretanto, a lógica dos serviços públicos não se aplica. Mais que isso: ainda que se pretenda qualificá-los impropriamente como serviços públicos (*serviços públicos impróprios*), inexistem razões técnicas ou econômicas que possam justificar a sua prestação em regime de exclusividade.

3. As INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS E GERENCIAIS DO FENÔMENO UBER

O UBER é um aplicativo (*mobile app*), disponível para *download* em *smartphones*,¹⁴ que permite a qualquer usuário requisitar um veículo de motorista profissional, previamente credenciado no UBER, para transporte individual de passageiros. O serviço prestado pelos agentes credenciados do UBER é similar ao serviço de transporte de passageiros em veículo a táxi (táxi). Originariamente, o UBER, em termos operacionais, ado-

13 SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 209-211. (grifo)

14 Um *smartphone* é um telefone móvel que permite o acesso a programas executados através de sistema operacional. Tais programas são chamados de aplicativos (*apps*).

tava o modelo de negócio denominado “carona remunerada”, através do qual o agente credenciado no UBER, motorista profissional proprietário de veículo com as especificações mínimas exigidas pelo sistema, dava uma “carona” a potenciais interessados, previamente cadastrados.

Após a realização do transporte de passageiros, o usuário realiza o pagamento previamente estipulado, por meio de cartão de crédito, e o agente credenciado recebe uma remuneração pelo serviço prestado diretamente do UBER, que é destinatário de *percentual do pagamento efetuado pelo passageiro*. Entretanto, o modelo inicial de “caronas remuneradas” superou expectativas devido à qualidade do serviço de transporte de passageiros prestado pelos agentes credenciados do UBER, o que inclui automóveis mais novos e luxuosos, motoristas mais bem-vestidos e solícitos, além de preços verdadeiramente competitivos. Assim, o UBER fidelizou parte da demanda por transporte individual de passageiros, insatisfeita, por diversos motivos, com os serviços prestados pelos taxistas.

Em verdade, a grande revolução no mercado de transporte individual de passageiros ocorreu com o desenvolvimento de aplicativos (*apps*) em *smartphones* para centrais de táxis, que são sistemas cuja função é a de permitir a requisição de um automóvel com motorista pelo usuário sem a necessidade de (i) ligação telefônica para centrais de atendimento, (ii) ligação direta para o taxista ou (iii) realização de sinal em via pública.¹⁵

Nessas novas circunstâncias, geradas pela inovação tecnológica proporcionada pela criação dos *apps*, houve um impacto relevante na forma de relacionamento e compartilhamento de informações entre taxistas e usuários, com grande benefício econômico imediato para os motoristas que aderiram ao credenciamento efetuado pelos gestores dos *apps*, por dois motivos principais.

Em primeiro lugar, tais aplicativos foram muito bem recebidos pelos usuários por conta da facilidade de uso e do acesso rápido aos táxis, sobretudo em cidades onde a oferta do serviço era precária. Em segundo lugar, o *app* permitiu ao motorista se comprometer com pedidos de transporte de passageiros segundo critérios geográficos de proximidade e de forma imediata. Desse modo, os pedidos são programados rapidamente e sem a necessidade de procurar clientes nas ruas, gerando economia de combustível e multiplicação dos serviços prestados.

Consequentemente, os taxistas vinculados aos *apps* de centrais de táxi passaram a lucrar mais, já que os ganhos de eficiência decorrentes do uso do aplicativo não foram repassados aos preços praticados porque

15 “EasyTaxi” e “99Taxis” são exemplos publicamente conhecidos de *apps* de centrais de táxi e até hoje são contestados, inclusive, por alguns taxistas que não aderiram aos mecanismos de gestão de informação dos referidos aplicativos.

sujeitos a tabelamento – regulação de preços – e, simultaneamente, não houve impacto direto ou exigências regulatórias adicionais de melhoria da qualidade do serviço prestado.

Pois bem: e o UBER? O UBER utilizou a mesma tecnologia que viabilizou a criação dos *apps* de centrais de táxi, embora tenha lançado um modelo de negócios diferenciado que se dispõe a oferecer um serviço de transporte individual de passageiros com maior qualidade. Ao contrário do táxi, o UBER fornece ao potencial usuário diversas informações relevantes, notadamente: (i) informações sobre o perfil do motorista; (ii) grau de segurança e conforto de veículo; (iii) trajeto a ser percorrido; e (iv) estimativa de preço, diminuindo intensamente assimetrias de informação relacionadas à qualidade do serviço a ser prestado. Vale registrar que o aplicativo fornece ainda a avaliação dos usuários daquele motorista especificamente designado para atendimento ao consumidor do serviço (sistema de *scoring*).

Por isso, o agente credenciado do UBER tem forte incentivo a prestar o melhor serviço de transporte possível, já que está sujeito a um sistema de credenciamento mais rigoroso e seu desempenho é avaliado pelos usuários, o que beneficia a todos os potenciais consumidores. De fato, a construção de uma boa reputação pelo motorista, devidamente amparada pelas notas dadas pelos usuários anteriores, é elemento essencial de manutenção do credenciamento no UBER.

Em linhas gerais, dentre as vantagens apontadas pelos usuários do UBER, afirma-se que: (i) os agentes credenciados possuem carros bem mais novos e mais confortáveis que os taxistas; (ii) há maior qualidade, pontualidade e cortesia do atendimento; (iii) há a possibilidade de o usuário solicitar o estorno de cobranças indevidas por meio de canais eletrônicos de autoatendimento; e (iv) o pagamento pelo serviço é mais fácil, pois o UBER fatura o serviço no cartão de crédito previamente cadastrado pelo usuário.

Adicionalmente, é possível afirmar que o sucesso do UBER não advém apenas da maior qualidade do serviço de transporte prestado, mas também da insatisfação dos usuários quanto ao serviço prestado pelos taxistas. As reclamações em relação aos táxis são inúmeras. Além de críticas relativas à (i) sujeira dos veículos, à (ii) falta de educação do motorista, à (iii) falta de troco no caso de pagamento em dinheiro e a (iv) outras formas desconfortáveis de atuação do taxista em relação ao usuário, tal como a prática comum de não ligar o ar-condicionado no verão para economizar combustível, a principal reclamação diz respeito à pouca disponibilidade dos taxistas em todos os horários do dia e em determinadas regiões da cidade, chegando a haver casos de recusas explícitas de taxistas para ir a determinadas localidades.

4. A REAÇÃO DO LOBBY DOS TAXISTAS: A TENTATIVA DE PRESERVAÇÃO DO MONOPÓLIO (OU EXCLUSIVIDADE) DOS SERVIÇOS E DE SUA REGULAÇÃO FALHA

Diante da nova realidade de mercado, os taxistas, insatisfeitos com a entrada e o sucesso¹⁶ do UBER, iniciaram um movimento público, intenso e hostil, de contestação. Além da pressão política pelo banimento do UBER e do uso de medidas judiciais destinadas a suspender o acesso ao aplicativo, há relatos na mídia de que os agentes credenciados no UBER têm sofrido ameaças de agressão física e intimidações de toda ordem, inclusive de órgãos públicos de controle vinculados a departamentos e secretarias de transporte coletivo de passageiros.

Essa situação gerou, inclusive, uma representação administrativa proposta contra sindicatos e pessoas ligadas ao segmento de táxi e dirigida ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), na qual se alega: (i) o cometimento de *sham litigation* – uso abusivo de medidas judiciais destinadas a impedir a atuação de concorrentes no mercado –, (ii) incitação e recurso à violência e (iii) pressão excessiva perante o Poder Legislativo, solicitando-se uma medida preventiva de cessação de condutas anticompetitivas em desfavor dos requeridos.¹⁷

Analisadas as circunstâncias do caso UBER, percebe-se claramente o efeito impressionante que o desenvolvimento de aplicativos (*apps*) contendo sistemas de “economia compartilhada” (*sharing economy*) causou em uma estrutura regulatória rígida e relativamente estável até então, provocando um choque que põe em xeque a eficiência da estrutura regulatória até então adotada. Em outras palavras, o advento desse novo modelo de negócios, utilizado para facilitar o relacionamento entre motoristas e usuários do serviço de transporte individual de passageiros, afetou todas as bases regulatórias relacionadas ao modelo tradicional de concessão de outorgas de autorizações a taxistas. Até então, os taxistas gozavam de exclusividade na prestação do serviço de transporte individual de pas-

16 O sucesso do UBER tem atraído novos concorrentes. Recentemente, o aplicativo de localização geográfica por GPS “Waze”, do Google, iniciou um projeto experimental semelhante ao UBER em Tel Aviv, em Israel, chamado “RideWith”, que permite aos usuários o compartilhamento de caronas particulares, à semelhança do modelo original do UBER. V. CARVALHO, Lucas. Waze concorre com Uber e lança *app* de caronas em Israel. In: *Exame*. Publicado em 08.07.2015. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/tecnologia/noticias/waze-concorre-com-uber-e-lanca-app-de-caronas-em-israel>>. Acesso em: 12 jul. 2015.

17 SELIGMAN, Felipe & GONÇALVES, Natália. A favor do Uber, universitários pedem ao CADE medida contra taxistas. In: *Jota*. Publicado em 08.07.2015. Disponível em: <<http://jota.info/a-favor-do-uber-universitarios-pedem-ao-cade-medida-contra-taxistas>>. Acesso em: 12 jul. 2015.

sageiros, e a entrada de novos prestadores no mercado era – e ainda é – muito difícil, tendo em vista obstáculos burocráticos e limites no número de concessões de outorga de autorizações para táxi, arbitrariamente definidos nas legislações locais.

Bem organizados, os sindicatos de taxistas exercem *lobby* constante sobre políticos, o que explica as diversas isenções tributárias aos proprietários de táxis, bem como a manutenção das aludidas limitações no número de outorga de autorizações nas legislações locais que constituem indícios fortes de captura regulatória. A propósito, pode-se citar, a título exemplificativo, a Lei nº 5.492/2012, do Município do Rio de Janeiro, que estipula um critério máximo de outorga de autorizações para táxis, correspondente à “proporção de um veículo para cada setecentos habitantes do Município” (art. 1º), além de proibir “a liberação de nova permissão até ser alcançada a proporcionalidade estabelecida no artigo anterior” (art. 2º) e excluindo a possibilidade “[d]a constituição de novas empresas que operem como locadoras de veículos e taxímetro no Município do Rio de Janeiro” (art. 7º).

Trata-se, evidentemente, de barreira normativa à entrada – ou regulação de entrada limitadora da quantidade de serviço ofertado – de potenciais taxistas que não encontra respaldo em evidências empíricas sobre as reais necessidades percebidas no mercado. Por que um veículo para cada setecentos habitantes? Qual o fundamento empírico ou econômico para legitimar a razão “um veículo – setecentos habitantes”? O motivo é incerto. No entanto, certa é a existência – notória nos maiores municípios – de um mercado secundário marginal operado por titulares de autorizações, em que as licenças são controladas por oligopólios de grupos empresariais que efetuam o “aluguel” dos táxis a terceiros interessados através do mecanismo de “diárias”, o que sugere um forte indício de prática de sobrepreço no mercado de prestação de serviço de transporte público de passageiros por táxi, inclusive na previsão desnecessária da “bandeira 2”.¹⁸

18 Curiosamente, há uma notável escassez de informações públicas a respeito do conteúdo de estratégias regulatórias – adotadas pelos municípios – aptas a identificar custos e benefícios da regulação aplicável ao mercado de prestação de serviço de transporte individual de passageiros. No entanto, devido à polêmica envolvendo o UBER, há relatos recentes, veiculados na mídia, que confirmam a existência de oligopólios empresariais de titulares de licenças de táxi, bem como a existência de um mercado secundário marginal de “aluguel” por “diárias”. Nesse sentido, em relação ao Município do Rio de Janeiro, é importante citar matéria *on-line* do veículo de mídia “O Globo” no sentido de que “apenas três grupos controlam 55,8% dos táxis de empresas na cidade”. V. MAGALHÃES, Luiz Ernesto. Apenas três grupos controlam 55,8% dos táxis de empresas na cidade: o Rio tem 15 empresas registradas na prefeitura. In: O Globo. Publicado em 14.08.2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/apenas-tres-grupos-controlam-558-dos-taxis-de-empresas-na-cidade-17179697#ixzz3jOeBLgo3>>. Acesso em: 30 ago. 2015. V., ainda, matéria *on-line* do jornal “Extra”, que afirma haver “um grupo de quinze empresas de aluguel de táxis” que “fatura R\$ 6.700.000,00 (seis milhões e setecentos mil reais) por mês com

Aliás, como informado por Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, há estudos que sugerem a eliminação da regulação de entrada e de preços em relação aos taxistas, justamente porque não há argumentos empíricos de natureza econômica que a fundamentem.¹⁹ Por outro lado, o número de motoristas profissionais cadastrados no UBER não depende de qualquer autorização estatal e variará de acordo com a percepção dos potenciais interessados a respeito dos retornos econômicos esperados em caso de cadastramento e disponibilização aos usuários. Adicionalmente, é importante notar que o UBER opera mediante exigência de uso de carros com padrão mais elevado de conforto, e os agentes credenciados não usufruem de isenções tributárias.

Além de haver barreiras à entrada, limitando-se a quantidade de táxis em circulação, a experiência tem mostrado que a fiscalização quanto à qualidade do serviço prestado pelos taxistas tem deixado a desejar, seja em razão do estado de conservação de alguns veículos seja em virtude da qualidade do atendimento direto ao usuário realizado pelo taxista (regulação de qualidade). Logo, o regime regulatório atual aplicável aos taxistas tem falhado na regulação de qualidade e sequer se tem notícia de propostas voltadas a viabilizar um sistema informatizado de avaliação de desempenho dos motoristas de táxi, à semelhança do que ocorre no UBER. De igual modo, não tem se notado, nas legislações municipais, estímulos direcionados à redução de assimetrias de informação no relacionamento entre taxistas e usuários.

A única informação disponível ao usuário é a exposição de um alvará de autorização para o uso de táxi no vidro frontal do veículo, que nada diz sobre o perfil do motorista, inclusive quando a requisição é efetuada mediante a utilização de *apps* de centrais de táxi. Isto é, a regulação de informação tem se mostrado também insuficiente em permitir que o usuário avalie, fiscalize e controle as qualidades do prestador de serviço de transporte por táxi.

Por fim, a lógica operacional de tabelamento de preços para remuneração dos taxistas (regulação por preços) deve ser motivo de algumas considerações. Regular preço pode ser um fator importante de eliminação de assimetrias de informação e de barganha em mercados de serviços relativamente homogêneos. No caso do táxi, sob uma perspectiva mais pragmática, usar o “táxi X” ou o “táxi Y” pode não fazer nenhuma diferença

as chamadas ‘diárias.’” MERGULHÃO, Alfredo. Grupo de 15 empresas de aluguel de táxis fatura R\$ 6,7 milhões por mês com diárias. In: Extra. Publicado em 14.08.2015. Disponível em: <<http://extra.globo.com/noticias/rio/grupo-de-15-empresas-de-aluguel-de-taxis-fatura-67-milhoes-por-mes-com-diarias-17179548.html>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

19 V. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 154.

significativa. O simples fato da regulação de preços, desacompanhada de uma efetiva regulação de qualidade e de informação, tende a não gerar incentivos à melhoria do serviço prestado, já que não há nenhuma recompensa em aprimorá-lo em função da rigidez do tabelamento.

Em prol do arcabouço regulatório vigente, restam apenas argumentos voltados ao controle de *externalidades negativas* decorrentes da *sobreutilização* de veículos particulares nos centros urbanos. Poluição ambiental e congestionamentos ilustram custos externos impostos à coletividade por quem opta pelo transporte individual. Nesse contexto, é prioridade dos gestores municipais aperfeiçoar a racionalidade do transporte de passageiros no interior das cidades, o que, em regra, está associado a políticas de incentivo à substituição de modais individuais (públicos ou privados) por modais coletivos. Isso se dá, por exemplo, pela redução dos custos pecuniários (subsídios) e de oportunidade (aumento na velocidade de deslocamento) dos transportes coletivos e pela imputação de custos adicionais aos veículos que servem de transporte individual de passageiros.

É nesse ponto que as atuais barreiras à entrada no setor apresentam inconsistências. De fato, para lidar com externalidades há mecanismos regulatórios mais inteligentes do que a proibição. Como apontam João Manoel Pinho de Mello e Vinicius Carrasco, “é possível compatibilizar o UBER com a quantidade ótima de carros na rua. A melhor forma de se corrigir uma ‘externalidade’ negativa, como a causada pelo aumento de congestionamento, é colocando um imposto que faça os motoristas se confrontarem com os custos sociais que eles causam ao decidirem sair de carro”.²⁰ No mesmo sentido é a conclusão do Departamento de Estudos Econômicos do CADE (DEE/CADE).²¹ Em recente análise do setor, o órgão concluiu que “não há elementos econômicos que justifiquem a proibição de novos prestadores de serviços de transporte individual. Para além disso, elementos econômicos sugerem que, sob uma ótica concorrencial e do consumidor, a atuação de novos agentes tende a ser positiva”.²²

20 MELLO, João Manoel Pinho de & CARRASCO, Vinicius. O Uber e a natureza da regulamentação. *In*: Exame. Publicado em 10.08.2015. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/rede-de-blogs/leis-da-oferta/2015/08/10/o-uber-e-a-natureza-da-regulamentacao/>>. Acesso em: 1 out. 2015.

21 O art. 17 da Lei nº 12.529/2011 confere ao DEE/CADE competência para “elaborar estudos e pareceres econômicos, de ofício ou por solicitação do Plenário, do Presidente, do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral, zelando pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do órgão”.

22 V. *O Mercado de Transporte Individual de Passageiros: Regulação, Externalidades e Equilíbrio Urbano*. Documento de Trabalho 01/2015 (Setembro). Departamento de Estudos Econômicos (DEE). Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/O%20Mercado%20de%20Transporte%20Individual%20de%20Passageiros.pdf>>. Acesso em: 1 out. 2015.. O estudo integra o processo nº 08700.008971/2015-15, instaurado de ofício pelo próprio DEE.

5. OS EFEITOS DA REGULAÇÃO DISRUPTIVA PRODUZIDA PELO FENÔMENO UBER: ENTRE A PROTEÇÃO DESTRUTIVA E A DESTRUÇÃO CRIATIVA

O caso UBER permite visualizar as diversas interações que ocorrem entre os elementos da regulação. À evidência, os aplicativos com sistemas de “economia compartilhada” (*sharing economy*) vieram para ficar, sendo possível afirmar que o UBER e os aplicativos rivais que virão tendem a aumentar a concorrência de mercado nos nichos de usuários mais exigentes quanto à qualidade do serviço prestado. Em outras palavras, há uma clara pressão concorrencial positiva de melhoria na qualidade dos próprios serviços de táxis sem qualquer influência da regulação ora existente, podendo-se cogitar, inclusive, de eventual migração de taxistas para credenciamento direto no UBER ou sistemas similares.

Em suma, o caso UBER mostra que: (i) as barreiras à entrada devem ser estabelecidas na exata medida das necessidades sociais, a fim de não impedir dinâmicas concorrenciais que tendem a melhorar os produtos ou serviços ofertados em prol dos consumidores; (ii) regular preços não é trivial, pois há outros elementos regulatórios mutuamente relacionados, podendo a regulação converter-se em sobrepreço quando desvinculada da qualidade do serviço; e (iii) a informação prestada diretamente pelo consumidor induz comportamentos nos participantes do mercado, configurando incentivo mais eficaz do que a regulação estatal. A tudo isso se soma a inovação tecnológica e gerencial utilizada pelo modelo UBER, cujos efeitos *disruptivos* sobre os serviços de táxi contribuem, na verdade, para o desenvolvimento econômico e para o aprendizado da própria economia da regulação.

Como ensinou Joseph Schumpeter, os ciclos de desenvolvimento capitalista são deflagrados por empresários inovadores, em busca de rendas monopolísticas. Essas inovações tornam ultrapassadas tecnologias até então utilizadas e provocam transformações nos fatores de produção, por via da obsolescência da capacidade instalada e do aumento temporário do desemprego.²³ O progresso tecnológico levará a ganhos de produtividade e ao aumento da renda do trabalho, mas os custos de transição são inevitáveis. Em uma palavra: enquanto a *proteção* das velhas formas de pro-

23 SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, socialism and democracy*. New York & London: Taylor & Francis e-Library, 2003, p. 83: “The opening up of new markets, foreign or domestic, and the organizational development from the craft shop to such concerns as U.S. Steel illustrate the same process of industrial mutation - if I may use that biological term - that incessantly revolutionizes the economic structure from within, incessantly destroying the old one, incessantly creating a new one. This process of creative destruction is the essential fact about capitalism.” Disponível em: <<http://digamo.free.fr/capisoc.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2015.

dução é *destrutiva*, a sua *destruição* por práticas e tecnologias inovadoras e *criativas* é a expressão do próprio desenvolvimento econômico e social.

O caso UBER é um exemplo paradigmático de que a *destruição criativa* deve se impor sobre a *proteção destrutiva*.²⁴ A economia da regulação deve lançar luzes para orientar a atuação regulatória do Estado no sentido da maximização de objetivos socialmente desejáveis, mas também para revelar a obsolescência e a ineficiência de seu sistema de incentivos quando ele for superado em decorrência de inovações tecnológicas e gerenciais, que se revelem aptas a gerar níveis mais elevados de concorrência, eficiência e bem-estar aos consumidores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARVALHO, Lucas. Waze concorre com Uber e lança *app* de caronas em Israel. In: *Exame*. Publicado em 08.07.2015. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/tecnologia/noticias/waze-concorre-com-uber-e-lanca-app-de-caronas-em-israel>>. Acesso em: 12 jul. 2015.

FELSON, Marcus & SPAETH, Joe L., Community Structure and Collaborative Consumption: a routine activity approach. In: *American Behavioral Scientist*, vol. 21, nº 4, Março/Abril, 1978.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, São Paulo: Malheiros, 2005.

GWILLIAM, Kenneth M. *Regulation of Taxi Markets in Developing Countries: Issues and Options*. Transport Notes, Urban Transport Thematic Group, The World Bank, Washington/DC, No. TRN-3, fev. 2005. Disponível em: http://www.taxi-library.org/trn-3_taxi_reg.pdf. Acesso em: 1 out. 2015.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Restrições regulatórias à concorrência*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MAGALHÃES, Luiz Ernesto. Apenas três grupos controlam 55,8% dos táxis de empresas na cidade: o Rio tem 15 empresas registradas na prefeitura. In: *O Globo*. Publicado em 14.08.2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/apenas-tres-grupos-controlam-558-dos-taxis-de-empresas-na-cidade-17179697#ixzz3j0eBLgo3>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

24 MESQUITA, Mário. *Viva a proteção destrutiva*. In: *Valor Econômico*. Publicado em 20.08.2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Universalização de serviços públicos e competição*: o caso da distribuição de gás natural. In: Revista de Direito Administrativo (RDA), v. 223, 2001.

MELLO, João Manoel Pinho de & CARRASCO, Vinicius. O Uber e a natureza da regulamentação. In: Exame. Publicado em 10.08.2015. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/rede-de-blogs/leis-da-oferta/2015/08/10/o-uber-e-a-natureza-da-regulamentacao/>>. Acesso em: 1 out. 2015.

MERGULHÃO, Alfredo. Grupo de 15 empresas de aluguel de táxis fatura R\$ 6,7 milhões por mês com diárias. In: Extra. Publicado em 14.08.2015. Disponível em: <<http://extra.globo.com/noticias/rio/grupo-de-15-empresas-de-aluguel-de-taxis-fatura-67-milhoes-por-mes-com-diaras-17179548.html>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

MESQUITA, Mário. *Viva a proteção destrutiva*. In: Valor Econômico. Publicado em 20.08.2015.

Organization for economic Cooperation and Development (OECD). Competition Committee. *Taxi Services Regulation and Competition*. Roundtables on Competition Policy nº 81, Paris, Out. 2007.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert & RODRIGUES, Eduardo Frade. Proporcionalidade e melhora regulatória a regulação dos serviços de táxi. In: *Revista do IBRAC*, nº 22, 2013.

RANKENA, Mark W; PAUTLER, Paul A. *An Economic Analysis of Taxicab Regulation*. U.S. Federal Trade Commission, 1984. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/economic-analysis-taxicab-regulation/23832.pdf>>. Acesso em 1 out. 2015.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência*: a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARMENTO, Daniel. *Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros*: O 'caso Uber'. Parecer. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-15/aplicativo-uber-nao-fere-leis-brasileiras>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, socialism and democracy*. New York & London: Taylor & Francis e-Library, 2003.

SELIGMAN, Felipe & GONÇALVES, Natália. A favor do Uber, universitários pedem ao CADE medida contra taxistas. In: *Jota*. Publicado em 08.07.2015. Disponível em: <<http://jota.info/a-favor-do-uber-universitarios-pedem-ao-cade-medida-contra-taxistas>>. Acesso em: 12 jul. 2015.

ENSAIO DE UMA VISÃO AUTOPOIÉTICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Alexandre Santos de Aragão¹

Como o próprio título denota, o presente estudo não se pretende exaustivo do tema, colocando-se mais como a exteriorização de algumas reflexões que estamos fazendo acerca da necessária atualização metodológica do Direito Administrativo na contemporaneidade.

Com efeito, estudando o Direito Administrativo brasileiro, notadamente sua vertente econômica,² refletindo sobre as relações entre o Direito e a Economia, percebe-se o quanto as noções tradicionais das Teorias do Direito e do Estado deveriam ser revistas diante da atual realidade do poder estatal.³

O exercício do poder político coletivo, desde a derrocada do feudalismo até bem recentemente, sempre pressupôs a sobrepujança do Direito, seu principal instrumento, sobre as demais formas de exercício de poder coletivo existentes na sociedade (poder econômico, poder religioso, poder da mídia, poder das tradições comunitárias, etc.).

As redes que passaram a se formar ao longo do globo entre esses diversos interesses parciais de organização da sociedade, propiciadas pelos avanços comunicacionais verificados, colocaram em xeque a presunção de o Estado poder, *de per se*, fazer com que suas regras de conduta tenham os efeitos sociais desejados.

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

2 André de Laubadère já denotava ser o Direito Administrativo Econômico a vanguarda do Direito Administrativo (LAUBADÈRE, André de, *Direito Público Econômico*, Trad. Maria Teresa Costa, Coimbra: Editora Almedina, 1985, pp. 110-113).

3 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, 1ª Parte.

A sua coerção passou a sofrer influência, há muito (talvez desde o final do feudalismo) não sentida com tamanha intensidade, de forças sociais de propulsão jurídica positiva – levando o poder político a se direcionar no sentido da encampação/juridicização de suas normas – e negativa – impedindo ou dificultando a efetivação de pautas jurídicas antitéticas às suas lógicas. E reversamente, como afirma Letácio Jansen, “as regras jurídicas são elas próprias um elemento constitutivo de um certo sistema econômico, no sentido de que contribuem a formá-lo, isto é, a forjá-lo de um modo e não de outro”.⁴

A dificuldade de o Estado se impor a essas novas e poderosas forças sociais e econômicas deve necessariamente levar à análise das Teorias Gerais do Estado e do Direito sob um novo prisma.

O Direito não pode ignorar a realidade social sobre a qual incide. As regras jurídicas devem ter a validade da sua aplicação aferida do ponto de vista da sua eficácia, instrumental à realização prática de seus objetivos públicos, e não apenas do ponto de vista de sua conformidade em tese com os atos normativos hierarquicamente superiores.⁵ Uma regra que, fora de qualquer zona cinzenta de juízo, indubitavelmente não está realizando as finalidades públicas às quais se destina, ou pior, que as está contrariando, não pode, inclusive por força do Princípio Constitucional da Eficiência (art. 37, *caput*, CF), ser aplicada aos casos concretos em que tenha esses efeitos.

A este propósito, são essenciais as lições de Lucio Iannotta, para quem,

[...] no que diz respeito à fundamental relação com o princípio da legalidade, a Administração de resultado – como Administração obrigada a assegurar com rapidez, eficiência, transparência e economicidade, bens e/ou serviços à comunidade e às pessoas – tende, de um lado, a transformar a legalidade mais em uma obrigação de respeito a princípios do que de respeito a preceitos, e, por outro lado, a assumir parâmetros de avaliação de caráter informal e substancial ou até mesmo econômico-empresarial, expressos em termos de

4 Ver JANSEN, Letácio. *Introdução à Economia Jurídica*, Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2003, Capítulos 1 e 2.

5 FÁBIO KONDER COMPARATO observa que “em radical oposição a essa nomocracia estática, a legitimidade do Estado contemporâneo passou a ser a capacidade de realizar (...) certos objetivos predeterminados”. Conclui afirmando que “a legitimidade do Estado passa a fundar-se não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem realizadas programadamente” (COMPARATO, Fábio Konder. *Juízo de Constitucionalidade das Políticas Públicas, in Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*, Vol. 2, São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 350-351).

quantidade e qualidade dos bens e dos serviços assegurados, de tempestividade das prestações, de quantidade dos recursos empregados, de prejuízos causados a terceiros, de relação custo-benefício, etc. A Administração de resultado parece, portanto, carregar consigo um dilema de difícil superação, sobretudo durante a passagem de um modelo de Administração autoritativa, unilateral, unitária, coercitiva e jurídico-formal, para uma Administração caracterizada pelo pluralismo, pela negociação, pelo caráter residual e subsidiário do emprego da autoridade, etc. Esse dilema é constituído por dois termos: redimensionamento da lei e sua relevância no limite dos resultados alcançados, ou atenção à lei em todos os seus componentes e relevância dos resultados apenas no limite da observância da lei. No primeiro caso, teríamos a instrumentalização (ou mesmo sacrifício) da lei em relação ao resultado, e no segundo, do resultado em relação à lei.⁶

Mais adiante, o autor italiano vai mais além, afirmando, diante da eficácia expansiva dos direitos fundamentais, que, “à luz do princípio (F. SA-TTA), hoje cada vez mais aplicado, pelo qual a Administração, salvo expressa vedação da lei, pode sempre adotar os instrumentos mais idôneos para realizar os fins impostos ou indicados pelas leis, a Administração – sempre que não sejam possíveis até mesmo a interpretação de adequação ou a desaplicação, em razão da clareza do dispositivo limitador de direitos fundamentais e pela correspondência integral dos fatos a ele – poderá e, portanto, deverá, diante de direitos fundamentais injustamente atingidos, buscar outras vias que não produzam tal efeito”.⁷

Sob a mesma inspiração, Enrique Groisman observa que

[...] a mera juridicidade da atuação estatal como elemento de legitimação, se tornou insatisfatória a partir do momento em que começou a também ser exigida a obtenção de resultados. Não se considera mais suficiente que os governantes não violem a lei: exige-se deles a redução do desemprego, o crescimento econômico, o combate à pobreza, solução para os problemas de habitação e saúde. A discussão sempre se coloca em relação a quais são as políticas mais adequadas para atingir esses fins, mas não há dúvidas de que a lei deixou de ser apenas um meio para impedir a arbitrariedade,

6 IANNOTTA, Lucio. Princípio di Legalità e Amministrazione di Risultato, in *Amministrazione e Legalità - Fonti Normativi e Ordinamenti (Atti del Convegno*, Macerata, 21 e 22 maggio 1999), Giuffrè Editore, Milano, 2000, pp. 37/8.

7 *Ibid.*, p. 46.

convertendo-se em ponto de partida para uma série de atividades nas quais há uma maior margem de delegação e de discricionariedade e um crescente espaço para a técnica.⁸

O dilema deve, a nosso ver, ser resolvido, não pelo menosprezo da lei, mas pela valorização dos seus elementos finalísticos. É sob esse prisma que todas as suas regras devem ser interpretadas e aplicadas, ou seja, todo ato, normativo ou concreto, apenas será válido ou validamente aplicado se for a maneira mais eficiente ou, na impossibilidade de se definir esta, se for pelo menos uma maneira razoavelmente eficiente de realização dos seus objetivos.

Essa instrumentalidade das normas jurídicas tornam os métodos da sociologia jurídica indispensáveis à defesa da sua aplicação ou não, o que nos obriga necessariamente a considerar, na regulação das relações sociais e econômicas, os signos e as regras próprias dos subsistemas regulados.⁹

Uma das mais criativas e estruturadas teorias que vêm tentando explicar este fenômeno é a Teoria dos Sistemas, segundo a qual a sociedade é um sistema continente de vários subsistemas, entre eles o Direito, a Política, a Economia, a Religião, a Ciência, cada um funcionando de acordo com as suas próprias referências, códigos e regras. Por exemplo, para o Direito, o código legal-ilegal, para a Economia, mais lucrativo-menos lucrativo.

A autorreferencialidade dos subsistemas sociais não ilide, contudo, a necessidade da existência de mecanismos de comunicação entre eles: como todos fazem parte do mesmo sistema – o social –, no qual pretendem atuar e influenciar, não há como os seus objetivos parciais serem

8 GROISMAN, Enrique. *Crisis y Actualidad del Derecho Administrativo Económico*, *Revista de Derecho Industrial*, vol. 42, p. 894, passagem na qual o autor lembra que “esta situação suscitou o comentário paradoxo de que ‘o direito não pertence mais aos juristas!’.” ANTONIO MARTÍNEZ MARÍN assevera que “a legitimidade democrática da origem não basta para justificar o poder público. Também é imprescindível a legitimidade do exercício” (MARÍN, Antonio Martínez. *El buen Funcionamiento de los Servicios Públicos*, Madrid: Ed. Tecnos, 1990, p. 13).

9 “O momento indica que a luta pela demarcação de campos disciplinares está cada vez mais perdendo o seu ímpeto. NOBERT ELIAS já falava, na década de 1970, que a preocupação em separar a História da Sociologia devia ser revista. O mesmo, cremos, vale para a Teoria do Direito, a sociologia e a antropologia. Concluindo, a Teoria do Direito como sistema lógico não poderá suprir-se por si mesma e será cada vez mais exposta às rupturas na sua pretensão de ausência de lacunas e contradições. Uma possibilidade compreensiva, que unifique e reconheça a falta de base teórica desta Teoria do Direito e a abra para o convívio com outras ciências de maneira não ‘colonizadora’, ou seja, com prevalência de uma sobre a outra, poderia restabelecer suas características de narrativa lógica” (VERONESE, Alexandre. Os Conceitos de Sistema Jurídico e de Direito “em rede”: análise sociológica e da teoria do Direito. In: *Plúrima - Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense - UFF*, vol. 24, p. 147)

realizados sem a colaboração – acoplamento –, necessariamente parcial, com os objetivos e as lógicas dos outros subsistemas sociais.¹⁰ A regulação do Estado contemporâneo só pode ser eficiente (realizável na prática) se considerar essas condicionantes, existentes nas relações entre todos os subsistemas – e o Direito não é o único, nem o mais poderoso deles –, e que alcançam, em estado ideal, o acordo intersistêmico.¹¹

Nas palavras de GUNTHER TEUBNER, “uma tal visão das coisas é recorrente na análise econômica do Direito onde, como sabemos, as normas jurídicas são consideradas como puros factores de custo e onde a respectiva observância depende estritamente da circunstância de os benefícios retirados da conduta proibida não excederem os respectivos custos (caso em que a conduta proibida não apenas é escolhida, mas também tida como a opção correta)”.¹²

Em outra obra, o mesmo autor¹³ adverte que “não podemos esquecer que as operações econômicas podem ficar indiferentes às normas jurídicas. Se a determinação jurídica não pode ser executada senão ao preço da abolição de um código econômico (o que é pouco provável para a economia como um todo, mas muito provável para setores particulares), o acoplamento estrutural (entre os dois sistemas) não é possível. Nesse caso, a economia praticará a desobediência civil, prevalecendo-se dos valores mais elevados de sua instituição e escapará pelos mercados negros. (...) Não ignoramos que o Ministério Público e a polícia estarão lá! Mas se a proibição se impõe à força da baioneta é porque o código do poder tomou o lugar do código da economia e a satisfação das necessidades políticas substituiu a satisfação das necessidades econômicas. Tal situação tem o mérito de revelar as vantagens e as desvantagens de uma economia esteada no mercado, mas nós podemos, apesar de tudo, nos perguntar se é

10 Nas palavras de NIKLAS LUHMANN, “o sistema jurídico é um sistema normativamente fechado, mas cognitivamente aberto” (LUHMANN, Niklas. *L’Autoriproduzione del Diritto e i suoi Limiti*. In: *Politica del Diritto*, vol. 12, p.41). Comentando a Teoria de Luhmann, CELSO FERNANDES CAMPILONGO afirma que “fechamento operacional não é sinônimo de irrelevância do ambiente ou de isolamento causal. Por isso, paradoxalmente, o fechamento operativo de um sistema é condição para sua própria abertura” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Politica, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*, São Paulo: Ed. Max Limonad, 2002, p. 67).

11 A instrumentalização do Direito Econômico às finalidades constitucionais e legais se associa à sua preferencial consensualização; no sentido de que, via de regra, a adoção de uma medida por consenso é mais eficiente que de forma unilateral e coercitivamente, já que tem maiores chances de ser efetivada na prática e gera menos riscos de externalidades negativas.

12 TEUBNER, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoiético*, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, trad. José Engrácia Antunes, p. 188.

13 TEUBNER, Gunther. *Droit et Reflexivité: L’auto-référence en Droit et dans l’Organisation* (trad. Nathalie Boucquey), LGDJ-Bruylant, Paris, 1996, pp. 157 a 159.

mesmo com os recursos limitados da baioneta que nos interessa tratar do tema da regulação jurídica da sociedade. (...)

Um sistema é estruturalmente acoplado ao seu ambiente (o sistema regulado) quando os eventos nele desenvolvidos representam perturbações que servem para melhorar ou modificar suas próprias estruturas. Se ele domina a distinção entre a autorreferência e a heterorreferência, ele pode utilizar os acoplamentos estruturais para se emancipar do seu ambiente, na medida em que 'ele pode considerar as suas exigências como condições de suas próprias operações, como irritações ou mesmo como chances'." Se os acoplamentos estruturais lograrem ser duráveis, intensos e institucionalmente de qualidade, terão cumprido as condições necessárias para a necessária comunicação inter-sistêmica.

É interessante como a ciência jurídica, talvez em uma equivocada manifestação do pós-modernismo, vive uma fascinação contínua e sucessiva por novas ondas de pensamento. Não que haja algo negativo em prestigiar e analisar profundamente essas novas teorias, mas a sua análise não pode ser feita com indiferença a análises menos recentes da Ciência do Direito que também revelam com brilhantismo a mútua dependência entre o Direito e os demais subsistemas sociais.

NORBERTO BOBBIO, por exemplo, há algumas décadas já notava a emergência de uma "Teoria Realista do Direito que volta a sua atenção mais à efetividade que à validade formal das normas jurídicas, colocando o acento, mais do que sobre a autossuficiência do sistema jurídico, sobre a inter-relação entre sistema jurídico e sistema econômico, entre sistema jurídico e sistema político, entre sistema jurídico e sistema social em seu conjunto, (...) procurando o seu objeto, em última instância, não tanto nas regras do sistema dado, mas sim na análise das relações e dos valores sociais dos quais se extraem as regras dos sistemas. (...) A ciência jurídica não é mais uma ilha, mas uma região entre outras de um vasto continente".¹⁴

Pretendemos, com este ensaio, trazer o tema à discussão, destacando que as relações intersistêmicas são, sob as mais diversas denominações, há muito estudadas pelo Direito, e que a Teoria Autopoiética pode, ainda que não acolhida em sua inteireza, fornecer muitas luzes aos desafios regulatórios contemporaneamente enfrentados pelo Direito Administrativo, para o que possui inclusive o necessário esteio constitucional, mormente por meio nas finalidades traçadas pela Constituição para serem persegui-

14 BOBBIO, Norberto. *Dalla Struttura alla Funzione: nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977, p. 56. É inclusive neste ponto que a citada obra de LETÁCIO JANSEN é relevante, já que, abordando o Direito Monetário, traça o perfil das relações Direito-Economia nas sociedades contemporâneas a partir das mais importantes e diversas fontes teóricas, as quais o autor criticamente harmoniza e potencializa, colocando, como precursor do Direito Monetário brasileiro, a moeda como um dos principais elos de ligação entre o Direito e a Economia.

das pelos Poderes Públicos e no Princípio da Eficiência na realização destes objetivos (art. 37, *caput*, CF)

Note-se, por fim, que o Princípio da Eficiência de forma alguma visa a mitigar ou a ponderar o Princípio da Legalidade, mas, sim, a embeber a legalidade de uma nova lógica, determinando a insurgência de uma legalidade finalística e material – dos resultados práticos alcançados –, e não mais uma legalidade meramente formal e abstrata.¹⁵

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, 1ª Parte.

BOBBIO, Norberto. *Dalla Struttura alla Funzione: nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*, São Paulo: Ed. Max Limonad, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. Juízo de Constitucionalidade das Políticas Públicas, in *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*, Vol. 2, São Paulo: Malheiros, 1997.

GROISMAN, Enrique. Crisis y Actualidad del Derecho Administrativo Económico, *Revista de Derecho Industrial*, vol. 42.

IANNOTTA, Lucio. Princípio di Legalità e Amministrazione di Risultato, in *Amministrazione e Legalità - Fonti Normativi e Ordinamenti (Atti del Convegno*, Macerata, 21 e 22 maggio 1999), Giuffrè Editore, Milano, 2000.

JANSEN, Letácio. *Introdução à Economia Jurídica*, Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2003.

LAUBADÈRE, André de, *Direito Público Econômico*, Trad. Maria Teresa Costa, Coimbra: Editora Almedina, 1985.

LUHMANN, Niklas. L'Autoriproduzione del Diritto e i suoi Limiti. In: *Politica del Diritto*, vol. 12.

15 A consequência imprescindível é a necessidade de “uma revisão do papel constitucional da Administração e do próprio Princípio da legalidade”, que a doutrina é chamada a elaborar, em um momento em que já está em fase avançada a transição normativa para uma Administração por objetivos, que exalta o papel da eficiência da ação administrativa” (MANGANARO, Francesco. *Principio di Legalità e Semplificazione dell'Attività Amministrativa: i profili critici e principi ricostruttivi*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 165).

MANGANARO, Francesco. *Principio di Legalità e Semplificazione dell'Attività Amministrativa: i profili critici e principi ricostruttivi*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

MARÍN, Antonio Martínez. *El buen Funcionamiento de los Servicios Públicos*, Madrid: Ed. Tecnos, 1990.

TEUBNER, Gunther. *Droit et Reflexivité: L'auto-référence en Droit et dans l'Organisation* (trad. Nathalie Boucquey), LGDJ-Bruylant, Paris, 1996.

TEUBNER, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoiético*, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, trad. José Engrácia Antunes.

VERONESE, Alexandre. Os Conceitos de Sistema Jurídico e de Direito “em rede”: análise sociológica e da teoria do Direito. In: *Plúrima - Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense - UFF*, vol. 24.

A INTERVENÇÃO DO TCU SOBRE EDITAIS DE LICITAÇÃO NÃO PUBLICADOS: CONTROLADOR OU ADMINISTRADOR?¹

Eduardo Jordão²

A multiplicação de medidas governamentais voltadas ao desenvolvimento da infraestrutura nacional³ produz a intensificação da atividade dos *controladores* – instituições públicas com a competência de verificar-lhes a validade. Em especial, a atuação recente de um desses atores institucionais, o Tribunal de Contas da União (TCU),⁴ tem chamado a atenção. Em

1 Este trabalho foi publicado originariamente na Revista Brasileira de Direito Público, v. 47, pp. 209-230.

2 Professor da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio). Doutor em Direito Público pelas Universidades de Paris (Panthéon-Sorbonne) e de Roma (Sapienza), em cotutela. Master of Laws (LL.M) pela London School of Economics and Political Science (LSE). Mestre em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Foi pesquisador visitante na Yale Law School, nos Estados Unidos, e pesquisador bolsista nos Institutos Max-Planck de Heidelberg e de Hamburgo, na Alemanha. O autor agradece a Igor Lyra pela valiosa ajuda na fase de pesquisa para a elaboração do artigo e a Adriana Lacombe, Marcelo Lennertz, Maurício Portugal Ribeiro, Patrícia Sampaio e Tarcila Reis por comentários a versões preliminares do trabalho. E-mail para contato: eduardo.jordao@fgv.br

3 A precariedade da infraestrutura nacional tem sido apontada como um dos mais importantes gargalos para o desenvolvimento do país. Relatório do Fórum Econômico Mundial posiciona o Brasil em 114º lugar entre 148 países analisados no critério da qualidade da infraestrutura. O Brasil é o 103º colocado em ferrovias, o 120º em rodovias, o 123º em transporte aéreo e o 131º em portos. Mais informações em: <http://reports.weforum.org/the-global-competitiveness-report-2013-2014/>. Um exemplo de medida governamental para superar essa realidade é o Programa de Investimentos em Logísticas (PIL). Lançado em 2012 pelo Governo Federal, prevê investimentos da ordem de 133 bilhões de reais em 25 anos para a construção de 7,5 mil quilômetros de rodovias e 10 mil quilômetros de ferrovias.

4 O TCU foi criado em 1890, pelo Decreto n. 966-A, de iniciativa de Ruy Barbosa, então Ministro da Fazenda. Sua institucionalização veio com a primeira Constituição republicana, no ano seguinte, e a instalação efetiva no início de 1893. Apesar de se tratar de instituição muito antiga, a acentuação da relevância do Tribunal de Contas

hipótese que já mereceu alguma consideração da doutrina jurídica, o TCU tem intervindo diretamente em contratos administrativos já em execução, determinando, por exemplo, o redimensionamento de seus valores ou a retenção de pagamentos.⁵ Em outra hipótese menos explorada doutrinariamente, o TCU tem participado ativamente da própria concepção dos projetos de concessões comuns e parcerias público-privadas, emitindo sugestões ou determinações que impactam as suas opções fundamentais e em grande medida definem a sua modelagem. Este artigo pretende tratar desta última hipótese.

Interessa, portanto, a atuação *prévia* do TCU, aquela que se realiza *antes* da formalização e publicação dos projetos: na fase da licitação que se costuma chamar de “interna”, quando se promovem estudos e se elabora o edital.⁶ Eis a questão específica que se pretende enfrentar neste trabalho: *quais poderes detém o TCU na análise prévia de minutas ainda não publicadas de editais de licitações referentes a projetos de infraestrutura?*

Considere-se, a propósito, o seguinte exemplo. Em 2013, o TCU acompanhou o primeiro estágio das concessões para ampliação, manutenção e exploração do aeroporto internacional do Rio de Janeiro (Antônio Carlos Jobim/Galeão) e do aeroporto internacional de Belo Horizonte (Tancredo Neves, Confins). Em um primeiro acórdão, resolveu condicionar a publicação do edital à: (i) inclusão no processo de concessão de fundamentos legais e técnicos *suficientes* da exigência de experiência em processamento de passageiros e da restrição à participação no leilão de acionistas das concessionárias de aeroportos, de forma a demonstrar que os parâmetros

da União é muito recente. O marco inicial dessa história pode ser a Constituição Federal de 1988, que ampliou significativamente as competências do órgão e os critérios de acordo com os quais o seu controle é promovido. Na legislação infraconstitucional, o impacto de dois diplomas foi especialmente significativo: (i) a Lei Geral de Licitações (n. 8.666/93) estabeleceu a possibilidade de que todas as irregularidades na sua aplicação fossem representadas ao TCU; (ii) a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000) previu papel de destaque a ser por ele cumprido no controle da gestão fiscal.

5 Ver, por exemplo, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, “Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas”, *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 257, pp. 111-144, maio/ago. 2011.

6 O trabalho foca exclusivamente na atuação do Tribunal de Contas da União, ainda que as considerações aqui tecidas possam ser largamente aplicadas aos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal e, quando existentes, dos Municípios. Aliás, o art. 75 da Constituição estabelece que as normas relativas ao TCU se aplicam, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas estaduais. Na maioria dos estados, o Tribunal de Contas Estadual cuida tanto das contas do Estado quanto das contas dos Municípios. Em alguns deles (como Bahia e Goiás), há dois Tribunais de Contas na estrutura estadual: um para fiscalizar as contas do estado e outro para as contas dos Municípios. O art. 31, § 4º, da Constituição Federal veda a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais. Entretanto, os Tribunais de Contas já existentes antes da Constituição de 1988 (nos Municípios de Rio de Janeiro e São Paulo) seguem atuando.

fixados eram “adequados, imprescindíveis, suficientes e pertinentes” ao objeto licitado; e (ii) realização dos devidos ajustes nas exigências, “caso (...) necessários”.

Em um segundo acórdão sobre o assunto, depois de apresentadas novas justificativas para as opções do Poder Público, o TCU considerou suficientes as explicações para uma delas (restrição relativa à participação no leilão de acionistas de concessionárias de aeroportos), mas insistiu na “insuficiência da motivação” no segundo ponto (relativo ao requisito de experiência prévia). Em função disso, recomendou às instituições pertinentes que restringissem as exigências do edital (i) a números embasados em novos estudos a serem desenvolvidos ou (ii) aos números relativos aos valores projetados para o fluxo de passageiros, no exercício de 2014, em cada um dos aeroportos sob processo de concessão.

Diante da insistência do TCU, o Poder Concedente capitulou e alterou as exigências editalícias, reduzindo o requisito de experiência prévia que se exigiria do operador de aeroportos integrantes do consórcio licitante. No caso do Galeão, o fluxo de passageiros exigido do licitante caiu de 35 milhões para 22 milhões. No caso de Confins, caiu de 35 milhões para 12 milhões. O embate entre o Poder Concedente e o órgão fiscalizador a propósito desses requisitos foi destaque no noticiário nacional por algumas semanas, e o poder de influência do TCU nas escolhas do Poder Concedente chamou a atenção. Mas o TCU poderia mesmo ter atuado como atuou? Ou extrapolou as suas competências? ⁷

A atenção específica à atuação do órgão controlador no momento de elaboração, debate e modelagem dos projetos de infraestrutura se justifica por duas razões principais. Em primeiro lugar, a fase prévia ou interna dos projetos envolve uma série de decisões complexas, tomadas em um contexto de forte incerteza. Assim, é pouco razoável falar-se em soluções *corretas* e *incorretas*.⁸ Essa circunstância exerce forte impacto no controle que se dá posteriormente sobre essas escolhas. Intui-se que, em casos as-

⁷ Durante o texto, será feita referência exclusiva a este caso da concessão dos aeroportos do Galeão e de Confins, mas ele não é uma exceção na atuação do TCU. Veja-se, por exemplo, o acompanhamento do TCU ao primeiro estágio da outorga de concessão do serviço público de recuperação, operação, manutenção, conservação, implantação de melhorias e ampliação da capacidade do trecho da rodovia BR-101/ES, em 2011; ou a fiscalização do primeiro estágio das concessões dos arrendamentos de áreas e instalações portuárias nos portos organizados de Santos, Belém, Santarém, Vila do Conde e Terminais de Outeiro e Miramar, em 2013.

⁸ No caso dos aeroportos do Galeão e de Confins, o TCU reconheceu a dificuldade em definir objetivamente os valores ideais para a exigência relativa à experiência prévia para participar da licitação “tendo em vista a natureza do setor, a existência de poucas concessões semelhantes já licitadas [no Brasil] e os riscos de prejuízos para a qualidade dos serviços com sua redução a valores baixos, ante a possibilidade de sair vencedora dos certames sociedade com experiência limitada na área” (TCU, Acórdão 2.466/2013, Plenário, Relatoria da Min. Ana Arraes, j. em 11.09.2013).

sim, o controle deve ser moderado para evitar que as prognoses realizadas pelo administrador sejam substituídas por prognoses igualmente incertas do fiscalizador. Em segundo lugar, a história constitucional nacional revela circunstância curiosa a propósito da disciplina da atuação do TCU no controle das medidas públicas: até 1967, a *regra* era que o TCU atuasse previamente. As decisões administrativas que implicassem gastos públicos deviam ser submetidas previamente à Corte de Contas, que as autorizava. Quer dizer: o Tribunal de Contas participava da decisão administrativa, atuando como um “quase administrador”. A partir de então, o Constituinte brasileiro optou por um regime de controle posterior em função da ampliação significativa das competências e das atividades administrativas.⁹

Ambas as circunstâncias concorrem para gerar as inquietações que motivaram o presente estudo. A hipótese é a de que, na disciplina constitucional atual e no contexto complexo e incerto da modelagem de projetos de infraestrutura, a atuação do TCU deverá ser limitada, sob pena de transformar este órgão controlador em uma espécie de administrador público hierarquicamente superior que o constituinte não desejou.

Do ponto de vista objetivo, as competências do TCU relevantes para o tema deste artigo encontram-se nos art. 70 e 71 da Constituição Federal. Neles, dispõe-se que a Corte de Contas deverá atuar em auxílio ao Congresso Nacional na promoção do chamado controle externo da administração pública. Tal controle, nos termos do art. 70, serve à proteção dos seguintes valores jurídicos: legalidade, legitimidade e economicidade da ação administrativa. Esta previsão tríplice de valores a serem protegidos consiste em uma inovação da Constituição de 1988. Enquanto as Constituições anteriores falavam apenas em um exame de “legalidade”, a Constituição atual atribui ao TCU poderes de verificação também da “legitimidade e economicidade” dos atos administrativos. A rigor, seria possível compreender a legitimidade e a economicidade como meros aspectos da legalidade, entendida amplamente.¹⁰ Mas a utilização de vocábulos diversos parece ser uma forma de o constituinte deixar claro que o exame promovido pelo TCU deve ir além da mera conformidade da ação administrativa à letra expressa de dispositivos legais. Envolverá, portanto, a conformidade a princípios e normas jurídicas implícitas (“legitimidade”) e uma avaliação relativa ao eficiente e adequado uso dos recursos públicos em vista dos fins a serem realizados (“economicidade”).

9 Utilizando o argumento da alteração constitucional de 1967 para defender a impossibilidade de controle prévio de editais, v. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, *Vade-mecum de Licitações e Contratos*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 98.

10 Nesse sentido, v. as manifestações de Celso Antonio Bandeira de Mello e de Weida Zancaner em “Iniciativa Privada e Serviços Públicos”, *Revista de Direito Público* n. 98/192. São Paulo, RT, abr./jun., 1991.

De todo modo, a grande questão deste trabalho é o que pode ser feito concretamente pelo TCU quando entender verificada alguma violação aos valores jurídicos que a Constituição pôs sob sua guarda. Quais poderes detém o TCU para enfrentar a ação administrativa que contrarie a legalidade, a legitimidade e a economicidade? Quais as armas a Constituição confere ao órgão fiscalizador para atuar nesse domínio? Naturalmente, não é juridicamente válida toda atuação do TCU que se volte à proteção dos valores jurídicos que lhe incumbem proteger. Para proteger os valores jurídicos, só é permitido ao TCU fazer o que a Constituição autorizou. O objetivo do artigo é justamente delimitar a atuação do órgão fiscalizador sob este ponto de vista instrumental.

A leitura da Constituição revela que o TCU detém poderes diretos e indiretos de combate a esses vícios (item 1). Em ambos os casos, contudo, trata-se de poderes que devem ser exercidos *posteriormente* à edição dos atos administrativos (item 2). A despeito do que sustenta o próprio TCU, a sua atuação prévia carece de fundamentos práticos e jurídicos (item 3). À ausência de previsão de poderes prévios de constrição de outros órgãos públicos, toda atuação do TCU sobre minutas de editais ainda não publicados deverá decorrer de solicitação do próprio administrador público e ter natureza de mera recomendação – é esta a conclusão do artigo.

1. QUAIS PODERES A CONSTITUIÇÃO CONFERIU AO TCU PARA COMBATER OS VÍCIOS DE LEGALIDADE, LEGITIMIDADE E ECONOMICIDADE?

A Constituição atribui ao TCU poderes diretos e indiretos de combate aos vícios de legalidade, legitimidade e economicidade que entender existentes nas decisões administrativas. Como poderes diretos, devem-se citar as chamadas “competências corretivas” – aquelas voltadas a sanar os vícios identificados nos atos administrativos ou ao menos evitar a promoção dos seus efeitos (item 1.1). Como poderes indiretos, a menção a ser feita é às “competências sancionatórias”, aquelas que correspondem a uma punição ao agente e, por essa via, indiretamente, estimulam a retirada ou desestimulam a produção desses atos viciados (item 1.2). Como se vê, as medidas relativas às primeiras competências recaem sobre os atos viciados; as segundas, sobre as autoridades públicas responsáveis pela sua realização.

1.1. OS PODERES DIRETOS (COMPETÊNCIAS CORRETIVAS)

No que concerne às competências corretivas, a disciplina constitucional varia em função da natureza unilateral ou bilateral do ato administrativo

viciado. Interessam, neste ponto, as medidas governamentais unilaterais, visto que se trata aqui do exame da atuação do TCU na fase de elaboração e modelagem dos projetos de infraestrutura – antes, portanto, do estabelecimento de uma relação contratual entre a administração pública e o seu parceiro privado. Nesta hipótese, o TCU deve *assinar prazo* para as autoridades administrativas corrigirem os defeitos de ilegalidade encontrados (art. 71, IX, da CF). Se, dentro do prazo assinado, as autoridades administrativas pertinentes não adotarem as soluções cabíveis, então o TCU poderá determinar a *sustação dos efeitos do ato*, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal (art. 71, X, da CF).

Notem-se bem os limites da atuação corretiva do TCU. Em primeiro lugar, a Constituição não autoriza o TCU a tomar medidas *antes de decorrido o prazo* que deverá conceder à autoridade administrativa para corrigir os defeitos encontrados. Ou seja, o TCU só pode determinar a sustação dos efeitos do ato *após haver assinado prazo* para que as autoridades administrativas o corrijam e *após o decurso desse prazo*. O procedimento a ser seguido pelo TCU para sustar atos administrativos unilaterais é bem explicitado constitucionalmente.

Em segundo lugar, o TCU não possui poderes para *anular* atos administrativos unilaterais que julgar viciados. A Constituição não lhe confere esse poder, que é exclusivamente do Poder Judiciário.¹¹ Ao TCU cabe unicamente *sustar* atos viciados. A diferença entre anular e sustar é clara. Na anulação, o ato administrativo é eliminado do sistema jurídico, inclusive com efeitos retroativos. No caso da sustação, apenas se afastam temporariamente (durante o período de sustação) os efeitos do ato jurídico.¹² Nesse sentido, a anulação é uma espécie de medida satisfativa, enquanto a sustação tem natureza *cautelar* – ao impedir a realização dos efeitos visados pelo ato administrativo, busca evitar que se operem consequências danosas sobre o patrimônio público, por exemplo.

No contexto da elaboração e modelagem de projetos de infraestrutura, a competência corretiva do TCU poderá autorizar, por exemplo, a eventual sustação de um edital (já publicado) que faça exigências excessivas

11 No mesmo sentido, v. Luis Roberto Barroso, Tribunal de Contas: algumas incompetências, RDA, v. 203, jan./mar. 1996, p. 139.

12 Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, “Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas”, RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 257, maio/ago. 2011, p. 119: “Sustar ato” não é sinônimo de “anular ato”. Sustar é paralisar a execução, total ou parcialmente. Anular seria bem mais do que isso: seria desfazer os efeitos produzidos, quando viável e necessário, seria fazer recomposições patrimoniais acaso cabíveis e seria eliminar em definitivo o ato como centro produtor futuro de efeitos. Nada disso a Corte de Contas pode fazer, mesmo quanto a atos: sua competência se esgota na sustação do ato, na paralisação de seus efeitos”.

e irrazoáveis para participação na licitação, promovendo uma restrição desnecessária da competitividade.

1.2. Os PODERES INDIRETOS (COMPETÊNCIAS SANCIONATÓRIAS)

Ao lado das competências corretivas, como já se afirmou, a Constituição prevê algumas hipóteses em que o TCU imporá *sanções* aos autores de medidas públicas viciadas. A propósito, veja-se que, de acordo com o inciso VIII do artigo 71, o TCU deverá “aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário”. Esse dispositivo prevê, portanto, duas espécies de sanções: (i) a irregularidade de contas é, por si só, e independentemente de qualquer lesão ao erário público, motivo de aplicação de sanções previstas em lei; (ii) além disso, o eventual dano ao erário gerará multa que lhe seja proporcional.¹³

As competências sancionatórias também servem à proteção da legalidade, da legitimidade e da economicidade da atuação administrativa, na medida em que geram incentivos para que o administrador público não adote medidas violadoras desses princípios ou as retire, quando tiverem já sido adotadas. No caso da fase de elaboração e modelagem de projetos de infraestrutura, isso significa que o TCU poderá penalizar administradores públicos que tenham tomado medidas que gerem danos ao erário público.

2. QUAIS PODERES JURÍDICOS O DIREITO CONFERE AO TCU PARA INTERVIR EM EDITAIS NÃO PUBLICADOS DE LICITAÇÃO?

Diante da disciplina constitucional exposta acima, quais poderes detém o TCU para intervir em um edital de licitações *antes da sua publicação*? Qual a amplitude da sua atuação prévia? Naturalmente, esse órgão fiscalizador pode sempre emitir recomendações e sugestões a entidades da administração pública. A atuação opinativa independe de atribuição de poderes jurídicos específicos e será retomada mais à frente, nas conclusões do artigo. Neste item 2 o que é relevante é saber se (e em que medida) o TCU detém poderes de constrição: se (e em que medida) pode *determinar* ações específicas aos administradores. No caso dos projetos de infraestrutura, pode o órgão fiscalizador *impedir* a publicação do edital ou *condicioná-la* a algumas medidas por ele determinadas?

¹³ Nesse sentido, v. STF, RE n. 190.985/95.

2.1. A AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS PREVENTIVAS COMO CLARA OPÇÃO HISTÓRICA

Em primeiro lugar, é preciso deixar claro que a intervenção prévia do TCU, no contexto relevante para projetos de infraestrutura,¹⁴ não está autorizada *explicitamente* pela Constituição Federal. De fato, na disciplina constitucional corretiva, apresentada no tópico anterior, não há qualquer previsão de atuação antes da emissão de um ato administrativo, na fase de sua preparação. Como se afirmou, a disciplina constitucional da competência corretiva do TCU varia em função da natureza contratual ou não do ato defeituoso. Em ambos os casos, no entanto, trata-se de competências relativas a atos administrativos já expedidos. Em definitivo: no contexto que é relevante para este artigo, não há previsão constitucional de atuação do TCU em caso de atos administrativos ainda não expedidos.¹⁵

Aliás, o exame da evolução histórica das Constituições sugere que há aí um *silêncio eloquente*. Em outras palavras, uma análise histórica das Constituições brasileiras leva à conclusão de que o Constituinte não dispôs sobre essa atuação prévia precisamente porque *não pretendia que o TCU a realizasse*.¹⁶ Não se tratou de um “esquecimento” do Constituinte ou de uma hipótese em que ele simplesmente não considerou a questão. Ao contrário, a ausência de previsão de atuação prévia no texto constitucional atual parece consistir em uma clara opção histórica do Constituinte. É que, até 1967, a *regra* era que o TCU atuasse previamente. As decisões administrativas que implicassem gastos públicos deviam ser submetidas previamente à Corte de Contas, que as autorizava. Dito de outro modo, os administradores precisavam registrar previamente as despesas no TCU para que pudessem realizá-las de forma lícita. Dessa forma, o Tribunal de Contas *participava* da decisão administrativa que gerava gastos, atuando como um “quase administrador”.¹⁷

14 Como será visto mais adiante no texto, o TCU detém competência de registro prévio de atos relacionados à admissão de pessoal e concessão de aposentadorias (art. 71, III), mas isso não é relevante para os fins deste artigo.

15 É também essa a conclusão de Luis Roberto Barroso, Tribunal de Contas: algumas incompetências, *RDA*, v. 203, jan./mar. 1996, p. 138; e de Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 707.

16 Para um exame da evolução histórica das competências do TCU, v. Artur Adolfo Cotias e Silva, “O Tribunal de Contas da União na história do Brasil: evolução histórica, política e administrativa (1890-1998)”. In: *Monografias vencedoras do Prêmio Serzedello Corrêa 1998*. Brasília: Tribunal de Contas da União, pp. 19-141, 1999.

17 Nas palavras de Bruno Wilhelm Speck, “[...]onge de constituir uma questão técnica, o controle prévio transforma o Tribunal de Contas em um órgão quase administrativo. O encaminhamento prático do controle prévio é condicionar as ordens de despesas ao registro pelo Tribunal de Contas, envolvendo essa instituição no próprio processo administrativo. De fato, o Tribunal viraria, dessa forma, um aliado do Tesouro contra os ministros na contenção de despesas. Mas, em outros casos,

Esse modelo de fiscalização através do registro prévio das despesas havia sido inaugurado pela Holanda, em 1820, e fora em seguida introduzido em países como Bélgica Itália, Portugal, Chile e Japão. No Brasil, ele pautou fortemente as discussões que antecederam o estabelecimento do TCU. Uma das primeiras propostas para a criação deste órgão, de autoria do Ministro das Finanças Manoel Alves Branco, foi recusada na Câmara dos Deputados em 1845, principalmente porque só continha a previsão de um controle posterior. Os críticos da proposta consideravam que o modelo sem controle prévio seria “inútil”.¹⁸ Na exposição de motivos do Decreto de 1891, que finalmente instituiu o TCU, o então Ministro da Fazenda Ruy Barbosa deixou clara a sua adesão a essa tese: “Não basta julgar a administração, denunciar o excesso cometido, colher a exorbitância, ou a prevaricação, para as punir. Circunscrita a esses limites, essa função tutelar dos dinheiros públicos será muitas vezes inútil, por omissa, tardia ou impotente”.¹⁹

Essa orientação foi finalmente adotada pela lei ordinária de 1892, que regulamentava o funcionamento do TCU. Estabelecido, o modelo de registro prévio de despesas vigorou nas décadas seguintes. Em 1934, a atividade contratual da administração pública, que ganhara forte relevância nos primeiros anos do século XX, foi explicitamente incluída nessa sistemática. O mesmo se deu em relação aos atos de aposentadoria de funcionários públicos, que passaram a depender do registro prévio perante o TCU a partir da Constituição de 1946.

Tudo começou a mudar, no entanto, com a Constituição de 1967. Como parte de projeto para impulsionar o desenvolvimento econômico, o governo militar promoveu vasta reforma administrativa e financeira, que terminou por impactar também as competências do TCU. Para os fins do presente trabalho, a principal modificação introduzida à época foi o abandono do sistema de registro prévio de despesas. Esse modelo foi substituído por dois mecanismos diferentes: (i) a instituição de órgãos de controle interno pela administração pública e (ii) a introdução de um controle posterior e eventual pelo TCU através de inspeções e auditorias.²⁰

como o ilustrado acima, o Tribunal seria um órgão administrativo com poderes de veto, mesmo que não inserido na hierarquia do Poder Executivo” (In: *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*, São Paulo, Fundação Konrad-Adenauer, 2000, p. 53).

18 Cf. Alfredo Cecílio Lopes, *Ensaio sobre o Tribunal de Contas*. São Paulo: s/e, 1947.

19 Cf. Bruno Wilhelm Speck, *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer, 2000, p. 51.

20 Sobre a diferença entre os controles interno e externo, v. STF, AgRg na Pet n. 3.606/DF, Plenário, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 21.09.2006, DJ de 27.10.2006.

As *razões* e as *consequências* de tais modificações não devem ser negligenciadas. Bruno Wilhelm Speck explica que foram de ordem prática as razões da mudança:

Com o crescimento da administração pública e a multiplicação das repartições, o Tribunal se veria forçado a se organizar internamente espelhando a estrutura da administração pública, caso quisesse registrar as despesas de cada repartição previamente. O processo de registro, de um lado, emperrava a administração, porque atrasava a execução orçamentária. De outro lado, os prazos exíguos dados ao Tribunal para manifestação não permitiam uma efetiva verificação da legalidade e da regularidade dos atos, como previsto. A filosofia do controle total sobre todos os atos e a sistemática do embargo prévio a despesas consideradas irregulares foram abandonadas.²¹

As consequências das alterações no sistema são significativas. De um modelo de acompanhamento prévio, obrigatório e global de todas as despesas que transformava o TCU em “quase administrador”, passa-se para um sistema em que as suas competências de controle são meramente eventuais e posteriores, sendo realizadas ao lado e de forma complementar a uma fiscalização promovida por órgãos internos à administração pública. A nova lógica de atuação foi confirmada pela Constituição atual. É ela que informa a disciplina relativa à atuação do TCU nos projetos de infraestrutura, apresentada acima. No regime constitucional vigente, a atuação prévia do TCU existe, mas é excepcional e atinge domínios que não têm relevância para o presente artigo, como a concessão de aposentadorias e a admissão de pessoal no funcionalismo público.

Esse percurso histórico na disciplina constitucional do TCU demonstra que a ausência, no regime atual, de previsão explícita de poderes prévios em relação a contratações administrativas configura uma hipótese de *silêncio eloquente*. A Constituição não previu tais poderes porque não os quis prever. A sistemática de atuação prévia do TCU em relação às despesas da administração pública vigorou por longos anos, mas foi *deliberadamente abandonada* pelo Constituinte quando a multiplicação das competências administrativas tornou esse sistema inviável e indesejável, em função dos riscos de paralisia administrativa. Em outras palavras, na contraposição entre efetividade do controle e eficiência do agir administrativo, o Constituinte fez clara opção pelo segundo valor. Nesse contexto, cumpre ao seu intérprete dar efetividade a essa escolha.

21 Cf. Bruno Wilhelm Speck, *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer, 2000, p. 68-69.



2.2. A AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIAS PREVENTIVAS TAMBÉM NA NORMATIZAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

A Constituição, portanto, não previu explicitamente para o TCU poderes que pudessem ser utilizados no controle da modelagem de projetos de infraestrutura. Além disso, a ausência de previsão corresponde a uma clara opção do Constituinte de que a intervenção prévia *não se realize*.

A mesma situação se verifica no nível infraconstitucional. Não há lei que preveja poderes prévios ao TCU – ao menos não explicitamente. Não há lei que permita ao TCU impedir a publicação de um edital ou condicionar a sua publicação ao cumprimento de algumas determinações suas. Em seu art. 113, § 2º, a lei geral de licitações²² autoriza o controle de editais de licitação, mas apenas posteriormente à sua publicação. Assim, faz referência à possibilidade de (i) solicitação para exame de cópia de edital de licitação “já publicado”, além de (ii) determinação de medidas “corretivas” pertinentes.²³ Por sua vez, o art. 18, VIII, da Lei 9.491/97²⁴, normalmente apontado pelo TCU como base legal de sua atuação prévia nos processos de outorga de concessão ou de permissão de serviços públicos, dispõe tão somente que compete ao Gestor do Fundo Nacional de Desestatização “preparar a documentação dos processos de desestatização, para apreciação do Tribunal de Contas da União”. A lei, portanto, limita-se a estabelecer que o TCU irá apreciar os documentos relativos ao processo de desestatização, sem lhe conferir qualquer poder específico e adicional aos que previu a Constituição.

Nesse contexto de ausência de previsão de poderes prévios na Constituição e na lei, poderia uma norma infralegal estabelecer essa competência? A resposta é negativa. Até se admite que a competência normativa das entidades administrativas promova algum grau de inovação na ordem jurídica²⁵, mas essa inovação depende de uma densidade legislativa míni-

22 BRASIL. Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 22 nov. 2014.

23 Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto. (...) § 2º Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

24 BRASIL. Lei 9.491 de 09 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm>. Acesso em: 22 nov. 2014.

25 Sobre o tema, v., por exemplo, Gustavo Binenbojm, *Uma teoria do Direito Ad-*

ma que não se verifica neste caso. Na ausência de indicações legislativas mínimas, não poderia o TCU produzir validamente normas que gerassem obrigações para terceiros ou para órgãos constitucionais de outro poder.²⁶

Neste sentido, vale mencionar acórdão exarado pelo Supremo Tribunal Federal em 2008, em julgamento a Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. O STF examinava a validade jurídica de uma sanção imposta com base em norma própria do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro que estabelecia a obrigação para os administradores públicos de encaminhamento dos editais de licitação para controle prévio por esse órgão de contas. O Superior Tribunal de Justiça havia considerado válida a sanção por entender que o controle dos Tribunais de Contas, “além de preventivo, reveste-se de caráter educativo, impedindo o malferimento aos princípios da legalidade, eficiência e a todos os demais postos na Lei de Licitações”. Foi adiante o STJ nos seguintes termos: “temos aqui o que denominamos de princípios implícitos do controle da licitação uma vez que esta não é apenas controlada *a posteriori* mas, também, *a priori*, constituindo-se, pois, um fator a prestigiar a moralidade na prática do ato administrativo”.²⁷

O STF deu provimento ao recurso ordinário para reformar a decisão do STJ. Um dos pontos discutidos pelos Ministros não interessa a este artigo. Trata-se da discussão a propósito da competência federativa em face do art. 22, XXVII da Constituição. Mas, para além disso, o STF reforçou dois pontos relevantes: (i) o eventual controle prévio de editais de licitações exigiria previsão *legislativa* específica; (ii) esta previsão específica *não se verifica na legislação pátria*, que autoriza apenas o controle de edital já publicado e desde que tenha havido solicitação, pelo Tribunal de Contas, para remessa de uma cópia sua.²⁸

ministrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, capítulo IV - A crise da lei: da legalidade como vinculação positiva à lei ao princípio da juridicidade administrativa, pp. 125-194; e Carlos Ari Sundfeld, *Direito administrativo para céticos*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 231-280.

26 Assim também Luis Roberto Barroso, Tribunal de Contas: algumas incompetências, *RDA*, v. 203, jan./mar. 1996, p. 138.

27 STJ, RMS 17.996/RJ, rel. Ministro Teori Zavascki, Rel. p/ Acórdão Ministro José Delgado, 1ª Turma, j. em 01.06.2006, DJ 21.08.2006, p. 233.

28 STF, RE 547063, rel. Min. Menezes Direito, 1ª Turma, j. em 07.10.2008. EMENTA Tribunal de Contas estadual. Controle prévio das licitações. Competência privativa da União (art. 22, XXVII, da Constituição Federal). Legislação federal e estadual compatíveis. Exigência indevida feita por ato do Tribunal que impõe controle prévio sem que haja solicitação para a remessa do edital antes de realizada a licitação. 1. O art. 22, XXVII, da Constituição Federal dispõe ser da União, privativamente, a legislação sobre normas gerais de licitação e contratação. 2. A Lei federal nº 8.666/93 autoriza o controle prévio quando houver solicitação do Tribunal de Contas para a remessa de cópia do edital de licitação já publicado. 3. A exigência feita por atos normativos do Tribunal sobre a remessa prévia do edital, sem nenhuma solicitação, invade a



A este ponto, parece claro que, à ausência de lei específica (ou, mais precisamente, de indicações legislativas mínimas), não poderia o TCU produzir validamente normas que gerassem obrigações para terceiros ou para órgãos constitucionais de outro poder.²⁹ De todo modo, o mais curioso é perceber que essa norma infralegal não apenas *não poderia existir* como *de fato não existe*. Não há *norma infralegal* que estabeleça esses poderes prévios de que aqui se cogita.

No caso das concessões dos aeroportos do Galeão e de Confins, a base jurídica declarada da atuação prévia do TCU foi a sua Instrução Normativa n. 27, de 02/12/1998.³⁰ De acordo com o art. 7º dessa norma, a fiscalização dos processos de outorga de concessão ou de permissão de serviços públicos realizada pelo TCU será “prévia e concomitante”, devendo contar com quatro estágios. É o primeiro estágio dessa fiscalização que se opera antes da publicação do edital, envolvendo o exame dos seguintes documentos: (i) relatório sintético sobre os estudos de viabilidade técnica e econômica do empreendimento, com informações sobre o seu objeto, área e prazo de concessão ou de permissão, orçamento das obras realizadas e a realizar, data de referência dos orçamentos, custo estimado de prestação dos serviços, bem como sobre as eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias e as provenientes de projetos associados; (ii) relatório de estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à outorga, de utilidade para a licitação, realizados ou autorizados pelo órgão ou pela entidade federal concedente, quando houver; (iii) relatório sintético sobre os estudos de impactos ambientais, indicando a situação do licenciamento ambiental. De acordo com o art. 17 da mesma Instrução Normativa, “verificados indícios ou evidências de irregularidades, os autos serão submetidos de imediato à consideração do Relator da matéria, com proposta de adoção das medidas cabíveis”.

competência legislativa distribuída pela Constituição Federal, já exercida pela Lei federal nº 8.666/93, que não contém essa exigência. 4. Recurso extraordinário provido para conceder a ordem de segurança.

29 Sobre o tema, v. ainda RMS 24.675/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. em 13/10/2009, DJe 23/10/2009. V. também Luis Roberto Barroso, Tribunal de Contas: algumas incompetências, *RDA*, v. 203, jan./mar. 1996, p. 138. Sobre a extensão da competência normativa do TCU, mais genericamente, v. Marçal Justen Filho, *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012, pp. 1079-1080.

30 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa nº 27 de 02 de Dezembro de 1998. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/IN/20090624/INT1998-027.doc>>. Acesso em: 23 dez. 2014. Há outras instruções normativas do TCU que são relevantes para projetos de infraestrutura, como a Instrução Normativa nº 46/04, sobre concessões de rodovias, e a Instrução Normativa nº 52/07, sobre parcerias público-privadas.

Como se vê, essas disposições autorizam apenas a participação do TCU nos estudos que embasam a adoção de medidas concretas posteriormente – e não, também, nessas próprias medidas.

Em resumo didático, a ação do TCU de impedir a publicação de um edital, ou condicionar a sua publicação ao cumprimento de alguma determinação sua, não encontra fundamento *explícito* em norma de *qualquer hierarquia*. O próprio TCU reconheceu essa circunstância no caso da análise do primeiro estágio das concessões dos aeroportos do Galeão e de Confins. Admitiu, assim, que “a análise dos comandos pertinentes às minutas do edital e do contrato deve se dar no 2º estágio do acompanhamento”³¹ – estágio posterior à publicação do edital, inclusive porque o art. 8º, II, c, da Instrução Normativa TCU 27/1998 faculta ao administrador que envie o edital ao controlador em até cinco dias após a sua publicação.

3. AS RAZÕES APRESENTADAS PELO TCU PARA FUNDAMENTAR A SUA ATUAÇÃO PREVENTIVA

De acordo com o panorama constitucional, legislativo e infralegislativo traçado acima, o TCU não detém qualquer poder explícito de constrição de autoridades administrativas no momento prévio à publicação de editais em projetos de infraestrutura. A própria Corte de Contas já reconheceu essa circunstância. Na ementa de acórdão de 2008, de relatoria do Min. Guilherme Palmeira, lê-se o seguinte: “Não compete ao TCU deliberar a respeito da licitude do conteúdo de minuta de edital ainda não publicada e que, por isso, não consubstancia ato administrativo, por extrapolar o conjunto de competências conferido a esta Corte”.³² Como foi visto no exemplo acima, no entanto, esse entendimento tem sido afastado em alguns casos. Quando isso ocorre, como o TCU tem justificado a sua atuação?

31 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.466/2013, Plenário, rel. Ministra Ana Arraes. Brasília. J. 11 set. 2013, item 63. Disponível em www.tcu.gov.br. Acesso em: 17 dez. 2014.

32 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 597/2008. Plenário, rel. Min. Guilherme Palmeira. J. 11 abril 2007. Disponível em www.tcu.gov.br. Acesso em: 17 dez. 2014.

3.1. AS RAZÕES PRÁTICAS: A SUPOSTA CONVENIÊNCIA SOCIAL DA ATUAÇÃO PREVENTIVA

São razões eminentemente práticas aquelas que o TCU suscita para justificar a sua atuação prévia. Nas palavras da Ministra relatora Ana Arraes, no caso dos aeroportos do Galeão e de Confins:³³

a verificação de eventual não cumprimento das recomendações/determinações do Tribunal referentes a essa fase somente nessa altura [posterior] do processo tornará necessária a republicação do edital e a consequente reabertura de prazos. Ante a urgência máxima que se atribui a processos da natureza do ora em foco, postergar a análise das minutas de edital e de contrato juntadas aos autos para a etapa de avaliação do 2º estágio [após a publicação do edital] poderia trazer impactos negativos. Além de reduzir a possibilidade de contribuição deste Tribunal para o aperfeiçoamento do processo, aumentaria, nos casos de constatações mais relevantes, o risco de interrupções indesejáveis no cronograma originalmente previsto. Assim, seria importante antecipar a avaliação de pontos mais relevantes das minutas de edital e de contrato, como foi feito nas concessões anteriores, por exemplo, em relação à imprescindibilidade de mecanismos contratuais para garantir a modicidade de tarifas.

Em resumo, a relatora entende que a antecipação do exame pelo TCU (i) ampliaria a possibilidade de contribuição para o aperfeiçoamento do processo e (ii) evitaria interrupções indesejáveis no cronograma do projeto público. Ambos os argumentos parecem conduzir à ideia de que o controle prévio seria feito por conveniência social ou do próprio administrador público. Há alguns problemas com esse raciocínio.

Em relação ao primeiro ponto, ele parece ignorar que, ao mesmo tempo em que a antecipação da atuação do TCU amplia a possibilidade de contribuição para o aperfeiçoamento do projeto de infraestrutura, ela amplia também a possibilidade de intervenções indevidas do órgão na esfera de liberdade do administrador público para modelar os projetos como melhor lhe parecer. É dizer: trata-se de argumento construído sobre uma concepção idealizada ou pouco realista da atuação do órgão fiscalizador. Tanto a hipótese da contribuição quanto a hipótese da intervenção indevida são igualmente concebíveis sob uma perspectiva teórica. Sendo assim, é preciso atentar para a opção adotada pelo direito em relação a

33 BRASIL. Tribunal de Contas da União. AC-2466-35/13-P. Disponível em <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 17 dez. 2014. p. 56.

esse dilema – que, neste caso, é a de evitar a intervenção prévia, tal como se demonstrou acima.

Em relação ao segundo ponto, a Ministra Ana Arraes parece estar fazendo referência à possibilidade de sustação do edital que a Constituição confere ao TCU. O argumento aqui seria o seguinte: como o TCU pode sustar o edital que entender irregular, é melhor que já faça o seu exame anteriormente, para evitar interrupções no cronograma, depois de publicado o edital.³⁴ O raciocínio não procede.

Em primeiro lugar, é preciso contestar que, de um ponto de vista estritamente temporal (estritamente relacionado, portanto, ao cronograma de execução dos projetos de infraestrutura), haja alguma vantagem em interromper o processo antes da publicação do edital, e não após a sua publicação. Não há por que supor que a paralisação posterior seria maior do que o adiamento anterior. Ela seria apenas realizada em momento posterior. Aliás, no caso dos aeroportos do Galeão e de Confins, a imprensa chegou a noticiar que o governo acataria as observações do TCU para evitar atrasados adicionais na publicação do edital – quer dizer, haverá atrasos no cronograma com intervenções prévias ou posteriores.

Em segundo lugar, é curioso que o TCU utilize poderes que detém posteriormente para, em uma espécie de ameaça velada, justificar a criação de poderes preventivos, supostamente em benefício do próprio administrador ou da sociedade. A extrair desse argumento todas as suas consequências, ter-se-ia que todo órgão que detém poderes posteriores de sanção jurídica se tornaria “por conveniência social” também um regulador prévio.

No MS 32.033/DF, o Supremo Tribunal Federal enfrentou questão análoga, relativa à sua própria competência constitucional.³⁵ O senador impetrante pedia à Suprema Corte que evitasse a tramitação de projeto de lei que dispunha sobre tema que o STF já julgara inconstitucional na ADI 4.430.³⁶ O Ministro Gilmar Mendes chegou a conceder medida cau-

34 Esse argumento apareceu também no voto do então Ministro do STJ Luiz Fux no RMS 17.996/RJ, rel. Ministro Teori Zavascki, Rel. p/ Acórdão Ministro José Delgado, 1ª Turma, j. em 01.06.2006, DJ 21.08.2006, p. 233.

35 STF, MS 32.033/DF, Plenário, rel. Min. Gilmar Mendes; Relator p/Acórdão: Min. Teori Zavascki, j. 20.06.2013.

36 Nos termos da ementa desse julgado: “A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de apor-lhe veto, se for o caso. Partir da



telar nesse sentido, suspendendo a tramitação do Projeto de Lei até a deliberação final do Plenário da Corte. No julgamento do mérito da ação mandamental, no entanto, a maioria do STF decidiu pela impossibilidade de promoção do controle prévio. No voto da Ministra Cármen Lúcia, lê-se o seguinte:

Se inconstitucionalidade vier a ser praticada na elaboração normativa pelo Congresso Nacional o Supremo Tribunal poderá vir a ser convocado para atuar. Mas é certo que o direito tem o seu tempo e projeto de lei e exercício de competência, mas a matéria cuidada pelo Congresso lei ainda não é.

Quer dizer: o fato de que o STF detém o poder de julgar a constitucionalidade das leis não significa que ele possa barrar também projetos de lei. O mesmo raciocínio pode ser aplicado ao TCU: o fato de que ele pode sustar editais já publicados não significa que possa também intervir em meros projetos de editais.

Sob um ponto de vista estritamente prático, não é indiferente que o controle se dê antes ou depois da adoção de um ato. É intuitivo que o controlador se sentirá mais à vontade para ir fundo nas opções controladas nos casos em que elas ainda não tenham sido postas em prática e não tenham sido amplamente publicizadas. Dito de outro modo, é de se esperar que um órgão controlador seja *menos interventivo* num contexto em que determinado ato já foi praticado. Nesse contexto, ao contrário do que ocorreria se pudesse atuar previamente, o controlador tenderia a negligenciar discordâncias menores e menos relevantes que possa ter com o administrador público. Em um contexto de atuação preventiva, toda mínima divergência que o TCU tenha com o administrador público poderá suscitar uma comunicação nesse sentido. Em um contexto de atuação posterior, ao contrário, o órgão controlador tenderá a colocar na balança os inconvenientes de uma eventual sustação do edital para decidir se intervirá ou não. Deverá ponderar se a divergência que tem com o administrador público é de fato tão grave e tão séria a ponto de justificar (i) a interrupção de um projeto público e (ii) a incursão nos ônus políticos decorrentes dessa interrupção.

A este ponto, parece demonstrado que respeitar a letra explícita da Constituição Federal – e, portanto, vedar a atuação preventiva do TCU –

suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico” (in STF, MS 32.033/DF, Plenário, rel. Min. Gilmar Mendes; Relator p/Acórdão: Min. Teori Zavascki, j. 20.06.2013).

não é *indiferente* do ponto de vista prático, como quer fazer crer o TCU. Trata-se de opção que geraria o resultado prático de reduzir a intervenção do TCU e aumentar a liberdade do administrador público. Este resultado, aliás, é consentâneo com a intenção do legislador de fazer com que o TCU atue como um controlador posterior e eventual, e não como um “quase administrador”. Além de não ser *indiferente* do ponto de vista prático, é preciso deixar claro que esta opção tampouco é *socialmente inconveniente*. Só pensaria assim quem supusesse que o TCU tem maiores condições de avaliar o que é lícito e regular do que tem o administrador público – suposição que não encontra respaldo constitucional.

Em resumo, a sistemática que o TCU instaura sob o argumento de que seria *conveniente* ou no *mínimo indiferente* do ponto de vista da sociedade ou do próprio administrador público na realidade subverte a lógica instaurada pelo Constituinte, gerando inclusive resultados opostos aos que ele teria pretendido. Na mesma direção, retome-se o julgamento em que o STF negou a validade de norma que conferia ao TCE do Rio de Janeiro poderes para determinar a apresentação prévia de editais de licitações, sob pena de sanção. Em especial, o Ministro Marco Aurélio, então presidente do STF, deixou clara a sua posição no sentido de que a obrigação de submissão prévia de projetos de editais (antes da sua publicação) faria o Tribunal de Contas substituir-se ao próprio administrador: “Se assento que, necessariamente, o administrador precisa, de forma automática, encaminhar para aprovação os editais de licitação ao Tribunal de Contas do Estado, afastando a atuação dele, do órgão, como administrador”. A Ministra Cármen Lúcia fez observação semelhante à da Ministra Ana Arraes, que agora se contesta. De acordo com a Ministra Cármen Lúcia, o exame prévio seria “extremamente cômodo” para o administrador, na medida em que “evita[ria] problemas preliminarmente”. Mas o Ministro Marco Aurélio retrucou que “essa comodidade (...) contraria princípio básico, revelador da autoadministração”.³⁷

3.2. AS EVENTUAIS RAZÕES JURÍDICAS: A SUPOSTA EXISTÊNCIA DE UM “PODER GERAL DE CAUTELA”

Seria cogitável ainda que a atuação prévia do TCU se fundamentasse em um “poder geral de cautela” que seria implícito aos seus poderes corretores. No caso dos aeroportos do Galeão e de Confins, a justificativa não é assim articulada nem no acórdão da lavra da Ministra Ana Arraes, nem no acórdão da lavra do Ministro Augusto Sherman Cavalcanti. Neste último, no entanto, além das razões práticas citadas acima, afirma-se que a atuação prévia do TCU é necessária para “garantir efetividade à atuação

37 STF, RE 547063, rel. Min. Menezes Direito, 1ª Turma, j. em 07.10.2008.

desta Corte, em face do seu caráter também preventivo”.³⁸ A existência de um “poder geral de cautela” para o TCU já foi também reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, originalmente em Acórdão da lavra da Ministra Relatora Ellen Gracie, de novembro de 2003.³⁹ Essa interpretação, no entanto, não merece encômios.

Antes de ingressar na crítica direta ao raciocínio adotado pelo STF, é preciso deixar claro que o caso em que essa Suprema Corte reconheceu originalmente a existência de competências constitucionais cautelares implícitas guarda diferenças significativas com a hipótese deste artigo. No caso enfrentado pelo STF, tratava-se de suspensão cautelar, pelo TCU, de uma licitação na modalidade de tomada de preços promovida pela Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP) para contratar um escritório de advocacia em Brasília para acompanhamento de processos nos Tribunais Superiores e órgãos administrativos da capital federal. Um dos escritórios licitantes representara ao TCU a propósito de irregularidades no procedimento licitatório, e o órgão de controle determinou a imediata suspensão do certame até que fosse julgado o mérito da questão. Nesse caso, o edital já havia sido publicado e o procedimento licitatório já estava em curso. Em tais circunstâncias, o TCU possui competências corretivas explicitamente atribuídas pela Constituição. A questão que se punha era a de ser necessário estender competências cautelares *adicionalmente (ou acessoriamente)* às competências corretivas que, indiscutivelmente, existiam. Já na hipótese de que cuida este artigo, não haveria edital algum publicado, nem se teria iniciado ainda a fase externa do procedimento licitatório. Ao contrário do que acontece na hipótese do edital já publicado, aqui a Constituição não estabelece nenhuma competência corretiva. O uso da autoridade deste julgado, portanto, é de utilidade duvidosa.

Mas é imprescindível ir além e contestar a própria procedência do entendimento do STF *mesmo no caso específico por ele solucionado* – aquele em que já há edital de licitação publicado. O raciocínio do STF está baseado na necessidade de dar efetividade às competências explícitas estabelecidas pela Constituição Federal. O poder geral de cautela de que disporia o TCU seria uma *consequência necessária* da detenção de competências corretivas explícitas, como forma de torná-las efetivas na prática. A ideia é a de que o próprio Constituinte teria desejado essa interpretação, ou não faria sentido ter estabelecido as competências explícitas.

38 TCU, Acórdão 2.666/2013, Plenário, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, j. em 2.10.2013, item 4.

39 STF, MS n. 24.510/DF, Plenário, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 19.11.2003, DJ de 19.03.2004. O STF voltou a manifestar-se neste sentido em 2007: MC no MS n. 26.547/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. em 23.05.2007, DJ de 29/05/2007.

Os Ministros Carlos Ayres Britto e Gilmar Mendes debateram sobre a possibilidade de identificação de competências constitucionais implícitas. Britto defendia que as competências estabelecidas constitucionalmente devem ser entendidas como *numerus clausus* e Mendes afirmava diversamente, no sentido de que é possível e mesmo usual que se faça interpretação extensiva dos poderes que a Constituição atribui a uma instituição pública. Ainda que se ultrapassasse essa discussão inicial, contudo, é preciso estar claro que o raciocínio das competências constitucionais implícitas só poderia ter lugar quando fosse compatível com o sistema de competências atribuído explicitamente pela Constituição. É dizer: não cabe ler de maneira implícita algo que a Constituição estatuiu explicitamente de outra forma. E é este o principal problema da interpretação extensiva dos poderes do TCU ao qual a Corte procedeu. A Constituição Federal *não foi silente* sobre a existência de poder cautelar ao TCU. Ela o previu *expressamente*.

Com efeito, o art. 71, X, do texto constitucional estabelece que o TCU poderá determinar a *sustação* dos efeitos de atos administrativos irregulares. A sustação consiste precisamente em uma medida cautelar: não corresponde à anulação do ato administrativo nem resolve definitivamente a questão relativa à regularidade do ato. Ela consiste em providência voltada a evitar que se realizem os efeitos de ato que causaria danos ao erário público até a solução definitiva da questão – uma medida cautelar, portanto. Acontece que a Constituição não apenas previu essa competência cautelar, mas também disciplinou o seu exercício. A leitura combinada dos incisos IX e X do mencionado art. 71 deixa claro que a sustação dos efeitos de atos administrativos irregulares pelo TCU (i) será precedida do esgotamento de prazo que o próprio TCU assinar para que as autoridades administrativas pertinentes adotem as soluções cabíveis e (ii) será seguida da comunicação da decisão de sustação à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal.

Essa é a extensão do poder cautelar concedido constitucionalmente ao TCU e é o procedimento específico que deve ser seguido para exercê-lo. Identificar a existência de um poder geral de cautela que permita ao TCU suspender atos e procedimentos administrativos sem que se estabeleça prazo às autoridades administrativas pertinentes para a adoção das soluções cabíveis não é identificar implicitamente competências que o próprio Constituinte teria querido estabelecer – é desbaratar e ignorar a sistemática específica que o Constituinte previu para a hipótese.

Nem se contraponha o argumento de que não faria sentido *deixar a ilegalidade e o dano público acontecerem*, para só depois permitir a atuação do TCU. Esse argumento esteve presente nos debates do STF. Para objetar o entendimento do Ministro Ayres Britto, que negava a existência de um poder geral de cautela para o TCU, o Ministro Cezar Peluso questio-



nou: “[o Tribunal de Contas] tem o poder de remediar, mas não o de prevenir? Vamos esperar seja consumada a ilegalidade para, só depois, atuar o [Tribunal de Contas]?”.⁴⁰ Em sentido parecido, manifestou-se o Ministro Sepúlveda Pertence. A preocupação, no entanto, não procede.

Em primeiro lugar, o argumento é vulnerável a uma avaliação mais realista. Nos casos em que o TCU entender haver ilegalidade em um projeto de infraestrutura, o que se terá não é *necessariamente* um prenúncio de dano, mas apenas um entendimento de um órgão público nesse sentido. No entanto, não se ignora que haverá também o entendimento de outra instituição (da administração pública) em sentido contrário – considerando juridicamente válida a disposição editalícia contestada pelo TCU, por exemplo. Se há um risco de que o TCU esteja correto e que um dano se concretize, também há um risco de que o TCU esteja equivocado e que um projeto público relevante seja sobrestado. Nenhuma dessas situações pode ser excluída previamente, e não é razoável enxergar apenas um dos riscos e a partir dele extrair consequências jurídicas preventivas. Ao contrário, havendo divergências entre instituições públicas e risco na adoção de quaisquer dos entendimentos, é preciso atentar para a solução prevista no direito para tal situação. E aqui parece claro que o direito autorizou que o entendimento do TCU se sobrepujasse ao entendimento da administração pública *apenas na hipótese* de atos administrativos já emitidos e após cumpridos alguns requisitos procedimentais específicos. Não há um poder geral do TCU de dizer o direito.

Em segundo lugar, ainda que se admita para argumentar que o TCU tenha razão, não é possível supor que a negação a esse órgão de um poder geral de cautela implique necessariamente a concretização do dano ou da ilegalidade. É que o próprio direito prevê os remédios para que não ocorram tais danos. Os interessados em evitá-los devem recorrer ao Poder Judiciário para obter um provimento liminar cautelar nesse sentido. É o Poder Judiciário que, na sistemática estabelecida pelo Constituinte, tem poderes para impedir, de forma preventiva e cautelar, a publicação de um edital de licitação com violações à lei. Na sistemática estabelecida pelo Constituinte, o TCU tem poderes de cautela, mas eles são limitados e precedidos por um procedimento específico – é o Poder Judiciário que tem poder geral de cautela.⁴¹ Neste contexto, reconhecer “poder geral implícito de cautela” ao TCU não é exatamente prever uma solução jurídica

40 STF, MS n. 24.510/DF, Plenário, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 19.11.2003, DJ de 19.03.2004.

41 Sobre as diferenças na sistemática acautelatória do TCU e do Poder Judiciário, em especial no que concerne à questão da indenização pelos prejuízos causados por uma providência cautelar posteriormente suspensa, veja-se Marçal Justen Filho. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 1083.

para uma situação em que o direito não prevê nenhuma; é, sim, substituir a solução prevista pelo direito por outra que se julga mais adequada. Do ponto de vista institucional, constitui transferência de competências do Poder Judiciário para o TCU.

Além dos licitantes ou demais interessados, naturalmente poderá o próprio TCU, através de sua procuradoria, provocar o Poder Judiciário para obter *dele* o provimento cautelar que julgar conveniente para o caso concreto. Intuitivamente, espera-se inclusive que esta seja a situação mais comum. Afinal, a legislação prevê que este órgão de controle examinará previamente os estudos relativos aos projetos de infraestrutura e poderá tomar conhecimento de disposições editalícias que entenda irregulares. A legislação apenas não prevê poderes concretos a serem utilizados nesta hipótese. Disso resulta que o TCU poderá atuar nos domínios para os quais não lhe é necessário nenhuma habilitação jurídica específica (ex.: poderá recomendar alterações para o administrador ou levar a questão ao Poder Judiciário), mas não poderá impor ele próprio medida constritiva alguma.

4. CONCLUSÕES

O contexto atual favorece a ampla intervenção do TCU sobre projetos de infraestrutura. De um lado, a Constituição põe sob a sua guarda valores extremamente amplos (em especial, a legitimidade e a economicidade dos atos administrativos). De outro lado, há um movimento de interpretação extensiva dos poderes que o TCU detém para protegê-los. O STF entende que as competências que a Constituição atribuiu explicitamente a essa Corte de Contas pressupõem outras, implícitas, que lhe assegurariam um “poder geral de cautela”. O próprio TCU sustenta que a intervenção prévia em editais de licitação, apesar de não estar prevista em norma de nenhuma hierarquia, seria conveniente para a sociedade e para o administrador público – ou, no máximo, ser-lhe-ia irrelevante. O administrador público, por sua vez, tem sucumbido ao avanço do TCU e permitido a sua intervenção prévia.

Esta última circunstância, em especial, merece algum desenvolvimento.⁴² Tendo em vista que a atuação sancionatória do TCU incide sobre os gestores públicos individualmente considerados, gera-se um incentivo claro para que eles admitam o controle prévio do órgão fiscalizador, em uma espécie de “instinto de autopreservação”. Afinal, o controle prévio funcionaria como um “salvo-conduto” desejado pelo administrador antes da realização da licitação. Além do medo da penalização, a propensão dos

⁴² Devo as observações deste parágrafo a comentários de Marcelo Lennertz e Maurício Portugal Ribeiro, após leitura de versões preliminares deste trabalho.

administradores para aceitar o controle prévio pode decorrer de receio de danos reputacionais causados por uma eventual sustação posterior do edital sob o argumento de ilegalidades. Assim, no âmbito do governo federal, ao menos nos últimos dez anos, a regra tem sido a do envio das minutas de edital e contratos para o TCU no momento do envio dos estudos de viabilidade. Trata-se de procedimento que termina por consolidar a atuação prévia do TCU. O único caso recente em que o governo federal publicou um edital de licitação sem aprovação prévia do TCU sobre os estudos de viabilidade foi o da concessão do Campo de Libra. Em todos os outros casos, esperou-se a manifestação do órgão fiscalizador, mesmo quando ele ultrapassou os prazos estabelecidos em suas próprias Instruções Normativas para fazê-lo. Como consequência, a Corte de Contas acaba atuando nos projetos de infraestrutura quase como um administrador, participando ativamente das decisões governamentais relativas à sua modelagem.

Não há nada que possa ser feito juridicamente para impedir que, em instinto de preservação, os administradores enviem voluntariamente os projetos de editais e se submetam às considerações tecidas pelo TCU – nem este artigo sugere que tal procedimento seja juridicamente inválido. O que aqui se sustentou foi o seguinte:

- (i) O TCU não pode *exigir* a apresentação de minuta de edital ainda não publicado.⁴³ Naturalmente, no entanto, o administrador público pode *optar* por enviá-la, para receber sugestões do TCU;
- (ii) O TCU não detém poderes para intervir de forma autoritativa em uma minuta de edital ainda não publicada. As competências constitucionais explícitas que se atribuíram ao TCU não implicam necessariamente competências implícitas geradoras de um “poder geral de cautela”;
- (iii) Na ausência de poderes que permitam ao TCU emitir *determinações* ao administrador público antes da publicação de um edital de licitação, a única atuação que lhe cabe nesse momento é a *opinativa*. Como se adiantou acima, esse tipo de atuação independe de qualquer previsão constitucional específica. De todo modo, o administrador não está juridicamente obrigado a acolher eventuais sugestões da Corte;
- (iv) Mesmo após a publicação do edital, o TCU não tem poderes

43 Afinal, o próprio STF já decidiu, em acórdão citado anteriormente, que a obrigação de remessa do projeto do edital não está prevista na legislação nacional e não poderia ser inserida por normatização autônoma dos Tribunais de Contas (STF, RE 547063, rel. Min. Menezes Direito, 1ª Turma, j. em 07.10.2008).

para anulá-lo. Se entender que há vícios de legalidade, legitimidade e economicidade, poderá apenas *sustar* o edital e suspender a licitação. Eventual irrisignação do administrador público com essa orientação da Corte de Contas deverá ser resolvida pelo Poder Judiciário;

(v) As três orientações acima (do STF, do TCU e do administrador público), que favorecem a intervenção prévia do TCU, terminam por consagrar um estado de coisas que o Constituinte claramente quis afastar desde 1967, quando alterou a sistemática do controle externo;

(vi) Não é irrelevante ou necessariamente positivo, do ponto de vista social, que o órgão que possui poderes de controle *a posteriori* os exerça também preventivamente;

O autor reconhece os esforços do TCU de garantir a legalidade, a legitimidade e a economicidade da ação administrativa. Em muitos casos, compartilha ainda do seu entendimento substancial, acreditando que as opções do TCU são superiores às da administração pública, no sentido de mais convenientes para a realização do interesse público. De todo modo, entende também que não cabe nem a ele, nem ao TCU tomar tais decisões ou interferir nas opções da administração antes de serem publicadas. Ainda que essa solução interventiva possa às vezes se revelar substancialmente positiva, ela será sempre negativa do ponto de vista institucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. Tribunal de Contas: algumas incompetências, *RDA*, v. 203, jan./mar. 1996.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MS 24.510/DF, Plenário, rel. Min. Ellen Gracie, J. 19 nov. 2003. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MS 32.033/DF, Plenário, rel. Min. Gilmar Mendes; Relator p/Acórdão: Min. Teori Zavascki. J. 20 jun. 2013. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE n. 190.985/SC. Plenário, rel. Min. Néri da Silveira. J. 14 fev. 1996.

BRASIL. Lei 9.491 de 09 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm>.

BRASIL. Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 17.996/RJ, rel. Ministro Teori Zavascki, Rel. p/ Acórdão Ministro José Delgado, 1ª Turma. J. 01 jun. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 24.675/RJ, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. em 13/10/2009, DJe 23/10/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4430/DF. Plenário. rel. Min. Dias Toffoli. J. 29 jun. 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MC no MS n. 26.547/DF, rel. Min. Celso de Mello. J. 23 maio 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 547063/RJ, rel. Min. Menezes Direito, 1ª Turma. J. 07 out. 2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.466/2013, Plenário, rel. Ministra Ana Arraes. Brasília. J. 11 set. 2013, item 63. Disponível em <www.tcu.gov.br>

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.666/2013, Plenário, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti. J. 02 out. 2013, item 4. Disponível em <www.tcu.gov.br>.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa nº 27 de 02 de Dezembro de 1998. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Vade-mecum de Licitações e Contratos*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012.

LOPES, Alfredo Cecílio. *Ensaio sobre o Tribunal de Contas*. São Paulo: s/e, 1947.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de; ZANCANER, Weida. "Iniciativa Privada e Serviços Públicos, *Revista de Direito Público* n. 98/192. São Paulo, RT, abr./jun., 1991.

SILVA, Artur Adolfo Cotias e. "O Tribunal de Contas da União na história do Brasil: evolução histórica, política e administrativa (1890-1998). In: *Monografias vencedoras do Prêmio Serzedello Corrêa 1998*. Brasília: Tribunal de Contas da União, pp. 19-141, 1999.

SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*, São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. "Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas". *RDA - Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 257, pp. 111-144, maio/ago. 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AgRg na Pet n. 3.606/DF, Plenário, rel. Min. Sepúlveda Pertence. J. 21 set. 2006. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 dez. 2014.

EVOLUÇÃO DAS ESCOLHAS ADMINISTRATIVAS: DA SELF-EXECUTION LAW À REGULAÇÃO

Sérgio Guerra¹

Na sua origem, o direito administrativo adotado no Brasil era definido como sendo um conjunto de condições necessárias à conformação da estrutura burocrática governamental às regras criadas pelo Poder Legislativo (lei). Assim, era considerada a disciplina jurídica voltada à organização da máquina administrativa do Estado, com características de unidade, centralização e uniformidade. Tais características, direcionadas à manutenção do funcionamento dos serviços prestados pelo Estado, levavam a Administração Pública a uma posição privilegiada em relação ao cidadão, então denominado “administrado”.²

Como ponto central dessa estrutura, destacavam-se a superioridade do interesse público – e da Administração Pública – sobre o interesse privado, o princípio da legalidade, os serviços públicos e a escolha discricionária. Dessa premissa, adveio o regime administrativo diferenciado, compreendendo as prerrogativas da Administração Pública em relação ao setor privado: poder de polícia, espécies de propriedade, de contratos e de responsabilidade.

¹ Pós-Doutor em Administração Pública. Doutor e Mestre em Direito. Professor Titular de Direito Administrativo; Vice-Diretor de Ensino, Pesquisa e Pós-Graduação e Coordenador do Mestrado em Direito da Regulação da FGV Direito Rio. Diretor Executivo da Revista de Direito Administrativo – RDA. Coordenador Geral do Curso Internacional Business Law da University of California – Irvine. Embaixador da Yale University, no Brasil, onde foi Visiting Researcher na Yale Law School (2014). Árbitro da Câmara FGV de Mediação e Arbitragem, da Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem e da Câmara de Arbitragem da Federação da Indústria do Paraná. Consultor jurídico da Comissão de Direito Administrativo da OAB/RJ.

² O tema foi objeto de apresentação no Seminário de Integração dos Programas de Pós-Graduação entre a Escola de Direito do Rio de Janeiro, da Fundação Getúlio Vargas e a Universidade do Estado do Rio de Janeiro, baseado na obra de minha autoria: *Discricionariedade, regulação e flexibilidade: uma nova teoria sobre a escolha administrativa*. 3. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

Nesse contexto, e ao longo dos tempos, a doutrina do direito administrativo pátrio, fortemente influenciada pela doutrina francesa e, entre nós, por Hely Lopes Meirelles, enfatizou o estudo e o desenvolvimento de teorias sobre o *ato administrativo*, definido, quase unanimemente, como sendo toda manifestação unilateral da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.

Por essa linha, os estudos sobre os atos administrativos foram divididos, basicamente, em: elementos (competência, finalidade, forma, motivo e objeto), características e atribuições (presunção de legitimidade, imperatividade e autoexecutoriedade), tipos, espécies, existência, validade, eficácia, controles, formas de anulação, revisão, convalidação, extinção etc., estruturando-o, na maioria das vezes, sob o viés vinculado ou comando discricionário.

Ainda que se sustente que o ato administrativo tenha deixado uma posição de figura central na dogmática do Estado de Direito, perdendo o seu papel de protagonista no relacionamento dos indivíduos com a Administração Pública, as categorias e institutos jusadministrativistas acabaram por acompanhar o desenvolvimento exegético sob essa ótica.

O mesmo não vem ocorrendo no tocante às escolhas administrativas — tema dos mais complexos na organização da divisão de funções estatais — e que, historicamente, se dividia em três espécies: escolha absolutamente vinculada; escolha relativamente vinculada e escolha discricionária. Passo a examiná-las até chegar às escolhas regulatórias.

1. ESCOLHA ABSOLUTAMENTE VINCULADA

Sob a premissa do reino das leis ou de que o Direito tem de expressar-se precisamente por meio de leis, a norma jurídica seria válida não por ser justa, mas, apenas, por haver sido posta por uma autoridade dotada de competência normativa. Desse modo, sustentava-se que todas as carências deveriam ser supridas pelo contido na lei, que a liberdade consistia no direito de fazer tudo que as leis permitiam.³ Nas palavras de Montesquieu,⁴ “a lei, em geral, é a razão humana, enquanto governa todos os povos da terra; e as leis políticas e civis de cada nação devem ser apenas casos particulares onde se aplica esta razão humana”.

3 SILVA, Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do ato administrativo perdido*. pp. 5, 47.

4 MONTESQUIEU. *O espírito das leis*, pp. 16-17.

O período do Iluminismo foi, portanto, um tempo em que se assentou na ideia de que deveria ser possível estabelecer clareza e segurança jurídicas absolutas por meio de normas rigorosamente elaboradas e, especialmente, garantir uma univocidade incondicional a todas as decisões judiciais e a todos os atos administrativos.⁵

O positivismo jurídico, sucessor da Escola Histórica do Direito,⁶ com “visão meramente indutivista”⁷ e expressado sob a forma *hobbesiana* (*Auctoritas, non veritas facit legem*), correspondia a uma instância axiológica da refundação do direito sobre o princípio da legalidade como garantia de certeza e liberdade para fazer frente à arbitrariedade.⁸

Thomas Hobbes é considerado o autêntico fundador do direito natural racionalista. Admirado e odiado por seus contemporâneos, sua influência positiva pode ser constatada, inclusive no século XX, por exemplo, em Carl Schmitt. Hobbes foi determinante na formação da ciência política moderna, pois, ora para aceitar sua doutrina, ora para combatê-la, todos os seus sucessores tiveram de partir, necessariamente, dela. Com Hobbes, pôde-se dar por iniciada a ruptura com a ciência política tradicional influenciada por Aristóteles.⁹

A Administração Pública, dessa forma, não podia atuar por meio da própria autoridade: amparava-se unicamente na autoridade da lei, encontrando nesta o único critério de decisão.

Diante do esquema “leis, tribunais e ordem pública”,¹⁰ somente neste terceiro campo caberia uma porção mínima à Administração Pública, cujo mais importante complexo de funções era concentrado, integralmente, na concepção do jogo livre do concurso social.

Portanto, como expressão da vontade geral, de dogma *rousseauiano*, a lei era concebida como insuspeita em qualquer situação, e, portanto, intocável. Rousseau pregava que os homens, vivendo em um estado de natureza e diante da existência da lei do mais forte, abdicavam, tacitamente, da ilimitada liberdade que tinham para viver em sociedade, sob

5 ENGISCH. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed., p. 206 (título original: *Einführung in das juristische Denken*).

6 BOBBIO. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, p. 45 (sem identificação do título original).

7 FREITAS. *A interpretação sistemática do direito*, p. 33.

8 FERRAJOLI. Pasado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 16.

9 DOMINGO (Ed.). *Juristas universales*, v. 2, p. 355.

10 GARCÍA DE ENTERRÍA. *Revolución francesa y administración contemporánea*, p. 35.

a direção de um poder que iria distribuir justiça, garantir a paz e punir os excessos de violência.¹¹

Para a correta compreensão da importância da lei no contexto do Estado de Direito francês, a Constituição Francesa de 1791 não permitia expressamente delegação da função legislativa ao disciplinar que isso seria de competência exclusiva do corpo legislativo, premissa esta seguida nos textos jacobino e girondino, respectivamente, das Cartas de 1793 e de 1795.

O princípio da legalidade no molde constitucional tinha um viés positivo, de modo que a Administração Pública somente podia fazer aquilo que constava expressamente na norma.¹² A liberdade e a igualdade constituíam a lei para os revolucionários franceses. Formavam o princípio basilar do Estado de Direito, sendo regra a ser observada por todos. Somente por meio da lei se poderia realizar a justiça conforme a razão jusnatural, ter certeza jurídica e controle do poder.

A lei era a expressão jurídica da hegemonia da burguesia liberal, que, em consequência, era reconhecida com “superioridade” frente a todos os demais atos jurídicos e também frente ao documento constitucional.¹³ Dessa forma, ao ocupar a posição mais alta, a lei não tinha sobre si nenhuma regra jurídica que servisse para estabelecer limites, para pôr ordem. Por isso, podia tudo, porque estava materialmente vinculada a um contexto político-social e ideal definido e homogêneo. Uma sociedade política monista ou monoclasa, como era a sociedade liberal, incorporava em si as regras de sua própria ordem,¹⁴ e o Estado concentrava em si todos os poderes.

Diante desse quadro do Estado burguês de Direito, o Parlamento dominou entre as instituições de Governo, sustentado pelo primado da lei, fundado na concepção do direito natural.¹⁵ A lei era, portanto, formadora do direito, enquanto a Administração Pública era mera executora.

11 Veja-se sua principal obra: ROUSSEAU. *Do contrato social*: princípios do direito político. Tradução J. Cretella Jr., Agnes Cretella. p. 31 *et seq.*

12 Nesse sentido, ver a manifestação de DESDENTADO DAROCA. *La crisis de identidad del derecho administrativo*: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes, pp. 26-27.

13 Para correta compreensão desses termos, ver ZAGREBELSKY. *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, p. 31.

14 Zagrebelsky destaca que neste panorama o monopólio político-legislativo de uma classe social relativamente homogênea determinava por si mesma as condições da unidade da legislação. *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, p. 32.

15 “O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações. Con-

Na estrutura da separação de poderes setecentista, tornou-se indiscutível que a cultura do princípio da legalidade trouxe, em seu bojo, a proeminência do Poder Legislativo sobre os demais poderes, isso até mesmo como uma resposta histórica ao passado de absolutismos despóticos, experimentada pela Europa.

Constata-se, nessa fase histórica, a adoção da *self-execution law* e, até mesmo, a *private law* concedendo um modesto espaço e um papel coadjuvante ao Poder Executivo. Havia um mínimo espaço para o exercício da escolha administrativa, com diminuta atuação estatal executiva, preponderantemente vinculada aos preceitos legais estritos.

2. ESCOLHA RELATIVAMENTE VINCULADA

Com o protagonismo do Poder Executivo, redundando na evolução da função administrativa, surge a escolha determinativa de conceitos constantes da lei, por meio da fórmula denominada doutrinariamente de “conceitos jurídicos indeterminados”.

O debate doutrinário acerca dessa espécie de escolha administrativa teve como berço a Áustria do final do século XIX, na obra de Bernatzik (1886). Esse autor constatou que as situações previstas por certos conceitos constantes das leis só podiam ser afirmadas ou negadas depois de um complexo processo interpretativo em cadeia.

Para superar o problema aparentemente insuperável, isto é, o de encontrar critérios seguros de interpretação e controle do processo intelectual altamente complexo, Bernatzik considerou que os conceitos jurídicos indeterminados, fórmula que materializa a escolha determinativa de conceitos legais, atribuem discricionariedade ao Administrador Público na integração da norma.

Nesse contexto, surgiu o confronto estabelecido no direito austríaco, entre Bernatzik e Tezner, em uma discussão acerca do conceito de discricionariedade e dos conceitos jurídicos indeterminados. O primeiro sustentava a existência de uma discricionariedade técnica, pretendendo com isso referir-se à extrema complexidade com que frequentemente apresen-

siderado metafísico e anticientífico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade” (BARROSO. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da EMERJ*, p. 47).

tam-se os problemas administrativos. Esses conceitos suscitaram várias opiniões ou propostas de solução, a respeito das quais, porém, será frequentemente difícil ou mesmo impossível afirmar qual a mais acertada.¹⁶

Entretanto, foi Tezner quem primeiro estabeleceu a diferença entre a função discricionária de competência do administrador público e os conceitos jurídicos indeterminados. A distinção foi por ele realizada ao criticar a Corte Administrativa da Áustria, que considerava como da esfera do poder discricionário da Administração Pública, acarretando decisões insuscetíveis de revisão judicial, os casos de aplicação de conceitos como de “interesse público”, “paz e ordem pública”, “conveniência”, “necessidade”¹⁷ etc.

A descrição da estrutura lógico-semântica dos conceitos jurídicos adveio ao cenário doutrinário por meio de uma obra de Walter Jellinek (*Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägungen*), de 1913,¹⁸ segundo a qual o conceito normativo indeterminado constitui a antítese do conceito jurídico determinado.

Pelo pensamento de Jellinek, a exemplo do que ocorre no conceito jurídico determinado das normas, o conceito indeterminado também tem limites, pois, ao contrário, não seria um conceito. O primeiro tem um só limite, que permite realizar um juízo seguro (certo) sobre a pertinência ou não do mesmo a um determinado fenômeno, ao passo que o segundo tem dois limites.¹⁹

Esse debate, extremamente relevante para a polêmica acerca do limite do controle judicial dos atos integrativos dos conceitos jurídicos indeterminados,²⁰ foi marcado pelo conflito entre a teoria da multivalência e a da univocidade.²¹

16 SILVA. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, p. 57-58.

17 Idem.

18 SOUZA. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*, p. 40.

19 BACIGALUPO. *La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*, p. 194.

20 Magide Herrero comenta que, definidos desde a perspectiva do controle judicial, tem sido relativamente tradicional diferenciar discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados a partir da afirmação de que a primeira supõe a existência de uma pluralidade de soluções juridicamente corretas (justas), enquanto a aplicação dos últimos admite uma única solução justa, permitindo-se assim ao juiz uma intensidade máxima no controle da atuação administrativa. MAGIDE HERRERO. *Límites constitucionales de las administraciones independientes*, p. 249.

21 Sobre esse conflito, conferir em GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre a escolha administrativa*. 3. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 52 ss.

3. ESCOLHA ADMINISTRATIVA DISCRICIONÁRIA

A escolha administrativa discricionária é exercida pelo Poder Executivo por meio de aberturas concedidas pelo legislador primário. Inicialmente, na origem da discricionariedade administrativa, cogitou-se haver um espaço para o Administrador Público, vinculado negativamente à lei.²²

A primeira expressão para qualificar a técnica de execução da legalidade pela Administração considerou tal execução como uma simples particularidade na atuação concreta dos mandamentos abstratos das normas, segundo exemplo histórico oferecido na sentença judicial aplicativa da lei. Nesse contexto, nasce, para o Administrador Público, uma vinculação negativa à lei (*negative Bindung*), permitindo que a Administração atue discricionariamente com uma ausência de vínculo legal.

Foi Hans Kelsen, em sua teoria pura do direito, que doutrinou acerca da vinculação positiva (*positive Bindung*) da Administração à legalidade. Averbou o mestre da Escola de Viena, sobre a relativa indeterminação do ato de aplicação do Direito, que a relação entre um escalão inferior da ordem jurídica é uma relação de determinação ou vinculação, ou seja, a norma do escalão superior regula o ato por meio do qual é produzida a norma do escalão inferior.²³

Para Kelsen, essa determinação nunca é completa, pois a norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções — sob todos os aspectos — o ato por meio do qual é ampliada. Tem sempre de haver uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma de escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou uma moldura a preencher por esse ato. Mesmo uma ordem, mais pormenorizada possível, tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer.

Nesse contexto, a Administração Pública pode usar de sua discricionariedade, sua livre autonomia, decorrente de uma “delegação consciente”²⁴ para a “concretização paulatina da norma”,²⁵ em todos aqueles casos

22 A aparente contradição na expressão “vinculação negativa”, é esclarecida por GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, p. 436. A questão decorre da tradução do poder vinculado de origem francesa — *lié* — “o vinculado, lo que deja suponer que el término opuesto se caracteriza por estar exento de vinculación.”

23 KELSEN. *Teoria pura do direito*, p. 388.

24 Na expressão de FERNÁNDEZ. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, p. 64.

25 GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo* p. 438.

em que a lei não tenha disciplinado de modo absolutamente vinculado, atuando, dessa forma, no espaço livre da lei.

O conceito doutrinário de discricionariedade nunca chegou a um consenso, estando longe de ser unísono. Bem por isso, Miguel Sánchez Morón,²⁶ ao ressaltar a discricionariedade administrativa como um conceito clássico da Teoria do Direito Público, assevera que é difícil a esta altura dizer algo novo acerca do tema.²⁷ É um problema sempre recorrente, sobre o qual a polêmica jamais parece se esgotar.

Se a discricionariedade administrativa permite ao Administrador Público agir diante da abertura legislativa e, se perfilhada a corrente doutrinária que defende a discricionariedade na integração de conceitos jurídicos indeterminados, indaga-se: por que os pilares *conveniência* e *oportunidade* sustentam esta fórmula típica do direito administrativo?

Os dois pilares que sustentam a discricionariedade (*conveniência* e *oportunidade*), cunhada em outro arranjo constitucional e histórico, foram teorizados para permitir ao Administrador Público, de acordo com sua exclusiva compreensão da realidade e dos fatos, e, notadamente, com seus próprios valores, escolher a solução que entendia ser cabível para a efetivação do fim público, supostamente unívoco e predeterminado.

Nesse sentido, o mérito do ato (escolha) está adstrito à valorização administrativa mediante parâmetros não positivos, (*oportunidade* e *conveniência*), que refogem aos vetores fixados nas normas constitucionais e infraconstitucionais.²⁸

Esse aspecto também é ressaltado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁹ ao tecer um paralelo entre a discricionariedade e o mérito do ato administrativo em que aduz, sinteticamente, que a discricionariedade é uma técnica, e o mérito, o resultado. Para esse autor, o mérito se loca-

26 SÁNCHEZ MORÓN. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, p. 9.

27 Nas lições de Karl Engisch, “o conceito de discricionariedade (poder discricionário) é um dos conceitos mais plurissignificativos e mais difíceis da teoria do Direito” (ENGISCH. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 214). Nesse mesmo sentido, César David Ciriano Vela aduz que, com independência dos distintos conceitos e técnicas de controle utilizados, em todos os países se considera que o estudo da discricionariedade é uma das questões mais importantes do Direito de nossos dias e, em especial, do direito administrativo. Por isso, é absolutamente necessário um aprofundamento em sua análise. CIRIANO VELA. *Administración económica y discrecionalidad*, p. 65. Em idêntico posicionamento, Francisco López Menudo sustenta que a discricionariedade é um tema clássico ou quiçá possa qualificá-lo como neoclássico. LÓPEZ MENUDO. El control judicial de la administración en la CE. In: HINOJOSA MARTÍNEZ; GONZÁLES-DELEITO (Org.). *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, p. 39.

28 MORAES. *Controle jurisdicional da Administração Pública*, p. 42.

29 MOREIRA NETO. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*, pp. 32-33.

liza na análise elemental do ato administrativo, comumente reconhecida e adotada pela doutrina e pelo direito positivo brasileiro nos elementos motivo e objeto. Os elementos do ato (competência, finalidade e forma) aparecerão sempre vinculados, e os dois outros (motivo e objeto), alternativamente vinculados ou discricionários, um ou outro.³⁰ Denota, assim, que essa concepção do mérito acabaria por identificar a noção de oportunidade e conveniência com a da legalidade, destruindo exatamente aquilo que serve de divisor para campos independentes e permitindo indébita intervenção do Judiciário no aspecto político-discricionário do ato.³¹

O fato é que o mecanismo que deflagra a atuação administrativa decorre da lei, que remete a Administração Pública à valoração subjetiva quanto às condições não identificadas na norma, notadamente quanto à sua integração diante do caso concreto.

Importa destacar que, se o mérito da escolha discricionária não está positivado em detalhes que o Iluminismo oitocentista perseguiu, o exercício da discricionariedade pela Administração Pública comporta um elemento identificado pelo Administrador Público para a completa integração do comando legal ao caso particular.³²

Nessa hipótese, a integração da norma por critérios do administrador público, muitas vezes tangenciando o arbítrio, nem mesmo é considerada uma faculdade ilegal proveniente de suposto — e hipotético — poder originário da Administração. Ao contrário, trata-se de uma atribuição estabelecida pela própria lei, de modo que a discricionariedade não se configura, no atual Estado Democrático de Direito, uma liberdade da Administração Pública em face da norma, mas, em sentido oposto, se apresenta como um caso típico de submissão legal que exige complementação pelo Executivo.

Parece não haver dissenso sobre que, na origem, o “poder” discricionário “aparece, assim, como necessário elemento na gradual formação do

30 MOREIRA NETO. *Legitimidade e discricionariedade*: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade, pp. 32-33.

31 *Idem*.

32 Eva Desdentado Daroca, ao ressaltar a ausência de consenso doutrinário em torno da utilização da discricionariedade administrativa, define a discricionariedade como sendo a realização de eleições de diferentes alternativas quando do exercício de poderes conferidos pela norma aberta. Por suas palavras, a discricionariedade administrativa “consiste en la realización de elecciones entre diferentes alternativas con la finalidad de ejercer una potestad conferida por el ordenamiento jurídico y que éste, sin embargo, no ha regulado plenamente. La discrecionalidad es, por un *modus operandi* que se caracteriza por los siguientes rasgos: 1) supone la adopción de decisiones dentro de un margen de libre apreciación dejado por el ordenamiento jurídico, 2) implica un acto de elección sobre la base de argumentos valorativos acerca de los cuales personas razonables pueden diferir, y 3) la elección se adopta siempre conforme a criterios valorativos extrajurídicos” (DESDENTADO DAROCA. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*, p. 22).

Direito, ou das normas jurídicas; é ele que as torna sucessivamente mais concretas”.³³ O grande desafio — travado no debate acerca do controle judicial dos atos discricionários — está no fato de que o Administrador Público, a pretexto de escolher discricionariamente e sem transparência, comete inúmeros abusos e desvios.

Resta indagar: se o Direito é mais do que aquilo que está disciplinado na lei, como examinar, a esta, graus de vinculação da discricionariedade? Qual é o limite entre a discricionariedade e o arbítrio, haja vista que a atuação discricionária se baseia no binômio conveniência e oportunidade, excludente da participação da sociedade na definição dos interesses em presença?

Se, de um lado, a atividade da Administração não pode se conformar com a generalização da competência vinculada, sendo indispensável adaptar-se constantemente às circunstâncias particulares e mutáveis que a norma não pôde prever, de outro lado, uma Administração amplamente discricionária não oferece aos cidadãos qualquer segurança, pois se volta, em diversas situações, ao arbítrio despótico por meio de abuso ou desvio de poder.

Diante dessas considerações, estrutura-se a escolha discricionária como uma margem de liberdade da Administração que surge quando sua atividade, por opção do legislador, não está plenamente definida em lei (inclusive com o uso de conceitos jurídicos indeterminados), de acordo com a conveniência e oportunidade identificadas pelo Administrador Público, e que constituem o mérito do ato, muitas vezes insindivível pelo Poder Judiciário.³⁴

A discricionariedade não surge, portanto, da mera coincidência de um espaço de liberdade da Administração Pública com relação ao legislador; ao contrário, a discricionariedade decorre da eleição feita pelo Poder Legislativo de abrir ao Poder Executivo, que está próximo do caso concreto, uma contribuição pessoal da autoridade competente no processo de determinação do “interesse geral”.³⁵

33 QUEIRÓ. A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, p. 44.

34 Veja-se KRELL. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. *Revista Interesse Público*, p. 23.

35 MAGIDE HERRERO. *Límites constitucionales de las administraciones independientes*, p. 252. O conceito jurídico indeterminado “interesse geral” acaba sendo uma “fórmula” ou uma “justificativa” para toda e qualquer atuação da Administração Pública. Nesse sentido, Bermejo Vera adverte que esse termo acaba por produzir uma grande sensação de inutilidade. Vejam-se os comentários do autor na obra BERMEJO VERA. *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*, p. 171.

Verificada a estruturação da discricionariedade administrativa sob os pilares *conveniência* e *oportunidade*, cumpre explorar a nova³⁶ categoria de escolha administrativa: a escolha regulatória.

4. ESCOLHA REGULATÓRIA

A regulação é uma espécie de intervenção estatal, porém, indireta, que alcança atividades econômicas e sociais, visando, basicamente, a implementação de políticas públicas e a realização dos direitos sociais. Para alcançar seus objetivos, a função de regulação deve perseguir o equilíbrio sistêmico de setores complexos e, para tanto, deve se valer de uma visão prospectiva, de modo a se afastar das decisões de momento e sem sustentabilidade. A base de suas escolhas deve ser a preponderância técnica (não política), de modo à redução da discricionariedade.

Na lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a atividade regulatória

[...] se apresenta como a mais rica integração funcional de alternativas de escolhas gerenciais, pois que se beneficia de todas as possibilidades teóricas aportadas nas diferentes épocas da evolução do Direito Administrativo. Vale particularmente observar que as três fases esquematicamente examinadas de abertura decisional da Administração Pública corresponderam a três distintas visões históricas do Estado e do direito. Assim, a primeira abertura espelhava o conceito do primado da lei – o *diktat* unilateral do Estado; a segunda abertura, o primado do interesse público – a ampliação do grande debate sobre os fins do Estado, e a terceira abertura, o primado dos direitos humanos – entronizados como síntese contemporânea dos fins do Estado. Com efeito, como o papel dos direitos humanos no constitucionalismo contemporâneo evoluiu de limites à ação do Estado para se tornar finalidades da ação do Estado, eles se tornaram, indisputadamente, o norte da ação político-administrativa dos Estados constitucionais democráticos de direito, impondo-lhes, em

³⁶ Alexandre Santos de Aragão expõe sobre o tema que no Brasil a regulação administrativa, por meio de entidades independentes, é considerada por alguns doutrinadores um instituto novo no direito público, surgido apenas a partir da década de noventa. Contudo, adverte o autor que a afirmação, se não é falsa, não é inteiramente verdadeira. Isso porque se a divisão da Administração Pública em mais de um único centro de poder é um fenômeno muito mais amplo do que o surgimento das recentes agências reguladoras, não há de se menosprezar a importância destas, principalmente diante do novo contexto de desestatização e desregulamentação em que surgiram. ARAGÃO. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, p. 263.

consequência, as missões de, sucessivamente, declará-los, garanti-los e realizá-los, pelo quê há de se concluir que o critério último de legitimação de sua atuação não é outro que o próprio resultado das ações públicas que efetivamente atendam a essa suprema orientação.³⁷

Na regulação de atividades econômicas pelo Estado, a estrutura estatal necessária para equilibrar os subsistemas complexos, ajustando as falhas do mercado, ponderando-se diversos interesses ambivalentes, tudo com vistas à proteção do cidadão, não se enquadra no modelo positivista clássico e moderno, haja vista sua patente singularidade. A regulação setorial descentralizada tem mais condições de enfrentar os desafios da “reflexividade da vida social” que, nas palavras de Giddens,³⁸ consiste no fato de que as práticas sociais são constantemente examinadas e reformadas à luz de informação renovada sobre estas próprias práticas, alterando, dessa forma, seu caráter constitutivamente.

Para Jacques Chevallier, a regulação se distingue dos modos clássicos de intervenção do Estado na economia, pois consiste em supervisionar o jogo econômico, estabelecendo certas regras e intervindo de maneira permanente para amortecer as tensões, compor os conflitos e assegurar a manutenção de um equilíbrio do conjunto. Ou seja, por meio da regulação o Estado não se põe mais como ator, mas como árbitro do processo econômico, limitando-se a enquadrar a atuação dos operadores e se esforçando para harmonizar suas ações.³⁹

A compatibilização do modelo de atuação estatal, que conduz o Executivo às escolhas regulatórias com a pós-modernidade, está no fato de que o Estado deve ainda conter os excessos perpetrados pelos agentes que detêm o poder econômico privado, de acordo com valores e princípios garantidos pela força normativa da Constituição Federal.

A importância da “nova” escolha regulatória está em conformar a garantia de equilíbrio de um subsistema complexo por meio de mecanismos que garantam sua efetividade com vistas ao ajuste das oscilações que impactam as decisões administrativas, notadamente as econômicas e sociais. A regulação não deve pender para qualquer lado em especial. Uma correta regulação não deve pensar em privilegiar o Estado, o empresário, ou o

37 MOREIRA NETO. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: Legitimidade. Finalidade. Eficiência. Resultados*, p. 123 et seq.

38 GIDDENS. *As consequências da modernidade*, p. 45. O autor complementa: “Estamos em grande parte num mundo que é inteiramente constituído através de conhecimento reflexivamente aplicado, mas onde, ao mesmo tempo, não podemos nunca estar seguros de que qualquer elemento dado deste conhecimento não será revisitado” (p. 46).

39 CHEVALLIER. *O Estado pós-moderno*, p. 73.

consumidor/usuário. Deve perseguir, sob uma visão sistêmica, o equilíbrio entre os diversos aspectos envolvidos.⁴⁰

Para se alcançar o equilíbrio, por meio do atual modelo regulatório, deve-se buscar, inicialmente, o planejamento preventivo, pois não se concebe mais a ideia de que há domínio, pelo Parlamento, de todas as informações indispensáveis para apontar as variáveis mercadológicas a serem objeto de regras. Deve-se perseguir a efetivação do fomento⁴¹ para seu correto desenvolvimento em bases sólidas, firmes, e ainda sua proteção⁴² diante das pressões advindas dos interesses antinômicos, inseridos no próprio subsistema ou do sistema social.

Sob esses pilares, a regulação melhor se estruturará para garantir a observância de direitos fundamentais, ponderando-os com outros interesses e direitos de idêntica dignidade jurídica e constitucional, observando-se princípios e valores sem uma predeterminada hierarquia entre eles.

40 Nas palavras de Carlos Ari Sundfeld: “Um efeito positivo da adoção do termo regulação é superar essa dualidade radical serviços públicos x atividades econômicas. O termo regulação está ligado aos debates sobre a intervenção estatal na economia, debates esses de teoria econômica, especialmente norte-americana (onde não se usa a dualidade poder concedente x poder de polícia). No Brasil, ainda estamos nos acostumando a usar termo único para designar tanto a autoridade sobre, p.ex., o setor elétrico (serviço público, em nossa tradição) como sobre o setor financeiro (atividade privada). Mas tudo agora é regulação: sobre serviços de saneamento básico, transportes coletivos, venda de medicamentos, plantio de transgênicos, etc.” SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito público e regulação no Brasil*, p. 125.

41 Um detalhamento sobre o fomento público na regulação é objeto da obra de MOREIRA NETO. *Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático*, p. 140 et seq e de MENDONÇA, José Vicente. *Direito constitucional econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. 2ª. Parte, Capítulo III. Permite-se apenas o registro feito por Marcos Jurueña Villela Souto que elenca as seguintes espécies de incentivo e fomento: benefícios e incentivos tributários, garantias, subsídios, empréstimos em condições favoráveis, assistência técnica estatal, privilégios especiais, desenvolvimento do mercado de capitais, proteção à indústria nacional, bem como a criação de polos industriais e comerciais. SOUTO. *Direito administrativo da economia*, pp. 30-31.

42 Sabino Cassese aduz que um mecanismo de proteção advém da separação entre governo e regulador: “En primeiro lugar, hay regulación cuando la clase política se desprende de una parte de sus poderes a favor de órganos no electivos que son capaces de bloquear las decisiones de las mayorías electas. Para que esta condición se dé, no basta que la separación entre regulador y operador se impugna, en el sector de los servicios públicos, por el Derecho comunitario. Es precisa también la separación entre regulación y gobierno, cuyo fin es evitar la politización de las decisiones. Ello permite distinguir toda forma de intervención o control desarrollada bajo la dirección del gobierno de la regulación en sentido estricto” (CASSESE. *La globalización jurídica*, p. 151).

5. CONCLUSÃO

Com o surgimento do Estado de Direito, trazendo consigo o constitucionalismo, buscava-se a preservação da liberdade individual e a segurança do território no primado da lei geral e abstrata.

O Brasil sentiu, no campo do direito administrativo, os influxos das concepções revolucionárias e napoleônicas, de modo que a análise evolucionista do princípio legalitário naquele país da Europa continental — e suas repercussões nas escolhas administrativas — apresenta-se extremamente relevante para o conhecimento das origens e para a reavaliação do próprio direito administrativo pátrio.

A doutrina que deu base aos revolucionários franceses para a estruturação do Governo sustentava que todas as carências deveriam ser supridas pelo contido na lei, sob a forma da vontade geral hobbesiana. Perfilhava-se a ideia de uma divisão de poderes na qual não se identificavam muitos espaços para a escolha administrativa, cabendo à Administração Pública poucas funções de ordenação.

Verificou-se que, inicialmente, o princípio da legalidade, no molde constitucional, tinha um viés positivo, permitindo à Administração Pública fazer somente aquilo que constava, expressamente, da norma. A sociedade política era monista, fazendo com que a lei fosse a expressão jurídica da hegemonia da burguesia liberal, reconhecida com superioridade frente a todos os demais atos jurídicos.

Como se pôde constatar, um fato, porém, foi decisivo para o futuro da Administração Pública francesa. Os revolucionários, diante do receio e da postura dos antigos Parlamentos judiciais, não seguiram a ortodoxia doutrinária. Despontou dessa atuação um Poder Executivo forte, que proporcionou a fundamentação do poder regulamentar da lei (inicialmente de mera execução e, posteriormente, autônomo).

Além disso, e considerando que seria impossível que o Poder Legislativo estivesse, a toda hora, legislando sobre tudo, especialmente pelo fato de que a realidade dos sistemas político, social e econômico, com o passar dos tempos, se mostrou muito mais complexa, a lei, indicando apenas soluções unívocas e inalteráveis, passou a ser insuficiente. Daí surgiram espaços e aberturas normativas para o exercício de escolhas pela Administração Pública, conferindo-lhe certo protagonismo político.

A redução do Estado a um aglomerado de serviços públicos retirou a pretendida autoridade especial a suas manifestações legislativas e preparou o terreno para que a ordem normativa da lei pudesse ser substituída no contato com o cidadão através de regulamentos. O Poder Executivo,

por meio de escolhas determinativas de conceitos legais e escolhas discricionárias, tornou-se praticamente autônomo.

Na ação discricionária, o Administrador passou a ter uma alta dose de liberdade de escolha sob o binômio *conveniência* e *oportunidade*, constituindo, então, um imperscrutável mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário.

De acordo com sua exclusiva compreensão e com seus valores, o Administrador Público, isolado na sua repartição, passou a escolher a solução que entendia ser cabível para a efetivação do fim público, supostamente unívoco e predeterminado.

A integração da norma por critérios identificados pelo administrador público, muitas vezes com abuso ou desvio de poder, passou a não ser considerada uma faculdade ilegal. Ao contrário, apresentava-se diante da atribuição estabelecida pela própria lei.

Diante de todos esses fatos, pretendeu-se destacar a dificuldade de se distinguir discricionariedade e arbítrio, notadamente diante da base estrutural desse instituto: a conveniência e a oportunidade, que exclui a participação do cidadão na definição dos interesses em presença. Há incompatibilidade entre esse instituto e um dos principais traços da pós-modernidade, qual seja, o fato de a atuação estatal, em determinado aspecto do conjunto social, tender a produzir reflexos em outro segmento e afetar o direito individual.

A regulação de atividades econômicas pelo Estado desponta como uma “nova” categoria de escolha pela Administração Pública, sendo a estrutura estatal que mais se aproxima de um modelo para equilibrar subsistemas complexos, suprimindo as falhas do mercado, mediando e ponderando os diversos interesses ambivalentes. Sempre com uma visão prospectiva e sem pender para qualquer um dos lados.

A escolha regulatória descentralizada tem mais condições de enfrentar os desafios da reflexividade da vida social, que consiste no fato de que as práticas sociais são constantemente examinadas e reformadas à luz de informação renovada sobre essas próprias práticas, alterando, assim, seu caráter.

Concluiu-se que a compatibilização desse modelo de atuação estatal com a pós-modernidade está no fato de que o Estado deve, ainda, conter os excessos perpetrados pelos agentes que detêm o poder econômico privado por meio de valores e princípios garantidos pela força normativa da Constituição Federal.

A associação do direito administrativo à fase pós-moderna indica sua necessária adaptação às mudanças econômicas e sociais, permitindo seu

perfeito acoplamento ao contexto da realidade para ser instrumento de efetividade dos direitos fundamentais. A supremacia do interesse público e, indiretamente, da Administração Pública, nessa fase, deve deixar de ser um atributo permanente e prevalente.

Com efeito, as políticas nacionais típicas do Estado contemporâneo se põem em prática mediante a edição de muitas regras gerais, em grande parte com indeterminações técnicas, que acabam por exigir mais do que uma simples integração dessas mesmas normas, como ocorre com a escolha determinativa de conceito (conceito jurídico indeterminado) e a escolha discricionária (discricionariedade).

Com as premissas da pós-modernidade e o ingresso do Brasil no modelo regulador, inferiu-se que novas necessidades devem ser identificadas e expostas, especialmente para que o Estado neutralize os excessos e utilize seu “poder” como instrumento de controle da atuação privada.

A importância da escolha regulatória está na conformação da garantia de equilíbrio de um subsistema complexo, por meio de mecanismos para sua efetividade com vistas ao ajuste das oscilações econômicas e sociais, ainda que possam parecer surpreendentes por suas características inovadoras em relação ao passado.

Diante dessas considerações, é plausível sustentar que se apresenta diante da doutrina publicista o desafio de enfrentar as heranças do passado e que influenciam o presente, e estruturar um novo direito administrativo — menos preocupado com rótulos — que traga alguma resposta às demandas por uma nova forma de atuação estatal, como ora se pretende no campo das escolhas administrativas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, pp. 43-92, 2006.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

CASSESE, Sabino. *La globalización jurídica*. Tradução Luis Ortega, Isaac Martín Delgado e Isabel Gallego Córceles. Madrid: Marcial Pons, 2006. Título original: *Lo spazio giuridico globale*. Roma-Bari: Laterza, 2003.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CIRIANO VELA, César David. *Administración económica y discrecionalidad*. Valladolid: Lex Nova, 2000.

DESDENTADO DAROCA, Eva. *La crisis de identidad del derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.

DOMINGO, Rafael (Ed.). *Juristas universales*. Madrid: Marcial Pons, 2004. v. 2.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Madrid: Lustel, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trota, 2005.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución francesa y administración contemporánea*. 5. ed. Madrid: Civitas, 1998.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 10. ed. Madrid: Civitas, 2001. t. I.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Ed. UNESP, 1991. Título original em inglês: *The consequences of modernity*.

GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre a escolha administrativa*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

KRELL, Andreas J. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, v. 23, pp. 21-49, 2004.

LÓPEZ MENUDO, Francisco. El control judicial de la administración en la CE. In: HINOJOSA MARTÍNEZ, Eduardo; GONZÁLES-DELEITO DOMÍNGUEZ, Nicolás, (Org.). *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Civitas, 1996.

MAGIDE HERRERO, Mariano. *Límites constitucionales de las administraciones independientes*. Madrid: INAP, 2000.

MENDONÇA, José Vicente. *Direito constitucional econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: Legitimidade. Finalidade. Eficiência. Resultados*. Belo Horizonte. Fórum, 2008.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 6, pp. 41-78, out. 1946.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: princípios do direito político*. Tradução J. Cretella Jr., Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Título original: *Du contrat social: principes du droit politique*.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.

SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 179, pp. 51-92, jan./jun. 1980.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SUMDFELD, Carlos Ari. Direito público e regulação no Brasil. In *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Sérgio Guerra (Org.). Rio de Janeiro: FGV, 2014.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*. Tradução Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995. Título original: *Il diritto mite: legge diritti giustizia*.

ARTIGOS DISCENTES

André Augusto Corrêa Cunha¹

1. INTRODUÇÃO

A eficiência está no centro de muitos debates jurídicos que levam em consideração a sua aplicação prática e sua conceituação. No entanto, a conceituação desse termo é mais difícil do que fazem pensar muitos manuais de Direito. O problema da devida conceituação e classificação normativa se estende desde o debate da importação à Ciência Jurídica dos conceitos econômicos de eficiência, perpassando pela Teoria do Direito no que diz respeito à teoria dos princípios, até o problema de operacionalização metodológica do conceito.

Nesse sentido, a classificação normativa e a distinção de regras e princípios aparece no centro do debate teórico. A discussão em torno dos enunciados normativos desfaz a concepção tradicional das instituições jurídicas que confundem regras e princípios e traz a importância da diferenciação dos termos, tanto para a explicação do fenômeno jurídico quanto para a aplicação e orientação do Direito.

Em relação à correta classificação normativa, para Humberto Ávila,² a eficiência é um postulado normativo aplicativo que se aplica no âmbito da adequação da proporcionalidade. Essa visão, no entanto, é contestada por Fernando Leal,³ que divide a discussão em dois pontos: em primeiro

1 Bacharel em Ciências Econômicas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2008), Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2015), Mestrando em Direito da Regulação na Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro.

2 Ávila, Humberto. *Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa*. 2005. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, out./nov./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-4-out-ubro-2005-humberto%20avila.pdf>> p. 8

3 LEAL, Fernando. *Propostas para uma abordagem teórico-metodológica do de-*

lugar que, se a eficiência é um postulado normativo aplicativo, então ela não se aplica ao plano da adequação, como defende Humberto Ávila; ela se aplica no plano da necessidade. Em segundo lugar, caso a eficiência seja considerada um princípio, ela seria vinculada à realização de objetivos de segunda ordem, e não à realização de finalidades de primeira ordem.

Esse artigo tem como principal objetivo discutir as implicações teóricas levantadas pela conceituação da eficiência como princípio. Ao abordar a Teoria Econômica, será apresentada parte do arcabouço teórico que sustenta o questionamento do conceito de eficiência.

2. A DISCUSSÃO ECONÔMICA

A ideia de eficiência aparece fortemente relacionada ao melhor uso dos recursos escassos de uma sociedade. Diante da Emenda Constitucional 19/1998, o conceito ganhou força dentro do debate jurídico, principalmente tendo em vista a opção do constituinte derivado em enunciá-lo como um princípio.

Nesse sentido, o debate das Ciências Econômicas em relação à eficiência perpassa diversas conceituações, inclusive anteriores à atual discussão jurídica sobre o tema. Assim, a devida apresentação dos principais conceitos econômicos de eficiência torna-se fundamental para o aprofundamento do assunto, principalmente no que diz respeito à forma sistêmica de a economia encarar a eficiência, apresentando-a não como algo gradativo, mas como um equilíbrio frente a várias outras soluções ineficientes.

2.1. EFICIÊNCIA DE PARETO

A economia clássica se utiliza, em grande parte, do utilitarismo e do ótimo de Pareto. Nesse sentido, para o enfoque utilitarista, ao se maximizar a utilidade individual, as pessoas alcançam o maior bem-estar possível dentro de suas restrições, de forma que a soma das utilidades individuais será o bem-estar social (NEUBERGER e MARIN, 2014, p.165).

O princípio de eficiência em economia, em especial a eficiência de Pareto, torna-se, então, favorável para a comparação de diferentes resultados de equilíbrios que surgem através de distintas combinações das alocações de recursos e de políticas (tais como tributação, regulação de preços e quantidade de produção). Segundo Varian (2003), o princípio da eficiên-

ver constitucional de eficiência. 2008. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, ago./set./out. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-15-AGOSTO-2008-FERNANDO%20LEAL.pdf>> p.20-21

cia aponta que o resultado ótimo de Pareto é obtido quando a situação de uma das partes não pode ser melhorada sem o prejuízo da situação de outra parte envolvida na relação. Conforme percebe-se do trecho:

Um critério útil para comparar os resultados de diferentes instituições econômicas é um conceito conhecido como eficiência de Pareto, ou eficiência econômica. Começaremos pela seguinte definição: se pudermos encontrar uma forma de melhorar a situação de uma pessoa sem piorar a de nenhuma outra, teremos uma melhoria de Pareto. Se uma alocação permite uma melhoria de Pareto, diz-se que ela é ineficiente no sentido de Pareto; se a alocação não permitir nenhuma melhoria de Pareto, então ela é eficiente no sentido de Pareto (VARIAN, 2003, p. 15).

Dessa forma, nota-se que qualquer resultado de equilíbrio que possa ser melhorado para algum agente sem que outro agente obtenha prejuízo ou algum tipo de redução de utilidade, será um resultado ineficiente no sentido de Pareto. Por outro lado, apenas diante da situação em que algum agente irá perder utilidade em oposição a outro que ganhará se dará a eficiência de Pareto.

Para exemplificar o conceito, Varian (2003) supõe uma alocação de locatários de apartamentos em círculos internos e externos. Caso seja realizada uma distribuição aleatória desses apartamentos, uma pessoa que queira residir no círculo externo poderá ser alocada no círculo interno. Por outro lado, poderá haver outra pessoa que seja indiferente (ou mesmo que não valorize tanto morar no círculo externo), mas que recebeu um apartamento no círculo externo. Dessa forma, esse equilíbrio inicial seria ineficiente no sentido de Pareto, já que, diante da possibilidade de troca entre as duas, o bem-estar de ambas seria melhorado.

Eis aqui uma forma útil de pensar no conceito de eficiência de Pareto. Suponhamos que alocássemos os locatários de maneira aleatória nos círculos interno e externo, mas que lhes permitíssemos então sublocar os apartamentos entre si. Algumas pessoas que realmente desejassem morar perto da universidade poderiam, por azar, acabar morando num apartamento do círculo externo. Contudo, elas poderiam então sublocar um apartamento do círculo interno de alguém que houvesse sido colocado em algum desses apartamentos mas que não desse tanto valor a esse fato. Se os indivíduos forem alocados aleatoriamente nos apartamentos, haverá em geral alguns que queiram trocar de apartamento, caso recebam compensação suficiente. (VARIAN, 2003, p. 15-16).

Conforme pontua Varian (2003), o maior nível de utilidade social é atingido a partir da maximização da utilidade individual, levando-se em conta a teoria do bem-estar. De modo que a forma de obter a preferência social, tendo como dadas as preferências individuais, é somar as utilidades individuais, sendo o resultado da operação a utilidade social (VARIAN, 2003, p. 635).

Nesse sentido, a eficiência de Pareto coloca-se como um critério de aferição do nível de bem-estar social, levando-se em conta as teorias econômicas e tendo em vista o equilíbrio geral dentro de um mercado em concorrência perfeita, situação na qual o grau de bem-estar da sociedade seria maximizado, maximizando, assim, o bem-estar social como um todo. Então, o comportamento individual regido pelo autointeresse acarretaria, de acordo com essa explicação, na otimização do bem-estar social (NEUBERGER e MARIN, 2014, p.167).

2.2. KALDOR-HICKS

Embora, em termos teóricos, a eficiência de Pareto ofereça uma boa explicação para os resultados das trocas econômicas, no que diz respeito à prática esse equilíbrio poderá oferecer uma grande dificuldade para a alocação de recursos já consolidados, uma vez que o bem-estar social poderá ser preterido diante de uma situação em que algum agente perderá utilidade com uma nova alocação de recursos (POSNER, 2007, p.13).

Nesse sentido, o critério de eficiência de Kaldor-Hicks poderá oferecer uma solução para situações em que trocas voluntárias não acontecem e, como resultado, geram um nível menor de satisfação social. De acordo com tal parâmetro, será eficiente a ocorrência de perda de riqueza de algum agente, desde que o bem-estar geral aumente.

Um exemplo desse equilíbrio poderá acontecer caso haja uma situação na qual o indivíduo “A” tenha uma riqueza de 50 e o indivíduo “B” tenha uma riqueza de 20. Dada essa relação inicial, é implementada uma política pública que altere as riquezas de forma a deixar o indivíduo “A” com 45 e o indivíduo “B” com 35. De acordo com Kaldor-Hicks, essa será uma situação eficiente, já que o nível de riqueza social inicial era de 70 e após a implementação da medida a riqueza social final resultou em 80.

Deve-se notar que essa não é uma situação em que a mudança de equilíbrio será realizada voluntariamente. Embora indivíduo “B” deseje a implementação da política pública, o indivíduo “A” não desejará que ela ocorra e, a menos que haja algum tipo de intervenção externa (seja de um governo, ou do próprio poder do indivíduo “B”), a política não se concretizará caso “A” e “B” sejam os únicos a decidirem (no caso de ambos terem o mesmo poder).

Outro ponto a ser ressaltado é que essa política pública não poderá ser considerada eficiente no sentido de Pareto, já que, mesmo com um aumento da riqueza social em 10, ocorreu uma redução do nível de bem-estar do indivíduo “A” em 5, pois ele passou de 50 para 45. Como visto anteriormente, para que esse equilíbrio fosse Pareto eficiente, nenhum agente poderia ter o bem-estar reduzido e, como “A” teve sua riqueza reduzida, a mudança de equilíbrio não é Pareto ótima.

Posner afirma que o critério de Kaldor-Hicks questiona quando as transações voluntárias são viáveis e quando de fato se concretizariam, conforme é possível observar na seguinte passagem:

Kaldor-Hicks asks whether, had the voluntary transaction been feasible, it would have taken place. If, for example, the question were whether clean water was more valuable as an input into paper production than into boating, we might try to determine, using whatever quantitative or other data might be available to help us, whether in a world of zero transaction costs the paper industry would purchase from boaters the right to use the water (POSNER, 2007, p.15)⁴.

Dessa forma, o método de aferição da eficiência de Kaldor-Hicks mostra-se menos restritivo que o método de Pareto, já que, como apontado anteriormente, é muito difícil nas situações da prática encontrar uma medida que não altere os equilíbrios iniciais, não prejudicando o nível de bem-estar de alguma das partes envolvidas.

No entanto, é, ainda, imprescindível ressaltar que a utilidade aborda preferências mais complexas do que simplesmente a riqueza de alguém. Nesse sentido, os mais pobres valoram marginalmente mais a riqueza (em termos nominais) que os mais ricos. Assim, por exemplo, um real para uma pessoa pobre é mais valorado por alguém pobre que por alguém rico. Então, a utilidade cumpre um papel de destaque na explicação dos fenômenos econômicos, pois ela se refere não somente ao valor nominal de certa situação, mas também ao quanto aquele indivíduo valora tal situação em termos de bem-estar.

4 “Kaldor-Hicks pergunta se, caso a transação voluntária fosse viável, teria ocorrido. Se, por exemplo, a questão era saber se a água limpa era mais valiosa com insumo na produção de papel do que na navegação, poderíamos tentar determinar, usando quaisquer dados quantitativos ou outros disponíveis para nos ajudar se, em um mundo de zero transação, a indústria de papel compraria dos navegantes o direito de usar a água”. - Nossa tradução, em: POSNER, Richard. A. *Economic Analysis of Law*. Aspen Publishers. 2007, p. 15

2.3. A CRÍTICA DE AMARTYA SEN

O autor Amartya Sen (2008) questiona a pedra basilar dos principais métodos econômicos de conceituação da eficiência, qual seja a relação entre bem-estar e as utilidades utilizadas nessas teorias. Nesse sentido, o economista discute as limitações do conceito de utilidade, já que esta ignora importantes informações não intrínsecas ao conceito.

It is, of course, true that utilitarianism values states of affairs in an informationally limited way, attaching no intrinsic importance to nonutility information about states, and thus inter alia ignoring actions too – except as variables for causal analysis (in linking utility to objects that yield utility), or perhaps as surrogates for utility (when utility information is hard to get) (SEN, 1985, p. 182)⁵.

Entre os principais pontos da crítica do teórico à noção tradicional de eficiência, destaca-se em primeiro lugar o seu questionamento sobre a identificação do bem-estar como o único fato valioso. Outro ponto de sua crítica refere-se à representação da utilidade como bem-estar (SEN, 2008, p.63).

Dessa forma, o autor distingue o aspecto bem-estar do aspecto “agência”, de modo que este leva em consideração a autonomia e a liberdade da pessoa atendendo fatores maiores do que o simples bem-estar do indivíduo. Nesse sentido, os modelos de bem-estar baseiam-se em motivações unicamente voltadas para o autointeresse, e quando se retira o autointeresse é possível visualizar considerações que ultrapassam seu bem-estar.

At the risk of oversimplification it can be said that the well-being aspect of a person is important in assessing a person’s advantage, whereas the agency aspect is important in assessing what a person can do in line with his or her conception of the good. The ability to do more good need not be to the person’s advantage (SEN, 1985, p. 206).⁶

5 “É claro que o utilitarismo valoriza os estados de coisas de uma forma informacional limitada, sem atribuir importância intrínseca à informação não utilitária sobre os estados e, portanto, ignorando também as ações – exceto como variáveis para a análise causal (ao vincular utilidade aos objetos que produzem utilidade), ou talvez como substitutos para utilidade (quando é difícil de obter informações de utilidade)”

6 “Com o risco de simplificação excessiva pode-se dizer que o aspecto de bem-estar de uma pessoa é importante na avaliação da vantagem da pessoa, enquanto o aspecto de agência é importante para avaliar o que uma pessoa pode fazer de acordo com sua concepção de bem. A capacidade de fazer mais não precisa beneficiar a pessoa” (SEN, 1985, p.206). Nossa tradução, em: SEN, A. Well Being, agency and freedom (the Dewey Lectures, 1984). *The Journal of Philosophy*, v. 82, n. 4, pp. 169-

Amartya Sen pontua que a abordagem do utilitarismo e da eficiência de Pareto deixam para trás a liberdade individual e a realização de direitos que não estão incluídos nas “estatísticas do prazer”. Dessa forma, segundo o autor, a liberdade individual e a violação dos direitos colocam-se na frente da abordagem econômica do utilitarismo e da otimalidade de Pareto (SEN, 2008, p.66).

O autor critica, ainda, o fato de a eficiência de Pareto ser um critério limitado para se tratar de bem-estar, na qual se omite das questões distributivas, permitindo a existência de situações sociais adversas.

“Um estado pode estar no ótimo de Pareto havendo algumas pessoas na miséria extrema e outras nadando em luxo, desde que os miseráveis não possam melhorar suas condições sem reduzir o luxo dos ricos” (SEN, 2008, p. 48).

Por fim, ressalta-se que o autor aproxima a economia do campo filosófico e da ética, questionando, de maneira geral, a maximização do bem-estar como única medida de busca da sociedade. Dessa forma, o teórico mostra a necessidade de considerar outros fatores na tomada de decisão.

3. A DISCUSSÃO JURÍDICA

A eficiência foi inserida no texto constitucional a partir da emenda 19/1998, que alterou o *caput* do artigo 37 e passou a pautar a atuação da Administração Pública. Mesmo antes disso, como aponta Fernando Leal,⁷ o dever de obediência ao “princípio da eficiência” já se fazia presente em diversos textos infraconstitucionais e dispositivos constitucionais. Enfim, a subordinação à eficiência já existia dentro do sistema jurídico nacional.

Essa caracterização de “princípio de eficiência” foi debatida e criticada por diversos autores. Humberto Ávila,⁸ por exemplo, afirma que eficiência é um postulado normativo aplicativo, que se dá no âmbito da adequação da proporcionalidade. O autor alega que falar que algo é eficiente por si só não faz sentido, melhor seria dizer que algo é eficiente para alguma coisa. Como esse algo é eficiente para alguma coisa, a eficiência está a serviço

221, 1985, p.206

7 LEAL, Fernando. Propostas para uma abordagem teórico-metodológica do dever constitucional de eficiência. 2008. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, ago./set./out. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-15-AGOSTO-2008-FERNANDO%20LEAL.pdf>> p.1

8 Ávila, Humberto. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa. 2005. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, out./nov./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-4-outubro-2005-humberto%20avila.pdf>> p. 8

da realização de certo estado de coisas. Dessa forma, a eficiência calibra o alcance do estado de coisa.

Pode-se, assim, dizer que o objeto de discussão é um meio que pode ser eficiente dependendo do modelo para o alcance de tal objetivo. Porém, deve-se dizer que a eficiência em si não é o objetivo; sempre se calibram meios para realizar certos objetivos ou estados de coisas de modo eficiente. Em função disso, Ávila⁹ diz que eficiência é uma norma que se aplica nos problemas do tipo meio e fim, que servem basicamente para instruir o exame de adequação. Sendo assim, o dever de eficiência aparece, em parte, relacionado com a relação financeira e com o menor custo administrativo (mantido tudo mais constante).

Por outro lado, Fernando Leal¹⁰ afirma que se eficiência é um postulado normativo aplicativo, então ela não se aplica no plano da adequação, mas no plano da necessidade. Isso se deve ao fato de a eficiência exigir algum tipo de comparação, à medida que ela trata de uma situação relacional. Como se comparam alcances fáticos para se afirmar que algo é mais eficiente que outra coisa, então isso se aplica no plano da necessidade. Em segundo lugar, o autor acredita que se admite o pressuposto no qual Humberto Ávila aponta que as normas podem ser multidimensionais; torna-se possível definir eficiência como um princípio. Nesse caso, porém, a eficiência seria um princípio vinculado à realização de objetivos de segunda ordem, e não à realização de finalidades de primeira ordem.

Nesse sentido, deve-se perceber que a eficiência não é um princípio de primeira ordem, uma vez que ela não é mandamento de otimização, tendo em vista que não haveria algum contraponto a ela. De fato, a comparação deve ocorrer entre, pelo menos, duas medidas.

Como citado anteriormente, no caso de a definição do princípio da eficiência ter sido oriunda de algum manual das Ciências Jurídicas, ela poderá ser “boa” em termos teóricos, porém esbarrará na falta de praticidade e também na fluidez das expressões, de significado vago. Em outras palavras, como aponta Carlos Ari Sunfeld¹¹, importantes manuais de Direito destacam os princípios a partir da dicotomia “principal” vs. “secun-

9 Ávila, Humberto. *Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa*. 2005. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, out./nov./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-4-outubro-2005-humberto%20avila.pdf>> p. 21

10 LEAL, Fernando. *Propostas para uma abordagem teórico-metodológica do dever constitucional de eficiência*. 2008. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, ago./set./out. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-15-AGOSTO-2008-FERNANDO%20LEAL.pdf>> p. 13

11 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros. 2013. p.64

dário”, em que não se destaca sua indeterminação, ou a dificuldade de se operacionalizar o conceito, e, sim, a relação de importância da norma.

Outra ressalva, no que diz respeito às longas enunciações dadas aos princípios jurídicos em manuais de Direito, reside no fato de que o modo de conceituação do princípio da eficiência pode parecer um *standard* ou uma regra, como uma prescrição de um comportamento claro que deve nortear a administração. Nessa lógica, não é possível existir um caso de otimização da eficiência. A eficiência não pode ser realizada parcialmente: ou a situação será eficiente ou será ineficiente.

Dessa maneira, o sentido econômico da palavra parece realizar uma melhor tarefa para a concretização do conceito. Em termos simples, dentro de um mercado, qualquer situação que fuja do equilíbrio de livre mercado e gere peso morto será considerada ineficiente. Essa lógica permanece independentemente da dimensão que o peso morto alcança; seja ele grande ou pequeno, sua existência resultará em ineficiência do sistema. Nesse sentido, não é cabível falar em maior ou menor eficiência: ou é eficiente ou ineficiente (esta, sim, pode ser maior ou menor; ao contrário da primeira, pode-se admitir o dimensionamento da ineficiência, podendo-se falar em maior ou menor ineficiência).

Levando esse ponto em consideração, a eficiência, seja pela concepção de Alexy, ou pela concepção de Dworkin, parece se aproximar mais das regras que dos princípios. Em primeiro lugar, como mencionado anteriormente, a eficiência não parece poder ser otimizada para que faça sentido que seja um princípio dentro da linha teórica de Alexy. Além disso, uma vez que a eficiência existe plenamente, ou não existe, ela estará mais próxima do caráter “tudo ou nada” das regras, não aparecendo de maneira gradual “mais ou menos”, como no caso dos princípios, dentro a linha teórica de Dworkin.

No caso hipotético em que seja criada uma obrigação legal por parte da administração para que se faça o que não é mais eficiente, ainda assim não seria modificado o panorama anterior, já que como a norma seria estabelecida pela lei não haveria otimização. Nesse caso, o que for considerado mais eficiente não será privilegiado, mas, sim, a lei. Se regras são suportes de razões, elas não podem ser ponderadas.

No entanto, se o comando “eficiência” só é realizado se *standards* muito altos forem realizados, acabará a flexibilidade, tudo será ineficiente. Nesse sentido, os paradoxos enunciados por Julia Black¹² apontam quais são os efeitos negativos que o discurso dos princípios pode causar. A autora enumera sete paradoxos que podem surgir de uma regulação basea-

¹² BLACK, Julia. Forms and paradoxes of principles-based regulation. *Capital Markets Law Journal* 3, 2008, p. 427.

da em princípios normativos. O primeiro, em relação à interpretação, uma vez que os princípios podem acabar tendo interpretações específicas que entram em colisão com o seu entendimento geral e padronizado. O segundo afirma que tais princípios podem acabar impedindo a comunicação em vez de facilitá-la, já que pode haver margem à elaboração de manuais e guias de condutas diversas. O terceiro paradoxo indica que sociedades empresárias, apesar da possível maior flexibilidade conferida, podem contraditoriamente tender a um comportamento conservador e uniforme frente a esses princípios. Outro ponto negativo é que, por dependerem de um *enforcement* específico para terem densidade normativa, a calibragem excessiva desses princípios pode engessar sua atuação e colocar as empresas em dificuldades relevantes. Além disso, também os seus controles internos podem ficar sobrecarregados em vez de facilitados, com a regulação principiológica. O sexto paradoxo aponta para o fato de que o mau uso dos princípios, combinado a uma análise de risco da atividade empresarial, pode levar propriamente a uma “erosão” da ética, e não ao seu fortalecimento. O último paradoxo afirma que a regulação baseada em princípios pode até elevar a relações de confiança, mutualidade e responsabilidade, porém, esses são valores que já devem existir previamente para que esse tipo de regulação seja de fato efetivo.

Toda a discussão levantada sobre a eficiência e seu caráter normativo deve considerar a concepção da multidimensionalidade da eficiência. Sendo assim, na compreensão de Humberto Ávila, existe uma regra que afirma que se deve considerar o meio do processo de construção da norma, e que nessa etapa o processo deve ser realizado com menor custo possível, relativizando assim o conceito de eficiência.

Na hipótese de a eficiência não envolver a busca pelo mais eficiente, e o parcialmente eficiente também atenda ao artigo 37 da Constituição, a eficiência não poderá ser compreendida como um princípio. Se o dever constitucional de eficiência buscar a eficiência, ela deve corresponder à regra. Entretanto, se esse pressuposto for relativizado de modo que o eficiente possa ser “mais ou menos eficiente”, então, a eficiência representará um princípio.

Ressalta-se que o conceito de eficiência também está interligado ao conceito de escassez de recursos. Assim, é possível admitir um caso em que seja adotada a situação eficiente dada às restrições fáticas e jurídicas. Isso é inerente à própria ideia de eficiência, que determina o alcance do possível dentro de um mundo limitado por recursos escassos.

No entanto, não é possível confundir a adoção da situação eficiente das restrições com a multiplicidade de equilíbrios e a busca do que se considera menos custoso sempre que possível. O primeiro caso revela-se como equilíbrio eficiente dentre todos os outros possíveis equilíbrios. Já

o segundo relativiza a noção de eficiência e seu equilíbrio não necessariamente será eficiente.

Assim, qual é o estado de coisas buscado, ou seja, o dever ser ideal que está sendo prescrito no caso de eficiência? A realização na melhor medida possível de todas as finalidades da administração em um mundo repleto de limites. A eficiência está sempre em função de outra finalidade, como entre outros resultados, o de produzir em maior quantidade e economizar recursos. Como se pode extrair dos autores apresentados, autonomamente não é possível visualizar eficiência enquanto finalidade, em especial nos casos pontuais, apenas sistemicamente.¹³ Dessa forma, não é a eficiência que atua como o objetivo autônomo; ela é um meio que calibra a realização de outros meios. Por exemplo, em uma situação, dado princípio P1, que pode ser realizado pelos meios M1 e M2, permitindo apenas uma escolha na qual, diante das circunstâncias, resultará o equilíbrio eficiente. Suponha que M1 seja o mais eficiente para que P1 seja realizado em maior grau. Por outro lado, se M1 é a medida preferida para a realização de P1, P1 estará sendo adotado de forma menos eficiente se M2 for adotado. Porém, caso seja alterado o objetivo e P2 passe a ser considerado, o jogo poderá mudar e M2 poderá se tornar o equilíbrio preferível.¹⁴

Os autores colocam o papel da eficiência como sempre vinculado à verificação dos objetivos. Assim, como princípio, a eficiência não pode ser verificada sem que se adote uma visão sistêmica, isto é, sem a avaliação de todos os equilíbrios possíveis. Dessa forma, sua finalidade é de segunda ordem por depender da melhor realização possível de outras finalidades da administração.

4. CONCLUSÃO

A eficiência é colocada em muitos livros jurídicos e pelo constituinte derivado como um princípio. No entanto, a conclusão instantânea dessa premissa é carente de um aprofundamento maior no assunto. A devida definição de eficiência é complexa, já que o termo pode possuir uma conceituação multidirecional.

13 LEAL, Fernando. Propostas para uma abordagem teórico-metodológica do dever constitucional de eficiência. 2008. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, ago./set./out. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-15-AGOSTO-2008-FERNANDO%20LEAL.pdf>> p.7

14 LEAL, Fernando. Propostas para uma abordagem teórico-metodológica do dever constitucional de eficiência. 2008. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, ago./set./out. 2008. Disponível em: p. <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-15-AGOSTO-2008-FERNANDO%20LEAL.pdf>> p.15

Pelo ponto de vista econômico, a concepção de eficiência, tanto levando-se em consideração Pareto, quanto Kaldor-Hicks, não opera de forma gradual. No primeiro caso, o resultado ótimo aparece vinculado a uma situação em que não pode haver ganhos por alguma das partes sem prejuízo de outra. Dessa maneira, todo o resultado que não atender a esse equilíbrio será considerado ineficiente. No segundo caso, é admitida a perda da riqueza de alguma das partes, desde que o resultado final seja suficiente para compensar essa perda.

Em que pese a pertinente crítica ao utilitarismo elaborada por Amartya Sen, mesmo se considerar sua concepção de “agência” em contraposição à consideração única “bem-estar” das teorias clássicas, não é afastada a suposição de que a realização da eficiência acontece em um único equilíbrio. O argumento do autor encontra-se voltado principalmente para o campo filosófico, tendo grande dificuldade de modelagem teórica e mesmo prática. Por isso, as abordagens tradicionais da economia não devem ser abandonadas para a importação do conceito às ciências jurídicas.

No que tange ao debate jurídico, em algumas circunstâncias, a eficiência poderá assumir o papel de apenas um dos distintos equilíbrios sistêmicos possíveis. Se assumida dessa forma, a eficiência se assemelhará mais a uma regra que a um princípio, já que não poderá ser ponderada com outros princípios. Nesse sentido, ela assumirá o caráter “tudo ou nada” previsto por Dworkin no que diz respeito às regras, não podendo funcionar como uma norma gradual.

O dever de eficiência, porém, poderá aparecer como um equilíbrio possível, diante da relativização do conceito, isto é, não se buscando a eficiência sistêmica e, sim, a melhor solução dentro de um caso particular. Ainda assim, nesse caso, a eficiência não poderá ser vista como uma finalidade de primeira ordem, já que ela não será o fim almejado. Ela passará a ser uma finalidade de segunda ordem, ou seja, um comando de otimização que buscará a realização de outro objetivo principal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDER, Larry. What are principles? Do they exist? *University of San Diego Legal Research Paper Series*. v.13. n.119. 2013, pp. 1-15.

ALEXY, Robert. On The Structure of Legal Principles. *Ratio Juris* 13. 2000, pp. 294-304.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Dois Problemas de Operacionalização do Argumento de “Capacidades Institucionais”. *Revista Estudos Institucionais*, Vol. 2, 1, 2016.

Ávila, Humberto. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa. 2005. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, out./nov./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-4-outubro-2005-humberto%20avila.pdf>>

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros. 2009.

BLACK, Julia. Forms and paradoxes of principles-based regulation. *Capital Markets Law Journal* 3, 2008, pp. 425-457.

HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*. Trad. William Rehg. Cambridge: The MIT Press. 1998.

LEAL, Fernando. Racional ou Hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. *A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, n. 58, p. 177-209, out./dez. 2014.

LEAL, Fernando. Propostas para uma abordagem teórico-metodológica do dever constitucional de eficiência. 2008. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, ago./set./out. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-15-AGOSTO-2008-FERNANDO%20LEAL.pdf>>

NEUBERGER, D., MARIN, Solange Regina. As contribuições de Amartya Sen aos conceitos de eficiência e equidade. *A Economia em Revista*, v. 22, p. 165-173, 2014.

NEVES, Marcelo. Princípios e Regras: do juiz Hidra ao juiz lolau. In: COSTA, José Augusto Fontoura (et. al.). *Direito: Teoria e Experiência*. Estudos em Homenagem a Eros Roberto Grau. Tomo II. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 1149-1172.

POSNER, Richard. A. *Economic Analysis of Law*. Aspen Publishers. 2007.

SCHUARTZ, Luis Fernando. *Nos Limites do Possível. Norma, Contingência e Racionalidade*. Rio de Janeiro: Renovar. 2005, pp.179-228.

SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Cia. das Letras, 2000.

SEN, A. *Sobre Ética e Economia*. Companhia das Letras. 7ª ed. São Paulo. 2008.

Silva, Gabriel Cozendey Pereira. *O dever constitucional de eficiência administrativa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. 2016. 241 folhas. Dissertação de mestrado - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. 23/02/2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros. 2013.

VARIAN, H. R. *Microeconomia: princípios básicos*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Campus. 2003.

O DEVER DE “MOTIVAÇÃO ADMINISTRATIVA” NO CONTEXTO DAS ESCOLHAS REGULATÓRIAS: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU)¹

Bruno Araujo Ramalho²

1. INTRODUÇÃO

Na seminal contribuição de Giandomenico Majone sobre a configuração de um “Estado Regulador” em diferentes democracias (MAJONE, 1997), destacou-se a importância da enunciação das razões (subjacentes às decisões) como instrumento de ativação de uma série de mecanismos endereçados ao controle da discricionariedade regulatória:

The simplest and most basic means of improving agency transparency and accountability is to require regulators to give reasons for their decisions. This is because a giving-reasons requirement activates a number of other mechanisms for controlling regulatory discretion, such as judicial review, public participation and deliberation, peer review, policy analysis to justify regulatory priorities and so on³ (MAJONE, 1997, p. 126).

1 O autor gostaria de registrar seu agradecimento ao Prof. Dr. Eduardo Jordão pelas críticas e sugestões endereçadas à versão preliminar deste artigo.

2 Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), Mestrando em Direito da Regulação pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV/RJ).

3 Tradução livre: “Uma forma simples e básica de melhorar a transparência e a accountability (responsabilidade) das agências é exigir que reguladores forneçam as razões para as suas decisões. Isso porque a exigência de enunciar razões desencadeia uma série de outros mecanismos para o controle da discricionariedade regulatória, tais como a revisão judicial, a participação e deliberação pública, a revisão por

Na compreensão do autor, o ato de motivar (enunciar as razões) potencializa os efeitos dos diferentes atributos de *accountability* (horizontal ou vertical) e, dessa forma, exerce um papel crucial para o funcionamento desses mecanismos de governança.

Mesmo naqueles casos que permitem uma ampla margem de flexibilidade discricionária à disposição da autoridade reguladora, argumentos baseados exclusivamente na “supremacia do interesse público” não são meios suficientes para fundamentar as intervenções regulatórias, o que também vale para critérios de escolha “esvaziados” pelo binômio “conveniência e oportunidade” (OTERO *apud* GUERRA, 2013, p. 142). A exigência de critérios subjacentes às escolhas discricionárias permanece sendo um tema permeado por um acalorado debate na seara do Direito Administrativo brasileiro, em especial no tocante à compreensão do processo e dos mecanismos que estruturam a tomada de decisão (MEDAUAR, 2003, p. 197).

Embora a Lei nº 9784/99 prescreva que as entidades da administração pública federal devem indicar “os pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”,⁴ a forma como deve ser executada a “indicação de pressupostos” repousa em variáveis de grande indeterminação valorativa, uma vez que o parágrafo primeiro do artigo 50 da Lei nº 9784/99 apenas indica que a motivação deve ser clara, explícita e congruente.⁵

Posto isto, uma série de questões orbitam sobre o conteúdo mínimo prescritivo desse comando normativo. Embora o tema já tenha sido explorado por diferentes autores, há uma clara preferência na abordagem ligada à motivação dos atos de natureza concreta, sendo escasso o debate sobre a motivação em atos de aplicabilidade geral, como é o caso de atos normativos de agências reguladoras. Igualmente escassos são os estudos realizados nesta seara sob o ponto de vista empírico-descritivo.

A opção por se debater sobre a operacionalização da “motivação administrativa” a partir dos precedentes do Tribunal de Contas da União se deve à profundidade da investigação empenhada nas auditorias ope-

pare, a análise política para justificar as prioridades regulatórias e assim por diante”

4 “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios de legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”.

5 “Art. 50 [...] § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato”.

racionais quando comparadas ao exame de magistrados em processos judiciais, uma vez que: (i) o escopo das auditorias operacionais envolve a aferição de eficácia operacional e demais parâmetros que permitem maior possibilidade de penetração no mérito da escolha regulatória; (ii) as auditorias se dão com ampla coleta de informações e a formalização de equipes dedicadas a examinar os dados coletados, o que possibilita uma maior compreensão das questões técnicas se comparado a um magistrado atuando de forma isolada; e (iii) processos judiciais ocorrem em maior número e questionando circunstâncias concretas de forma isolada, enquanto as auditorias operacionais são articuladas, levando-se em conta um grupo muito maior de variáveis sistematizadas entre si.

A partir desse ponto, o artigo será dividido em quatro partes. Inicialmente, será elaborado um referencial teórico sobre os aspectos procedimentais e materiais relacionados ao dever de motivar as escolhas regulatórias. Na sequência, a segunda parte descreve a metodologia adotada para a seleção dos casos que foram submetidos à análise. Na terceira parte, são expostos os resultados da pesquisa, seguida da quarta (e última) parte, que discute alguns limites e problemas associados ao controle ora observado.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

Embora comporte múltiplos significados, “regulação” pode ser compreendida como uma atividade que restringe comportamentos ou previne a ocorrência de atividades indesejadas ao bem comum. De forma mais ampla, também se presta ao papel de possibilitar ou facilitar o andamento de uma determinada atividade econômica entre múltiplos agentes (BALDWIN et al, 2012, p. 3).⁶

Preponderantemente exercida por autoridades reguladoras independentes, a regulação demanda uma necessária autonomia decisória, que é contrabalanceada com diferentes ferramentas de *accountability* e outras exigências procedimentais previstas pelo ordenamento.

Na prática, as amplas margens de discricionariedade concedidas ao poder normativo de agências reguladoras passaram a representar um tu-

6 Nas palavras dos autores, “As a final comment on the concept of regulation, it should be noted that regulation is often thought of as an activity that restricts behaviour and prevents the occurrence of certain undesirable activities (a ‘red light’ concept). The broader view is, however, that the influence of regulation may also be enabling or facilitative (‘green light’) as, for example, where the airwaves are regulated so as to allow broadcasting operations to be conducted in an ordered fashion, rather than left to the potential chaos of an uncontrolled Market” (BALDWIN et al, 2012, p. 3).

multuado debate sobre o tipo viável de exame a ser feito pelas instâncias de controle, em especial pelo Poder Judiciário. Como descrito por Paulo Todescan Lessa Mattos (2006, pp. 223-224),

“[...] a verificação da adequação lógico-formal do conteúdo de atos administrativos ou de normas de conjuntura (secundárias e terciárias) à lei se torna cada vez mais difícil. Dessa forma, ou há um controle fraco dos atos administrativos discricionários (sem controle de mérito quando se trata de juízo de conveniência ou oportunidade), ou há um controle meramente formal de legalidade das normas de conjuntura pelo Poder Judiciário; ou, ainda, não há – na prática – controle algum”.

É importante destacar que a enunciação de razões pode se destinar a três tipos de público: aos controladores, ao público geral e a administrados considerados individualmente (quando a medida estatal é individualmente dirigida a um administrado isoladamente). A “razão para fornecer razões” se explica como uma ferramenta necessária para a manutenção de uma relação institucional adequada dentro da ordem jurídica (MASHAW, 2007, pp. 102).

Nessas circunstâncias, o ato de justificar as escolhas tem forte protagonismo no resultado da “*accountability* horizontal” exercida por órgãos de controle e na “*accountability* vertical” no bojo de consultas e audiências públicas. Como ressaltado por David Duarte (1996, p. 187) na fundamentação decisória.

“[...] é estabelecida a concreta adequação entre esses interesses e o fim a prosseguir com a decisão. Os motivos são, assim, o “porquê” de decidir com um determinado conteúdo, as suas razões e a relação lógica de idoneidade para o “para quê” da decisão”.

Há uma clara associação entre o dever de motivação e a controle da atuação do ente estatal, especialmente aquele exercido no âmbito judicial, a exemplo do exposto por Jerry Mashaw (2007, p. 111), que considera a enunciação de razões como uma espécie de “[...] protetor da revisão judicial”. Não obstante, outras vantagens podem ser associadas a esse dever jurídico. De acordo com Jodi L. Short (2012, p. 1822), a enunciação de razões tem o potencial de gerar os seguintes benefícios: (i) facilita controles externos; (ii) molda a tomada de decisão interna, forçando maior ponderação de prós e contras; (iii) diminui a proporção de tomadas de decisão sem reflexividade; (iv) cria referenciais operacionais ou metodológicos para decisões futuras; (v) estimula um exercício de disciplina prospectiva por parte do regulador, obrigando-o a estreitar suas escolhas ao nível do que é possível de ser realmente executado; (vi) demonstra respeito peran-

te as partes interessadas; (vii) reforça a legitimação da escolha ali elencada, especialmente quando discutida perante os demais no que concerne aos resultados a serem esperados (consenso de expectativas).

2.1. O DEVER DE “MOTIVAÇÃO ADMINISTRATIVA” E SEUS LIMITES

Elencada como um dos “princípios da administração pública” pelo art. 2º da Lei de Processo Administrativo Federal (Lei nº 9784/99)⁷, o dever de motivar os atos administrativos passou a ser positivado pelo ordenamento jurídico e, dessa forma, passou a ser diretamente aplicável às entidades da administração pública federal. Em seu artigo 50, foram definidas as circunstâncias em que a motivação deve ser obrigatória. Considerando as hipóteses de obrigatoriedade da motivação listadas pelos incisos I e II do referido artigo – atos que “neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses” e atos que “imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções” –, é possível inferir que a maior parte das normas regulatórias se coadunam à condição de “afetar direitos e interesses”, dado o grau de perturbação (ainda que indireta) da medida regulatória perante a esfera de autonomia privada.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, pp. 380-381), a motivação se afigura como um rito formalístico que agrega três elementos: a previsão normativa; os fatos observados pelo agente e o encadeamento lógico dos pressupostos que explicam a pertinência entre a medida tomada e os dois primeiros elementos. Trata-se da exposição de motivos, em que são anunciados: (a) a regra de direito habilitante; (b) os fatos em que o agente se estribou para decidir e, muitas vezes, obrigatoriamente; (c) a enunciação da relação de pertinência lógica entre os fatos ocorridos e o fato praticado.

É importante ressaltar que a motivação não se aplica tão somente a atos de execução concreta de um comando normativo, mas também deve ser observada no âmbito da formação dos próprios atos normativos de agências reguladoras. Normas regulatórias são atos administrativos que, assim que publicados, já afetam direitos e geram custos (especialmente custos de *compliance*) e restringem possibilidades. Destarte, o dever de motivação se aplica a todos os atos normativos que imponham algum tipo de restrição aos administrados, independentemente de ação concreta por parte da administração (VIEIRA DE ANDRADE, 2003, p. 146). Na lição de Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 79),

7 “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios de legalidade, finalidade, **motivação**, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência” (grifei).

“[...] todos os atos que impliquem restrições de esferas jurídicas ou utilização de recursos públicos devem ser motivados. Também os atos administrativos normativos, pelas mesmas razões, devem ser motivados”.

Embora estabeleça um dever de simples visualização e compreensão (indicação de pressupostos fáticos e jurídicos relacionados a uma decisão), o comando normativo prescrito pela Lei nº 9784/99 não estabelece etapas procedimentais mínimas⁸ e limita-se a estabelecer três conceitos indeterminados para a correta operacionalização do dever de motivação; a motivação deve ser “explícita”, “clara” e “congruente”.

A determinação de uma motivação “explícita” implica dizer que a motivação deve ser expressa, formal, à disposição do leitor – não sendo admissível a hipótese de uma motivação deduzida (implícita). No tocante à clareza, a motivação deve ser apta a transmitir uma mensagem que não seja ambígua ou confusa (VIEIRA DE ANDRADE, 2003, p. 235). Por fim, o atributo de congruência se refere à correta correlação entre os fundamentos e o conteúdo da decisão, bem como a articulação dos fundamentos entre si, dando-lhes uma densidade funcional mínima (VIEIRA DE ANDRADE, 2003, p. 235).

No que tange à satisfação de seu conteúdo, é possível identificar duas dimensões que se sobrepõem: (i) uma dimensão formal, correspondente ao dever de explicitar os motivos; (ii) uma dimensão substancial, correspondente à exigência de que os motivos expostos sejam reais e aptos a fundamentar a decisão tomada (PINHEIRO, 2006, p. 58). Quando examinados os aspectos qualitativos da justificação, não há um critério simples que satisfaça o grande espaço de indeterminação trazido pela regra. Este é justamente o mesmo problema descrito por David Duarte (1996, p. 211) ao se referir ao paradigma português, que se assemelha bastante ao brasileiro e que, portanto, traz um

“[...] alcance explicativo dogmaticamente insuficiente, dado que fica por saber qual a definição dos contornos da declaração exterior, bem como a medida qualitativa de quais razões” (DUARTE, 1996, p. 211).

2.2. UMA BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO SOBRE O CONTROLE

8 Com exceção do parágrafo 3º do art. 50 da Lei nº 9784/99, que exige o registro em ata das decisões de órgãos colegiados, comissões ou decisões orais.

DESEMPENHADO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU)

No que tange ao controle externo a ser exercido pelo Tribunal de Contas da União, merece destaque a hipótese trazida pelo inciso IV do artigo 71 da Constituição de 1988, que dá ao TCU a legitimidade para inspeções em autoridades sob sua competência fiscalizatória, inclusive auditorias de natureza operacional.⁹ Nesses casos, enquanto “Entidade de Fiscalização Superior”,¹⁰ o Tribunal de Contas da União verifica a conformidade e o desempenho do Poder Executivo na condução de seus gastos e aplicação de recursos, haja vista a necessidade de cumprimento de metas de gestão e outros referenciais de responsabilidade fiscal e orçamentária.

Para o cumprimento dessa finalidade, o TCU tem executado suas funções a partir de diversas ações concretas, dentre as quais podemos destacar: fiscalizações; resposta a consultas feitas pelo Poder Executivo; julgamento de contas dos administradores públicos; pareceres prévios sobre contas do chefe do Executivo; aplicação de sanções aos responsáveis por irregularidades de contas; sugestão de providências quanto constatadas irregularidades (BORGES, 2004, pp. 21-22).

Segundo Rodolfo Dourado (2011, p. 67), os principais instrumentos de controle à disposição do TCU são auditorias, inspeções, acompanhamentos e levantamentos. Eis uma descrição resumida de cada uma delas:

- a) *auditorias*: exame sistemático de atividades e operações de um determinado contexto para, após um processo de obtenção de dados e conhecimento da rotina operacional, aferir os resultados alcançados;
- b) *inspeções*: exames detalhados sobre documentos, e apuração de legalidade e legitimidades de atos ou fatos administrativos praticados por agentes submetidos à jurisdição do TCU;
- c) *acompanhamento*: exame, ao longo de um período estabelecido, da legalidade e da legitimidade de atos de gestão;
- d) *levantamento*: principalmente quando há poucas

9 “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...) IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II”.

10 Tradução para o termo *Supreme Audit Institutions*, cuja padronização internacional é conferida pela *International Standards of Supreme Audit Institutions* (ISSAI).

informações disponíveis, trata-se de procedimento para conhecer, com detalhes, uma organização e seu funcionamento – apreciando aspectos contábeis, financeiros, orçamentários e operacionais.

Vale destacar a auditoria do tipo “operacional”, que leva em conta a missão institucional da agência e, sob a vertente do desempenho, busca identificar falhas e oportunidades de melhoria (DOURADO, 2011, p. 99).

Boa parte do alcance das auditorias do TCU em agências reguladoras deve-se a uma sustentação jurídica quanto ao significado do termo “operacional” trazido pelo art. 71, inciso IV da Constituição de 1988. A interpretação adotada foi a que associa a auditoria operacional ao controle de resultados, o que ganhou mais concretude a partir da Instrução Normativa TCU nº 27/98¹¹, que trouxe a possibilidade de análises de legalidade e economicidade no âmbito dos procedimentos decisórios (DOURADO, 2011, p. 104).¹²

Para esse tipo de análise, uma parte substantiva do controle operacional do TCU invariavelmente apreciará aspectos relacionados à engenharia da escolha do regulador, tais como a adequação de medidas e opções regulatórias discricionariamente possíveis, medidas procedimentais adotadas, bem como o grau de qualidade do material empírico que informa as premissas admitidas pelo regulador.

3. METODOLOGIA

Foi realizada pesquisa na seção “Jurisprudência” do sítio eletrônico do Tribunal de Contas da União¹³ na data de 7 de dezembro de 2015, restringindo-se os resultados para a opção “acórdãos” (foram desconsideradas as decisões monocráticas). Nessa configuração, foram obtidas 139 ocorrências a partir da busca articulada entre as seguintes palavras-chave:

- “agência nacional”¹⁴ - Refinar busca - “princípio da motivação”. 47 resultados;

11 Disponível em: <revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/download/1239/129>. Acesso em: 26 jul. 2016.

12 Consoante exposto pelo autor, as dimensões adotadas – e, portanto, o critério associando a auditoria operacional ao exame dos “fins” – decorre de diretrizes da *International Organisation of Supreme Audit Institutions* (INTOSAI) para Auditorias de desempenho, qual seja, a obra *Implementation Guidelines Performance Auditing* (ISSAI 3000, 2004).

13 Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/home/home.htm>>. Acesso em: 7 dez. 2015.

14 O uso do termo “agência nacional” foi um artifício para tentar eliminar falsos positivos, ou seja, resultados completamente desconectados da seara regulatória.

- “agência nacional” - Refinar busca - “Motivação do ato”. 34 resultados
- “agência nacional” - Refinar busca - “Motivação dos atos”. 54 resultados
- “agência nacional” - Refinar busca - “motivação administrativa”. 4 resultados;

Embora o método de busca acima descrito não seja suficiente para rastrear todos os casos em que a corte de contas tenha exercido algum controle nas justificativas empregadas pelo regulador, o intuito foi dar ênfase aos casos em que o comando normativo da “motivação” (tal qual descrito pela Lei nº 9784/99) tenha sido operacionalizado como dentro da estrutura argumentativa dos acórdãos. Assim, embora a amostra possua limitações em sua representatividade, a intenção foi retratar o recurso argumentativo da forma mais homogênea possível.

Os resultados foram exportados para uma planilha *Microsoft Excel* – o que foi bastante facilitado, uma vez que o site do tribunal disponibiliza uma ferramenta de migração dos dados diretamente para esse formato. Após o agrupamento dos 139 resultados em uma única planilha, foi habilitada a opção de “eliminar células idênticas”, o que permitiu a eliminação de 27 linhas duplicadas e a obtenção de uma planilha agregada de 112 ocorrências.

Cada um dos acórdãos foi submetido a uma leitura parametrizada com o fito de identificar duas condições fundamentais para a simetria entre os diferentes casos a serem estudados: (i) a decisão deveria envolver uma agência reguladora; (ii) desconsiderar os casos em que o exame sobre o dever de motivação relaciona-se à atividade-meio de agências reguladoras, tais como licitações, contratações, etc.

Em uma primeira filtragem, foram eliminados todos os acórdãos que, embora resultantes da pesquisa por palavras-chave, não envolviam agências reguladoras como unidades fiscalizadas. Nesse procedimento, 57 acórdãos foram excluídos.

Posteriormente, foram eliminados aqueles acórdãos que, embora relacionados a alguma agência reguladora, não tratavam de questões sobre a atividade-fim das agências, mas, sim, de decisões relacionadas à atividade – meio das autarquias (contratações de pessoal, licitações, aluguéis, compras de passagens, etc).

Como todas as agências reguladoras possuem sua denominação iniciando-se por “Agência Nacional”, essa foi a forma de refinar o resultado para o espectro ao qual se destina o presente trabalho.

Em uma terceira filtragem, buscou-se eliminar os casos em que, embora o termo “motivação” estivesse ligado a uma decisão relacionada à atividade-fim de agências reguladoras, a ocorrência devia-se a alguma transcrição de acórdão (não relacionado ao acórdão principal) ou a expressão era mencionada fora do contexto de uma tomada de decisão regulatória.

No total, foram 91 acórdãos excluídos, conforme exposto na tabela a seguir, que descreve de forma detalhada cada uma das hipóteses de exclusão:

Tabela 1. Lista dos 91 acórdãos excluídos no processo de seleção.

Justificativa para exclusão	Ocorrências
Não envolve agência reguladora. O termo “agência nacional” aparece fora do contexto de uma decisão regulatória.	57
Irregularidades contratações ou licitações realizadas por Agência Reguladora. Atividade-meio.	14
A palavra-chave “motivação” aparece em transcrição sobre outro acórdão.	12
“Motivação” aparece fora do contexto de uma decisão regulatória	4
A palavra-chave “motivação” aparece fora do contexto da atividade-fim da agência reguladora.	1
“Motivação” é mencionada circunstancialmente na introdução do relatório.	1
Termo “motivação” no contexto de compra de passagens para servidores. Atividade-meio.	1
Termo “motivação” relacionado à progressão de classe de funcionários terceirizados. Atividade-meio.	1
Total Geral	91

Considerando todo o procedimento de seleção acima descrito, obteve-se uma amostra final de 21 acórdãos, que foram submetidos a uma criteriosa leitura com o fito de mapear as seguintes variáveis, sistematizadas em oito colunas e tratando das seguintes informações:

- (i) Data do acórdão;
- (ii) Relator do acórdão;
- (iii) Órgão envolvido;
- (iv) Assunto principal tratado;
- (v) Repetições do termo “motivação”;

- (vi) Transcrição do trecho sobre a manifestação do TCU para a resolução de um problema relacionado à motivação decisória;
- (vii) Deveres associados ao dever de motivação administrativa;
- (viii) Transcrição do trecho do julgado que ilustra o dever exposto no item “vii”;

4. RESULTADOS

4.1. PERFIL GERAL DA AMOSTRA

A maior parte da amostra obtida está relacionada à regulação do setor elétrico (41%), seguida de acórdãos sobre a regulação de transportes terrestres (14%) e aviação civil (14%). A Tabela 2 traz uma sistematização que considera as entidades envolvidas e o respectivo assunto que ensejou o procedimento de auditoria por parte do TCU.

Tabela 2. Amostra dos 21 acórdãos analisados – por entidade reguladora e assunto.

Entidade reguladora	Assunto principal	Acórdãos
Agências Infraestrutura	Governança - Identificação de Oportunidades	1
	Governança - Nível de Qualidade	1
ANTT e Ministério dos Transportes	Programa de Investimento em Logística (PIL) - Ferrovias	1
ANATEL	Regulação e Governança em Radiodifusão	1
ANEEL	Reajuste tarifário de energia elétrica	6
	Revisão tarifária de energia elétrica	2
ANP e Ministério de Minas e Energia	Fiscalização de Conteúdo Local	1
ANTAQ	Prejuízos da gestão portuária - Portos de Paranaguá e Antonina	1
ANTT	Revisão tarifária transportes terrestres	1
	Revisão tarifária transportes terrestres	1
	Revisão tarifária transportes terrestres	1

ANEEL e Ministério de Minas e Energia	Segurança Energética	1
Secretaria de Aviação Civil e ANAC	Infraestrutura aeroportuária	1
	Programa de Investimento em Logística (PIL) - Aeroportos Regionais	1
	Qualidade de Serviços em Aeroportos	1
Total Geral		21

4.2. DEVERES PRESCRITOS PELA NORMA DA MOTIVAÇÃO ADMINISTRATIVA

Nesta seção, os diferentes acórdãos analisados foram sistematizados de acordo com os diferentes deveres associados ao comando normativo da “motivação administrativa” na argumentação do órgão de controle externo. Em alguns casos, um mesmo acórdão figurou em mais de uma categoria.

A proposta foi identificar quais exigências procedimentais apontadas pelo TCU estão diretamente relacionadas ao dever de motivação, inferindo-se qual é o sentido prescrito pela citada norma jurídica (sob a ótica do órgão de controle externo) em circunstâncias reais em que ela necessita ser operacionalizada por reguladores.

4.2.1. *Motivação associada ao dever de formular réplicas nos procedimentos de participação*

Para o TCU, a associação entre “motivação” e a formulação de réplicas em consultas e audiências públicas é necessária para que a escolha incorpore as opiniões de diferentes partes interessadas e, assim, ao fazê-lo, permita um produto regulatório mais sensível aos seus destinatários, haja vista a exposição da medida às diferentes críticas decorrentes do contraditório administrativo. A necessidade de motivar a decisão frente a diferentes “interesses públicos” pode ser identificada no Acórdão nº 0575/2007 (ata 14 – plenário).¹⁵

¹⁵ No relatório que antecede o acórdão em questão, o TCU argumenta que devem ser esclarecidos “[...] tanto a motivação da alteração como o resultado que se espera alcançar com ela estejam permeados pelo interesse público”. Em decorrência da necessária prospecção deste “interesse público”, o órgão prescreve a recomendação elencada no item 9.4.1 do acórdão, a seguir transcrito: “9.4. Recomendar à ANTT (Poder Concedente) que: 9.4.1. Faça com que a implementação de novas propostas de modificações das praças originais de pedágio da Rodovia Presidente Dutra, fundamentadas no interesse público, seja precedida de debate e negociação entre a

As réplicas a serem apresentadas pelo regulador devem elucidar claramente os motivos de aceitação ou rejeição das propostas encaminhadas no bojo dos procedimentos de consulta, tal como exposto pelos itens 108, 109 e 110 do relatório que antecede o Acórdão nº 0555/2004 (ata 15 – plenário), *in verbis*:

“108. A Lei nº 9.784, de 29/01/1999, art. 34, assim dispõe sobre os resultados de audiências e consultas públicas: ‘Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado’.

109. A mesma Lei, em seu art. 50, inciso I, determina que os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos, quando neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses. Conforme já se mencionou anteriormente (fl. 16, § 46), a motivação deve ser explícita clara e congruente.

110. Em razão desses dispositivos e em respeito ao princípio da publicidade, um dos princípios básicos que devem orientar a atuação da Administração Pública, a ANEEL tem a obrigação de divulgar, após o reposicionamento tarifário, os fundamentos que a levaram a aceitar ou a rejeitar os pleitos da empresa e dos demais participantes da Audiência Pública.

A mesma associação entre “réplicas do regulador” e “motivação administrativa” também foi observada no item 9.2.2.1 do Acórdão nº 0200/2007 (ata 07 – plenário)¹⁶ e no item 9.1.2.1 do Acórdão nº 1756/2003 (ata 46 – plenário),¹⁷ em que o dever é associado a observâncias dos artigos 2º e 50 da Lei nº 9784/99.

No tocante ao formato procedimental relacionado à elaboração das réplicas, prescreve o tribunal que as réplicas devem levar em conta cada uma das diferentes contribuições advindas das partes interessadas e devem ser apresentadas dentro de um prazo razoável e pré-definido. Consoante disposto pelo item 272 do relatório que antecede o Acórdão nº 2261/2011, em muitos casos o relatório com réplicas não é disponibilizado em prazo razoável e, dessa forma,

Agência, a Concessionária e os legítimos representantes dos usuários”.

16 Transcrição do item: “9.2.2.1. observe os arts. 2º e 50 da Lei 9.784/1999, no que se refere à motivação dos atos administrativos, divulgando tempestivamente em cada revisão tarifária os motivos pelos quais aceitou ou rejeitou os pleitos dos participantes da audiência pública”.

17 Transcrição do item: “9.1.2.1. observe os arts. 2º e 50 da Lei 9.784/1999, no que se refere à motivação dos atos administrativos, divulgando tempestivamente em cada revisão tarifária os motivos pelos quais aceitou ou rejeitou os pleitos dos participantes da audiência pública”

“[...] pode acontecer de a sociedade participar desses processos, o ato administrativo ser editado e, apenas meses depois, o particular ter a possibilidade de entender ou mesmo ter acesso às razões que levaram o ente regulador a rejeitar sua contribuição, enfraquecendo a própria essência do instrumento de controle social”.

4.2.2. Motivação associada a um dever de disponibilidade documental em consultas ou audiências públicas

No que tange ao rito deliberativo, o TCU ressalta a importância da associação entre “motivação” e “transparência”, preconizando que as conclusões da agência sejam discriminadas em estudo técnico disponibilizado abertamente a todos os interessados, conferindo-se, dessa forma, a necessária transparência aos principais documentos ou dados técnicos que dão sustentação às premissas do regulador.

A disponibilidade documental no bojo de consultas e audiências públicas foi um ponto explorado com detalhes pelo Acórdão nº 2261/2011, que examinou diferentes aspectos de governança das agências reguladoras. Na ocasião, foi realizada uma análise comparativa entre as diferentes agências reguladoras, o que levou a corte de contas ao inferir que a Agência Nacional de Energia Elétrica representava a melhor interface de transparência documental, colocando-a como referencial a ser seguido pelas demais agências reguladoras fiscalizadas.¹⁸ Na auditoria, que apenas incluiu agências reguladoras de infraestrutura, constatou-se que apenas três delas (ANEEL, ANATEL e ANAC) disponibilizavam, à época da auditoria, notas técnicas e demais análises consistentes que se diferenciam de uma mera exposição de motivos em formato resumido.¹⁹

18 O destaque da ANEEL como referencial de transparência documental decorre das características enumeradas pelos itens 240, 241, 242 e 243 do relatório anexo ao Acórdão TCU nº 2261/2011, a seguir transcritos:

“240. Como registrado no documento de fls. 449/469, as pautas com os assuntos que serão deliberados nas reuniões públicas e a lista de processos a serem julgados têm prévia divulgação pela Secretaria-Geral, assim como todas as outras etapas processuais têm ampla divulgação na Internet, contando com a transmissão, por esse meio, das sessões deliberativas de sua diretoria.

241. As reuniões da diretoria também são previamente agendadas em calendário anual emitido por Portaria, a qual é dada devida publicidade em boletim interno e em seu portal na Internet.

242. Também é dada divulgação de todos os atos originários das decisões das reuniões da diretoria, inclusive das atas que, após aprovadas, ficam disponibilizadas no sítio eletrônico.

243. Há sistema de acompanhamento processual eletrônico com informações sobre o assunto do processo e outros detalhes de sua localização”.

19 Conforme se depreende da Tabela 8 do relatório de auditoria anexado ao Acórdão nº 2261/2011.

Isso demonstra que, sob o ponto de vista do órgão de controle externo, o dever de motivar não se resume a uma etapa formal de contextualização resumida da decisão. As escolhas devem ser fundamentadas a partir de estudos e demais evidências fáticas que sejam hábeis a enunciar pontos estruturantes cruciais da decisão. Sobre este ponto, vale ressaltar a observação registrada pelo item 274 do relatório anexo ao Acórdão nº 2261/2011:

“274. Inicialmente, o motivo de realização da audiência/consulta deve ser externalizado expressamente e de forma clara. Essa exposição de motivos deve fazer parte do procedimento. Além disso, a Agência deve disponibilizar uma nota técnica em que discorre sobre as escolhas que realizou, os critérios que utilizou, as alternativas que possuía e o porquê de sua minuta de resolução. Ou seja, essa nota técnica deve conter, no mínimo, uma exposição de motivos clara, além da análise fática e os estudos envolvidos na formulação daquela minuta. Essa publicidade é importante para que a sociedade possa entender as escolhas do regulador e, assim, ser capaz de criticar e de propor suas alternativas, caso julgue pertinente”.

4.2.3. Motivação associada a um dever de transparência deliberativa

Além da transparência quanto a documentos e estudos que estruturam a motivação das deliberações regulatórias, a mesma transparência também é aplicável ao conteúdo discutido em deliberações colegiadas, a exemplo do caso envolvendo as deliberações do Comitê de Monitoramento de Segurança Energética (CMSE), no qual a corte de contas identificou que tal conselho não disponibilizava o acesso público às atas de reuniões já ocorridas, ensejando a determinação do TCU elencada pelo item 9.1.4 do Acórdão nº 1196/2010 (ata 17 – plenário), que se baseia em uma associação entre o princípio da transparência e o dever de motivação:

“9.1.4. ao Ministério das Minas e Energia (MME), na qualidade de presidente do Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico (CMSE), que, em observação ao Princípio da Transparência da Administração Pública e à Lei 9.784/1999, art. 2º e 50, dê pública divulgação às atas das reuniões do CMSE – no prazo de 30 dias as atas referentes às reuniões já ocorridas, e tempestivamente as relativas às próximas reuniões.”

Essa decisão, vale dizer, tão somente reforça a aplicabilidade do dever procedimental, que já é expressamente determinado pela redação do artigo 50, § 3º da Lei nº 9784/99²⁰.

Especificamente no que concerne à motivação subjacente às deliberações formalizadas pela Diretoria Colegiada de agências reguladoras, o dever de motivação administrativa serve como fundamento para recomendações do tribunal de contas quanto à disponibilização do acesso antecipado à pauta temática de cada reunião deliberativa da Diretoria Colegiada, bem como a acessibilidade aos principais documentos relacionados ao conteúdo deliberado.²¹ Por fim, indica-se que o registro da motivação subjacente às deliberações não se deve restringir à disponibilização de atas, devendo incorporar instrumentos tecnológicos que permitam a transmissão (em tempo real) da deliberação propriamente dita.²²

4.2.4. Motivação associada ao dever de evidenciar, técnica ou cientificamente, as premissas admitidas pelo regulador (congruência dos pressupostos)

Para que sejam consideradas aptas a justificarem determinada escolha, as evidências elencadas pelo regulador devem apresentar um grau razoável de consistência. Nesses casos, o exame realizado pela instância controladora não é exclusivamente procedimental, haja vista a carga valorativa a ser exercida no exame de “suficiência” ou “credibilidade” de certas premissas empíricas ou científicas elencadas pelo regulador em sua motivação.

Esse tipo de controle, mais intrusivo, é observável em diferentes circunstâncias de tomada de decisão, as quais serão brevemente resumidas a partir deste ponto.

No Acórdão nº 2386/2010 (Ata 34 - Plenário), referente ao setor de energia elétrica, foi reexaminada uma decisão em que o TCU, à época, 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.²³

20 “Art. 50 (...) § 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito”.

21 Nesse sentido, o item 238 do relatório que antecede o Acórdão nº 2261/2011 identificou uma disparidade entre a realidade de diferentes agências: “238. Constatou-se que há grande diversidade entre os procedimentos utilizados pelas agências para dar transparência ao seu processo decisório em função da divergência de entendimentos quanto à necessidade ou à pertinência de divulgação de determinadas etapas do processo.”

22 Recomendação descrita no bojo do Acórdão nº 2261/2011.

23 A questão é tratada em detalhes no item 10 do voto do relator do Acórdão nº 2386/2010:

No Acórdão nº 1201/2009, também sobre o setor de energia elétrica, o TCU criticou a ausência de dados técnicos para fundamentar o percentual de revisão tarifária, além da adoção de informações produzidas exclusivamente pela própria concessionária.²⁴ No mesmo sentido do ocorrido no acórdão descrito no parágrafo anterior, o problema foi superado com o acolhimento de recomendações trazidas pelo próprio tribunal.²⁵

No 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.²⁶

"10. Por sua vez, a metodologia de estimativa do prêmio de risco regulatório, tida como inadequada na ocasião da prolação do Acórdão, em face das diferenças de comportamento entre os mercados americano e britânico, neste momento ganhou aceitação frente à análise técnica empreendida pela Sefid. Foi considerado, por força de estudos realizados entre os mercados de ações de vários países, no período de 1991 a 2000, que a correlação entre esses dois mercados é de 0,65. Sendo bem verdade que não é uma correlação perfeita, de outro lado, não se pode dizer que é uma correlação baixa. Ademais, esse dado refere-se ao ano de 2000. Desde então, a integração dos mercados intensificou-se e tem-se elevado paulatinamente, conforme demonstrado por meio dos dados e referências apostos no Relatório precedente. Por consequência, na linha perfilhada pela unidade técnica, entendo que não restam incongruências no modelo abraçado pela Aneel para estimar o prêmio de risco regulatório, pelo que se deve tornar sem efeito o subitem 9.2.6 do Acórdão n.º 1.757/2003-TCU-Plenário."

24 Assim dispôs no item "24" do relatório que antecede o Acórdão 1201/2009:

"24. Não se vislumbra como aceitável a lei criar uma entidade com o objetivo de regular um determinado setor, devendo pautar suas ações em critérios técnicos, e seus administradores simplesmente apresentarem trabalhos desprovidos desse fundamento, assentados, portanto, em simples empirismo. Muito menos é razoável aceitar que o percentual de revisão, ainda que de forma temporária, seja fixado com base em informações produzidas pela própria concessionária, como esclarece a Sefid."

25 É o que se depreende da redação dos itens "26" e "27" do voto do relator que antecede o acórdão em questão:

"26. De acordo com a Sefid, os problemas apontados nestes autos refletiam uma fase incipiente da metodologia adotada pela Aneel e já foram resolvidos, gradualmente, pelo advento de novas metodologias.

27. Dessa forma, as determinações objetos da Decisão recorrida podem ser desconstituídas, uma vez que novos critérios para a revisão tarifária estão sendo adotados pela agência, como informado pela Sefid, contemplando inclusive as orientações deste Tribunal expedidas ao longo do Primeiro Ciclo."

26 Trecho extraído do relatório anexado ao Acórdão nº 0768/2005: "[...] cabe determinar à ANTAQ, haja vista o princípio da motivação dos atos administrativos, que reavalie o seu posicionamento quanto aos problemas que envolvem a questão da dragagem na área do porto organizado administrado pela APPA e fundamente a sua decisão no arcabouço legal que rege a matéria e em documentos comprobatórios dos fatos".

A insuficiência de evidências também foi contestada em auditoria sobre o setor de aviação civil, no bojo do Acórdão nº 2666/2013, no qual a corte de contas considerou que o edital de concessão de aeroportos exigia um nível de processamento de passageiros (por parte dos concorrentes do certame) que não encontrava qualquer lastro documental satisfatório.²⁷ Ainda dentro desse mesmo setor, a auditoria do TCU retratada no relatório do Acórdão 3484/2014 considerou insuficiente a base documental para justificar o critério de seleção de aeroportos regionais a uma distância mínima de 100 km entre um e outro. Em outro Acórdão que tratou da regulação da aviação civil (nº 2210/2015), o órgão de controle externo considerou insuficientes as evidências documentais para corroborar a escolha dos indicadores operacionais definidos pela ANAC para a avaliação da qualidade dos serviços prestados nos aeroportos.²⁸

No setor de telecomunicações, identificou-se um trecho do relatório que antecede o Acórdão nº 0384/2014, no qual o TCU critica a ausência de motivação técnica subjacente à escolha dos municípios a serem contemplados nos planos nacionais de outorga (ausência de lastro técnico).²⁹

27 Sobre a questão, vale transcrever os itens 133 e 134 do relatório anexo ao Acórdão nº 2666/2013:

"133. Já com relação à exigência de experiência em processamento de passageiros, a documentação complementar recebida pelo TCU não sanou problemas inicialmente detectados por esta Unidade Técnica em instrução anterior (peça 105). Demonstrou-se que o cálculo do índice de referência utilizado como base para estabelecer a exigência mínima de passageiros processados apresenta graves inconsistências, bem como não restou comprovado que o requisito estabelecido seja imprescindível, como determina o já mencionado acórdão.

134. Portanto, a motivação técnica que embasou o parágrafo único do art. 6º da Resolução CND 2/2013 é incongruente com o requisito por ele estabelecido, maculando, desse modo, a legalidade do ato. Tanto a doutrina como a jurisprudência apresentada ao longo desta instrução são uníssonas no sentido de que tal situação implica desobediência ao princípio da motivação e a consequente nulidade do ato administrativo em questão."

28 Assim decidiu o TCU no tocante à questão: "9.2. dar ciência à Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) de que, em descompasso com o princípio da motivação, a documentação que respalda a minuta da RBAC 159 submetida à Audiência Pública 5/2015 não contém elementos técnicos suficientes para justificar a definição limitada dos indicadores operacionais a serem aferidos para avaliação da qualidade dos serviços prestados nos aeroportos abarcados pela futura norma e o prazo de cinco anos pretendido para a revisão desses itens."

29 Consoante item 84 do relatório que antecede o acórdão:

"Com relação aos "Mecanismos de Controle", foram apontadas lacunas importantes de instrumentos que permitam à sociedade participar do controle da ação do ente regulador, deixando, assim, de ser conferida transparência aos instrumentos decisórios. Como exemplos dessas lacunas, citam-se: a ausência de motivação na escolha de municípios contemplados nos Planos Nacionais de Outorga; a falta de informação sobre o andamento do desligamento da televisão analógica no Brasil e da cobertura digital já alcançada; a inexistência de instrumentos que permitam à sociedade opinar sobre a renovação de outorgas; a falta de mecanismos que promovam a alfabetização midiática; e a divulgação de canais por meio dos quais o cidadão possa denun-



Por fim, em auditoria sobre a implantação do Programa de Investimento em logística para transporte ferroviário (Acórdão nº 1205/2015), identificou-se que boa parte do modelo idealizado carecia de fundamentação lastreada por estudos técnicos, o que tornava incerta a viabilidade da proposta e sua efetividade no atingimento dos objetivos pretendidos.³⁰

4.2.5. Motivação associada à transparência metodológica prévia nos casos de revisões tarifárias

Observou-se uma associação entre o dever de motivação e a divulgação prévia dos critérios metodológicos que orientam as escolhas regulatórias especificamente relacionadas à metodologia a ser usada para revisões tarifárias a serem implementadas em data futura.

Nessas circunstâncias, o principal questionamento se refere ao prejuízo ocasionado pela introdução de um critério metodológico sem a respectiva motivação prévia (isto é, sem a enunciação desse critério ainda no ciclo tarifário anterior) – um argumento que reforça a compreensão do dever jurídico como um importante instrumento de contraditório administrativo.

Dois casos que ilustram a questão serão discutidos adiante: um sobre a metodologia adotada pelo regulador de transportes terrestres (ANTT) para o cálculo da tarifa de pedágios e outro sobre a metodologia para a definição do reajuste de energia elétrica pela agência reguladora do setor (ANEEL).

Na análise relacionada à metodologia de cobrança de pedágios, o item 9.1.1 do Acórdão nº 0988/2004 (ata 26 – plenário) recomendou que a ANTT definisse com clareza qual seria a metodologia adotada para o cálculo do fluxo de caixa da concessão, uma vez que esta variável impactava na revisão tarifária do pedágio e não estava suficientemente esclarecida.³¹

ciar práticas abusivas de radiodifusores durante a execução contratual da outorga.”

30 Nesse sentido, vale destacar os itens 151, 182 e 183 do relatório que segue anexo ao Acórdão em questão: “151. A escolha desse modelo de operação para os novos contratos de concessões ferroviária não foi devidamente motivada pelo Poder Executivo e carece de mais transparência e objetividade. Não há registros de que a decisão tenha sido subsidiada por estudos técnicos consistentes e bem fundamentados. (...)”

“182. Conclui-se, desse modo, que o MT não apresentou motivação clara, congruente e suficiente, devidamente fundamentada e formalizada, contemplando as razões que definiram a escolha do novo modelo de operação dos contratos de concessão ferroviária.

183. A ausência dessa motivação, com base em estudos técnicos consistentes, contemplando, entre outros pontos, análise de alternativas, avaliações de risco e análise da relação custo-benefício, gera dúvidas quanto à efetividade do modelo escolhido no alcance dos objetivos propostos, bem como, maximiza o risco de potencial dano ao erário e aos princípios da economicidade e eficiência.”

31 Na ocasião, o TCU determinou que a ANTT expusesse as razões para os proce-

Posteriormente, em sede de reexame, essa determinação foi reiterada pelo item 9.1 do Acórdão nº 1703/2004 (ata 41 – plenário).³²

No acórdão sobre a correção tarifária de energia elétrica (nº 2542/2008), a corte de contas criticou a ausência de motivação subjacente aos reajustes então examinados. Em razão disso, o TCU recomendou que houvesse a divulgação prévia dos critérios a serem adotados em um próximo ciclo tarifário, uma vez que sua imprevisibilidade metodológica trazia insegurança jurídica às partes interessadas.³³ O mesmo problema foi debatido em outro caso semelhante (Acórdão nº 1201/2009), embora nesse outro caso o TCU tenha identificado a correção do problema por parte da ANEEL, que contemplou algumas recomendações encaminhadas anteriormente pelo próprio TCU.³⁴

dimentos a serem escolhidos para reger o formato do fluxo de caixa da concessão. A determinação do órgão de controle foi registrada pelo item 9.1.1. do Acórdão nº 0988/2004, a seguir transcrito:

“9.1 - com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei nº 8.443/92, c/c art. 250, inciso II, do Regimento Interno, determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) que:

9.1.1 - apresente a motivação dos atos relativos aos procedimentos a serem adotados e aos ajustes a serem implementados no fluxo de caixa da concessão, quando da aprovação das revisões e adequações, tendo em vista que os documentos até então emitidos pelo poder concedente (então representado pelo DNER) com esse propósito não observaram o princípio da motivação dos atos administrativos.”

32 Substituiu o encaminhamento, antes veiculado como “recomendação”, para “determinação”.

33 Vale destacar o item 15 do voto do relator no Acórdão nº 2542/2008: “É da razão de ser da Agência Reguladora escolher uma solução dentre uma gama de alternativas viáveis e válidas, porém essa discricionariedade sofre temperamentos, pois, quando os atos finalísticos afetam direitos ou interesses dos administrados, o art. 50 da Lei n.º 9.784/1999 exige que eles sejam motivados. Ademais, ainda que não houvesse exigência de ordem legal, cabe ressaltar que a motivação dos atos administrativos discricionários é uma tendência fruto da evolução do direito contemporâneo, sendo reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência. Logo, por afetarem direitos e interesses das concessionárias ou dos consumidores, os atos finalísticos da ANEEL devem ser motivados. Aduz-se que, segundo a teoria dos motivos determinantes, havendo motivação, os atos administrativos discricionários ficam vinculados aos motivos expostos para todos os efeitos jurídicos, sujeitando-se ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados. Existindo desconformidade entre os motivos e a realidade, o ato é inválido. Assim, em que pese a não observância ao Acórdão nº 200/2007, em função de retardo nas modificações metodológicas estabelecidas na Resolução nº 234/2006, e, além disso, tendo em vista a não definição prévia pela ANEEL da metodologia para avaliar e definir os percentuais a serem reconhecidos como receitas irrecuperáveis, por concessionária ou conjunto de concessionárias, sugere-se determinar à ANEEL que defina todas as metodologias que regerão um ciclo de revisões anteriormente ao início desse ciclo.”

34 É o que se extrai a partir da leitura dos itens 26 e 28 do voto do relator no bojo do Acórdão nº 1201/2009:

“26. De acordo com a Sefid, os problemas apontados nestes autos refletiam uma fase incipiente da metodologia adotada pela Aneel e já foram resolvidos, gradualmente, pelo advento de novas metodologias. (...) 28. Considerando, portanto, que

No Acórdão nº 1044/2012, a introdução de uma nova metodologia na formulação do “fator X” para efeito de reajustes tarifários de energia elétrica (a ANEEL desconsiderou um índice de satisfação que servia como componente de cálculo até então) levou o TCU a argumentar que a inovação metodológica não respeitava o dever de fundamentação decisória e não possuía lastro em norma da própria autarquia.³⁵

Na mesma linha do acórdão supracitado, a conclusão da corte de contas, no bojo do Acórdão nº 3182/2014, destacou a transparência metodológica como um dever diretamente relacionado ao comando normativo da “motivação administrativa”, conforme se depreende do conteúdo exposto nos itens 32, 33 e 36 do voto do relator do acórdão em questão, que seguem abaixo transcritos:

“32. A determinação de fornecer a metodologia de cálculo do reajuste tarifário não é de cumprimento inviável, e apenas explicita uma obrigação que já é imposta à agência reguladora pelo ordenamento jurídico.

33. A metodologia de cálculo de reajuste tarifário é parte da motivação do ato administrativo exarada na competência regulatória atribuída ao ente público. A regra da motivação é ainda prevista no artigo 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999, ao passo que o parágrafo único, inciso VII, desse mesmo artigo exige a indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão administrativa.

36. Quanto ao aspecto material, o recorrente faz crer que seria necessário produzir milhões de informações diferentes, o que é equivocado. O custo é exponencialmente inferior ao alegado, o funcionamento de uma agência reguladora não seria inviabilizado pela divulgação de informações já existentes (afinal, embasaram os processos de reajuste tarifário anual). Esse fornecimento de informações já existentes possui custos marginais reduzidos, restritos basicamente

novos critérios para a revisão tarifária estão sendo adotados pela agência, como informado pela Sefid, contemplando inclusive as orientações deste Tribunal, compreendo que o presente recurso deve ser conhecido, para, no mérito, ser concedido a ele provimento (...).”

35 Assim dispôs o TCU nos itens “56” e “57” do relatório que antecede o acórdão nº 1044/2012:

“56. A discricionariedade técnica e a independência decisória da ANEEL não a exoneram dos deveres de fundamentação das decisões e de transparência na gestão pública.

57. Nesse sentido, depois de introduzir o aperfeiçoamento metodológico excepcionalmente por meio da primeira resolução homologatória, a ANEEL deveria ter providenciado a sua regulamentação por meio de resolução normativa, a fim de favorecer a prestação de contas de suas atividades (*accountability*).”

à reprodução material em meio físico ou magnético, caso realmente necessário. Isso porque o artigo 11, §§ 3º, 5º e 6º, da Lei 12.527/2011, admite a divulgação em meio eletrônico, de modo universal, de modo que o próprio requerente consiga a informação que necessitar, sendo necessário o fornecimento individual somente aos requerentes que não conseguirem acessar por si mesmos tal informação.”

4.2.6. Motivação como instrumento enunciativo de uma escolha que pondere aspectos positivos e negativos de diferentes opções (com ênfase para o uso de A.I.R.)

No bojo da deliberação propriamente dita, diferentes acórdãos do TCU recomendam a adoção de uma racionalidade decisória que pondere os impactos de cada opção regulatória.

Vale ressaltar que essa associação entre a “motivação” e a ponderação de custos e benefícios foi recentemente descrita no Projeto de Lei do Senado nº 349 de 2015, para que sirva como referencial de tomada de decisão em todas as esferas da administração pública, seja judicial, administrativa ou controladora. Na mesma linha teórica apresentada pela corte de contas, o projeto de lei destaca a motivação como um veículo comunicativo da ponderação de impactos, ou seja, como instrumento formal de justificação do nível de adequação da medida escolhida em comparação a outras opções que também seriam elegíveis.³⁶

No que concerne à ponderação de impactos, a corte de contas reconhece o mérito de algumas iniciativas no tocante à implementação da metodologia de “Análise de Impacto Regulatório” no contexto regulatório brasileiro, mas endereça críticas quanto à necessidade de maior empenho das agências reguladoras brasileiras para que ocorra uma melhora substancial nesse sentido.³⁷

36 O Projeto de Lei do Senado nº 349/2015, de autoria do senador Antônio Anastasia e idealizada pelos juristas Floriano Azevedo Marques Neto e Carlos Ari Sundfeld propõe inclusão na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. Nessa proposta, há um dispositivo específico sobre o dever de motivação administrativa associado à demonstração da adequação da medida escolhida, consoante abaixo transcrito:

“Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem medir as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida, inclusive em face das possíveis alternativas.”

37 Consoante exposto no item 185 do relatório anexo ao Acórdão 0240/2015: “185. Verifica-se que ocorreram treinamentos e tentativas iniciais de uso da Análise de Impacto Regulatório, resultando na adoção de boas práticas, como a de instituir a obrigatoriedade de uso da ferramenta e a de elaborar manuais internos de orientação. Contudo, é preciso avançar e acelerar a disseminação dessa ferramenta, visto

É importante destacar que a análise de impacto regulatório não é vista pelo TCU como um instrumento reservado à motivação de uma decisão já tomada, mas, sim, como uma ferramenta de orientação da tomada de decisão. Assim, valendo-se do *benchmark* da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico sobre Análises de Impacto Regulatório (AIR), a corte já recomendou expressamente a adoção de tal procedimento como forma de fundamentar as escolhas do regulador.³⁸

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento econômico define “Análise de Impacto Regulatório” como “[...] uma abordagem baseada em informações para analisar prováveis custos, consequências e efeitos colaterais de instrumentos de planejamento político” (OECD, 2001, p. 10). Assim, deve abranger toda a cadeia de políticas públicas, desde a definição inicial de objetivos a atingir, passando-se pela identificação de opções viáveis ao atingimento do objetivo e, por fim, da seleção da opção mais eficiente (HERTIN et al, 2009, p. 414).

Isto posto, a importância dessas análises dentro do contexto da motivação decorre da relevância do produto final destes estudos (relatório de AIR) como meio consistente de justificação daquelas intervenções regulatórias que envolvam maior impacto no mercado regulado ou, como foi observado no Acórdão nº 1205/2015, represente maior risco de desperdício de recursos públicos. No julgado em questão, a recomendação do TCU elencada no item 9.1.1 faz uma relação direta entre o dever de motivação dos atos administrativos e a necessária ponderação entre os custos e benefícios, para que o investimento proposto pela política regulatória em questão seja de fato viável e, portanto, tecnicamente justificado:

“9.1.1. com amparo no princípio da motivação dos atos administrativos e no art. 17, inciso I, do Anexo I do Decreto 7.717/2012, elabore estudos técnico-econômicos que contemplem avaliações de alternativas possíveis e análise custo-benefício a fim de justificar a adoção do novo modelo para as concessões ferroviárias.”

que nossas agências estão muito atrasadas em relação aos seus pares internacionais e que a sociedade não tem se beneficiado do aumento da transparência e da qualidade das decisões regulatórias resultantes do uso da AIR.”

38 Recomendação nesse sentido foi prescrita pelo item 9.1.1 do Acórdão nº 0240/2015 (ata 05 – plenário), a seguir transcrito:

“9.1. recomendar à Agência Nacional de Transportes Terrestres, Agência Nacional de Transportes Aquaviários, Agência Nacional de Aviação Civil, Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, Agência Nacional de Telecomunicações e Agência Nacional de Energia Elétrica, com fulcro no art. 250, inciso III, do Regimento Interno TCU, que adotem:

9.1.1. as boas práticas referentes a Análise de Impacto Regulatório (AIR) recomendadas pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)”.

Embora seja uma metodologia indicada para a melhoria da justificação decisória, o Tribunal de Contas da União reconhece o papel institucional do PRO-REG como instância reservada à implementação dessa ferramenta. É o que foi possível observar no principal julgado sobre governança de agências reguladoras feitas pelo órgão em questão (Acórdão nº 2261/2011), em que o relator entendeu que

“[...] a unidade instrutiva identificou que o tema vem sendo estudado e debatido pelo PRO-REG, da Casa Civil da Presidência da República, tornando-se despicienda, neste momento, qualquer recomendação relativa ao tema.”³⁹

5. DISCUSSÃO

Considerando os deveres identificados a partir dos resultados da análise exploratória, observou-se que o instituto da “motivação administrativa” foi relacionado a aspectos formais atinentes ao ambiente de tomada de decisão e ao conteúdo substancial da própria justificativa (individualmente considerada). No que concerne ao ambiente de tomada de decisão, destacam-se as recomendações quanto ao formato de réplicas, à disponibilidade documental em procedimentos participativos, à transparência deliberativa e à transparência metodológica prévia sobre revisões tarifárias. Quando relacionada ao conteúdo substancial da própria justificativa, os resultados mais relevantes estão descritos pelos itens 3.2.4 e 3.2.6, associados respectivamente à evidenciação técnica das premissas (congruência dos pressupostos) e a um necessário rito de escolha que pondere aspectos positivos e negativos de cada opção (com ênfase para o uso de Análises de Impacto Regulatório).

No tocante aos aspectos formais, o argumento do órgão de controle não individualiza de forma clara o que vem a ser o dever de motivação e sua distinção perante o princípio da transparência. Embora devam ser compreendidos como institutos jurídicos distintos, é compreensível que ambos sejam interpretados de forma sobreposta, dada a sua sobreposição funcional: a maior permeabilidade quanto aos dados e à metodologia que orientam o discurso justificativo é o que torna a motivação mais consistente ao destinatário da mensagem.

Entre os casos relacionados à “insuficiência de evidências”, foi possível inferir que o tribunal exerce um verdadeiro controle de adequação da motivação, seja apontando insuficiência de evidências,⁴⁰ seja apontando

39 Item 103 do voto do relator.

40 Nesse sentido, os julgados: Acórdão 0768/2005; Acórdão nº 2666/2013; Acórdão 3484/2014; Acórdão nº 2210/2015; Acórdão nº 0384/2014; Acórdão nº

uma falha de congruência entre a evidência indicada e a premissa do regulador que nela se ampara.⁴¹

Segundo o jurista lusitano José Carlos Vieira de Andrade (2003), a “suficiência”⁴² da fundamentação decorre justamente de uma racionalidade teleológica (VIEIRA DE ANDRADE, 2003, p. 235), na qual exista um discurso capaz de dar densidade funcional mínima aos pressupostos e interesses articulados no curso da deliberação, “sob a perspectiva do destinatário da declaração” (VIEIRA DE ANDRADE, 2003, p. 241).⁴³ Assim, a fundamentação decisória presume a construção de um encadeamento racional justificativo que se utilize de critérios de prognose e outros padrões de seleção que antecipem ou filtrem a realidade, quer na verificação dos pressupostos concretos, quer na escolha dos interesses a ponderar (VIEIRA DE ANDRADE, 2003, p. 250).

O controle mais intenso quanto à consistência das razões subjacentes às medidas regulatórias pode trazer benefícios, uma vez que obriga o regulador a reunir um volume satisfatório de evidências e percorrer etapas metodológicas que usualmente são questionadas pelo controlador. Não obstante, pode ser demasiadamente problemático esperar que todas as premissas admitidas pelo regulador tenham que estar amparadas em um nível “ótimo” de racionalidade, justamente porque o ônus necessário para chegar a esse ponto pode não compensar o alto custo para a obtenção/extração dessas mesmas informações (por exemplo, o custo da contratação de um estudo externo).

Ademais, é importante ressaltar que um parâmetro de controle mais exigente quanto aos níveis de procedimentalização e de racionalidade pode acarretar uma assimetria na forma como a agência aloca os seus recursos, priorizando aqueles temas pressionados pela agenda do controlador ou levando a uma ossificação da atividade regulatória.⁴³ Nesse sentido, ao comentar o contexto norte-americano do controle judicial baseado na adequação da enunciação de motivos (“teoria das condições adequadas”)⁴⁴, Richard Pierce Jr. (1997, pp. 85-86) destaca as seguintes consequências, observáveis no curto-prazo: (i) aumento de qualidade das decisões em um subgrupo de opiniões da agência que são sujeitos a re-

1205/2015.

41 Alinham-se a essa condição o Acórdão nº 2386/2010 e o Acórdão nº 1201/2009.

42 Embora o requisito de “suficiência” seja previsto para a fundamentação decisória no Direito Português, o mesmo não foi adotado pelo Brasil, cujo rito de motivação é orientado pelos *standards* de “clareza”, “explicitude” e “congruência”.

43 A “ossificação administrativa” é explorada com profundidade na obra de Eduardo Jordão (2016), que destaca as principais obras norte-americanas que ressaltaram a existência desse efeito indesejado em decorrência da maior rigidez no controle de procedimentos no *rulemaking* de autoridades reguladoras.

44 *Adequate consideration doctrine*.

visão judicial; (ii) perda de qualidade em outros casos; (iii) aumento do atraso na tomada de decisão; (iv) aumento de casos geradores nas cortes judiciais, o que pode incentivar a judicialização e uma espiral de questionamentos por grupos rivais.

Para além disso, a depender do grau de conflito que pode ser suscitado pela medida regulatória, Martin Shapiro (1992, pp. 182-183) destaca que o regulador pode se ver incentivado a elaborar um formato de motivação que dificulte a elaboração de teses rivais e, dessa forma, crie uma fundamentação “com blindagens” de opacidade, a exemplo de um roteiro superficial que se limita a fazer uma breve correlação textual entre a circunstância fática relacionada à medida regulatória e o *standard* legal que lhe seja correspondente.⁴⁵ Assim, havendo impugnação formal da medida regulatória, o regulador se coloca em uma posição adversária e a motivação a ser fornecida ao controlador deixa de assumir um formato idealmente ponderativo e imparcial e dá lugar a um verdadeiro exercício de advocacia em favor da medida escolhida (formato de motivação “*post hoc*”). Em outras palavras, de nada adianta incentivar que o regulador atue com maior transparência metodológica caso perceba que isso será utilizado contra ele de forma litigante e aproveitando-se do ativismo das instâncias de controle – especialmente o controle judicial.

Quando inexistente evidência técnica ou empírica que permita a definição de algum tipo de referencial da norma regulatória (por exemplo, a definição de intervalos percentuais para um determinado tipo de punição), algumas definições criadas por reguladores podem ser fruto de extrapolações ou de outros métodos mais intuitivos. Nesses casos, se optar contestar a escolha, recai sobre o controlador o ônus de apontar qual seria então a forma mais “racional” de efetuar a decisão, sendo certo que a insistência por “hiper-racionalismos” pode desencadear o uso estratégico ou simbólico da *expertise* do regulador para impor as suas escolhas perante o controlador (SCHFELER, 2012).

Sobre o uso simbólico, é importante destacar alguns casos que envolvem o uso de subjetivismo bayesiano para a conversão de “incerteza” em “risco” no bojo de diferentes técnicas analíticas (a exemplo das análises custo-benefício, custo-efetividade e multicritério). Embora seja um importante instrumento de reflexividade, sua adoção não está isenta de uma eventual heurística de confirmação do próprio regulador (VERMEULE, 2003, p. 172), o que se observa nos casos em que a calibragem do modelo é modulada para justificar uma decisão já tomada. Especialmente

45 Como descrito pelo autor, “[...] *Where statutes are generally or vaguely worded to grant broad administrative discretion, administrators can easily avoid such manifest errors of law, by adopting boilerplate statements of reasons that do nothing more than state the statutory language as a ‘whereas’ and decisions as a ‘therefore’*” (SHAPIRO, 1992, pp. 182-183).

se considerarmos que, nesses casos, a ponderação de variáveis decorre de valorações formuladas a partir de um processo intuitivo e interpretativo do próprio regulador (VERMEULE, 2003, p. 172), torna-se bastante difícil (e complexo) um efetivo controle das premissas ali constituídas.

Como a enunciação de razões reflete as premissas admitidas pelo regulador para implementar uma determinada medida regulatória, a ausência de estudos técnicos ou de justificativas com um mínimo detalhamento metodológico acabam legitimando uma postura mais intrusiva no âmbito do controle externo – especialmente nos casos que impliquem potencial risco de desperdício de recursos públicos.⁴⁶

Desse modo, e considerando que as agências reguladoras ainda passam por um processo de amadurecimento institucional de seus processos decisórios, é forçoso reconhecer que o constrangimento trazido pelo Tribunal de Contas da União, quando direcionado com cautela, pode se afigurar como um verdadeiro catalisador para o aprimoramento da *accountability* e das rotinas de tomada de decisão dessas entidades. Tal como descrito por Alketa Peci (2009), uma articulação conjunta entre o TCU e o PRO-REG (Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação) tem um grande potencial de fomentar a qualidade da regulação no país.⁴⁷

46 A título de exemplo, vale destacar a justificativa dada pelo Ministério dos Transportes, conforme transcrição feita no item 275 do relatório anexo ao Acórdão 1205/2015. O argumento da entidade radicaliza a prerrogativa da discricionariedade e apela para a legitimidade política do ministério para tomar decisões daquela natureza, ainda que o formato não observe um maior nível de rigor técnico:

"6. Qualquer estudo é eivado de premissas, técnicas ou mesmo políticas, que definem condições de contorno para a sua aplicação. Um estudo não é 'o' retrato da realidade, muito menos define com precisão científica o que ocorrerá no futuro. É 'um' retrato da realidade, e por vezes traz expectativas fundamentadas sobre como poderá se comportar um determinado empreendimento ou política. Estudos são representações limitadas, que normalmente pecam na consideração de elementos ainda mal conhecidos pela ciência.

(...)

10. Tais instrumentos – estudos e processos de planejamento – são peças importantíssimas para propiciar aos gestores públicos informações a serem utilizadas nas decisões de investimentos. Porém, não se deve atribuir a tais instrumentos, por mais robustos que sejam, a primazia na definição de políticas públicas.

11. É, portanto, fundamental que no processo decisório haja espaço preponderante para a avaliação política, pois esta, principalmente, possui a legitimidade trazida pelo jogo democrático do sufrágio. (...) Há situações para as quais diversas soluções técnicas são possíveis, não cabendo apenas determinismos técnicos no processo decisório."

47 A autora, baseada na atuação do Tribunal de Contas do Reino Unido (NAO – *National Audit Office*) como fomentador de melhoria de qualidade regulatória, assim se posicionou: "(...) recomenda-se que o PRO-REG desempenhe um papel importante na articulação de redes de apoio à política regulatória. Como já se destacou no decorrer do *benchmarking* internacional, o apoio formal e informal de outros atores é relevante para a política de melhoria regulatória. A experiência da NAO

Como o Brasil ainda carece de um referencial normativo mais específico sobre os deveres associados à *accountability* decisória de autoridades reguladoras, essa lacuna tem sido a principal razão para a existência de iniciativas infralegais das próprias agências reguladoras para regular suas tomadas de decisão, bem como projetos de lei ainda em trâmite no Congresso Nacional. É o que se observa no Projeto de Lei do Senado nº 52/2013,⁴⁸ que foi recentemente submetido a propostas do substitutivo elaborado pela Comissão de Constituição, Cidadania e Justiça do Senado Federal (SENADO FEDERAL, 2015). Alguns itens do projeto de lei (e de seu substitutivo) se assemelham bastante com as recomendações do TCU:

- (a) O artigo 5º do substitutivo sujeita as agências ao “princípio da motivação”.⁴⁹
- (b) O artigo 6º do substitutivo determina que atos normativos sejam precedidos de Análises de Impacto Regulatório, cuja elaboração e dispensa será disciplinada por norma da própria agência (art. 6º, § 5º) e será submetido a um crivo opinativo de uma câmara de supervisão regulatória de composição colegiada e situada dentro do ministério correspondente (art. 6º, § 6º).⁵⁰

pode orientar as relações com o Tribunal de Contas da União, que também avaliam positivamente a potencialidade da AIR.” (PECI, 2009)

48 Projeto elaborado aproveitando-se de boa parte da estrutura criada no âmbito do Projeto de Lei nº 3337/2004, extinto em 2013. Ganhou destaque recentemente ao ser incluído na “Agenda Brasil” para o desenvolvimento nacional.

49 “Art. 5º As Agências Reguladoras deverão indicar os pressupostos de fato e de direito que determinem suas decisões”.

50 “Art. 6º A adoção de ato normativo ou decisão de repercussão geral pelas Agências Reguladoras será precedida da realização de avaliação de impacto regulatório - AIR.

§ 1º A AIR conterá, obrigatoriamente, informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo ou decisão de repercussão geral, devendo contemplar, sempre que aplicável, análise multicritério dos respectivos impactos, tanto no que se refere a custos quanto a benefícios, observado o disposto em regulamento.

§ 2º O relatório de AIR será submetido à apreciação prévia de órgão técnico definido no regimento da Agência Reguladora, o qual não poderá ter participação em sua elaboração, que sobre ele emitirá parecer conclusivo a ser submetido ao Conselho Diretor da Agência.

§ 3º O parecer do órgão técnico sobre o relatório de AIR manifestar-se-á sobre a adequação da proposta de ato normativo ou decisão aos objetivos pretendidos, indicando se os impactos referidos no § 1º recomendam a sua adoção, e, quando for o caso, os ajustes necessários, e integrará a documentação a ser disponibilizada aos interessados durante a realização de consulta pública, quando o Conselho Diretor decidir pela continuidade do procedimento administrativo.

§ 4º A manifestação do órgão técnico e o relatório de AIR abordarão, quando pertinente, as alternativas de caráter não normativo à não adoção do ato ou decisão.

§ 5º O regulamento disporá sobre o conteúdo da AIR e sobre os quesitos a serem objeto de exame conclusivo pelo órgão técnico, e sobre os casos em que poderá ser dispensada.

§ 6º O Poder Executivo instituirá, no âmbito do Conselho de Governo da Presidência

- (c) O artigo 8º do substitutivo determinou que as reuniões deliberativas das agências sejam públicas (*caput*), com disponibilização dos registros para o público geral (§ 1º) e divulgação prévia da pauta das reuniões deliberativas com antecedência mínima de 3 dias úteis (§ 2º), ressalvando-se os casos de deliberações sobre documentos sigilosos ou que tratem de matéria exclusivamente administrativa;⁵¹
- (d) O artigo 6º do substitutivo determina a elaboração de consultas públicas para minutas e propostas de alteração de atos normativos de “interesse geral” (*caput*), devendo ser disponibilizado o acesso a toda a fundamentação contida em documentos técnicos, estudos e dados utilizados como lastro para a elaboração da norma em até 7 dias antes da consulta (§ 2º), além da necessária publicação das críticas recebidas (§ 3º) e das respectivas réplicas elaboradas pela agência (§ 4º);⁵²

da República, Câmara específica destinada a avaliar e acompanhar assuntos regulatórios, e opinar sobre propostas de edição ou alterações de atos normativos de caráter geral e significativo impacto econômico, social ou concorrencial que lhe sejam submetidas pelas Agências Reguladoras, bem assim as respectivas análises de impacto regulatório.”

51 “Art. 8º As reuniões deliberativas dos Conselhos Diretores ou Diretorias Colegiadas das Agências Reguladoras serão públicas e gravadas em meio eletrônico.

§ 1º A gravação e a ata de cada reunião deliberativa do Conselho Diretor ou Diretoria Colegiada devem ser disponibilizadas aos interessados na sede da Agência e no seu sítio na Internet até quinze dias úteis após o encerramento da reunião, devendo permanecer na Internet pelo prazo mínimo de um ano.

§ 2º As pautas das reuniões deliberativas dos Conselhos Diretores ou Diretorias Colegiadas das Agências Reguladoras deverão ser divulgadas no sítio da agência, na Internet, com antecedência mínima de três dias úteis.

§ 3º Somente poderão ser deliberadas matérias que constem das pautas das reuniões deliberativas dos Conselhos Diretores ou Diretorias Colegiadas das Agências Reguladoras, divulgadas na forma do § 2º.

§ 4º Não se aplica o disposto neste artigo às deliberações do Conselho Diretor ou Diretoria Colegiada que envolvam:

I – documentos classificados como sigilosos;

II – matéria de natureza administrativa.”

52 “Art. 9º Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelos Conselhos Diretores ou Diretorias Colegiadas, as minutas e propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados.

§ 1º O período de consulta pública terá início sete dias úteis após a publicação de despacho motivado no Diário Oficial da União e terá a duração mínima de trinta dias úteis, ressalvada a exigência de prazos diferentes decorrentes de leis específicas, acordos ou tratados internacionais, e nas hipóteses de atendimento de necessidades da saúde pública, ou de segurança da sociedade e do Estado, devidamente justificadas.

§ 2º As Agências Reguladoras deverão disponibilizar, na sede e no respectivo sítio, na Internet, em até sete dias úteis antes do início da consulta pública, o conteúdo da análise de impacto regulatório, os estudos, os dados e o material técnico utilizado como fundamento para as propostas colocadas em consulta pública, devendo tais

Para que sejam levadas a sério, as iniciativas voltadas a uma melhoria procedimental por parte das agências reguladoras devem considerar o ambiente institucional em que são tomadas as decisões da agência, além dos recursos à disposição e das alternativas (reais) à escolha do regulador para tal incremento de qualidade (PIERCE Jr, 1991, p. 24). A título de exemplo, a obstrução da autonomia financeira e orçamentária das agências reguladoras pode comprometer qualquer projeto nesse sentido.

6. CONCLUSÃO

O presente artigo explorou o sentido prescrito pelo comando normativo da “motivação administrativa” para as escolhas de agências reguladoras em sua atividade-fim. Para tanto, investigou, de forma exploratória, diferentes circunstâncias de controle efetuado pelo Tribunal de Contas da União em que a operacionalização desse dever jurídico foi examinada.

Após sistematização e exposição dos 21 acórdãos examinados, foi possível identificar seis categorias de deveres associados ao “dever de motivação” prescrito pela Lei nº 9784/99:

- (i) motivação associada ao dever de formular réplicas nos procedimentos de participação;
- (ii) motivação associada a um dever de disponibilidade documental em consultas ou audiências públicas;
- (iii) motivação associada a um dever de transparência deliberativa;
- (iv) motivação associada ao dever de evidenciar, técnica ou cientificamente, as premissas admitidas pelo regulador (congruência dos pressupostos);
- (v) motivação associada à transparência metodológica prévia nos casos de revisões tarifárias; e

informações permanecer disponíveis na Internet pelo prazo mínimo de um ano.

§ 3º As críticas e sugestões encaminhadas pelos interessados, no prazo da consulta pública, inclusive se for o caso a manifestação do órgão de defesa da concorrência do Ministério da Fazenda, no âmbito do § 4º do art. 26, deverão ser disponibilizadas na sede e no sítio da Agência Reguladora, na Internet, até dez dias úteis após o seu recebimento, devendo permanecer disponíveis na Internet pelo prazo mínimo de um ano.

§ 4º O posicionamento da Agência Reguladora sobre as críticas ou contribuições apresentadas no processo de consulta pública, inclusive se for o caso, sobre a manifestação do órgão de defesa da concorrência do Ministério da Fazenda no âmbito do § 4º do art. 26, deverá ser disponibilizado na sede e no sítio da Agência Reguladora, na Internet, até trinta dias úteis após a reunião do Conselho Diretor ou Diretoria Colegiada para deliberação sobre a matéria, devendo permanecer disponível na Internet pelo prazo mínimo de um ano.”

(vi) motivação como instrumento enunciativo de uma escolha que pondere aspectos positivos e negativos de diferentes opções (com ênfase para o uso de A.I.R.).

Considerando os problemas de operacionalização do comando normativo da “motivação administrativa”, a tendência é que diferentes controles procedimentais passem a ser incorporados ao ordenamento jurídico, a fim de conferir maior consistência e carga cogente ao formato decisório das autoridades reguladoras – o que, associado à ampliação de acesso às inovações em tecnologia da informação, permitirá o desenvolvimento de métodos que permitam maior lastro empírico e maior grau de racionalidade no discurso justificativo.

Como compete ao TCU fiscalizar o desperdício de recursos no cumprimento da atividade-fim de agências reguladoras, cria-se uma tensão entre a exigência por motivos que justifiquem a aplicação dos recursos (TCU) e uma demanda por autonomia e liberdade discricionária daquele que possui credenciais epistêmicas para fazer as “melhores escolhas regulatórias” (agências reguladoras).

Se, por um lado, o controle do TCU pode ser concebido como um “catalisador” para o aprimoramento decisório das agências reguladoras brasileiras (ainda em amadurecimento), seu protagonismo excessivo pode comprometer a agenda e a alocação de recursos de acordo com as prioridades do regulador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice*. Second Edition. Oxford: Oxford University Press, 2012.

BORGES, H.L. *O Controle Externo das Agências Reguladoras no Brasil*. Dissertação. (Mestrado em Economia). Universidade Federal do Rio de Janeiro. Setembro, 2004.

DOURADO, Rodolfo Maciel. *O Controle Externo sobre Agências Reguladoras de Estado: limites e (im)possibilidades de atuação*. 2011. 151 f. Dissertação (Mestrado em Administração). Fundação Getúlio Vargas (FGV), Rio de Janeiro, 2011.

DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Almedina, 1996.

GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

HERTIN, Julia (et al). *The production and use of knowledge in regulatory impact assessment – An empirical analysis. Forest Policy and Economics 11* (pp. 413-421), 2009.

JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016.

MAJONE, Giandomenico. From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance. *Journal of Public Policy*. Vol. 17, No. 2 (May - Aug), pp. 139-167, 1997.

MASHAW, Jerry. Reasoned Administration: The European Union, the United States, and the Project of Democratic Governance. *The George Washington Law Review*, vol. 76 (pp. 99-124), 2007.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo Estado Regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: Singular, 2006.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

OECD, 2001. Improving Policy instruments through Impact Assessment. Sigma paper 31. OECD, Paris.

PECI, Alketa. Desenho de uma Estratégia de Implantação e Institucionalização da Análise do Impacto Regulatório, 2009, mimeo. Disponível em: <<http://www.regulacao.gov.br/acompanhe-o-pro-reg/trabalhos-de-consultoria/desenho-de-uma-estrategia-de-implantacao-e-institucionalizacao-da-analise-do-impacto-regulatorio/view>>. Acesso em: 1 jan. 2016..

PIERCE Jr, Richard J. The unintended effects of judicial review of agency rules: how federal courts have contributed to the electricity crisis of the 1990s. *Administrative Law Review*, v. 43 (pp. 7-29), 1991.

_____. Judicial review of agency actions in a period of diminishing agency resources. *Administrative Law Review*, v. 49 (pp. 61-94), 1997.

PINHEIRO, Claudia T.P. *A motivação dos atos administrativos* (Dissertação). Mestrado em Direito - Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), 2006.

SCHFELER, Lorna. The Usage of Scientific Knowledge by Independent Regulatory Agencies. *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, vol. 23, No. 2, April 2010 (pp. 309-330).

SENADO FEDERAL. Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre o Projeto de Lei do Senado nº 52 de 2013, sob relatoria do Senador Walter Pinheiro, aprovado em 30/09/2015. Minuta disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=179881&tp=1>>. Acesso em: 5 set. 2016.

SHAPIRO, Martin. The Giving Reasons Requirement. *The University of Chicago Legal Forum*, 179-220, 1992.

SHORT, Jodi L. The political turn in American Administrative Law: power, rationality, and reasons. *Duke Law Journal*, v. 61 (pp.1811-1881), 2012.

VERMEULE, Adrian. *Judging Under Uncertainty*. Cambridge: HUP. 2003.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *O Dever de Fundamentação Expressa de Actos Administrativos*. Lisboa: Almedina. 2003.

POLÍTICAS REGULATÓRIAS E A CAIXA DE FERRAMENTAS DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL

Carina de Castro Quirino¹
Mariana Tavares de Carvalho Vianna²

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho se destina a apresentar a economia comportamental³ como metodologia de obtenção de informações para a construção de políticas regulatórias. No entanto, essa pretensão é demasiadamente irreal – tanto pela extensão quanto pela complexidade que o assunto exige. A pesquisa se delimitará a demonstrar que a demanda por uma boa política regulatória exige, necessariamente, interdisciplinaridade técnica e interesse institucional dos órgãos regulatórios. Isso só é possível se o regulador tiver ciência das reais dificuldades de uma política regulatória feita sem analisar o comportamento do regulado de suas limitações cognitivas e comportamentais que podem não estar contempladas e/ou não respondem às formas tradicionais de regulação na forma que os reguladores esperam.

Esses comportamentos não responsivos podem estar condicionados por heurísticas e viesamentos, atitudes pessoais, moral e contexto emocional, cultural e social, ambiente institucional e as interações entre eles.

1 Doutoranda em Direito Público na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Teorias Jurídicas Contemporâneas na Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada. E-mail: carinacastrodir@gmail.com.

2 Mestranda em Direito Público na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada. E-mail: mari1906@gmail.com.

3 Este trabalho não tem como objetivo definir economia comportamental, tendo em vista a complexidade teórica que o debate gera e o escopo reduzido do artigo. No entanto, para fins metodológicos, conceitua-se como ciência do comportamento. Essa escolha se deve também por ter sido um ponto em comum em grande parte dos autores apresentados neste trabalho. V. PILDES, Richard; BUBB, Ryan. "How Behavioral Economics Trims Its Sails and Why". *Harvard Law Review*, Vol. 127, 2014.

Portanto, tal como analisado pela economia comportamental, o contexto da aprendizagem humana e da tomada de decisão individual deve ser investigado com antecedência à construção da política regulatória, a fim de avaliar a forma de se obter uma resposta regulatória mais eficiente. É por isso que *insights* de ciências cognitivas são tão relevantes para os reguladores. Ademais, isto é tanto mais verdade em tempos de escassez orçamentária, quando os reguladores precisam otimizar os custos da regulação e não deveriam arcar com o ônus econômico ou social de uma falha regulatória.

Ao se trabalhar com eficiência de modelos regulatórios, a ideia da utilização das ciências cognitivas e, em especial, da economia comportamental, é afastar qualquer premissa que veja o regulado como um tomador de decisões em um potencial ideal. A racionalidade limitada do regulado não é só um modelo evocado, mas um dado empiricamente verificado – ou verificável – em contexto de tomada de decisão. Dada a construção do paradigma do “homem real” e suas contingências cognitivas evidenciadas por um instrumental científico, surge o alerta de que há um campo informacional não imaginado anteriormente pelos reguladores que, como já dito, pode ser decisivo na construção de políticas de regulação com menos falhas – e, portanto, menos custos. A primeira preocupação do artigo está em (i) verificar como o processo de regulação pode se utilizar de evidências resultantes do emprego de método da economia comportamental no processo de construção de políticas regulatórias.

A segunda preocupação do trabalho está em, de modo sucinto, (ii) apresentar as críticas gerais atribuídas à economia comportamental, de maneira a prepararmos o leitor à terceira preocupação: a de (iii) demonstrar as críticas acadêmicas no uso da economia comportamental como método de construção de políticas regulatórias. A apresentação das críticas se dá pelo fato de ser a economia comportamental um campo ainda pouco explorado pelo regulador brasileiro e, portanto, há um interesse acadêmico em apontarmos as críticas realizadas por acadêmicos estrangeiros em contextos distintos, de maneira a prevenir ou antever pontos sensíveis quando da implementação de uma política regulatória brasileira pautada nos ensinamentos da economia comportamental.

Com a apresentação desses pontos, o que se conclui é que, apesar dos problemas que possam advir da utilização da economia comportamental, o que determinará a eficiência de sua utilização em políticas regulatórias é o contexto institucional em que for inserida. Em outras palavras, independentemente das críticas que sejam feitas, a economia comportamental só alcança condições de desenvolvimento em ambientes que possibilitem sua instrumentalização técnica.

2. RACIONALIDADE LIMITADA E CONTINGENCIAMENTO DE ERROS – CONSTRUINDO NOVAS PREMISSAS ANALÍTICAS PARA A POLÍTICA REGULATÓRIA

Há uma questão inerente à cognição humana: somos incapazes de processar informações em volume para poder decidir de forma ideal. Há uma limitação neurológica com a qual já se preocupam economistas comportamentais e psicólogos. No entanto, isso não quer dizer que não é possível escrutinar de forma eficiente e efetiva os prós e os contras de cada pequena decisão tomadas diariamente.

Em verdade, diante de inúmeras escolhas que o indivíduo deve fazer no seu cotidiano, nas suas próprias atividades diárias, o cérebro acaba desenvolvendo atalhos que possibilitam a tomada de decisões de forma célere e razoável para vários assuntos, como, por exemplo, a forma como se abre a porta de incêndio de um cinema. Esses atalhos são o que os pesquisadores denominam “heurísticas”, ou seja, processos de decisão predefinidos ou pré-avaliados pelo cérebro e que, diante da necessidade do dia a dia, são postos em prática.⁴

Contudo, salienta-se que as heurísticas, por vezes, podem trazer falhas à decisão, promovendo assim erros sistemáticos no processo de escolha. Esses percalços – ou erros – são denominados “vieses”. O ponto central não é que os indivíduos erram de vez em quando, mas, sim, que erram com base nos atalhos que o cérebro desenvolveu para que possam lidar com a infinidade de decisões que precisam tomar.

Os erros sistemáticos não demonstram somente um caráter errático dos indivíduos. Um valioso *insight* da economia comportamental é verificar que há certa previsibilidade nos erros, uma vez que possuem também uma natureza sistemática, o que possibilita excepcionalmente o estudo de previsão da falibilidade humana e a possibilidade de minimizar, até certo ponto, esses equívocos.⁵ E, neste ponto, há um ganho potencial na elaboração de uma política regulatória que incorpore a economia comportamental, pois ao identificar os erros sistemáticos e padrões comporta-

4 KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, fast and slow*. Farrar Straus Giroux, 2013.

5 Um dos trabalhos seminais para se compreender a Teoria do Processo Dual está em Daniel Kahneman e Amos Tversky, por concluírem que existem influxos comportamentais que podem desencadear problemas no processo de tomada de decisão. Cf. Kahneman, Daniel; Tversky, Amos. “Choices, values, and frames”. *American Psychologist*, Vol 39(4), 1984, 341-350. Na primeira parte do artigo, os autores oferecem uma análise detalhada dos fatores cognitivos e psicofísicos que determinam quais são as perspectivas de risco e como estas são valoradas. Na segunda parte, busca-se contextualizar as premissas inicialmente elaboradas com análise do comportamento dos indivíduos em situações de mercado.

mentais do regulado, ela abre espaço para uma política regulatória mais consciente e, talvez, eficiente.

Mais aprofundado em interdisciplinaridade, um trabalho proeminente tem sido desenvolvido por Daniel Kahneman em seu pensamento magistral, *Thinking fast and slow*.⁶ Essa obra de divulgação científica utiliza linguagem acessível e simples para apresentar diversos estudos profundos e técnicos desenvolvidos, em grande parte, com Amos Tversky. Partem da premissa de que a mente humana contém, não um, mas dois “sistemas cognitivos”. Na literatura das ciências sociais, descrevem-se como Sistema 1, que é automático e intuitivo, e Sistema 2, que é mais deliberativo e reflexivo.⁷

Para Kahneman, é possível associar o Sistema Automático (SA) à intuição e o Sistema Reflexivo (SR) ao raciocínio. Considera o autor a intuição como espontânea e livre de esforço e o raciocínio como pensamento racional complexo e, por conseguinte, como esforço altamente demandante.⁸ O autor também coloca que o sistema reflexivo, de certa forma, possibilita que o sistema automático realize melhor suas tarefas. Para Kahneman, é no processo deflagrado pelo sistema automático que se encontram a maioria dos pensamentos e atos dos indivíduos.⁹

O autor aprofunda suas observações e possibilita a compreensão de que o SR é utilizado apenas quando os indivíduos são confrontados com problemas que exigem raciocínio ativo, bem como é capaz de monitorar¹⁰ as ações do SA, corrigindo suas decisões sempre que possível. Contudo, é possível e recorrente que o monitoramento que o SR executa sobre o SA eventualmente se perca, por estar mais focado na seleção de questões que demandam maior reflexão, possibilitando, assim, a ocorrência de muitos erros de julgamento pelo SA.

6 Obra de divulgação científica que compila sinteticamente os resultados dos trabalhos empreendidos por Kahneman e traz, ao final, a tradução de seus artigos mais importantes, elaborados em coautoria com Amos Tversky.

7 KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, fast and slow*. Farrar Straus Giroux, 2013.

8 KAHNEMAN, Daniel. Maps of bounded rationality: psychology for behavioral economics. *American Economic Review*, 2003.

9 KAHNEMAN, Daniel. Maps of bounded rationality: psychology for behavioral economics. *Op.cit.*

10 “O Sistema 1, de uma forma rápida e intuitiva, propõe respostas para os problemas de julgamento à medida que eles surgem e o Sistema 2 monitora a qualidade dessas respostas propostas, aprovando-as, corrigindo-as ou substituindo-as”, ressaltando, porém, que “erros e distorções só ocorrem quando os sistemas falham”. KAHNEMAN, Daniel; FREDERICK, Shane. A Model of Heuristic Judgment. *The Cambridge Handbook of Thinking and Reasoning*. Cambridge University Press, 2005, p. 269-270.

Assim, em razão de como sua racionalidade se processa, o agente pode errar ao tomar decisões, agindo, inclusive, contra seu próprio interesse e benefício, afetando a própria instituição à qual se vincula. Tendo em vista a centralidade a que o comportamentalismo tem sido incorporado na perspectiva institucional, bem como o que as descobertas empíricas da economia comportamental têm demonstrado, qualquer otimização institucional só é possível se for considerada a falibilidade da decisão do agente e quais são os efeitos gerados no sistema institucional.

Nas últimas décadas, nos Estados Unidos e na Europa, são diversos e inúmeros os trabalhos empíricos sobre a cognição humana e o risco de erro. Como se observa, os resultados desses trabalhos têm sido notados pelos formuladores de políticas e sua influência tende a crescer. Assim, através de uma institucionalização, o Reino Unido criou uma instituição ligada ao Gabinete do Primeiro Ministro chamado “*Nudge Unit*” ou “*Behavioural Insights Team*” com o objetivo de aperfeiçoar as políticas públicas fazendo com que os regulados tomem decisões mais aprimoradas e fujam dos erros sistemáticos.

Os achados cognitivos sobre comportamentos não responsivos (causados por preconceitos, reações emocionais, normas sociais, entre outros) são um ponto de viragem para a formulação de regras regulatórias, a fim de trazer para fora e usá-los para evitar falhas de regulação e, geralmente, adotar mais regulamentos eficazes. Uma abordagem cognitiva da regulação pode impor uma mudança radical no processo de elaboração de regras e um conseqüente aumento dos seus custos e tempo. Portanto, num primeiro momento, essas alterações seriam justificadas (e necessárias) apenas onde houver um elemento de comportamento automático, e onde esse elemento for relevante (considerando o número de pessoas envolvidas ou a magnitude das conseqüências da sua capacidade cognitiva limitada).

Dito isso, deve se fazer um esforço para incorporar conhecimentos cognitivos em quase todas as fases de construção de políticas regulatórias. Os passos abaixo representam formas e maneiras em que, dentro da cadeia de elaboração de uma política regulatória, é cabível recorrer à economia comportamental. Contudo, sabe-se da limitação institucional – humana e financeira – inerente ao ambiente público e, portanto, nem sempre os seis passos sugeridos serão possíveis. Do mesmo modo, eles podem não ser passos obrigatórios já que dependerão da complexidade da política regulatória – em especial, o quinto passo. A intenção é demonstrar como a economia comportamental pode ser incorporada na metodologia de elaboração de uma política regulatória.

Como primeiro passo, é salutar (i) a **identificação** dos resultados comportamentais que estejam em desacordo com o que se pretende com

a política regulatória, seja um resultado inadequado ou somente uma ausência de resposta de comportamento, que podem ser eventualmente tratadas como falha potencial.

Em seguida, (ii) a **verificação** do contexto sociocultural e emocional da população-alvo poderia ser considerada. Uma abordagem cognitiva pode auxiliar, esclarecendo como elaborar uma regulação, ou o que deu errado quando de uma determinada regulação já existente, com os grupos que não respondem ao tratamento regulamentar.

Esses estudos devem ser precedidos de (iii) uma **revisão** da literatura sobre os hábitos dos usuários finais, necessidades e sentimentos, característicos e o contexto social, o que pode ajudar a compreender a população-alvo.

Em sequência, é de se dizer que, embora a identificação dos objetivos que os reguladores queiram atingir seja sua, de sua única prerrogativa técnica, (iv) **a caixa de ferramentas da regulação**¹¹ deve incluir técnicas de regulação cognitiva para aperfeiçoamento dos objetivos pretendidos. À luz do instrumental comportamental, é possível reconstruir ferramentas tradicionais de regulação ou utilizar outras duas estratégias: a capacitação (*empowerment*) e as cutucadas (*nudges*)¹² (em que o primeiro facilita a superação de respostas emocionais, enquanto o segundo os explora) ou uma mistura de regulação de todos eles.

Até aqui, foram apresentados os passos focais para melhor formulação de políticas regulatórias e mostrou-se que o instrumental comportamental pode estar aliado à eficiência dos objetivos que os reguladores pretendem lograr. No entanto, ainda é necessário lembrar que, em um processo de regulação eficiente, (v) os **impactos** das opções regulatórias devem ser sempre considerados, sendo avaliados em um estudo de impacto regulatório específico. Desde que seja utilizado para uma regulação específica apenas, a análise do impacto regulatório (AIR)¹³ deve permitir a utilização de conhecimento sobre processos cognitivos e de decisão dos

11 V. SUNSTEIN, Cass. *Why nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*. Yale University Press, 2012.

12 *Nudges* são técnicas regulatórias que possibilitam formular políticas públicas através do desenho de uma arquitetura de escolhas que pretende conduzir propositalmente as decisões dos indivíduos em direções que são ou do seu melhor interesse ou do melhor interesse da sociedade, sempre mantendo a liberdade de escolha através da presença, no conjunto de possibilidades, de alternativas de escolhas variadas para os indivíduos. Para tanto, Sunstein e Thaler apresentam princípios básicos de arquitetura de escolhas que devem ser relevados pelos arquitetos, a saber: (i) incentivos, (ii) entender mapeamentos (iii) opções predefinidas (iv) fornecer feedback (v) esperar erros (vi) decisões/escolhas com estruturas complexas.

13 V. MENDONÇA, José Vicente dos Santos de. *Direito Constitucional Econômico – a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 429.

regulados no ambiente regulatório (que visa precisamente avaliar antecipadamente o impacto potencial das regras). Além disso, a comparação entre diferentes opções regulatórias e a opção de nada fazer pode ser útil, a fim de evitar qualquer excesso de estimativa de custos sociais de um comportamento inesperado (que, segundo alguns críticos, pode acabar justificando o excesso de regulação)¹⁴, bem como qualquer subavaliação dos custos sociais de uma regulação cognitiva baseada, por exemplo, em algum grau de limitação da liberdade individual.¹⁵

No entanto, a análise de impacto regulatório (AIR) deve evoluir também em termos de levantamento de informações e de avaliação do impacto das regras. Na verdade, quando, com base em uma análise de custo-benefício, a análise de custo-benefício tende a assumir os regulados como racionais, maximizadores de seus próprios interesses. Em verdade, uma das prescrições mais pungentes para as AIR é que essas devam ser também avaliações de risco, suscitando impactos de diferentes opções regulatórias. O resultado dessas avaliações de risco pode ajudar os regulados a decidirem se querem ou não lidar com vieses por meio de regulação e identificar um limiar mínimo que justifique a regulação.¹⁶ Essa limitação regulatória deverá ser a soma da existência de riscos de comportamentos que não respondem à regulação em questão e dos riscos regulatórios de outras naturezas anteriormente considerados pelos reguladores inaceitáveis.¹⁷

Um dos desafios mais importantes para a construção de políticas regulatórias baseadas em questões cognitivas é aprimorar as formas de obtenção de informação. Onde há um elemento de comportamento, a coleta de informações pode começar através de uma revisão da literatura sobre reações emocionais a uma determinada questão e sobre normas sociais, entre outras, que podem 'moldar' o indivíduo na tomada de decisão. Essa etapa pode ajudar no desenho de consultas regulatórias mais eficazes.¹⁸ De fato, consultas às partes interessadas devem ser organizadas de forma

14 FERGUSON, Andrew; NUDGE, Wink. Behavioral economics—the governing theory of Obama's nanny state. *The Weekly Standard*, April 19, 2010.

15 WRIGHT, Joshua; GINSBURG, Douglas. Behavioral Law and Economics: its Origins, Fatal Flaws, and implications for Liberty. *Northwestern University Law Review*, 1041, 2012.

16 PILDES, Richard; SUNSTEIN, Cass. Reinventing the Regulatory State. *University of Chicago Law Review*, 43, 1995.

17 SUNSTEIN, Cass. The real world of cost-benefit: thirty-six questions (and almost as many answers). Harvard Public Law Working Paper, No. 13-11, 2013; BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice*. Oxford University Press, 2012.

18 Diversos mecanismos e procedimentos podem ser utilizados pela Administração Pública, tais como propagandas, avisos prévios, painéis, entrevistas semiestruturadas, grupos focais, entre outros.

a trazer para fora e identificar potenciais comportamentos que não respondem, (quando necessário) realizadas com a ajuda de especialistas em ciências comportamentais.¹⁹

Se a revisão da literatura e as consultas não fornecerem informações confiáveis sobre o risco de falta de resposta comportamental, uma experiência cognitiva (com ou sem ensaio clínico aleatório)²⁰ poderia ser realizada a fim de obter melhor compreensão do modo de agir, pensar e sentir das pessoas. Diversos tipos de experiências podem ser utilizados. Os mais comuns são experimentos comportamentais (em laboratório ou on-line), em que o comportamento de dois grupos de pessoas é comparado, dos quais apenas um está sendo exposto a uma determinada variável (uma opção regulamentar); de outro modo, o comportamento do mesmo grupo de pessoas pode ser medido em dois pontos no tempo, antes e depois de ser exposto a uma variável.²¹

Caso haja informações significativamente relevantes para a elaboração da política regulatória, e tais informações tenham sido colhidas por meio da utilização de instrumentos advindos das ciências cognitivas, deve-se justificar seus resultados, assim como todos os outros elementos relevantes da justificação. Por exemplo, o tipo de experimento e as escolhas feitas durante o experimento (amostra, número de tratamentos, entre outros). Todas essas informações e as provas científicas recolhidas podem também ser mencionadas em um resumo não técnico, a fim de ser totalmente acessível para a sociedade e dar transparência às opções regulatórias.²² No entanto, deve-se lembrar que essas informações e estudos comportamentais não são a decisão final e que eles representam apenas a intenção de enriquecer a evidência para uma decisão final mais eficaz, enquanto os reguladores devem justificar qualquer incompatibilidade com tais provas.

Por fim, (vi) **o acompanhamento e a avaliação posterior da regulação** podem permitir que os reguladores verifiquem se uma determinada regra elaborada com base em informações colhidas via instrumental cognitivo teve sua aplicação realmente justificada na política regulatória.

É necessário, contudo, fazer uma última observação. Há quem discuta o sufocamento epistêmico que as premissas ora apresentadas podem trazer ao regulador, que o mesmo não estaria apto cognitivamente

19 É também necessário atentar para possíveis capturas que podem surgir.

20 ABRAMOWICZ, Michael; AYRES, Ian; LISTOKIN, Yair. *Randomizing Law. Yale Law & Economics Research Paper*, 2010.

21 Sugestão dada por PORTO, Fabiana di; RANGONE, Nicoletta. *Behavioural Sciences in practice: lessons for EU policymakers. Nudging and the Law. What can EU Learn from Behavioural Sciences?*, Oxford, Hart Publ., 2014.

22 Transparência nas opções regulatórias.

a trabalhar com tantas variáveis e que problemas inter-relacionais podem ser apresentados pelo levantamento de dados. À luz da proposta da economia comportamental, é preciso sublinhar que a ideia principal é tão somente pensar em uma circunstância existente em todo e qualquer sistema: a falibilidade humana. Ao regular, é razoável crer que o regulador quer obter a maior eficiência com a política regulatória desenhada (e por eficiência entende-se a obtenção de resultados mais próximos com o esperado inicialmente) ou, simplesmente, mais consciente. Ao entender a forma pela qual o regulado responde a um determinado ambiente (incentivos e desincentivos existentes), o regulador estará munido de informações cada vez mais próximas à realidade, tendo a possibilidade, em tese, de criar mecanismos mais ajustados ao regulado.

3. A ANÁLISE DE POLÍTICAS REGULATÓRIAS SOB AS PREMISSAS DO COMPORTAMENTALISMO – ONDE ESTAMOS FALHANDO?

Cass Sunstein, em seu livro *Simpler: the future of government*,²³ descreve sua experiência como Administrador da Secretaria da Casa Branca sobre Informação e Assuntos Regulatórios,²⁴ no período compreendido entre 2009 e 2102. Na época, relata a incorporação dos aportes da economia comportamental nas *policies* desenvolvidas em seus órgãos.²⁵

Nos Estados Unidos, os esforços regulatórios têm sido diretamente pautados pelos *insights* da economia comportamental, desempenhando um papel inconfundível em numerosos domínios. As interessantes ferramentas que devem ser analisadas são a divulgação (*disclosure*), os avisos, as normas e as regras-padrão (*defaults*), podendo ser encontrados em várias áreas, incluindo nos setores de combustível, de eficiência energética, de proteção ambiental, de saúde e de obesidade. Como resultado, os dados comportamentais tornaram-se um importante ponto de referência para a formulação de políticas de regulação.²⁶

Sunstein afirma que os resultados das pesquisas empíricas, realizadas com base na análise comportamental, têm um grande impacto na regulação, na produção de legislação e nas políticas públicas em todo o mundo, e que o aumento do interesse mundial em baixo custo na implementação

23 SUNSTEIN, Cass. *Simpler: The future of government*. Simon & Schuster, 2013.

24 White House Office of Information and Regulatory Affairs.

25 Contudo, em 15 de setembro de 2015, foi deliberado pelo Presidente Barack Obama a *Executive Order*, em que se determinou a utilização dos aportes da economia comportamental nas políticas públicas. Disponível em <<https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2015/09/15/executive-order-using-behavioral-science-insights-better-serve-american>>. Acesso em: 15 out. 2015.

26 SUNSTEIN, Cass. *Op.Cit.*, p. 15

da regulação faz com que o impacto de tais medidas cresça nas próximas décadas. Nessas circunstâncias, é particularmente importante ter uma noção sobre o que já se sabe a respeito do comportamento humano, o que não se sabe, e como entendimentos emergentes podem informar políticas sensatas e melhores reformas regulatórias.²⁷

Os economistas comportamentais têm enfatizado que, em contextos importantes, as pessoas erram.²⁸ Se uma característica importante de uma situação, uma atividade ou um produto carece de importância, as pessoas podem ignorar, possivelmente, a sua vantagem e, possivelmente, em seu detrimento. Os indivíduos procrastinam e às vezes sofrem como resultado.²⁹ Eles podem ser exageradamente otimistas e por isso fazer escolhas infelizes e até mesmo perigosas.³⁰

É importante ressaltar que os mercados livres oferecem uma proteção significativa contra esses erros.³¹ Por exemplo, as empresas oferecem serviços incontáveis para ajudar as pessoas a combater problemas de autocontrole.³² O próprio mercado cria fortes incentivos para responder a esses e outros problemas comportamentais e, com as novas tecnologias, as respostas serão cada vez mais úteis, frequentes e inventivas. Mas, em mercados livres, alguns vendedores tentam explorar os erros humanos, e as forças da concorrência podem recompensar, em vez de punir, tal exploração.

Em casos identificáveis, aqueles que não exploram os erros humanos serão punidos pelas forças de mercado, simplesmente porque seus concorrentes estão assim procedendo e lucrando com o resultado.³³ Os mercados de crédito dão muitos exemplos nos domínios de contas de cartões de crédito e hipotecas. De modo mais geral, algumas políticas não serão bem projetadas se não forem informadas pelo que continuamos a aprender sobre o comportamento humano.

Segundo afirma Sunstein, ainda há um longo caminho a se percorrer para entender sobre a natureza do erro humano em contextos diferentes. A pesquisa é contínua, e muito mais está sendo aprendido a cada dia; alguns achados comportamentais são altamente preliminares e precisam

27 SUNSTEIN, Cass. *Op.Cit.*, p. 18

28 SUNSTEIN, Cass. *Op.Cit.*, p. 19

29 SUNSTEIN, Cass. *Op.Cit.*, p. 27

30 SUNSTEIN, Cass. *Op.Cit.*, p. 29

31 SUNSTEIN, Cass. *Op.Cit.*, p. 46

32 SUNSTEIN, Cass. *Simpler: The future of government*, p. 51

33 Para tanto, a atuação do CONAR tem sido de destaque no cenário nacional, não obstante a pouca divulgação. Para maiores informações, ver os estudos empreendidos pelo órgão, disponíveis em <<http://www.conar.org.br/>>.

de mais testes e experimentos. Há muita coisa que não sabemos.³⁴ Mesmo nessa fase, no entanto, os resultados subjacentes têm sido amplamente notados e a economia comportamental, associada a áreas afins, tem tido um efeito significativo sobre as políticas em vários países, incluindo os Estados Unidos e o Reino Unido.³⁵

Esses desenvolvimentos, e as conclusões relevantes, levantam uma questão natural, que é saber se a compreensão do comportamento humano abre maior espaço para alguma manifestação de paternalismo.³⁶ Sabe-se, por exemplo, que as pessoas são afetadas pela arquitetura de escolhas, entendida como a origem social na qual as escolhas são feitas. Tal arquitetura é generalizada e inevitável, e isso influencia muito os resultados. Na verdade, pode ser decisiva.

Diante disso, deveriam os arquitetos da escolha, incluindo aqueles da esfera pública, ser autorizados a movimentar as decisões das pessoas em suas direções preferenciais? Essa é uma das muitas perguntas que não possuem resposta objetiva. Para tanto, deve ser lembrado que não se objetiva aqui um olhar, ainda que tangencial, sobre questões de teoria da justiça nem fundamentações éticas sobre este processo de análise dos resultados e implicações do comportamentalismo econômico. O que se tem, somente, é a configuração de um cenário teórico que vem sendo explorado paulatinamente pelos governos e, dada a sua crescente visibilidade, merece ganhar um contorno maior em território nacional.

4. CRÍTICAS À ECONOMIA COMPORTAMENTAL APLICADA À REGULAÇÃO

A Administração Pública, dia após dia, enfrenta a necessidade de tomar decisões sobre a elaboração de arquiteturas de escolhas para um determinado ambiente regulatório. A *Behavioral Law and Economics (BLE)*³⁷ tem criado um sério dilema para os formuladores de políticas. De um lado,

34 Por exemplo, veja-se a grande repercussão social quando uma equipe de pesquisadores comportamentais pertencentes à rede social Facebook desenvolveu, em 2014, estudos comportamentais sem que os usuários soubessem que estavam participando de pesquisas.

35 Para mais informações, acesse: <<https://www.gov.uk/government/organisations/behavioural-insights-team>>.

36 Não será objeto de discussão neste trabalho.

37 A análise econômica do direito geralmente prossegue sob as premissas da economia neoclássica. Mas as evidências empíricas dão muita razão para duvidar desses pressupostos; as pessoas exibem racionalidade limitada, limitado autointeresse, e limitada força de vontade. A ideia da *Behavioral Law and Economics* é o aperfeiçoamento metodológico da Análise Econômica do Direito a *insights* sobre o comportamento humano real.

a investigação do campo sugere uma ampla gama de instrumentos não convencionais (*nudges*) que podem ser usados para moldar escolhas voluntárias das pessoas, a fim de levá-las para a opção que a maioria prefere. Por outro lado, a própria natureza desses novos instrumentos impede os pesquisadores de medir as preferências das pessoas na forma tradicional, isto é, através da avaliação de qual opção as pessoas escolhem a partir do conjunto de opções disponíveis. Como resultado, os formuladores de políticas regulatórias muitas vezes não têm a informação de que precisam para projetar *nudges* que promovam os indivíduos a decidirem melhor.

Para resolver este dilema, Richard Pildes e Ryan Bubb propõem um novo quadro que incide sobre a distinção entre os tomadores de decisão que respondem ao *nudge* e aqueles que não o fazem.³⁸

Para os referidos autores, muitas das ideias e sugestões propostas pela economia comportamental já melhoraram os resultados das políticas regulatórias, com a promessa de mais para vir. Mas a BLE sofre um conflito profundo – e não amplamente reconhecido – entre seu apelo como ciência social e como política. O questionamento central dos autores é que a BLE não busca sempre todas as implicações. Suscitam os autores que há indícios de pesquisas comportamentais que mostram o fracasso da escolha individual muitas vezes por haver uma orientação política anterior que limita a escolha do regulado. Haveria, assim, uma captura da própria economia comportamental, que se faz enviesada pelos fatores políticos subjacentes ao ambiente regulatório em que se encontram. Ademais, alertam os autores que a maioria dos proponentes da BLE concentram-se apenas em instrumentos de regulação que preservam amplo alcance para a escolha, deixando de lado a análise de custos e benefícios entre alternativas de limitação da escolha e opções de sua preservação.

Ao final, o que se pode ter é a BLE, como ciência social, capturada por sua própria dimensão política.

Ainda em sede de críticas, os autores pontuam que a dimensão sociocientífica da *Behavioral Law and Economics* revela duas categorias com limitações analíticas. Em primeiro lugar, a BLE, muitas vezes artificial e erroneamente, exclui instrumentos de regulação mais tradicionais a partir de uma análise de opções políticas. Em segundo lugar, a BLE por vezes não consegue avaliar adequadamente como os seus próprios instrumentos de regulação funcionam de fato ou as maneiras em que o comportamento individual real sugere essas ferramentas devam ser modificadas (ou abandonadas).

38 PILDES, Richard; BUBB, Ryan. How Behavioral Economics Trims Its Sails and Why. *Harvard Law Review*, Vol. 127, 2014.

Em alguns contextos, a ciência social e a orientação política do regulador podem convergir sem conflitos, resultando na criação de ferramentas de preservação da escolha do regulado que sejam ideais, a partir de uma perspectiva de bem-estar social. Os autores apontam que não são contra essas ferramentas ou a favor de outras. Em última análise, estão somente pugnando por uma maior transparência nas justificativas e para uma comparação mais completa dos custos e benefícios de diferentes instrumentos de regulação, sem um compromisso prévio preferindo aqueles que privilegiam a escolha.

Em outras palavras, os professores Bubb e Pildes levantam a hipótese de que os estudiosos da economia comportamental utilizam-se de prescrições políticas para intervenções de preservação da escolha, com base em uma predisposição ideológica para políticas libertárias ou uma preocupação com a viabilidade política de determinadas políticas regulatórias.

Em resposta às críticas, Sunstein³⁹ contra-argumenta, afirmando que, se melhorar o bem-estar social é o objetivo, a implementação de *nudges* tem vantagens realmente significativas, despontando como a melhor abordagem. Eles podem muito bem ter benefícios elevados sem custos elevados, e, em qualquer caso, seus benefícios líquidos podem ser superiores aos das abordagens alternativas. Cinco pontos são especialmente importantes e destacados pelo autor.

Em primeiro lugar, as abordagens de preservação da escolha fazem sentido em face da heterogeneidade. Ao permitir que as pessoas sigam seu próprio caminho, eles reduzem os elevados custos potencialmente associados a soluções *one-size-fits-all* que as ações regulatórias muitas vezes podem impor.⁴⁰ Em segundo lugar, aqueles que favorecem *nudges* estão atentos para um fato importante: funcionários públicos têm informação limitada e podem errar (em um reflexo do que às vezes é chamado de “problema do conhecimento”)⁴¹. Se *nudges* são elaborados tendo em vista alguma previsibilidade de comportamento errático, é provável que o dano seja menos grave do que no caso de regras regulatórias, porque *nudges* podem ser ignorados ou rejeitados pelos regulados, trazendo-se pouco custo ao sistema regulatório. Em terceiro lugar, os *nudges* respondem ao fato de que os funcionários públicos podem ser indevidamente afetados pela influência de grupos privados bem organizados (o problema da cap-

39 A resposta ao artigo de Richard Pildes e Ryan Bubb, está em SUNSTEIN, Cass. *Nudges vs. Shoves: the benefits of preserving choice*. *Harvard Law Review Forum*, 127, 2014.

40 Note-se que os padrões personalizados são sensíveis ao fato de heterogeneidade. V. SUNSTEIN, Cass. *Deciding By Default*. Disponível em <<http://www.penn-lawreview.com/print/?id=415>>. Acesso em: 12 fev. 2014.

41 Hayek é o melhor expositor desse problema. V. HAYEK, Friedrich. *Markets and other orders*. University of Chicago Press, 2014.

tura epistêmica)⁴². Se assim for, o fato de que as pessoas podem seguir seu próprio caminho fornece uma salvaguarda importante. Em quarto lugar, *nudges* têm a vantagem de evitar a perda do bem-estar que as pessoas experimentam quando são privadas da possibilidade de escolher.⁴³ Em quinto lugar, *nudges* reconhecem que a liberdade de escolha pode ser vista, e muitas vezes é vista, como um bem intrínseco, que o governo deve respeitar, se é para tratar as pessoas com dignidade.⁴⁴

À luz desses aspectos, faz sentido que os reguladores possuam preferência em aplicar abordagens de preservação da escolha e, em geral, adotar uma presunção (refutável) em seu favor, pelo menos quando há falha comportamental de mercado.⁴⁵ No entanto, em algumas configurações, por exemplo, o interesse na liberdade de escolha pode ter enorme importância; em outros, não muito. Em face de falhas comportamentais de mercado, a presunção em favor de abordagens de preservação da escolha é pragmática e uma análise do contexto pode sugerir que uma intervenção mais agressiva se justificaria. Mas do ponto de vista, tanto liberdade quanto do bem-estar, a presunção importa.

Também em resposta a Richard Pildes e Ryan Bubb, os autores Andrew Hayashi, Michael A. Livermore e Quinn Curtis⁴⁶ debatem sobre a aparente tensão na *Behavioral Law and Economics*.

Um alerta importante é que políticas regulatórias não são feitas para imitar exatamente as prescrições geradas por modelos econômicos. Tais prescrições são estilizações, simplificações e refletem um compromisso normativo para a maximização do bem-estar, que não é partilhada por to-

42 REBONATO, Riccardo. *Taking Liberties: Critical Examination of Libertarian Paternalism*. Palgrave Macmillan, 2012, p. 132.

43 BARTLING, Björn. *The Intrinsic Value of Decision Rights*. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2255992>. Acesso em: 2 jan. 2016.

44 REBONATO, Riccardo. *Taking Liberties: Critical Examination of Libertarian Paternalism*. Palgrave Macmillan, 2012, p. 133. Ver também WRIGHT, Joshua; GINSBURG, Douglas. *Behavioral Law and Economics: Its Origins, Fatal Flaws, and Implications for Liberty*. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2147940>> Acesso em: 2 jan. 2016.

45 Cass Sunstein cita que são quatro as falhas comportamentais de mercado: (i) comportamentos temporais inconsistentes e autocontrole; (ii) ignorar circunstâncias próximas; (iii) otimismo irrealista; (iv) problemas com probabilidade. Em face de determinadas falhas comportamentais de mercado, *nudges* geralmente são as melhores respostas regulatórias, pelo menos quando não há nenhum dano para outros indivíduos. Porém, há exceções para essa lei geral. A escolha de resposta regulatória depende de uma análise das consequências para o bem-estar dos indivíduos, o que requer uma avaliação cuidadosa dos custos e benefícios. V. SUNSTEIN, Cass. *Why nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*. Yale University Press, 2012.

46 HAYASHI, Andrew; LIVERMORE, Michael; CURTIS, Quinn. *Tacking in Shifting Winds Choice-preserving regulation recognizes the uncertainty in behavioral models*. *Harvard Law Review Forum*, 127, 2014

dos os grupos políticos – e nem poderia ser. O argumento central de Bubb e Pildes, no entanto, é que as prescrições de estudiosos da BLE refletem compromissos feitos entre as implicações de seus modelos e realidade política. Em outras palavras, que a orientação política da BLE se estabelece na realização da política regulatória. Para os autores, esse é um argumento refutável. Por exemplo, a conveniência de um programa de aposentadoria *opt-out* 401 (k)⁴⁷ depende do modelo econômico que se quer propor. O problema enfrentado pelos reguladores, nesse contexto, é que alguns indivíduos (mas não todos) economizam menos para a aposentadoria do que deveriam. Uma opção possível de intervenção seria impor uma porcentagem de depósito para todos. Outra possibilidade é registrar automaticamente todos em um plano de poupança 401 (k) e permitir-lhes optar por sair se assim escolherem. Sejam quais forem os modelos econômicos que a ação regulatória se pense desenhar, é possível deduzir que o modelo mais eficiente, no caso, somente será atingido caso seja avaliado o comportamento do grupo de regulados que se quer alcançar. Dois tipos de comportamento são verificáveis: os indivíduos da escolha ativa (*choosers*) e os indivíduos da não escolha (*defaulters*). Há quem queira decidir, sem qualquer custo regulatório, enquanto há quem incorre em custos significativos para mudar suas decisões de poupança e assim tende a não optar por sair de sua situação padrão. Esse custo é uma maneira de formalizar um fenômeno psicológico particular, ou seja, o viés do *status quo*.

Se o modelo captura com precisão as características essenciais das decisões de poupança, então poderíamos prever que a obrigatoriedade de que todos os indivíduos poupem um determinado valor a uma pré-determinada taxa vai impor custos sobre aqueles que têm outro comportamento, que são ativos em suas escolhas, vez que teriam sido melhores salvando a uma taxa diferente. Os custos são menores para as políticas de *opt-out*.

Mas as pessoas agem de maneira muito mais variadas do que esse exemplo permite demonstrar. No seguinte exemplo, é possível pensar que pode haver outros grupos de indivíduos que optem por sair de um plano voluntário 401 (k), independentemente de saber se é do seu interesse. Isso pode decorrer de problemas de autocontrole, que fazem a poupança parecer uma transação pouco agradável e atraente. Com essa variedade de

47 401(k) é a designação de uma forma de plano de aposentadoria patrocinado pelo empregador. Essa nomenclatura é adotada em razão da seção do Código Fiscal norte-americano em que está prevista. Em síntese, o empregado tem um percentual descontado de sua remuneração e esse percentual é dirigido para uma aplicação financeira. Sobre essa aplicação não incidem quaisquer quantias que não sofre nenhuma taxa até quando seja efetivamente retirada. Muitas empresas oferecem aos seus empregados a opção de comprar ações dela própria, mas o comum é a constituição de fundos mútuos voltados para investimento no mercado de ações, títulos da dívida pública ou no mercado financeiro, ou ainda uma mescla desses investimentos.

tipos de comportamento, a taxa de poupança obrigatória imporia custos a todos aqueles que seriam melhores poupadores se pagassem uma taxa diferente, decidam por si próprios, enquanto proporcionaria uma experiência pior para outros indivíduos, permitindo-lhes fugir de um regime de poupança que seria de seu interesse em longo prazo.

Se uma regra-padrão seria melhor na presença de tais indivíduos, a resposta depende do tamanho relativo dos grupos e magnitude dos custos que ela implicaria. Uma política baseada em um modelo com apenas *choosers* e *defaulters* pode estar errada, mas é errada porque o modelo estava errado. Todos os modelos estão errados, até certo ponto, porque não visam captar toda a riqueza da psicologia individual e coletiva. Mas a inadequação de um modelo é uma ocorrência perfeitamente normal, e não só quando há economia comportamental. A chave, então, não é evitar ou se apegar a políticas de preservação da escolha, mas criar modelos que sejam condizentes com as melhores evidências sobre as características relevantes do comportamento humano e atualizar os modelos quando as evidências disponíveis mudarem. Onde a BLE tem se afastado de seu objetivo, Bubb e Pildes se referem corretamente ao problema.

Como Bubb e Pildes apontam, as políticas de preservação da escolha podem ser mais politicamente palatáveis. Mas as influências políticas não são a única razão para o desajuste dos resultados das ações regulatórias e dos resultados da modelagem da política regulatória. Um desafio adicional é a dúvida sobre qual modelo utilizar. Nem sempre é possível prever o impacto de variáveis que o modelo não vislumbra. Isso, por vezes, pode favorecer a preservação da escolha, por motivos externos à economia comportamental. Explica-se a seguir.

Os formuladores de políticas são frequentemente convidados a trocar os custos e benefícios que são imprecisamente medidos e difíceis de prever. Há pelo menos duas considerações de ordem prudencial que podem inclinar formuladores de políticas a utilizarem o modelo de preservação da escolha nessas circunstâncias.

Em primeiro lugar, a implementação de uma versão de preservação da escolha de uma política pode ajudar a reunir informações sobre os custos reais e os benefícios dessa política. Quando a escolha é preservada, é possível observar o comportamento e saber se as partes estão agindo de forma a diminuir ou aumentar seu bem-estar. Bubb e Pildes, por exemplo, discorrem sobre o fato de que, em um sistema de preservação de escolhas, se os participantes optam por sair do plano de aposentadoria 401 (k), talvez o regulador devesse optar por uma regra coercitiva. Em outras palavras: não se pode dar continuidade à política de preservação da escolha se a evidência indica que ela não maximiza o bem-estar, mas, em contra-

partida, sugere que a adoção de uma política de preservação da escolha pode ter benefícios auxiliares.

Uma segunda razão para favorecer políticas de preservação da escolha é que elas fornecem uma válvula de segurança em caso de erro regulatório. Se houver custos imprevistos, os mais afetados podem optar por sair, potencialmente limitando os danos causados. Bubb e Pildes apontam, acertadamente, que a capacidade de optar por sair dificilmente é uma cura para todos os padrões mal construídos, mas a disponibilidade de um sistema *opt-out*, pelo menos, coloca um limite superior sobre os custos que um determinado indivíduo deve suportar a partir de uma regra mal desenhada.

Bubb e Pildes merecem crédito por chamar atenção para as deficiências na aplicação da economia comportamental na formulação de políticas e ajudar a iluminar os casos em que as políticas de preservação da escolha podem ter gerado complacência entre políticos e resultados em última instância indesejáveis. Mas as falhas que eles identificam não devem obscurecer a capacidade das políticas de preservação da escolha bem desenhadas para aumentar o bem-estar quando cuidadosamente construídas e aplicadas. Em muitos casos, a preservação da escolha pode ser uma opção de maximização do bem-estar, mesmo quando nossos limites cognitivos, por demais humanos, são levados em conta.

5. CONCLUSÃO

Sobre os elementos nodais deste trabalho, uma certeza é absoluta para todos: as discussões são sempre aguerridas. A perspectiva microinstitucional, a centralização da atuação institucional sob a influência do agente, as elaborações teóricas advindas dos estudos empíricos da economia comportamental e a elaboração de uma arquitetura de escolhas com base nos elementos encontrados na economia comportamental são, ao largo, nichos de profundo dissenso e que recebem, a cada dia, novas perspectivas adensadas e novos interlocutores teóricos.

São críticas à regulação baseada em resultados advindos da economia comportamental: (i) espaço para manipulações políticas por parte da Administração Pública; (ii) possibilidade de fuga regulatória, em razão de modelo regulatório mal desenhado – sem atentar para o modelo de comportamento de determinado grupo regulado – ou em razão das características da regulação de baixo impacto; (iii) captura dos agentes reguladores, que estão sujeitos à falibilidade tanto quanto se sujeitam os regulados; (iv) somente é executável se a Administração Pública for estruturada técnica e operacionalmente para tanto, bem como se existisse uma agenda re-

gulatória que neutralizasse eventuais efeitos deletérios advindos do jogo político que permeia o cenário público.

De outro giro, também se identificam pontos bastante positivos: (i) é uma regulação de baixo custo, uma vez que busca somente reestruturar a logística do regulado sem onerá-lo; (ii) é uma intervenção leve; e (iii) proporciona a humanização das ações regulatórias, ao passo que pode ser possível desenhar políticas públicas com maior sensibilidade.

Nesse novo campo, espera-se que a experiência brasileira saiba fazer uso dos pontos positivos e evite ao máximo as externalidades negativas, geradas pelas políticas públicas pautadas na economia comportamental. O presente estudo pretendeu apontar as críticas almejando ser um instrumento de compreensão sucinta do que já se discute nas experiências estrangeiras sobre economia comportamental. De qualquer forma, entendemos ser proveitoso o uso de estudos empíricos que apontem os erros sistemáticos perpetrados pelos regulados, a fim de se elaborar uma política regulatória mais consciente e, até mesmo, eficiente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOWICZ, Michael; AYRES, Ian; LISTOKIN, Yair. *Randomizing Law. Yale Law & Economics Research Paper*, 2010.

CASTRO, Alex Santo Rodrigues de. *Economia comportamental: caracterização e comentários críticos*. Dissertação de Mestrado. Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Economia, 2014.

FERGUSON, Andrew. Nudge Nudge, Wink Wink. Behavioral economics—the governing theory of Obama’s nanny state. *The Weekly Standard*, April 19, 2010.

FRANTZ, Roger; LEESON, Robert. *Hayek and Behavioral Economics*. Palgrave Macmillan, 2013.

FRYDMAN, Roman; GOLDBERG, Michael. *Imperfect knowledge economics: Exchange rates and risk*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2007.

KAHNEMAN, Daniel. Maps of bounded rationality: psychology for behavioral economics. *American Economic Review*, 2003.

_____. *Thinking, fast and slow*. Farrar Straus Giroux, 2013.

_____.; FREDERICK, Shane. A Model of Heuristic Judgment. *The Cambridge Handbook of Thinking and Reasoning*. Cambridge University Press, 2005.

_____.; Tversky, Amos. Choices, values, and frames. *American Psychologist*, Vol 39(4), 1984.

LEIBENSTEIN, Harvey. *Beyond Economic Man. A new foundation for Microeconomic*, London, UK: Harvard University Press, 1976.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos de. *Direito Constitucional Econômico - a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

PILDES, Richard. BUBB, Ryan. How Behavioral Economics Trims Its Sails and Why. *Harvard Law Review*, Vol. 127, 2014.

PILDES, Richard; SUNSTEIN, Cass. Reinventing the Regulatory State. *University of Chicago Law Review*, 43. 1995.

PORTO, Fabiana di; RANGONE, Nicoletta. Behavioural Sciences in practice: lessons for EU policymakers. *Nudging and the Law. What can EU Learn from Behavioural Sciences?*, Oxford, Hart Publ., 2014.

SUNSTEIN, Cass. *Simpler: The future of government*. Simon & Schuster, 2013.

_____. The real world of cost-benefit: thirty-six questions (and almost as many answers). Harvard Public Law Working Paper, No. 13-11, 2013; BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice*. Oxford University Press, 2012.

_____. The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism. *Yale Law Journal*, n. 122, 2013.

_____. *Why nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*. Yale University Press, 2012.

THALER, Richard. From *homo economicus* to *homo sapiens*. *The Journal of Economic Perspectives*, n. 14, pp. 133-141, 2000.

_____. *The Winner's Curse: Paradoxes and Anomalies of Economic Life*. Princeton University Press, 1994.

_____.; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*. New Haven, CT: Yale University Press, 2008.

WRIGHT, Joshua; GINSBURG, Douglas. Behavioral Law and Economics: its Origins, Fatal Flaws, and implications for Liberty. *Northwestern University Law Review*, 1041, 2012.

O PROGRAMA DE PARCERIAS DE INVESTIMENTOS – PPI E O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PARA GARANTIR SEGURANÇA JURÍDICA AOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

Anna Carolina Morizot Tourinho¹

1. INTRODUÇÃO

Em épocas de crise fiscal, a desestatização surge como uma alternativa para, a curto prazo, balancear as contas públicas. De um lado, elas geram receitas extraordinárias por meio da alienação de ativos estratégicos. De outro, a transferência à iniciativa privada de atividades antes prestadas pelo poder público reduz os custos do Estado com essas atividades e ainda pode levar a uma maior eficiência com a diminuição de gastos decorrentes de eventual ineficiência Estatal.²

Nesse contexto, foi editada a Lei n. 13.334, de 13 de setembro de 2016, que cria o Programa de Parcerias de Investimentos – PPI para a ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização.

De acordo com o art. 2º da Lei, o PPI tem como objetivo, entre outros, “assegurar a estabilidade e a segurança jurídica, com a garantia da mínima

1 Bacharel em Direito pela PUC/RJ; Mestrando em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio. Advogada.

2 Veja coluna de opinião da economista e advogada Elena Landau: “É hora de privatizar”, publicado na Folha de S. Paulo em 17.09.2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2015/09/1682647-e-hora-de-privatizar.shtml>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

intervenção nos negócios e investimentos”; e “fortalecer o papel regulador do Estado e a autonomia das entidades estatais de regulação”.

O artigo 3º determina ainda que na implementação do PPI serão observados os princípios da: (i) estabilidade das políticas públicas de infraestrutura; (ii) legalidade, qualidade, eficiência e transparência da atuação estatal; e (iii) garantia de segurança jurídica aos agentes públicos, às entidades estatais e aos particulares envolvidos.

Concomitantemente à lei, o Governo Federal publicou um documento denominado “Projeto Crescer – construindo um Brasil de oportunidades” que traz uma série de diretrizes com o intuito de remodelar o formato das concessões no país e incentivar a participação de mais agentes privados. No entanto, essas diretrizes pouco acrescentam à solução dos problemas hoje encontrados.

No entendimento de Maurício Portugal,³ a maior parte das diretrizes se enquadram em pelo menos uma das seguintes categorias: (i) são genéricas, e nada dizem sobre as medidas que serão efetivamente adotadas para a solução dos problemas, dando a impressão que o Governo ainda não sabe o que fazer; (ii) e/ou mostram incompreensão dos problemas dos setores de infraestrutura; (iii) e/ou repetem, como se fossem novos, instrumentos e medidas que já estão em vigor, várias delas que foram inclusive aplicadas no Governo anterior.

No que se refere à segurança jurídica nos contratos de concessão afirma que o documento:

passa a impressão que o Governo não compreende nem a natureza nem a dimensão do problema de insegurança jurídica que afeta atualmente os setores de infraestrutura. Passa também a impressão de que o Governo tampouco compreende quais são as insuficiências constantes dos contratos de concessão que aumentam as inseguranças jurídicas (elas certamente estão relacionadas com equívocos na distribuição de riscos e no sistema de reequilíbrio, mas não na definição dos indicadores de resultado dos serviços). Nada é dito sobre a insegurança jurídica causada pela possibilidade de reabertura a qualquer tempo de qualquer decisão regulatória pelos órgãos de controle, das incertezas em relação ao prazo e ao conteúdo de decisões judiciais sobre temas de infraestrutura, dos atrasos na disponibilização de licenças, da possibilidade de rediscussão

3 RIBEIRO, Maurício Portugal. “Comentários às Diretrizes Recentemente Publicadas do Novo Programa de Investimentos em Infraestrutura do Governo Federal” publicado em 28.09.2016 no site PPP Brasil (<<http://www.pppbrasil.com.br/porta/content/artigo-coment%C3%A1rios-%C3%A0s-diretrizes-recentemente-publicadas-do-novo-programa-de-investimentos-e>>). Acesso em 5 out. 2016.)

pelos órgãos de controle, por exemplo, de licenças ambientais já emitidas, **da incerteza sobre se os órgãos governamentais de fato cumprirão os contratos celebrados**. Enfim, a Diretriz parece ignorar e não compreender a amplitude e gravidade dos problemas de insegurança jurídica e promete adotar uma ação que não terá qualquer impacto significativo sobre a segurança jurídica. (grifamos)

Embora nem a lei nem o Projeto Crescer tragam avanços no que se refere à segurança jurídica dos contratos de concessão, está previsto como objetivo da nova lei fortalecer o papel regulador do Estado e a autonomia das entidades estatais de regulação.

De acordo com informação divulgada no sítio do Planalto a nova lei “vai fortalecer a segurança jurídica, a estabilidade regulatória e modernizar a governança. Na prática, o projeto possibilitará oportunidades de negócios e ajudará o Brasil a retomar o crescimento.”⁴

A segurança jurídica e a estabilidade regulatória são de fato os principais pilares para garantir o interesse de um maior número de empresas privadas nas licitações, aumentando o número de interessados no processo de seleção do potencial concessionário, bem como estimulando o oferecimento de propostas mais competitivas, na medida em que os particulares não precisarão colocar uma margem adicional ao seu preço base para resguardar contratemplos imprevistos. Com isso, aumentam as chances de selecionar uma proposta mais atraente e eficiente para o Poder Público.

O problema é que a simples edição de uma nova lei não garante a segurança jurídica necessária à atração de investimentos no Brasil. É necessário todo um arcabouço institucional que gere confiança no investidor de que os contratos serão observados e que a fiscalização será imparcial. Esse tema não é exatamente novo.

Visando trazer segurança jurídica e estabilidade regulatória nas relações entre os agentes privados e o poder público, as agências reguladoras brasileiras foram criadas a partir de 1995, quando se iniciou o processo de desestatização através da publicação do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. O objetivo era criar entidades especializadas, independentes do governo, de forma a criar um ambiente previsível, sem que houvesse interferências políticas em decisões que deveriam ser técnicas e, assim, atrair mais investidores no processo de desestatização.

4 Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/noticias/2016/09/entenda-o-programa-de-parcerias-de-investimentos>>. Acesso em: 22 set. 2016.

Alexandre Santos de Aragão explica quais eram as principais preocupações para garantir que as agências reguladoras trouxessem a segurança jurídica almejada:

Procurou-se, todavia, fazer com que a regulação de tais atividades não ficasse sujeita à variação dos humores político-partidários, dotando-se as entidades dela incumbidas de uma especial autonomia em relação ao Poder Executivo central, autonomia esta cuja principal nota é a nomeação dos seus dirigentes por mandato determinado, durante o qual é vedada a exoneração ad nutum.

(...)

Como consequência necessária, tais entidades foram dotadas de amplos poderes, notadamente de natureza normativa, vez que, de outra forma, não poderiam desempenhar satisfatoriamente (agilidade, informalidade, constante adaptação à realidade cambiante, etc.) suas atribuições, o que exige ainda um corpo de titulares revestidos das prerrogativas necessárias à manutenção da sua impermeabilidade em face dos interesses políticos transitórios e dos interesses econômicos regulados.⁵

Nesse contexto, muito já se discutiu sobre o poder normativo das agências reguladoras e sobre a legitimidade de sua autonomia face ao Poder Executivo Central, mas pouco se fala sobre a possibilidade de exercício do poder fiscalizatório e sancionador das agências reguladoras no que tange à fiscalização e apenação do próprio ente contratante, enquanto parte de um contrato de concessão de serviço público ou de monopólio público, sujeito à regulação, como uma forma de promoção da segurança jurídica.

Há, portanto, um descompasso entre o papel que as agências reguladoras vêm desempenhando como gestoras dos contratos de concessões e os objetivos de assegurar a estabilidade e a segurança jurídica e fortalecer o estado regulador, previstos na Lei n. 13.334/2016.

O objetivo deste trabalho é analisar os desafios que o Programa de Parcerias de Investimentos tem pela frente, especialmente no que se refere ao fortalecimento das agências reguladoras como gestoras dos contratos de concessões, como uma das formas de promoção da segurança jurídica necessária para atrair mais e melhores investimentos privados.

5 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 219-220.



Para a consecução dos objetivos desse estudo, foi utilizado um método de pesquisa teórico mediante o desenvolvimento de análise: (i) bibliográfica, encontrada no direito brasileiro; (ii) da legislação pertinente; e (iii) de decisões proferidas pelos Tribunais Regionais Federais.

Nesse sentido, foi feita uma revisão de estudos sobre a evolução histórica que culminou com a transição do estado do bem-estar ao estado regulador no Brasil, identificando os motivos que levaram ao surgimento das agências reguladoras.

Em seguida, foram analisadas as leis de criação da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), para investigar se essas agências reguladoras do setor de infraestrutura teriam competência para gerir os contratos de concessão firmados no seu setor correspondente.

Por fim, buscamos jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais que envolvessem o descumprimento de contratos de concessão e as agências reguladoras estudadas, para investigar qual o tratamento dado pelas agências reguladoras face ao descumprimento contratual por parte do poder concedente.

2. O CONTEXTO DA CRIAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

A opção pela desestatização de diversas atividades historicamente executadas pelo setor público veio com o declínio do estado positivo, conhecido como “estado do bem-estar” ou “estado keynesiano”, caracterizado pela forte atuação do Estado como provedor direto das necessidades da população, seja como planejador, produtor de bens e gestor direto de serviços públicos, empregador ou através da alocação centralizada de capitais e nacionalização de setores estratégicos da economia.

A partir dos anos 1970, com o elevado déficit fiscal decorrente de anos de investimentos estatais não lucrativos e o crescimento do desemprego e das taxas de inflação, cada vez mais se tornava insustentável o modelo de política pública que envolvia altos gastos com políticas de bem-estar social. Como explica GIANDOMENICO MAJONE⁶ “[a]s políticas de nacionalização pareciam demonstrar uma evidência incontestável do

6 MAJONE, Giandomenico. Do estado positivo ao estado regulador: causas e consequências da mudança no modo de governança. In *Regulação Econômica e Democracia: o debate europeu*. (Paulo Todescan Lessa Mattos – Coord.) São Paulo: Singular, 2006. pp. 55 e 56.

fracasso do Estado Positivo. De um país a outro, empresas estatais foram questionadas por não conseguirem atingir nem seus objetivos sociais, nem os econômicos, por sua falta de responsabilização e pela tendência de serem capturadas por políticos e sindicatos”.

Com isso, surgiu a proposta de um novo modelo de governança, “que incluísse privatização de muitas partes do setor público, mais concorrência em toda a economia, maior ênfase na economia pelo lado da oferta e reformas de longo alcance no Estado do bem-estar”,⁷ o chamado Estado Regulador.

No Brasil, esse novo modelo ganhou força a partir de 1995, com a eleição de Fernando Henrique Cardoso para presidente, “quando houve uma intensificação nas privatizações, sendo o programa de desestatizações apontado como um dos principais instrumentos do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”.⁸ Essa estratégia do Estado, ainda que tenha gerado um grande volume de recursos necessários para a recuperação da economia, por outro lado “lhe retirou grande parte do poder de comando sobre os serviços públicos, já que os investidores privados só carrearariam seus recursos se presente um arcabouço institucional e normativo apropriado aos seus interesses de lucro e de segurança jurídica, por exemplo, através da necessária regulação por agências reguladoras independentes”.⁹

O modelo institucional de agências reguladoras teve como pano de fundo esta alteração do modelo de intervenção do Estado na economia, com a intenção de transferir ativos e atividades para a iniciativa privada. Para tanto, foi necessário pensar na independência técnica e político-partidária da regulação como forma de atrair o investidor. É o que explica GUSTAVO BINENBOJM:¹⁰

“Através de desestatizações, privatizações e flexibilização de monopólios, o modelo de Estado empresário, calcado em forte intervenção direta na economia, foi substituído, a partir dos anos 1990, pelo modelo de Estado regulador, cuja

7 MAJONE, Giandomenico. Do estado positivo ao estado regulador: causas e consequências da mudança no modo de governança. In *Regulação Econômica e Democracia: o debate europeu*. (Paulo Todescan Lessa Mattos – Coord.) São Paulo: Singular, 2006, p. 56.

8 GUERRA, Sérgio. Aperfeiçoando a regulação brasileira por agências: Quais lições podem ser extraídas do sesquicentenário modelo norte-americano? In: *Teoria do Estado Regulador*. Organização Sérgio Guerra. Curitiba: Juruá, 2015, p. 79.

9 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 52.

10 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. – 3ª ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 266/267.

intervenção opera-se de modo indireto.

O sucesso da aludida conversão dependia, contudo, de maciça atração do capital privado, e, para tanto, fazia-se imprescindível superar a histórica crise de credibilidade do país e de suas instituições. Ou seja: **era preciso vender o Brasil como um bom negócio, garantindo aos investidores a manutenção dos contratos celebrados e o direito de propriedade.** Nisso reside, fundamentalmente, a razão da escolha pelo modelo de agências reguladoras: entidades com grau reforçado de autonomia, investidas de funções técnicas e, sobretudo, imunizadas das ingerências político-partidárias.” (grifamos)

Assim, a independência da regulação¹¹ em relação ao Poder Executivo central, visa a conferir maior neutralidade, tecnicidade e estabilidade aos setores regulados, afastando-os das influências políticas diretas. Nesse sentido, confira-se a lição de SÉRGIO GUERRA¹²:

Em prol da independência regulatória das Agências, Vital Moreira aponta como razões a separação entre a política e a economia, de modo que a economia não permaneça nas mãos do Governo; **a garantia de estabilidade e segurança no quadro regulatório (inamovibilidade do mandado dos reguladores), de modo a não depender do ciclo eleitoral, mantendo a confiança dos agentes regulados quanto à estabilidade do ambiente regulatório;** o favorecimento do profissionalismo e neutralidade política, mediante o recrutamento de especialistas profissionais, em vez de correligionários políticos dos governantes; **a separação do Estado-empresário do Estado-regulador, com o indispensável tratamento isonômico entre os operadores públicos e privados;** a “blindagem” contra a captura regulatória, mediante a criação de reguladores afastados das constrações próprias da luta partidária e do ciclo eleitoral, proporcionando melhores condições de resistência às pressões dos regulados; e, por fim, a garantia

11 Para Alexandre Santos de Aragão, “A noção de regulação implica a integração de diversas funções: pressupõe que um quadro seja imposto às atividades econômicas, devendo respeitar um certo **equilíbrio dos interesses das diversas forças sociais presentes.** (...) Há, portanto, três poderes inerentes à regulação: aquele de editar a regra, o de assegurar a sua aplicação e o de reprimir infrações” (*Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 24).

12 GUERRA, Sérgio. *Agências Reguladoras e a Supervisão Ministerial. O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 366.

do autofinanciamento, de modo que a entidade reguladora potencialize a sua autonomia em relação ao Governo e aos regulados.

De acordo com essa lógica, a agência, enquanto ente com neutralidade política, estaria apta a mediar as relações estabelecidas entre as partes em contratos de concessão (concessionária e poder concedente) e exigir o cumprimento de normas e decisões regulatórias, agindo em certa medida como um “fiel da balança” ao exercer as competências normativa, fiscalizatória e sancionatória.

As agências reguladoras independentes seriam assim autarquias em regime especial, com autonomia reforçada, justamente para poder decidir em contrariedade às forças políticas, quando necessário ao atendimento do interesse público.

Uma autarquia em regime especial, com autonomia reforçada, consiste em uma entidade com personalidade jurídica própria e com mecanismos de garantia institucional que possibilitem o exercício de suas funções de forma independente em relação ao governo. Suas principais características são: (i) independência política dos dirigentes; (ii) independência técnica decisional; (iii) independência normativa; (iv) independência gerencial, orçamentária e financeira ampliada.¹³ “[E]ssas distinções no regime das autarquias especiais visam precipuamente a conferir maior estabilidade, segurança e prestígio às decisões dos setores regulados, pretendendo assegurar que os atos lançados pelas agências sejam técnicos (não políticos).”¹⁴

Esse regime é fundamental para a criação de oportunidades atraentes de investimento para os particulares, de forma a aumentar a concorrência e melhorar a oferta e a qualidade na prestação dos serviços, cabendo às agências reguladoras o papel de garantir estabilidade e segurança jurídica necessárias para o desenvolvimento do setor regulado.¹⁵

13 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. – 3ª ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 270 e 271.

14 MOREIRA, Egon Bockmann. “Os limites à competência normativa das agências reguladoras”. In: *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 134.

15 Rafael Carvalho Rezende de Oliveira explica que: “A autonomia administrativa das agências reguladoras também pode ser caracterizada pela impossibilidade do chamado ‘recurso hierárquico impróprio’, interposto perante pessoa jurídica diversa daquela que proferiu a decisão recorrida. O objetivo é assegurar que a decisão final na esfera administrativa seja da autarquia regulatória.

Registre-se, no entanto, que a questão é objeto de divergências doutrinárias:

1º entendimento (majoritário): impossibilidade do recurso hierárquico impróprio, tendo em vista a ausência de previsão expressa na legislação das agências. Nesse sentido: Maria Sylvania Zanella Di Pietro, Celso Antônio Bandeira de Mello, Alexandre

Nesse contexto, enquanto supervisoras dos contratos de concessão, as agências reguladoras deveriam atuar como agentes neutros capazes de fiscalizar o fiel cumprimento das cláusulas contratuais previstas no contrato de concessão, seja pelo particular ou pelo próprio poder concedente.

3. O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS COMO GESTORAS DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO ATUAL

Embora a lógica por trás da criação das agências reguladoras nos leve a crer que cabe a elas o papel de supervisoras imparciais dos contratos de concessão, zelando pelo seu adequado cumprimento, com base em parâmetros técnicos e isentos de conteúdo político, de forma a garantir a segurança jurídica e a estabilidade regulatória, é preciso analisar as leis de criação das agências reguladoras de infraestrutura para verificarmos em que medida essa concepção original das competências das agências reguladoras foi adotada pelas leis de criação das agências brasileiras.

A Lei n. 10.233/2001, que criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) determina em seu artigo 24 que são atribuições específicas da ANTT: (i) editar atos de outorga e de extinção de direito de exploração de infraestrutura e de prestação de serviços de transporte terrestre, celebrando e gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos; (ii) reunir, sob sua administração, os instrumentos de outorga para exploração de infraestrutura e prestação de serviços de transporte terrestre já celebrados antes da vigência da Lei, resguardando os direitos das partes e o equilíbrio econômico-financeiro dos respectivos contratos; (iii) fiscalizar a prestação dos serviços e a manutenção dos bens arrendados, cumprindo e fazendo cumprir as cláusulas e condições avençadas nas outorgas e aplicando penalidades pelo seu descumprimento.

O art. 27 da mesma lei, que trata das atribuições específicas da ANTAQ, também prevê a obrigação de a agência “reunir, sob sua administração, os instrumentos de outorga para exploração de infraestrutura e de prestação de serviços de transporte aquaviário celebrados antes da vigência desta Lei, resguardando os direitos das partes”, além de: (i) cum-

Santos de Aragão, Floriano de Azevedo Marques Neto.

2º entendimento: viabilidade da revisão pelo chefe do Executivo ou respectivo Ministério da decisão da agência por meio de provocação do interessado (recurso hierárquico impróprio) ou de ofício (avocatória), com fundamento na direção superior exercida pelo chefe do Executivo sobre toda a Administração Pública (art. 84, II, da CRFB). Nesse sentido: AGU (Parecer AC-051)(...)” (*Novo perfil da Regulação Estatal. Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório* – Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp.157 e 158)

prir e fazer cumprir as cláusulas e condições dos contratos de concessão de porto organizado ou dos contratos de arrendamento de instalações portuárias quanto à manutenção e reposição dos bens e equipamentos reversíveis à União de que trata o inciso VIII do *caput* do art. 5º da Lei n. 12.815/2013; (ii) celebrar atos de outorga de concessão para a exploração da infraestrutura aquaviária, gerindo e fiscalizando os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos; (iii) fiscalizar a execução dos contratos de concessão de porto organizado e de arrendamento de instalação portuária, em conformidade com o disposto na Lei n. 12.815/2013.

A Lei n. 9.427/96, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica, também determina, em seu art. 3º, que compete à ANEEL “gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, bem como fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões, as permissões e a prestação dos serviços de energia elétrica”.

A Lei n. 9.472/97, que cria a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), segue a mesma linha ao estabelecer que “à Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente, (...) celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções.”

Se cabe às agências a gestão e a fiscalização dos contratos de concessão, e a gênese da criação das agências é a busca de segurança jurídica e estabilidade regulatória para incentivar o particular a contratar com o poder público, tudo leva a crer que caberia à agência gerenciar o cumprimento do contrato de acordo com seus termos, seja de forma a garantir o cumprimento das obrigações previstas para o particular, seja o cumprimento das obrigações previstas para o poder público.

É certo que pode haver um conflito de interesses do poder público enquanto parte em um contrato de concessão e enquanto gestor em busca do melhor interesse público. Enquanto parte do contrato de concessão, o poder público tem interesse no cumprimento, pela concessionária, de suas obrigações contratuais da forma mais favorável para ele, a despeito da manutenção da estabilidade e segurança jurídica nas relações contratuais, fundamentais para atrair o investimento de capital privado e atender ao interesse público mais amplo.

Todo contrato de concessão tem cláusulas impositivas de obrigações ao poder concedente e que devem ser consideradas passíveis de serem exigidas. O entendimento em contrário levaria à consequência de serem

essas cláusulas redação meramente retórica, que o poder concedente poderia simplesmente deixar de cumprir com suas obrigações.

Como veremos no tópico a seguir, muitas vezes, quando há um descumprimento contratual injustificado por parte do poder público, o particular não tem meios para exigir o cumprimento da obrigação. Cabe a ele pleitear perante a agência reguladora o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, ou ingressar com ação judicial para resolver a questão através indenização por perdas e danos, ou, em último caso, através da rescisão do contrato.

Nesse sentido, a Lei n. 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, prevê em seu art. 38 que “a inexecução total ou parcial do contrato acarretará, **a critério do poder concedente**, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes”.

Veja que o dispositivo supracitado regula tão somente a hipótese de inexecução por parte do concessionário, sem explicitar como se daria a aplicação de sanções na hipótese de descumprimento de cláusulas contratuais pelo poder concedente.

Por outro lado, o art. 39 prevê expressamente que “o contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim”. O parágrafo único do referido artigo complementa ainda que “na hipótese prevista no *caput* deste artigo, os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado”.

Não há, portanto, previsão na Lei 8.987/95 de como a concessionária poderia compelir o poder concedente a cumprir com determinada obrigação contratual; não há previsão de sanção aplicável pelo concessionário ao poder concedente na hipótese de descumprimento de cláusulas contratuais, a não ser a mais drástica delas, a rescisão, e ainda assim, somente pela via judicial.

Vale lembrar que a Lei 8.987/95 foi aprovada antes do surgimento das agências reguladoras no direito brasileiro. Por isso, na ausência de um terceiro imparcial que pudesse reconhecer o inadimplemento do poder concedente para efeitos de encerrar o contrato, é possível que a solução legislativa tenha sido a via judicial, porque o poder concedente não se autodeclararia inadimplente nem aplicaria multa em si mesmo.

Há que se indagar, assim, se, na ausência de previsão contratual que estipule mecanismos para compelir o poder concedente a cumprir com suas obrigações, restaria à concessionária ajuizar ação judicial para requer a rescisão contratual e a indenização por perdas e danos. Não poderia a agência reguladora, como gestora do contrato de concessão, obrigar o poder concedente a tomar providências para sanar o descumprimento, sob pena de multa? Seria necessário para tanto, previsão legal expressa ou se trata de uma competência implícita, decorrente das normas citadas acima?

Nesse contexto, é preciso lembrar um limitador para que a agência reguladora possa atuar de maneira eficaz para compelir o poder concedente a cumprir com suas obrigações contratuais: a possibilidade de recurso hierárquico impróprio.

Ainda que a doutrina majoritária entenda no sentido da impossibilidade de recurso hierárquico impróprio,¹⁶ este não é o entendimento exarado no Parecer nº AC - 051, proferido pela Advocacia Geral da União, aprovado pelo Presidente da República em 13/06/2006 e publicado no Diário Oficial do dia 19/06/2006, ao tratar de divergência entre o Ministério dos Transportes e a ANTAQ, sobre a admissibilidade de recurso hierárquico dirigido para o Ministro de Estado dos Transportes em face de Agência Reguladora.

De acordo com o referido parecer, embora as autarquias não sejam subordinadas hierarquicamente a seus ministérios, haveria possibilidade de revisão ministerial sempre que a decisão proferida pela agência violasse a Constituição Federal ou a legislação em geral. *In verbis*:

Então, pode-se afirmar que, **via de regra, as autarquias não são subordinadas hierarquicamente a seus ministérios supervisores**, embora a legislação possua a previsão de

16 Rafael Carvalho Rezende de Oliveira explica que: “A autonomia administrativa das agências reguladoras também pode ser caracterizada pela impossibilidade do chamado ‘recurso hierárquico impróprio’, interposto perante pessoa jurídica diversa daquela que proferiu a decisão recorrida. O objetivo é assegurar que a decisão final na esfera administrativa seja da autarquia regulatória.

Registre-se, no entanto, que a questão é objeto de divergências doutrinárias:

1º entendimento (majoritário): impossibilidade do recurso hierárquico impróprio, tendo em vista a ausência de previsão expressa na legislação das agências. Nesse sentido: Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Celso Antônio Bandeira de Mello, Alexandre Santos de Aragão, Floriano de Azevedo Marques Neto.

2º entendimento: viabilidade da revisão pelo chefe do Executivo ou respectivo Ministério da decisão da agência por meio de provocação do interessado (recurso hierárquico impróprio) ou de ofício (avocatória), com fundamento na direção superior exercida pelo chefe do Executivo sobre toda a Administração Pública (art. 84, II, da CRFB). Nesse sentido: AGU (Parecer AC-051)(...)” (*Novo perfil da Regulação Estatal. Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório* - Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp.157 e 158)

alguns instrumentos de exercício do controle ministerial que impõem alguma subordinação às autarquias, porque voltados à preservação do interesse público, e, em última análise e especialmente, do princípio da legalidade.

Esses instrumentos devem ser utilizados pelos Ministros de Estado **sempre que tiverem conhecimento de ato administrativo de autarquia sob sua supervisão que viole a Constituição ou a legislação em geral**, seja de ofício ou mediante a provocação por interessados. (grifamos)

De acordo com o art. 40, da LC 73/93,¹⁷ “os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República”. E o parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

Sendo assim, importante considerar que o efetivo cumprimento das decisões das agências reguladoras que imponham um ônus ao poder concedente seria questionável, na medida em que poderiam ser revistas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado, seja de ofício ou mediante a provocação por interessados.

No entanto, é justamente para essas situações, em que há um descumprimento frontal e injustificado do contrato de concessão pelo poder concedente, que o particular deveria poder contar com o imparcialidade e tecnicidade da agência reguladora para solução do conflito.

4. ANÁLISE EXEMPLIFICATIVA DE CASOS CONCRETOS

A despeito de toda a lógica exposta até aqui, na prática, as agências reguladoras se limitam a fiscalizar o cumprimento de obrigações pelo agente privado, deixando a cargo do poder judiciário exigir do poder concedente o cumprimento de obrigações expressamente previstas no contrato, determinar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato ou o pagamento de indenização por perdas e danos.

É importante destacar que as hipóteses consideradas no presente estudo se referem aos casos em que o poder concedente deixa de cumprir com suas obrigações contratuais por inércia injustificada, e não por um

¹⁷ É preciso lembrar que, quando a Lei Complementar nº 73/93 foi editada, ainda não haviam sido criadas as autarquias em regime especial. O CADE foi a primeira autarquia a sustentar que não poderia ser obrigada a cumprir os pareceres normativos da AGU. A tese foi vencedora no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, mas perdeu no STJ. O tema está pendente de julgamento pelo STF.

motivo de força maior, limitações orçamentárias ou razões de interesse público supervenientes que exijam uma alteração do contrato.

Um exemplo dessa hipótese é quando o poder concedente deixa de homologar o cálculo para reajuste das tarifas a que o concessionário tem direito nos termos do contrato de concessão, exigindo a continuação da prestação do serviço delegado, mesmo que com a retribuição pecuniária defasada.

A jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região já se posicionou no sentido de que “se tratando de dever/obrigação do Poder Público Concedente, apresenta-se manifestamente abusiva a sua omissão, a sua inércia, em homologar os cálculos de reajuste apresentados pela concessionária de serviço público, bem denotando a plena sindicabilidade judicial”¹⁸

18 Por todos, veja-se a ementa abaixo, que trata de decisão proferida em sede de apelação interposta nos autos da ação proposta pela AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA MALHA PAULISTA S.A., concessionária do setor ferroviário, cujo contrato de concessão está sujeito à fiscalização da ANTT que, além da União, é ré na ação em questão:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. **CONTRATO DE CONCESSÃO. REAJUSTE DE TARIFAS. PREVISÃO CONTRATUAL. IMPERATIVO LEGAL. DIREITO SUBJETIVO DA CONCESSIONÁRIA. INÉRCIA DO PODER CONCEDENTE.** APLICAÇÃO DE MULTA. COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO. SINDICABILIZAÇÃO JUDICIAL. (...) 3. Desde o enraizamento da consciência relativa à instabilidade econômica das relações jurídicas de trato sucessivo, sedimentou-se a necessidade de reajustamento dos contratos firmados com o Poder Público. 4. O direito subjetivo ao reajuste tarifário decorre do próprio regramento constitucional da delegação de serviços públicos, pois, se da concessionária é exigida a obrigação de manter o serviço adequado (artigo 175, parágrafo único, IV, CRFB), não pode ser relegada a contrapartida da obrigação, ou seja, o direito de receber montante tarifário compatível com esse ônus. Precedentes. 5. Ademais, o reajuste caracteriza mera atualização dos valores das tarifas, imperativo à manutenção da sua expressão econômica ao longo do tempo (recomposição do valor real da moeda), tendo em vista os aumentos de custos pertinentes ao fenômeno inflacionário. **Exatamente por isso, em se tratando de contrato de concessão de serviço público, impõe-se seja assegurado o reajuste periódico das tarifas praticadas, a fim de se preservar o equilíbrio econômico-financeiro da avença.** 6. **Tratando-se de dever/obrigação do Poder Público Concedente, apresenta-se manifestamente abusiva a sua omissão, a sua inércia, em homologar os cálculos de reajuste apresentados pela concessionária de serviço público, bem denotando a plena sindicabilidade judicial - notadamente porque, ao fixar multa por descumprimento contratual em prejuízo da concessionária, valendo-se arbitrariamente de sua posição de supremacia, o Concedente, indiretamente, negou a homologação dos reajustes tarifários, pretendendo a continuação da prestação do serviço delegado, mesmo que com a retribuição pecuniária congelada à data da conclusão do negócio jurídico.** 7. No momento em que o próprio Poder Concedente reconhece, administrativamente, a regularidade do reajuste implementado pela delegatária, mas impõe em prejuízo desta multa por ausência de prévia homologação dos montantes praticados faticamente (homologação inexistente por inércia, omissão, administrativa), traz à evidência o seu comportamento contraditório, em afronta ao *venire contra factum proprium* e ao *tu quoque*, enquanto preceitos parce-



No mesmo sentido é o entendimento do Tribunal Regional Federal da 2ª Região que já afirmou, ao tratar de omissão da ANATEL, que:

“[n]ão se pode conferir e prestigiar poderes regulatórios absolutos, imunes ao controle judicial, quando há densidade jurídica na argumentação de desrespeito ao ato jurídico perfeito e à irretroatividade de atos normativos restritivos de direitos subjetivos. **A conduta da agência compromete a ordem pública e a segurança jurídica, ao fragilizar a confiança legítima do concessionário quanto ao cumprimento efetivo dos contratos, trazendo preocupante precedente que pode colocar em risco a credibilidade estatal de respeitar ajustes**, notadamente no ponto do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão”¹⁹ (grifamos).

lares da boa-fé objetiva (retirados, com lucidez, da feição subjetiva do princípio da segurança jurídica, mais precisamente da proteção da confiança). **8. Em síntese: a implementação do reajuste tarifário levada a efeito pela concessionária, nos estritos limites do contrato de concessão, diante do conteúdo axiológico extraído da doutrina e da jurisprudência pátrias, com base na norma positivada, apresenta-se revestida de juridicidade e, portanto, impeditiva de qualquer sancionamento por parte do Poder Concedente - que, por omissão reiterada (inércia) no cumprimento de seu dever contratual de homologação de tabelas tarifárias não pode criar situação jurídica prejudicial à delegatária, em homenagem à proibição de comportamento contraditório dos sujeitos contratantes (mesmo que investidos de poderes supremos).** 9. Preliminar de nulidade afastada. Apelação provida, no mérito.” (TRF-4 - AC: 50160299120104047000 PR 5016029-91.2010.404.7000, Relator: NICOLAU KONKEL JÚNIOR, Data de Julgamento: 14/08/2013, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: D.E. 14/08/2013).”

19 ADMINISTRATIVO. **CONTRATO DE CONCESSÃO. REAJUSTE DE TARIFAS.** CLÁUSULA 12.1. ART. 70 DA LEI 9.069/95. HOMOLOGAÇÃO. IRRETROATIVIDADE DO FATOR DE REDUÇÃO PREVISTO NA RESOLUÇÃO N. 576/2011. (...)3. A “política tarifária definida no contrato deve buscar manutenção do equilíbrio econômico-financeiro estabelecido, quando da celebração da avença (...)” 4. O próprio Conselho Diretor da ANATEL já se manifestou no sentido da aplicação da cláusula 12.1 dos **contratos de concessão** ao reajuste das tarifas VCs, diante da ausência de regulamentação específica. 5. Omissão quanto à apreciação do reajuste, mediante aplicação de fórmula da própria Agência. 6. Impossibilidade de incidência da Resolução n.º 576/2011, que aplica redutor no reajuste que recompõe perdas pretéritas, cujo direito à recomposição já teria sido incorporado no patrimônio da autora. 7. Por via transversa, pretendeu a ANATEL obter uma verdadeira revisão do valor da tarifa sem obedecer ao procedimento específico, previsto no **contrato de concessão**, que envolve a elaboração de estudos de mercado, laudos, amplo contraditório etc. 8. Não se pode conferir e prestigiar poderes regulatórios absolutos, imunes ao controle judicial, quando há densidade jurídica na argumentação de desrespeito ao ato jurídico perfeito e à irretroatividade de atos normativos restritivos de direitos subjetivos. A conduta da agência compromete a ordem pública e a segurança jurídica, ao fragilizar a confiança legítima do concessionário quanto ao cumprimento efetivo dos contratos, trazendo preocupante precedente que pode colocar em risco a credibilidade estatal de respeitar ajustes, notadamente no ponto do equilíbrio econômico-financeiro do **contrato de concessão**. 9. Apelo conhecido e remessa necessária conhecida *ex officio*, diante da grandeza econômica da demanda, cujo direito controvertido excede o valor previsto no §2º do art. 475 do CPC, e, no mérito,

Outra hipótese é quando o contrato de concessão prevê o cumprimento de uma obrigação inicial pelo poder público, para que o particular possa cumprir com sua parte no contrato, e que não é cumprida de acordo com o pactuado. É o caso de o contrato de concessão prever que o poder público fará as desapropriações necessárias para a construção de uma rodovia e este não o faz por desídia:

“Configurada a quebra da equação econômico-financeira do contrato de concessão para reformulação da SC/401 e rodovias acessórias, pela desídia do poder concedente em proceder às desapropriações que lhe competia, e pela impossibilidade de cobrança do pedágio, conforme previsão contratual, fonte principal e exclusiva para o aporte de recursos financeiros à concessionária, o que inviabilizou a consecução integral do contrato de concessão, revelando-se procedente o pedido de rescisão contratual. - Qualquer modificação realizada pela Administração Pública nas cláusulas contratuais que implique ônus para o particular e a quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato deve ser acompanhada de uma indenização. - Procedente a pretensão em relação aos danos emergentes, aqueles correspondentes aos valores aplicados no empreendimento, e ao custo financeiro dos desembolsos respectivos, considerados não apenas os custos diretos, mas também aqueles necessários à sua execução. - São devidos lucros cessantes, correspondente aos valores que as apelantes deixaram de ganhar, representado pela tarifa do pedágio prevista no contrato ora rescindido e que deixou de ser cobrada em razão dos obstáculos criados pelos apelados, tudo a ser apurado em liquidação de sentença.²⁰ (grifamos)

Nota-se, assim, que nos casos analisados foi necessário que a concessionária ingressasse com uma ação judicial para exigir o cumprimento de cláusula contratual expressa em seu contrato de concessão, que havia sido descumprida por absoluta desídia do poder concedente.

Em outras palavras, tratando-se de descumprimento injustificado de previsão contratual expressa, não haveria impedimento para que a agência reguladora competente pudesse exercer seu poder de gestora do contrato, com fins de fiscalização sobre o poder concedente.

desprovidos. (TRF2 - AC 201251010001335. Relator: Desembargador Federal JOSE ANTONIO LISBOA NEIVA. Data do julgamento: 02/04/2014, SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA. Data da publicação: 15/04/2014)

20 TRF4. AC 200204010213207. Relator: Desembargador Federal Edgard Antônio Lippmann Junior. Data do julgamento: 14/04/2004, QUARTA TURMA. Data da publicação: 02/06/2004.

É o que se extrai da lição de Floriano de Azevedo Marques Neto, que afirma que:

“compete às Agências adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento do setor regulatório, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente, **celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço aos regulados.**”²¹

Caberia, portanto, às agências reguladoras fiscalizar os contratos de concessão e fazer cumprir as cláusulas e condições avençadas nas outorgas. Sendo assim, o cumprimento de uma obrigação do poder concedente expressamente prevista no contrato de concessão poderia ser exigido pela agência e resolvido em âmbito administrativo, de forma muito mais célere e eficaz, do que pela via judicial.

A impossibilidade de se exigir administrativamente, via agência reguladora, o cumprimento de cláusulas contratuais expressamente previstas nos contratos de concessão, por parte do poder concedente, impacta diretamente na análise de risco dos particulares e, conseqüentemente, (i) no número de interessados em contratar com o Poder Público; (ii) nos preços praticados pelos concessionários de serviço público, em detrimento do interesse público.

5. CONCLUSÃO

A nova Lei n. 13.334, de 13 de setembro de 2016, que cria o Programa de Parcerias de Investimentos – PPI, por sua vez, tem como objetivo, previsto em seu artigo 2º, “assegurar a estabilidade e a segurança jurídica, com a garantia da mínima intervenção nos negócios e investimentos” e “fortalecer o papel regulador do Estado e a autonomia das entidades estatais de regulação”.

As agências reguladoras foram criadas com o objetivo de trazer segurança jurídica e estabilidade regulatória, através de independência técnica e político-partidária da regulação, de forma a criar um ambiente propício para atração dos investimentos privados.

As leis de criação da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Agência Nacional de Transportes Aqua-

21 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “O Poder Sancionador nas Agências Reguladoras”. In: *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.176.

viários (ANTAQ), preveem a competência dessas agências para gerir os contratos de concessão, zelando pelo cumprimento de cláusulas contratuais.

No entanto, o que se verifica na jurisprudência é que as agências reguladoras se limitam a fiscalizar e exigir o cumprimento das cláusulas contratuais somente do particular, e delegam ao poder judiciário a tarefa de exigir o cumprimento de obrigações por parte do poder concedente. Esse cenário vai contra toda a lógica de criação das agências reguladoras e até mesmo do arcabouço legal que fundamenta a existência destas.

A insegurança jurídica, gerada pelo cenário exposto, promove impacto direto na análise de risco feita pelos particulares e, conseqüentemente, (i) no número de interessados em contratar com o Poder Público; (ii) nos preços praticados pelos concessionários, em detrimento do interesse público.

No ensejo da nova lei do PPI, é preciso rever o papel de gestora e fiscalizadora dos contratos de concessão desempenhado pelas agências reguladoras, para que estas possam exigir também do poder público o cumprimento das obrigações previstas no contrato de concessão. Dessa forma, haverá um significativo aumento da segurança jurídica e da estabilidade regulatória, já que o particular poderá confiar que as cláusulas contratuais serão exigíveis em sede administrativa, através da agência reguladora, e não só através do poder judiciário, o que reduz substancialmente o custo do contrato de concessão para o particular e aumenta o número de interessados em contratar com a Administração, resultando em contratos mais benéficos ao interesse público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 7ª. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

GUERRA, Sérgio. “Agências Reguladoras e a Supervisão Ministerial”. In *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Coordenação Alexandre Santos de Aragão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

_____ “Aperfeiçoando a regulação brasileira por agências: Quais lições podem ser extraídas do sesquicentenário modelo norte-americano?”. GUERRA, Sérgio (org.). In: *Teoria do Estado Regulador*. Curitiba: Juruá, 2015.

MAJONE, Giandomenico. “Do estado positivo ao estado regulador: causas e consequências da mudança no modo de governança”. MATTOS, Paulo Todescan Lesa (coord.) In: *Regulação Econômica e Democracia: o debate europeu*. São Paulo: Singular, 2006.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “Regime jurídico dos bens públicos empregados na geração de energia”. In *Revista de Direito Administrativo – RDA*, vol. 232, 2003.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da Regulação Estatal. Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. “Comentários às Diretrizes Recentemente Publicadas do Novo Programa de Investimentos em Infraestrutura do Governo Federal”, publicado em 28.09.2016 no portal PPP Brasil.

DEVIDO PROCESSO ADMINISTRATIVO NA LEI DE LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Felipe Herdem Lima¹

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 6.024/76, em seu artigo 15, inciso I,² disciplina as hipóteses de decretação do regime de liquidação extrajudicial (*ex officio*) pelo Banco Central do Brasil. Em uma breve análise do dispositivo em questão, é possível perceber a proteção conferida a possíveis credores das instituições sujeitas ao regime, uma vez que, das quatro alíneas do artigo, duas tratam, especificamente, das situações que podem comprometer o quadro econômico-financeiro.

Assim, a intervenção estatal é fundamentada pela proteção à economia pública e aos credores da instituição financeira. Logo, um prejuízo apurado, contabilmente, que sujeite a um risco anormal os credores quiro-

¹ Advogado e Membro da Comissão de Direito Empresarial da OAB/RJ. Mestrando em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio. Pós-Graduado em Direito Empresarial pela FGV Direito Rio. Graduado pela FGV Direito Rio.

² Art . 15. Decretar-se-á a liquidação extrajudicial da instituição financeira: I- *ex officio*:

a) em razão de ocorrências que comprometam sua situação econômica ou financeira especialmente quando deixar de satisfazer, com pontualidade, seus compromissos ou quando se caracterizar qualquer dos motivos que autorizem a declaração de falência;

b) quando a administração violar gravemente as normas legais e estatutárias que disciplinam a atividade da instituição, bem como as determinações do Conselho Monetário Nacional ou do Banco Central do Brasil, no uso de suas atribuições legais;

c) quando a instituição sofrer prejuízo que sujeite a risco anormal seus credores quirografários;

d) quando, cassada a autorização para funcionar, a instituição não iniciar, nos 90 (noventa) dias seguintes, sua liquidação ordinária, ou quando, iniciada esta, verificar o Banco Central do Brasil que a morosidade de sua administração pode acarretar prejuízos para os credores.

grafários (alínea “c”), ou quando a instituição deixar de cumprir os objetivos com pontualidade (alínea “a”), pode ser objeto de intervenção estatal através da decretação do regime, uma vez que estar-se-á diante de fatos concretos e objetivos que podem representar algum risco à situação econômico-financeira da empresa e, conseqüentemente, à economia pública e aos seus credores.

No entanto, apesar da preocupação com a situação econômico-financeira das instituições sob supervisão do Banco Central do Brasil e da conseqüente proteção aos direitos dos credores e à economia pública, a lei também previu a possibilidade de decretação do regime de liquidação extrajudicial quando a administração violar gravemente as normas legais e estatutárias que disciplinam a atividade da instituição, bem como as determinações do Conselho Monetário Nacional ou do Banco Central do Brasil, no uso de suas atribuições legais.

Sobre essa hipótese de decretação do regime de liquidação extrajudicial, a jurisprudência pátria e o Banco Central do Brasil vêm adotando um entendimento no sentido de que o instituto da liquidação extrajudicial não possui natureza punitiva, sendo apenas um instrumento de intervenção do Estado no domínio econômico e, como tal, as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório devem ser diferidas, no intuito de conferir efetividade da medida. Garante-se, portanto, o efetivo poder de polícia do Banco Central e a proteção da economia pública.³

Dessa forma, segundo o entendimento do Banco Central do Brasil, endossado pela jurisprudência, a Lei nº 6.024/74 instituiu um “contraditório postergado”, sob a alegação de que o escopo da liquidação extrajudicial não é a punição das instituições financeiras e seus administradores, mas, sim, o saneamento do mercado financeiro. Portanto, segundo essa linha de entendimento, o contraditório deve ser exercido em um momento posterior ao da decretação da liquidação extrajudicial.

Ocorre que, diferentemente do enfoque anterior, em que o regime é decretado por receio a possíveis danos a credores e à economia pública, a preocupação desse artigo, em tese, não é a análise da situação econômico-financeira da empresa, mas sim a violação de normas pelos administra-

3 Tratando do entendimento adotado pelo Banco Central do Brasil e acolhido pelo Poder Judiciário, merece destaque a transição de um trecho do AgRg no REsp. 615436/DF, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª T., DJ 6/12/2004. REsp. 930970/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., DJ 3/11/2008. “Depreende-se que o processo de liquidação extrajudicial tem por objeto salvaguardar a economia pública, a poupança privada e o mercado financeiro e de capitais, devendo, para tanto, ser célere, circunstância pela qual o princípio do devido processo legal deve ter a sua aplicação mitigada, considerando as peculiaridades do caso concreto, mais precisamente, a sua natureza de urgência. No mesmo sentido ver: DJ 6/12/2004; REsp. 930970/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., DJ 03/11/2008.

dores, que podem ou não colocar em risco os credores da empresa, bem como a economia pública.

Nesse sentido, o artigo parte da premissa de que o regime de liquidação extrajudicial é uma medida que produz sérios efeitos para a instituição financeira e seus administradores, como, por exemplo, a imposição de medidas cautelares, como a indisponibilidade dos bens⁴ e a destituição dos administradores⁵, devendo, portanto, respeitar as garantias constitucionais do devido processo legal, com o exercício de todas as garantias constitucionais inerentes a ele, tais como, o direito dos interessados em apresentar defesa em um processo administrativo prévio à decretação do regime.

Logo, diante da ausência de participação dos envolvidos na adoção da medida da liquidação no caso aqui tratado, faz-se necessária a instauração de um procedimento prévio com a notificação dos envolvidos, para que estes possam exercer os seus direitos constitucionais da ampla defesa e contraditório, de modo que, ao final do processo, o Banco Central do Brasil possa decretar ou não o regime de liquidação extrajudicial.

Portanto, a participação dos sujeitos passivos da medida, através de um processo administrativo prévio à decretação do regime, garante o exercício da ampla defesa e contraditório, bem como desconstrói uma premissa de culpa frequentemente assumida pelo Banco Central do Brasil na adoção do regime, premissa essa que colide, diretamente, com o princípio constitucional da presunção de inocência vigente em nosso ordenamento jurídico.

Pretende-se utilizar um referencial crítico em relação ao procedimento que vem sendo adotado pelo Banco Central do Brasil e acolhido por alguns tribunais.

Assim, busca-se analisar o regime especial de liquidação extrajudicial no ordenamento jurídico brasileiro nos casos de graves violações de normas legais ou estatutárias, passando por uma análise, desde a escolha do regime de liquidação pelo administrador, até a observância das garantias constitucionais vigentes.

4 Art. 36. Os administradores das instituições financeiras em intervenção, em liquidação extrajudicial ou em falência, ficarão com todos os seus bens indisponíveis, não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até apuração e liquidação final de suas responsabilidades.

5 Art. 50. A intervenção determina a suspensão e, a liquidação extrajudicial, a perda do mandato, respectivamente, dos administradores e membros do Conselho Fiscal e de quaisquer outros órgãos criados pelo estatuto, competindo, exclusivamente, ao interventor e ao liquidante a convocação da assembleia geral nos casos em que julgarem conveniente.

2. A SITUAÇÃO COMO ELA É

Fazendo-se valer a tradição jurídica brasileira, considere o seguinte exemplo:

Tício é um administrador de uma instituição financeira, que possui boa saúde econômico-financeira, cumprindo com pontualidade todas as suas obrigações. Em um dia de sol, após o seu exercício diário, Tício foi trabalhar. Ao chegar à empresa, deparou-se com uma equipe do Banco Central do Brasil e com a notícia de que a empresa estava sendo liquidada, por essa autarquia, por supostas violações a normas estatutárias e legais, e que todos os seus bens haviam se tornado indisponíveis a partir daquela data.

Tício, como nunca teve conhecimento da existência de um processo administrativo instaurado pelo Banco Central do Brasil para a aplicação do regime de liquidação, solicitou uma cópia do processo que culminou na medida em questão, com o intuito de tomar conhecimento dos fatos que levaram à adoção do regime e de como as supostas normas que haviam sido violadas.

O exemplo acima pode parecer imparcial, a fim de corroborar a tese sustentada nesse artigo. Entretanto, essa atuação do Banco Central do Brasil é recorrente.

Como premissas para a sustentação do que está sendo exposto, pode-se destacar os vários julgados que corroboram esse entendimento da decretação da liquidação, sem ciência e participação dos interessados para a decretação ou não do regime.⁶

Dessa forma, o próximo tópico possui como objetivo analisar possíveis irregularidades no processo de tomada de decisão do Banco Central do Brasil para a decretação da liquidação extrajudicial.

3. ASSIMETRIA DE INFORMAÇÃO E VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Como ponto de partida, deve ser analisada a enorme assimetria de informação presente nas liquidações extrajudiciais, visto que o Banco Central do Brasil, ao verificar uma violação às normas legais e estatutárias que disciplinam a atividade da instituição, inicia sua coleta de informações instaurando o processo administrativo (sem a participação dos interessados) para apurar a necessidade ou não da adoção do regime de liquidação.

6 Neste sentido ver nota de rodapé 2.

Durante esse processo, o Banco Central recolhe informações sobre os interessados e produz provas, sem qualquer participação dos administradores,⁷ que, na teoria, sequer conhecem a abertura do processo. Ou seja, a lei, que é de 1974, reforçada pela jurisprudência, não estipulou a possibilidade do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo instaurado para a adoção ou não do regime de liquidação extrajudicial. Logo, a regra que vem sendo adotada é a da instauração do processo administrativo, sem notificação e devido exercício do contraditório e ampla defesa.

Portanto, os administradores só tomam conhecimento da medida na decretação do regime, ficando sujeitos às medidas punitivas da lei, como, por exemplo, a indisponibilidade de bens e a destituição de seus cargos (arts. 36 e 50 da lei).

Dessa forma, a lei, além de não dar ciência aos interessados sobre a abertura do processo administrativo, possibilitando o exercício do contraditório e da ampla defesa nele (apenas após a decretação do regime),⁸ estipula, como regra, a indisponibilidade de bens dos administradores,⁹ que permanece até a conclusão do processo, dependendo da avaliação do Banco Central para ser levantada.¹⁰

Vale destacar que, esse entendimento vai na contramão dos artigos 26, 28 e 38 da lei 9.784/99, que disciplina o processo administrativo em âmbito federal. O primeiro obriga a intimação do interessado para a ciência de decisão ou a efetivação de diligências, dispondo em seu parágrafo

7 Sobre a produção de provas, merece destaque o artigo 32 da lei, que estipula que, no curso da liquidação, o liquidante, seguro de elementos de prova, deverá encaminhá-las ao Ministério Público.

8 Art. 41. Decretada a intervenção, da liquidação extrajudicial ou a falência de instituição financeira, o Banco Central do Brasil procederá a inquérito, a fim de apurar as causas que levaram a sociedade àquela situação e a responsabilidade de seus administradores e membros do Conselho Fiscal.

9 Art. 36. Os administradores das instituições financeiras em intervenção, em liquidação extrajudicial ou em falência ficarão com todos os seus bens indisponíveis, não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los até apuração e liquidação final de suas responsabilidades. Neste sentido, o artigo 37 estipula que os abrangidos pela indisponibilidade de bens não poderão ausentar-se do foro da liquidação extrajudicial sem a prévia autorização do Banco Central do Brasil.

10 O STF já se pronunciou sobre o levantamento da indisponibilidade de bens dos administradores, entendendo que a medida só pode ser levantada nos casos de i) encerramento do inquérito instaurado pelo Banco Central do Brasil, de cujas conclusões decorra o reconhecimento de inexistência de prejuízo (art. 44 da Lei nº 6.024/76); ii) inoportunidade de qualquer parcela de responsabilidade dos ex-administradores (art. 49 da Lei nº 6.024/74). V. Petição 1.343-9/DF, Relator ministro Celso de Mello, à época presidente do STF, DJ: 21.08.97 (In *Jurisprudência em Matéria de Intervenção e Liquidação Extrajudicial*, Volume 2, FGC, São Paulo: Textonovo, 2000. Organizadores: Jairo Saddi e Rodrigo Ferraz de Camargo, pp. 290/298).

único que, no prosseguimento do processo, será garantido direito de ampla defesa ao interessado. O artigo 28, por sua vez, é claro quando dispõe que devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposições de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades. Por fim, o artigo 38 permite ao interessado, em fase instrutória e antes da tomada de decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

O Supremo Tribunal Federal tratou do tema quando analisou possíveis transgressões aos postulados fundamentais do contraditório e ampla defesa no tocante à aplicação da indisponibilidade dos bens dos ex-administradores, entendendo a indisponibilidade como uma legítima restrição jurídica, constituindo-se como um efeito necessário decorrente do ato de decretação do regime. Para o Supremo, a indisponibilidade de bens ocorre independentemente de qualquer consideração em torno do grau de culpabilidade dos ex-administradores, devendo essa culpabilidade ser analisada no inquérito instaurado após a decretação do regime com a aplicação das garantias constitucionais aqui tratadas.¹¹

Não é o entendimento que compartilho.

A decretação da indisponibilidade de bens dos administradores é uma medida punitiva, que merece ser analisada à luz do caso concreto para a sua aplicação e com a devida ciência e o exercício da ampla defesa e do contraditório pelos interessados, já que, por vezes, a adoção da indisponibilidade de bens pode-se mostrar desproporcional, como, por exemplo, no caso de uma instituição financeira que goza de uma boa situação econômico-financeira e que não coloque em risco os seus credores.

A doutrina italiana representada por Michelle Spinelli e Giulio Gentile¹² também compartilha desse entendimento. Para eles, a liquidação extrajudicial possui caráter sancionatório no caso da *liquidazione coatta amministrativa*.¹³

11 Ver Petição 1.343-9/DF, Relator ministro Celso de Mello, à época presidente do STF, DJ: 21.08.97 (In *Jurisprudência em Matéria de Intervenção e Liquidação Extrajudicial*, Volume 2, FGC, São Paulo: Textonovo, 2000. Organizadores: Jairo Sadi e Rodrigo Ferraz de Camargo, pp. 290/298).

12 SPINELLI, Michele; GENTILE, Giulio. *Diritto bancario*, Padova, Cedam, 1984, p. 127, *verbis*: “A differenza dell’amministrazione straordinaria, la liquidazione coatta amministrativa, há carattere prevalentemente sanzionatorio”.

13 Vale lembrar o entendimento contrário de Luiz Alfredo Paulin, *in verbis*: “A decretação da liquidação extrajudicial não traz, por si só, nenhum conteúdo sancionador. É certo que a lei exige, como pressuposto para a sua decretação, a ocorrência genérica, repita-se genérica de atos de má gestão ou indisciplina. Consequentemente, para a decretação do regime, reclama a lei que a administração da sociedade esteja a praticar atos de má gestão ou indisciplina, sem que, com isso se esteja acusando individualmente quem quer que seja de ser por estes responsáveis ou cul-

Logo, tendo a liquidação extrajudicial natureza sancionatória, o que se percebe é um desrespeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, estipulado no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, que garante aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o uso dos meios e recursos a ele inerentes. Nesta linha, o artigo 5º, inciso LIV deixa claro que ninguém será privado da liberdade de seus bens sem o devido processo legal.

Portanto, estipular a decretação de um regime tão gravoso como o da liquidação extrajudicial (decretando ainda a indisponibilidade dos bens), sem garantir o direito de conhecer a acusação para poder contestá-la, contraria diretamente os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa.

Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, tratando do tema, estabelecem como primeiro requisito para alguém exercer o seu direito de defesa de modo eficiente o conhecimento do que está sendo acusada. Diante dessa premissa, eis a pergunta: e se a pessoa não souber que está sendo acusada, como no caso aqui tratado, em que o Banco Central do Brasil instaura, de ofício, o processo administrativo sem a ciência dos interessados?

Respondo com uma passagem dos mesmos autores sobre a necessidade do exercício da ampla defesa no processo administrativo:

Convém insistir em que a garantia constitucional do direito à ampla defesa exige que seja adotada ao acusado – ou a qualquer pessoa contra a qual se faça uma irrogação, em desfavor da qual se estabeleça uma apreciação desfavorável (ainda que implícita), ou que esteja sujeita a alguma espécie de sanção ou restrições de direitos – a possibilidade de apresentação de defesa prévia à decisão administrativa. Sempre que o patrimônio jurídico e moral de alguém puder ser afetado por uma decisão administrativa, deve a ele ser proporcionada a possibilidade de exercitar a ampla defesa, que só tem sentido em sua plenitude se for produzida previamente à decisão, para que se possa ser conhecida e efetivamente considerada pela autoridade competente para produzir. O direito de defesa não se confunde com o direito de recorrer (...)

A instrução do processo deve ser contraditória, não podendo a Administração por sua iniciativa e por seus meios colher argumentos ou provas

pabilizando individualmente quem quer que seja”. PAULIN, Luiz Alfredo. “Conceito de Intervenção e Liquidação Extrajudicial. Pressuposto para a sua decretação”. In: SADDI, Jairo (Coord.). *Intervenção e Liquidação Extrajudicial no Sistema Financeiro Nacional- 25 anos da Lei 6.024/74*. São Paulo: Textonovo, 1999. p. 139.

que lhe pareçam significativos.¹⁴ Como aponta a literatura, o princípio do contraditório exige um diálogo através da alternância das manifestações das partes interessadas, durante a fase instrutória.¹⁵

Como aponta parcela da doutrina, “(...) o administrado deve participar da feitura, do querer administrativo, ou da sua concretização efetiva”.¹⁶ Para tanto, conclui, que “(...)é imprescindível assegurar ao cidadão o postular junto à Administração com as mesmas garantias que lhe são deferidas no processo jurisdicional, particularmente, as certezas do contraditório, da prova, do recurso e da publicidade”.¹⁷

Através da garantia desses direitos é possível conferir uma participação democrática no processo administrativo, “(...) representando, portanto, uma contraface ao autoritarismo”.¹⁸

Cabe destacar a advertência feita por Sérgio Ferraz e Adílson Abreu Dallari, no sentido de que não é possível realizar uma distinção entre processos administrativos de natureza não sancionatórios, tendo, portanto, sua pauta constitucional e axiológica reduzida e processos administrativos sancionatórios.¹⁹ Nas palavras dos autores:

“[...] não é defensável distinguir dois graus ou dois modelos de processo administrativo: um primeiro, composto pelos processos não revisivos, não sancionatórios, não punitivos, para os quais não seria aplicável, na íntegra, a pauta constitucional e axiológica [...] uma espacialidade em que a Administração desenvolveria as etapas sem publicidade, motivação contraditório etc.; um segundo grau ou modelo, constituído por processos revisivos, sancionatórios, punitivos, para os quais - aí sim, e só então - impostergáveis a publicidade, a fundamentação, etc.”²⁰

A importância do processo administrativo como modo regrado do exercício do poder estatal levou parcela da literatura a reconhecê-lo como um dos fundamentos do Estado democrático de Direito, através da integração do particular na esfera pública.

14 FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007, pp. 92 e 93.

15 *Ibid*, pp. 92 e 93.

16 *Ibid*, pp. 92 e 93.

17 *Ibid*, pp. 22 e 23.

18 *Ibid*, pp. 22 e 23.

19 Alguns autores compartilham do entendimento inverso do exposto. Nesse sentido, ver FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, 8ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006, pp. 435-438.

20 FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Op.cit.*, pp. 22 e 23.

Assim, conclui Egon Bockmann Machado, “as pessoas privadas detêm o direito de conhecer, participar, influenciar e controlar a atividade da Administração”.²¹

O mesmo autor, ao tratar do princípio do contraditório, observa a garantia do particular de ser cientificado com clareza, não só da existência do processo, mas de tudo o que nele ocorrer, podendo manifestar-se a respeito de todos os atos e fatos processuais.²²

Tratando do problema da assimetria de informação gerado pela ausência do contraditório na decretação do regime de liquidação extrajudicial, Egon Bockmann Machado conclui o seguinte:

“(…) a pessoa privada interessada tem o direito de conhecer e participar das atividades processuais desenvolvidas pela Administração. As decisões administrativas, especialmente aquelas pertinentes à instrução, devem ser previamente levadas ao conhecimento dos interessados - para que a respeito delas se manifestem e possam interagir com o órgão julgador.”²³

A literatura de direito penal associa o princípio do contraditório na parêmia *audiatur et altera pars*, ou seja, a parte contrária deve ser ouvida, traduzindo uma ideia de que a defesa tem o direito de se pronunciar sobre tudo quanto for produzido pela parte contrária.²⁴ Sobre o tema, parcela considerável da literatura entende que o princípio do contraditório deve ser observado em processos administrativos instaurados pela Administração Pública para a apuração de ilícitos administrativos ou quando se tratar de procedimentos administrativos fiscais, já que, nesses casos, haverá a possibilidade da aplicação de uma punição administrativa.²⁵

21 MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p.295.

22 *Ibid*, p. 294.

23 *Ibid*, p.297. No mesmo sentido, Maria Sylvania Zanella de Pietro tratou sobre o princípio do contraditório asseverando que “o princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, decorre da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação. Exige: 1- notificação dos atos processuais à parte interessada; 2- possibilidade de exame das provas constantes no processo; 3- direito de assistir à inquirição de testemunhas; 4- direito de apresentar defesa escrita” (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*, 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 491).

24 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*, 11ª ed., revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 21.

25 Ver, TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Ibid*, p. 23.

A prática que vem sendo adotada pelo Banco Central do Brasil consiste na abertura de um processo administrativo (sem a ciência dos interessados) para examinar possíveis condutas que possam infringir normas estatutárias e legais, podendo culminar na decretação do regime de liquidação extrajudicial. Tal prática reflete um modelo de investigação inquisitivo, no qual não predomina o respeito aos princípios aqui analisados, uma vez que não permite o exercício do direito do contraditório e ampla defesa, impossibilitando que os acusados possam se pronunciar sobre os fundamentos da acusação.

Note-se que a assimetria de informação é tamanha que, a Lei nº 6.024/74, em seu artigo 32, estipula que, caso apurados, no curso da liquidação, elementos de prova de práticas de contravenções penais ou crimes por parte de quaisquer administradores, deverá o Banco Central do Brasil encaminhá-las ao Ministério Público para que este promova a ação penal. O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre a produção de provas, decidindo sobre a juntada de documentos aos autos:

“Em consonância com o princípio da igualdade das partes e do contraditório, sempre que for carreado aos autos documento novo, relevante para a decisão, deve ser concedida à parte contrária, contra ou em face da qual produzida a prova, oportunidade de manifestação a respeito.”²⁶

Fábio Medina Osório observa a impossibilidade de a autoridade administrativa negar ao imputado a possibilidade de produção de provas e, ainda assim, emitir decreto condenatório. Tal prática feriria o princípio da presunção de inocência, “(...)que comporta a real possibilidade de produção de provas defensivas(...)”.²⁷ Fazendo uma analogia ao direito penal, o Código de Processo Penal (art. 14)²⁸ permite ao indiciado, em fase de inquérito (a juízo da autoridade), o direito de requerer diligências.

Alguns autores, tratando sobre o tema, destacam os direitos de informação como integrantes dos direitos formais de defesa, não bastando somente a garantia do contraditório, devendo existir também “direitos substanciais relacionados à transparência de todo o processo sancionador”.²⁹

26 REsp. nº 256.164-DF, rel. min. Fernando Gonçalves, DJ 15.4.2002, p. 268. O mesmo entendimento também é observado no RHC nº 15.134-SP, rel. min. Laurita Vaz, DJ 7.3.2005, cuja ementa preceitua: “O princípio do contraditório traduz a bilateralidade do processo, ou seja, assegura às partes isonomia processual e igualdade de condições”.

27 OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.446.

28 Art 14.O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

29 SANTOS, Alexandre Pinheiro dos; OSÓRIO, Fábio Medina; WELLISCH, Julya Sotito Mayor. *Mercado de Capitais- Regime Sancionador*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 82.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre o tema, cuja ementa merece transcrição:

“Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV).”³⁰

Em linhas gerais, o entendimento do Banco Central do Brasil (endossado pela jurisprudência) de conferir o contraditório e a ampla defesa somente após a decretação do regime de liquidação, através da abertura do inquérito (art. 41 da lei), merece ser revisto, já que, como exposto, os interessados possuem o direito de se manifestar, produzir provas e de se defender no processo que poderá levar à decretação do regime, uma vez que possui natureza condenatória, visto que implica a destituição deles da administração da empresa, bem como na indisponibilidade dos bens.

30 STF, MS nº 24.268/MG, Relatora originária min. Ellen Gracie; Relator p/ acórdão min. Gilmar Mendes, Pleno, DJ 19.9.2004.

Interessante destacar também que o direito de apresentar defesa no processo administrativo para a decretação ou não do regime é importante, pois permite que os interessados provem a sua inocência e, consequentemente, a não decretação do regime. Logo, negar o direito dos administradores ao contraditório e à ampla defesa nessa fase é negar-lhes a garantia constitucional da presunção de inocência (art. 5º LVII). Parte-se sempre de uma premissa inquisitória.

Portanto, como aponta a literatura,³¹ o contraditório e a ampla defesa são ferramentas correlatas ao devido processo legal; sem elas não é possível falar em devido processo legal. O Superior Tribunal de Justiça, tratando sobre as formalidades legais que são inerentes ao devido processo legal em âmbito administrativo, já se posicionou no sentido de decretar a nulidade do processo administrativo disciplinar, pelo fato de o acusado somente ter sido citado para acompanhar o processo, depois de encerrada a instrução (quando deveria ser indiciado).³²

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o tema, maximizando o princípio da ampla defesa em esfera administrativa, mesmo em casos que não se configuram como processos sancionadores, bastando que se cuide de processo restritivo de direitos.³³

Ainda sobre o tema, cabe destacar o artigo 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999,³⁴ que, ao regular o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estipulou a obediência dessa aos princípios do contraditório e ampla defesa. No mesmo sentido, o inciso X do parágrafo único do mesmo artigo, estipula a garantia dos direitos à

31 SANTOS, Alexandre Pinheiro dos; OSÓRIO, Fábio Medina; WELLISCH, Julya Sotito Mayor. *Op.cit.*, p. 79.

32 “Na fase de inquérito do processo administrativo disciplinar devem-se assegurar ao acusado as garantias do contraditório e da ampla defesa. Para o exercício desses dois princípios constitucionais, basilares do processo administrativo, o estatuto dos servidores públicos federais assegura aos acusados o direito de acompanhar o processo disciplinar, pessoalmente ou por intermédio do procurador. Tendo a própria autoridade coatora reconhecido que o Impetrante só fora citado para acompanhar o processo, depois de encerrada a instrução, quando deveria ser indiciado e, posteriormente, apresentar defesa escrita, o processo é nulo, a partir da iniciação do inquérito, com todos os atos subsequentes”. (STJ, MS nº 10.788/DF, 3ª Seção, Rel. min. Paulo Medina, DJ 26.5.2008).

33 “Tratando-se da anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde de observância do contraditório, ou seja, da instauração do processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque comum à Administração e ao particular.” (STF, RE nº 158.543/RS, 2ª Turma, Rel. min. Marco Aurélio, DJ 6.10.1995).

34 Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios de legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio.

4. UTILIZAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DE URGÊNCIA DA MEDIDA COMO REGRA. POSSÍVEIS PROBLEMAS

Ponto que merece reflexão é o fato de que podem ocorrer situações nas quais a decretação do regime ocorre pela violação das regras atinentes à atividade pelos administradores, em que, além de não existirem prejuízos aos credores, não existe também qualquer prejuízo à economia pública e ao mercado financeiro de capitais, o que não justificaria a celeridade apontada pela jurisprudência, nem a necessidade de um “contraditório postergado”.

Dessa maneira, o entendimento que vem prevalecendo na jurisprudência não pode ser utilizado como regra geral, já que podem existir situações nas quais os pressupostos ensejadores do caráter de urgência da medida, como o prejuízo à economia pública e risco aos credores, podem não estar presentes. Isso permite, sem maiores problemas, a aplicação do contraditório e da ampla defesa durante o processo administrativo e antes da decretação do regime (que pode ser aplicado ou não), a depender dos fatos discutidos e analisados durante o processo.

Frederico Viana Rodrigues compartilha de entendimento similar. Para o autor, a discricionariedade do Banco Central deve ser reduzida ao exame do compromisso econômico-financeiro da instituição, “devendo-se afastar as liquidações em situações em que o comprometimento não importa risco de grave crise (...)”.³⁵ O Superior Tribunal de Justiça compartilhou desse entendimento ao sustar o processo de liquidação extrajudicial no caso de empresas solventes e quando não existentes riscos à ordem e economia pública.³⁶

No mesmo sentido, a aplicação da pena de indisponibilidade de bens deve ser também analisada à luz dos elementos do caso concreto para a sua devida aplicação, uma vez que, como exposto, podem existir situações em que ela se mostrará desproporcional pela ausência de risco aos credores e à economia pública. Esse entendimento foi positivado no artigo 45 da Lei nº 9784/99, que coloca como requisito para a adoção de medidas

35 RODRIGUES, Frederico Viana. *Insolvência Bancária-Liquidação extrajudicial e falência*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 113.

36 AgRg na Pet nº 919/RJ. 1998/0002049-7, Corte Especial, Rel. min. Antônio de Pádua Ribeiro, 17.03.1999, DJ 16.11.1999.

acauteladoras durante o processo administrativo a existência de um risco eminente.³⁷

Assim, a análise pelo Banco Central deve ser feita de forma casuística, levando em consideração os elementos de cada caso concreto.

5. DISCRICIONARIEDADE NA APLICAÇÃO DO REGIME. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO

Além de não garantir o exercício do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo para a decretação ou não do regime de liquidação extrajudicial, o Banco Central do Brasil vem adotando um entendimento no sentido da existência de uma discricionariedade para decidir sobre a modalidade e o momento para a decretação de algum regime especial.³⁸

Cabe destacar que há três tipos de modalidades de regimes especiais que podem ser impostas a instituições sujeitas à fiscalização:

- i) Regime de administração especial temporária (regulado pelo Decreto-Lei nº 2.321, de 1987);
- ii) Intervenção e
- iii) Liquidação extrajudicial (ambas reguladas pela Lei nº 6.024/74).

Não cabe neste trabalho tecer comentários sobre as características de cada regime para o objetivo aqui pretendido. Basta somente informar que, dentro do universo desses três regimes, a liquidação extrajudicial é o que possui as medidas mais drásticas para a empresa, bem como para os seus administradores, como por exemplo, a indisponibilidade de bens e a possibilidade de extinção da instituição.

O Judiciário já se posicionou sobre o tema, adotando o posicionamento do Banco Central do Brasil, como no voto vencedor da então desembargadora federal Eliana Calmon, no julgamento da Apelação Cível nº 950101491-6 do Distrito Federal. Nesse sentido, entendeu a então desembargadora:

Ora, o ato de intervir ou não é um ato altamente político,

37 Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.

38 Entendimento exposto pelo procurador-geral do Banco Central, Sr. Isaac Siney Menezes Ferreira no Seminário internacional sobre regimes de resolução no sistema financeiro brasileiro em 06/05/2013-Brasília. Apresentação disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pec/appron/apres/Apresenta%E7%E3o_Isaac_Sidney_Semin%E-rio_Regimes_Resolu%E7%E3o_06052013.pdf>. Acesso em: 19 set. 2016.

porque há, de um lado, o peso da possibilidade de salvar a instituição financeira, e de outro, a visão de que não há possibilidade de salvar as finanças da entidade problemática. Tudo fica na dependência de uma álea do mercado financeiro, do qual se conhece apenas probabilidades. [...] para quem tem nas mãos um instrumental de sanear finanças, intervir, para evitar os prejuízos a terceiras pessoas ou injetar recursos para salvar a instituição, é decisão altamente técnica e política.³⁹

Esse grau de discricionariedade atribuído ao Banco Central do Brasil foi positivado na lei de liquidação extrajudicial, em seu artigo 15, parágrafo primeiro, que dispõe que o Banco Central do Brasil decidirá sobre a gravidade dos fatos determinantes da liquidação extrajudicial, considerando suas repercussões sobre os interesses dos mercados financeiros e de capitais e poderá, no lugar da liquidação, efetuar a intervenção se julgar a medida suficiente para a normalização dos negócios da instituição e preservação daqueles interesses.

O grau de incerteza e de discricionariedade também aumenta na medida em que a Lei nº 6.024/74 utilizou-se de conceitos jurídicos indeterminados, como no caso da alínea “b” do artigo 15 aqui tratado, ao mencionar graves violações, tanto no caso na discricionariedade para a aplicação do regime, em que ela deixa a cargo do Banco Central do Brasil para que ele defina o que se pode entender pela gravidade dos fatos (art. 15 § 1º).

Diante desse cenário, algumas questões devem ser levantadas: (i) um processo administrativo capaz de liquidar uma instituição cujos administradores não tomam conhecimento dele e não exercem o direito do contraditório ou da ampla defesa pode contar com esse grau de discricionariedade do administrador? (ii) Qual o controle exercido? Em outras palavras, não se permite a participação no processo e cabe ainda ao Banco Central do Brasil analisar o modelo que será adotado?

Os interessados na aplicação do regime possuem o direito de se manifestarem para, no mínimo, fornecerem elementos para a aplicação de um regime menos drástico. Nesse sentido, a literatura estrangeira, conforme será exposto adiante, já trabalha com um cenário de “procedimentalização” do ato regulamentar, fazendo correlações com a produção de efeitos mais eficientes, além de reduzir a discricionariedade do administrador, quando este se vê diante da necessidade de expor os motivos da adoção de uma determinada norma.

Frederico Viana Rodrigues, em obra sobre o tema, reconhece que o ato de decretação extrajudicial é discricionário, entretanto, observa que:

39 Apelação Cível nº 950101491-6/DF – Acórdão publicado em 14.12.1995.

(...) essa discricionariedade não é ampla e irrestrita, especialmente no que se refere à aferição do comprometimento econômico ou financeiro da instituição, pois alguns fatos podem perturbar os negócios da sociedade sem, contudo, imputar-lhe risco real de crise.⁴⁰

Sobre esse controle da discricionariedade da aplicação da liquidação extrajudicial, alguns autores (cujo entendimento compartilho)⁴¹ defendem que, para justificar a medida e sua conseqüente legitimidade, devem existir, no caso concreto, sérios comprometimentos econômicos ou financeiros da instituição. Portanto, como adverte Werter Faria, “o poder discricionário do Banco Central do Brasil na apreciação desse pressuposto é mínimo, pois a liquidação deixaria de satisfazer o interesse público específico se o comprometimento fosse reversível e transitório”.⁴²

Luiz Alfredo Paulin possui um entendimento similar. Para o autor, não é qualquer indisciplina ou comprometimento que autoriza a decretação da liquidação nos casos de graves violações à normas legais ou estatutárias. Assim, entende que a liquidação extrajudicial não possui caráter sancionatório e, para tanto, não pode substituir o procedimento normal para a apuração de faltas cometidas. Paulin conclui, portanto, que “a ocorrência de situações envolvendo perigo iminente e grave não é suficiente para autorizar a liquidação extrajudicial, salvo se a decretação desse regime vier a ser entendida como ato sancionatório (...)”⁴³. Ainda sobre o tema, Paulin, lembra que:

“se coloca à disposição das autoridades, instrumento que, desde logo, permite neutralizar o administrador ou os administradores que estejam a cometer irregularidades, sem que com isso tenha que se intervir ou liquidar instituições financeiras, com, repita-se, resultados funestos para o mercado, poupadores e aplicadores”.⁴⁴

O instrumento citado pelo autor é o quase esquecido artigo 9º da Lei nº 9.447,⁴⁵ de 14 de março de 1997, o qual autoriza o Banco Central do

40 RODRIGUES, Frederico Viana. *Op.cit.*, p. 113.

41 Ver RODRIGUES, Frederico Viana. *Op.cit.*, p. 114; e FARIA, Werter. *Liquidação extrajudicial, intervenção e responsabilidade civil dos administradores das instituições financeiras*, Porto Alegre: Fabris, 1985, p. 15.

42 FARIA, Werter. *Ibid.*, p. 15.

43 PAULIN, Luiz Alfredo. “Conceito de Intervenção Judicial e Liquidação Extrajudicial. Pressupostos para a sua decretação”. In: SADDI, Jairo (Coord.). *Intervenção e Liquidação Extrajudicial no Sistema Financeiro Nacional - 25 anos da Lei 6.024/74*. São Paulo: Textonovo, 1999. p. 144.

44 PAULIN, Luiz Alfredo. *Ibid.*, p. 144.

45 Dispõe sobre a responsabilidade solidária de controladores de instituições submetidas aos regimes de que tratam a Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, e o

Brasil que, tão logo instaurado o processo administrativo, seja possível determinar o afastamento dos indiciados da administração dos negócios da instituição enquanto perdurarem suas atividades.⁴⁶

Logo, no caso aqui tratado de supostas violações de normas, a decretação do regime de liquidação extrajudicial deve observar alguns pressupostos mínimos: i) necessidade de grave comprometimento econômico da instituição, que coloque em risco a economia e credores; ii) necessidade de realização de um juízo prévio para verificar se o mero afastamento dos administradores (nos termos do artigo 9º, inciso I da Lei nº 9.447/13) bastaria para neutralizar possíveis riscos a economia e aos credores da instituição.

Esse controle do ato administrativo, através da procedimentalização dos atos praticados pela Administração, vem ganhando força nos últimos anos, principalmente na literatura estrangeira. A título de exemplo, merece destaque o artigo 24, alínea “c” da lei espanhola “Ley del gobierno” 50/1997, que dispõe sobre o procedimento de elaboração dos regulamentos, devendo o administrador, na exposição de motivos da norma adotada, fundamentar as razões que levaram à adoção de determinada regra, reduzindo, portanto, de certa forma, a discricionariedade do administrador.⁴⁷ Nesse sentido, como observa Juarez Freitas, “o dever de tornar públicas as razões do administrador (para praticar ou deixar de praticar determi-

Decreto-Lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987; sobre a indisponibilidade de seus bens; sobre a responsabilização das empresas de auditoria contábil ou dos auditores contábeis independentes; sobre privatização de instituições cujas ações sejam desapropriadas, na forma do Decreto-Lei nº 2.321, de 1987, e dá outras providências.

46 Art. 9º. Instaurado processo administrativo contra instituição financeira, seus administradores, membros de seus conselhos, a empresa de auditoria contábil ou o auditor contábil independente, o Banco Central do Brasil, por decisão da diretoria, considerando a gravidade da falta, poderá, cautelarmente:

I- determinar o afastamento dos indiciados da administração dos negócios da instituição, enquanto perdurar a apuração de suas responsabilidades;

47 Artículo 24 del procedimiento de elaboración de los reglamentos:
(...)

c) Elaborado el texto de una disposición que afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se les dará audiencia, durante un plazo razonable y no inferior a quince días hábiles, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición. La decisión sobre el procedimiento escogido para dar audiencia a los ciudadanos afectados será debidamente motivada en el expediente por el órgano que acuerde la apertura del trámite de audiencia. Asimismo, y cuando la naturaleza de la disposición lo aconseje, será sometida a información pública durante el plazo indicado.

Este trámite podrá ser abreviado hasta el mínimo de siete días hábiles cuando razones debidamente motivadas así lo justifiquen. Sólo podrá omitirse dicho trámite cuando graves razones de interés público, que asimismo deberán explicitarse, lo exijan.

nado ato)”⁴⁸ adquiriu foro amplo também na Itália,⁴⁹ na Alemanha⁵⁰ e na Inglaterra.⁵¹

No caso aqui tratado, não basta somente a motivação do ato da decretação extrajudicial; é necessário que o administrador fundamente e justifique o motivo da adoção do regime da liquidação extrajudicial e não outro regime especial. A diferença pode parecer sutil, mas é de extrema importância na produção de efeitos para os interessados, já que permite aos interessados um maior controle do ato, pois terão acesso à fundamentação que levou à adoção de um regime e não outro.

Assim como adverte Juarez Freitas:

“(...) os atos administrativos passam a ser controláveis sistematicamente sob o influxo do princípio da motivação, condição para a afirmação crescente do núcleo essencial dos direitos fundamentais numa ordem socialmente consagrada à segurança jurídica.”⁵²

A Lei nº 9.787/99 tratou da motivação dos atos administrativos (em conformidade com o artigo 93, inciso X da Constituição), nos artigos 2º e 26, neste último explicitando a necessidade da indicação de fatos e dos fundamentos jurídicos, especificando em seu inciso II a necessidade do controle do ato através da motivação, quando esse imponha ou agrave direitos, encargos ou sanções.

6. “NOVOS ARES”. PENSANDO SOLUÇÕES

Diante do cenário exposto e das considerações feitas à aplicação da Lei nº 6.024/74 pelo Banco Central do Brasil e pelos tribunais nacionais, cabe agora propor um novo modelo condizente com a ordem constitucional vigente.

De maneira geral, o modelo proposto é relativamente simples, o que não implica mudanças significativas de cunho legal. Trata-se apenas de

48 FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 5ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p.95.

49 Ver FRAGOLA, Umberto. *Gli atti amministrativi*, Nápoles: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1964, p.32-36.

50 Ver MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. München: C.H Beck'she-Verlag, 1985, p. 185-186.

51 Ver BARNETT, Hilaire. *Constitucional & Administrative Law*, Londres: Cavendish Publishing, 2004, p. 776.

52 FREITAS, Juarez. *Op.cit.*, 2013, p. 95.

uma nova interpretação e aplicação dos preceitos da Lei nº 6.024/74 com base em uma leitura constitucional (já que a lei em questão é de 1974).

Assim, tratando-se da hipótese em análise, ou seja, no caso da decretação do regime de liquidação extrajudicial por supostas violações a normas legais e estatutárias, proponho o seguinte modelo a ser adotado pelo Banco Central do Brasil:

- i) notificação dos administradores e possíveis envolvidos de uma suposta violação de normas legais e estatutárias;
- ii) abertura de um processo administrativo com a participação dos envolvidos (exercendo o contraditório e ampla defesa) para apurar se houve violação às normas. Durante o processo, caso o Banco Central do Brasil verifique a não existência de riscos à economia e a credores poderá este afastar os administradores da instituição para apurar eventuais responsabilidades (art. 9º da Lei nº 9.447/97) ou, sendo o caso, somente apurar as responsabilidades dos administradores, não devendo decretar o regime de liquidação ou intervenção.
- iii) caso constate-se, no decorrer do processo administrativo, possíveis riscos a economia pública e credores será possível a decretação do regime de intervenção por um período determinado, com a possibilidade de aplicação da indisponibilidade dos bens dos administradores.
- iv) ao término do processo, caso a instituição apresente sérios comprometimentos econômicos financeiros, o regime de liquidação extrajudicial deverá ser aplicado, instaurando-se um novo inquérito para a apuração das responsabilidades dos administradores, além da possibilidade da decretação da indisponibilidade dos bens dos administradores.

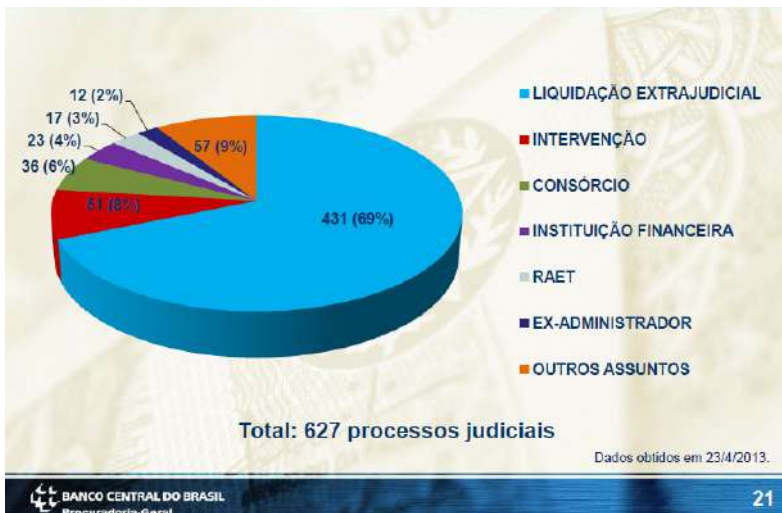
Outra mudança significativa sobre o tema é o Projeto de Lei nº 37 de 1999, de autoria do deputado Geddel Vieira Lima, que possui como objeto a regulamentação do Sistema Financeiro Nacional. Em sua exposição de motivos, o projeto propõe o seguinte:

“(…) que os processos de liquidação extrajudicial sejam transferidos do Banco Central do Brasil para o Poder Judiciário, pondo fim ao sistema de extrajudicial de liquidação de empresas com vistas a eliminar os enormes percalços e dificuldades até aqui verificados na condução e solução desses processos.”⁵³

53 BRASIL. Projeto de Lei Complementar nº 37, 13 de maio de 1999. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 4 out. 2016.

Essa tendência de transferência para o judiciário para a aplicação do regime é apontada por alguns autores como uma consequência da fragilidade dos argumentos que sustentavam o regime de liquidação, tais como o da celeridade do regime, mobilidade e especialização, “entendia-se que, realizados fora do âmbito judicial, os atos liquidatários seriam mais ágeis (...)”,⁵⁴ fato que não se mostrou na prática durante todos os quarenta e dois anos de vigência da lei, em que é possível observar diversos litígios judiciais envolvendo o instituto, tornando-o em um processo lento e duradouro.

É o que demonstra o quadro a seguir,⁵⁵ apresentado pelo próprio Banco Central do Brasil, no qual é possível visualizar que dentre os 627 processos movidos em face do Banco Central do Brasil (até 23/04/2013), quatrocentos e trinta (69%) versavam sobre algum litígio envolvendo o regime de liquidação extrajudicial.

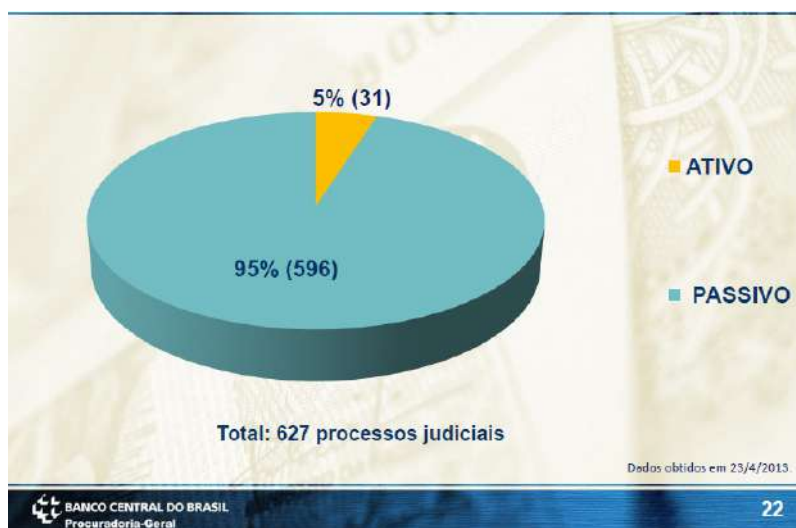


Do total desses 627 processos judiciais, o Banco Central do Brasil figurou como polo passivo da demanda em 596 casos, representando 95% de todos os processos, como mostra o quadro abaixo.⁵⁶

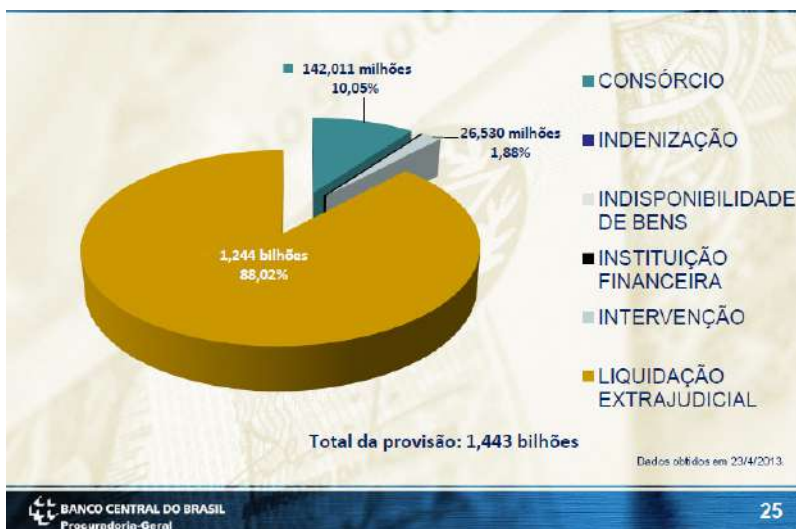
54 RODRIGUES, Frederico Viana. *Op.cit.*, p. 145.

55 Apresentação pelo procurador-geral do Banco Central, Sr. Isaac Siney Menezes Ferreira no seminário internacional sobre regimes de resolução no sistema financeiro brasileiro, em 06/05/2013-Brasília. Apresentação disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pec/appron/apres/Apresenta%E7%E3o_Isaac_Sidney_Semin%E1rio_Regimes_Resolu%E7%E3o_06052013.pdf>. Acesso em: 19 set. 2016.

56 Apresentação pelo procurador-geral do Banco Central, Sr. Isaac Siney Menezes Ferreira no seminário internacional sobre regimes de resolução no sistema financeiro brasileiro, em 06/05/2013-Brasília. Apresentação disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pec/appron/apres/Apresenta%E7%E3o_Isaac_Sidney_Semin%E1rio_Regimes_Resolu%E7%E3o_06052013.pdf>. Acesso em: 19 set. 2016.



Tais processos resultam para o Banco Central do Brasil em um valor de provisionamento elevadíssimo, principalmente nos casos de liquidação extra-judicial, chegando ao montante, à época, de R\$ 1.244 bilhões, representando 88,2% de todo o provisionamento, conforme demonstra o quadro a seguir:⁵⁷



57 Apresentação pelo procurador-geral do Banco Central, Sr. Isaac Siney Menezes Ferreira no seminário internacional sobre regimes de resolução no sistema financeiro brasileiro em 06/05/2013-Brasília. Apresentação disponível em: http://www.bcb.gov.br/pec/appron/apres/Apresenta%E7%E3o_Isaac_Sidney_Semin%E1rio_Regimes_Resolu%E7%E3o_06052013.pdf. Acesso em 19/09/2016.

Portanto, apesar de não ser um modelo perfeito, a transferência da aplicação do instituto para o âmbito judicial, pode, em certa medida, ao menos garantir a aplicação dos princípios constitucionais aqui discutidos.

7. CONCLUSÃO

Após todas as considerações realizadas ao longo desse artigo, a conclusão é no sentido da não procedência do entendimento que vem sendo adotado pelo Banco Central do Brasil, reforçado pela jurisprudência, de modo que a decretação do regime de liquidação extrajudicial não possui natureza sancionatória, e, portanto, não goza das garantias constitucionais da ampla defesa e contraditório.

O entendimento firmado neste trabalho é de que as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, manifestadas através de um devido processo legal, devem ser respeitadas no momento em que o Banco Central do Brasil observar possíveis violações a normas legais ou estatutárias.

Esse posicionamento decorre do entendimento de que são dois momentos distintos que não podem ser confundidos (como vem ocorrendo). Um momento é o da aplicação ou não do regime da liquidação extrajudicial e o outro é quando ocorre a decretação do regime, em que as responsabilidades dos administradores serão apuradas.

O que vem se sustentando até o momento é que o contraditório é garantido após a decretação do regime de liquidação extrajudicial, conforme dispõe o artigo 41 da lei, sendo por isso entendido como um contraditório postergado.

O inquérito instaurado após a decretação do regime inicia um outro processo administrativo, que tem como objetivo apurar as responsabilidades dos administradores em supostas violações de normas. Assim, ao término desse processo, a administração pública aplicará ou não uma sanção. Nesse caso, não se discute a aplicação da ampla defesa e contraditório, garantidos através do devido processo legal, bem como a natureza sancionatória do processo.

Outro momento é a necessidade de instauração de um processo administrativo para a aplicação ou não do regime de liquidação extrajudicial. Nesse caso, reconhecem-se os efeitos sancionatórios da liquidação extrajudicial (indisponibilidade e destituição dos administradores), bem como a necessidade de um devido processo legal com as garantias da ampla defesa e do contraditório para que os envolvidos possam gozar da garantia da presunção de inocência.

Portanto, trata-se de dois processos administrativos com objetivos distintos: um se resume à aplicação do regime de liquidação extrajudicial e o outro se destina a apurar eventuais responsabilidades dos administradores, no caso, da decretação do regime, devendo ambos gozarem de todas as garantias constitucionais aplicáveis ao processo. Como exposto ao longo deste trabalho, a ordem constitucional vigente não admite duas cargas axiológicas diferentes para os processos administrativos.

Aos administradores sujeitos à Lei nº 6.024/74, escolham a forma de pagamento, débito ou boleto bancário. As companhias de seguros agradecem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARNETT, Hilaire. *Constitutional & Administrative Law*, Londres: Cavendish Publishing, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.

FARIA, Werter. *Liquidação extrajudicial, intervenção e responsabilidade civil dos administradores das instituições financeiras*, Porto Alegre: Fabris, 1985.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, 8ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

FRAGOLA, Umberto. *Gli atti amministrativi*, Nápoles: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1964.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 5ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. München: C.H. Beck'scheVerlag, 1985.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PAULIN, Luiz Alfredo. "Conceito de Intervenção e Liquidação Extrajudicial. Pressuposto para a sua decretação". In: SADDI, Jairo (Coord.). *Intervenção e Liquidação Extrajudicial no Sistema Financeiro Nacional - 25 anos da Lei 6.024/74*. São Paulo: Textonovo, 1999.

RODRIGUES, Frederico Viana. *Insolvência Bancária-Liquidação extrajudicial e falência*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

SADDI, Jairo e CAMARGO, Rodrigo Ferraz de (Org.). *Jurisprudência em Matéria de Intervenção e Liquidação Extrajudicial*, Vol. 2, São Paulo: Textonovo, 2000.

SANTOS, Alexandre Pinheiro dos; OSÓRIO, Fábio Medina; WELLISCH, Julya Sotto Mayor. *Mercado de Capitais- Regime Sancionador*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SPINELLI, Michele; GENTILE, Giulio. *Diritto bancario*. Padova: Cedam, 1984.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*, 11ª ed., revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2009.

○ DIREITO BRASILEIRO REGE MAS DESCONHECE AS STARTUPS

João Pontual de Arruda Falcão¹

1. INTRODUÇÃO²

O desafio central deste ensaio é a compreensão do Direito aplicável às *Startups de Software e Internet*.³ Buscamos explorar os desafios e obstáculos que o fenômeno econômico da empresa startup enfrenta diante do Ordenamento Jurídico Brasileiro. Fizemos isso em três dimensões: conceitual, prática e procedimental.

1 João Pontual de Arruda Falcão: mestrando FGV Direito-Rio, tema de pesquisa *Startup Law* no Brasil. LL.M. 2004 Harvard Law School. Bacharel em Direito pela PUC-Rio, inscrito na OAB/PE. Sócio-fundador da startup Neemu Tecnologias para e-Commerce, comprada pela Linx (LINX3 - empresa de capital aberto). Sócio-fundador da plataforma de equity-crowdfunding Eusocio. Parceiro do CIN/UFPE, do ICOMP/UFAM, do LATIN/UFMG e do Gênesis/PUC-Rio. Mentor do laboratório de inovação do Instituto Cesar. Colaborador da Comunidade de startups Manguezal e do Centro Integrado de Tecnologia da Informação dos alunos da UFPE. Sócio-fundador de outras startups já encerradas: Black-keyVenture Creation, Loops Online Strategy. Diretor de Inovação e Competitividade do Porto Digital (2006 - 2007). Secretário Municipal de Cultura, Ciência e Tecnologia de Olinda-PE (2005/2006). Trainee do BM&A Advogados (1998 - 2001).

2 Agradecimentos do autor aos professores da FGV Direito-Rio, Leandro Molhano e Cassio Cavalli; ao ilustre colega advogado Luiz Benevides e à Fernanda Guilhermino.

3 Este ensaio tem por objeto *startups de inovação web* - ou seja; startups de software, de Internet. Esse é o perfil do fenômeno organizacional recente e com enorme potencial na economia brasileira. Esse tipo de startup foi pouquíssimo estudado no âmbito jurídico e, por ora, quase não há dados estatísticos relevantes disponíveis. Novas startups de software (ou de Internet) são criadas em todo o mundo a cada dia, com foco na criação de tecnologia de ponta que diariamente transforma a vida da sociedade contemporânea.

O arcabouço institucional brasileiro é extremamente complexo – até mesmo para os mais letrados. Cumprir com todas as exigências do Estado é um desafio ímpar: custa um dinheiro precioso, demanda um tempo que a startup não tem e gera uma insegurança jurídica abominável.

Do ponto de vista científico ainda não há, no Brasil, estudos relevantes, tampouco uma doutrina, estabelecida sobre o Direito aplicável às startups. Ainda são pouquíssimos os textos que se propõem a enfrentar questões jurídicas mais sofisticadas relacionadas ao tema. A maioria dos autores e instituições tratam o tema em textos curtos, pesquisas específicas, modelos pontuais, geralmente em blogs com dicas e instruções. Também encontramos traduções de conceitos jurídicos norte-americanos, *ipsis literis*.

Há um universo grande de conteúdo variado e de qualidade disponível on-line sobre startups. Muitos artigos, entrevistas e vídeos sobre conceitos e estratégias de criação das startups. Encontramos pontos riquíssimos, detalhes jurídicos fundamentais no ciclo de vida das startups, mas sentimos falta de um conteúdo amplo, que ofereça visão jurídica do todo pertinente ao tema. Sentimos falta de uma abordagem *holística* do Direito relacionado às startups, capaz de oferecer conteúdo sistemático. Neste ensaio entendemos a empresa startup como um organismo de dinâmica particular, com questões próprias incomparáveis às de uma corporação clássica.⁴

2. DIMENSÃO CONCEITUAL

2.1 ORIGEM DO TERMO STARTUP

A origem deste fenômeno econômico data da segunda metade do Século XX nos EUA. A influência norte-americana é direta em todos os sentidos – jurídicos ou não – relacionados ao tema startup. Para entender as startups é importante saber que se trata de um modelo forjado nos EUA no pós-Segunda Grande Guerra, quando o fomento e a gestão das pesquisas de guerra federais nas universidades e centros de excelência norte-americanos precisaram se reinventar. Sem a guerra e sem os recursos federais, o que fazer com as inovações científicas norte americanas?⁵

4 MALONE, Michael S. *Exponential Organizations: Why new organizations are ten times better, faster, and cheaper than yours (and what to do about it)*. Singularity University, 2014.

5 ANTE, Spencer E. **Creative Capital: Georges Doriot and the Birth of Venture Capital**. 1a. edição. Boston: Harvard Business Press, 2008.

A startup é um fenômeno organizacional recente que surge no epicentro do antigo mercado de *venture capital* – em português, capital empreendedor. De uma forma ou de outra, *venture capital* existe desde os primeiros dias da atividade comercial como conhecemos. A monarquia espanhola e os investidores italianos que financiaram a viagem transatlântica de Cristóvão Colombo foram, em certo sentido, investidores *venture capital*. Mas foi apenas na segunda metade do século XX, por volta de 1960/1970, que o financiamento tipo *venture capital* tornou-se uma indústria de grande escala profissional mundo afora, como a conhecemos hoje.

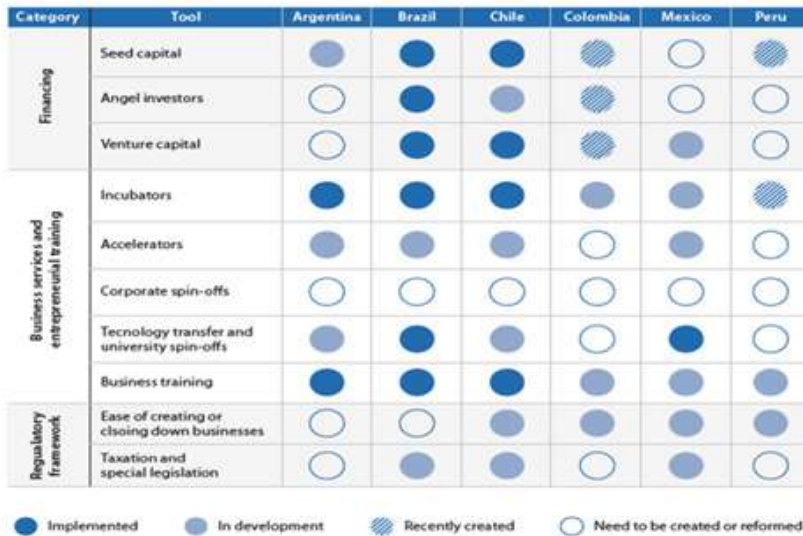
Instrumento fundamental no desenvolvimento de mercados de capitais e economias emergentes, o *venture capital* tem se destacado no Brasil. É o tipo de investimento que envolve a participação em startups, através da aquisição de ações ou de outros valores mobiliários (debênture conversíveis, bônus de subscrição, entre outros), com o objetivo de obter ganhos expressivos de capital a médio prazo (5 a 7 anos).

Através do *venture capital*, startups que pretendem crescer depressa e se transformar em grandes companhias passam a dispor de oportunidades adequadas para financiar o seu crescimento, com apoio para a criação de estruturas adequadas de governança, lucratividade e sustentabilidade futura do negócio. O *venture capital* está relacionado a empreendimentos em fase inicial, em geral *startups*. A essência do investimento está em compartilhar os riscos do negócio, selando uma união de esforços entre empreendedores e investidores para agregar valor à empresa investida. Os investimentos podem ser direcionados para qualquer setor que tenha perspectiva de grande crescimento e rentabilidade a longo prazo.

A empresa startup é um modelo econômico que fomenta a inovação. E a inovação, por sua vez, é considerado um importante fator de diferenciação competitiva e crescimento sustentável do faturamento de empresas e do PIB de nações. No Brasil, a primeira onda que identificamos das startups surgiu por volta de 1998, durante a bolha da Internet global. Depois do estouro, já por volta dos anos 2000, apenas alguns poucos empreendimentos sobreviveram. Muito pouco se fez em toda a América do Sul até que, em 2007, ocorre a venda da Akwan para o Google e, em 2009, a venda do Buscapé para a Naspers. Essas operações marcaram o início de uma onda de interesse por startups em todo o Brasil, o que contribuiu para outros casos de sucesso.

Países da América Latina têm investido em instrumentos e mecanismos de suporte à criação e ao desenvolvimento de *startups* tais como incubadoras, parques tecnológicos e programas de subvenção e financiamento, embora o ambiente geral pró-empresendedorismo apresente relevantes barreiras burocráticas, fiscais e econômicas. Especificamente no caso da América Latina, a OCDE (2013) ressalta que o Brasil responde por

50% do *venture capital* da região, equivalente a cerca de 0,27% do PIB, bem como apresenta, no âmbito latino americano, uma destacada estrutura de suporte às startups, conforme vemos no quadro a seguir:



Targeted policy tools to promote start-ups in Latin America: A comparison between countries, 2012- OCDE

2.2 DEFINIÇÕES DA EMPRESA STARTUP

Selecionamos abaixo algumas definições de startup por diferentes atores do ecossistema de empreendedorismo e inovação – global e local:

FONTE	CONCEITO
Wikipedia	<p><i>“a startup company or startup is a company, a partnership or temporary organization designed to search for a repeatable and scalable business model. These companies, generally newly created, are in a phase of development and research for markets. The term became popular internationally during the dot-com bubble when a great number of dotcom companies were founded.”</i></p>

Ycombinator ¹	<i>“a startup is a company designed to grow fast. Being newly founded does not in itself make a company a startup. Nor is it necessary for a startup to work on technology, or take venture funding, or have some sort of ‘exit’. The only essential thing is growth. Everything else we associate with startups follows from growth.”</i>
Lean Startup ²	<i>“a startup is an organization formed to search for a repeatable and scalable business model.”</i>
Endeavor Brasil ³	“uma empresa emergente de grande potencial.”
Startup Brasil ⁴	“empresas nascentes de base tecnológica de até 4 anos de existência que desenvolvam produtos/serviços inovadores utilizando software, hardware ou serviços de TI.”
Associação Brasileira de Startups	“são empresas em fase inicial que desenvolvem produtos ou serviços inovadores, com potencial de rápido crescimento. Algumas empresas já consolidadas no mercado como o Google, Yahoo, Ebay, Apple, Facebook também já foram consideradas startups.”

Sebrae	“uma empresa nova, até mesmo embrionária ou ainda em fase de constituição, que conta com projetos promissores, ligados à pesquisa, investigação e desenvolvimento de ideias inovadoras. Para ser considerada uma startup, a empresa deve ainda seguir alguns padrões e estar dentro de um perfil específico. Por ser jovem e estar implantando uma ideia no mercado, outra característica das startups é possuir risco envolvido no negócio. São empreendimentos com baixos custos iniciais e são altamente escaláveis, ou seja, possuem uma expectativa de crescimento muito grande quando dão certo.”
Anjos do Brasil ⁵	“empresas nascentes com alto potencial de crescimento.”
Revista Exame	“uma startup é um grupo de pessoas à procura de um modelo de negócio repetível e escalável, trabalhando em condições de extrema incerteza.”
<p>1 Ycombinator é uma aceleradora de startups que já investiu em mais de 1.300 startups e ajudou na criação de ícones como Dropbox e Airbnb. Disponível em: <http://www.paulgraham.com/growth.html>. Acesso: 10 de outubro.</p> <p>2 Um dos principais métodos de criação e desenvolvimento de startups adotado pela comunidade de empreendedores mundo afora chama-se <i>Lean Startup</i>. Disponível em: <https://steveblank.com/2010/01/25/whats-a-startup-first-principles/>. Acesso 04 de novembro de 2016.</p> <p>3 Endeavor é uma organização não governamental que, de acordo com sua missão institucional, existe para multiplicar o número de empreendedores de alto crescimento e criar um ambiente de negócio no Brasil. base tecnológica nacionais e erminadas r do Novo Ctores p base tecnológica nacionais e erminadas r do Novo Ctores p</p> <p>4 Startup Brasil é uma iniciativa de fomento às startups brasileiras financiada pelo Governo Federal.</p> <p>5 A Anjos do Brasil é uma organização sem fins lucrativos criada com o objetivo de fomentar o crescimento do <i>investimento-anjo</i> para apoio ao empreendedorismo de inovação brasileiro.</p>	

Do ponto de vista científico, quem melhor conceituou o termo startup no Brasil foi o Professor Emérito da UFPE em Ciência da Computação, Sílvia Meira,⁶ ao afirmar que “startups são novos negócios inovadores de crescimento empreendedor”:

6 MEIRA, Sílvia Lemos. **Novos negócios inovadores de crescimento empreendedor no Brasil**. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2013.

- Novo é um negócio que começou a existir há pouco tempo. Um negócio é novo se ele tem menos de mil dias de vida, ou seja, cerca de três anos.
- Novo negócio inovador é o que muda (ou está tentando mudar) o comportamento de agentes no mercado.
- Crescimento empreendedor, em um mercado que cresce 'x%' ao ano, é crescer '5x%', '10x%', ao ano – ou mais.

2.3 A STARTUP É UM ARRANJO INSTITUCIONAL COMPLEXO

Da simples leitura das definições acima selecionadas percebe-se, com clareza, pontos característicos similares entre os conceitos apresentados. Nós adotamos a compreensão de que a startup, no âmbito do Direito pátrio, caracteriza-se como sendo um *arranjo institucional complexo*, a partir de quatro premissas fundamentais. Primeiro, para explicar a natureza e o funcionamento das startups faz-se necessário um olhar multidisciplinar (Economia, Direito, Administração, Ciência Política, Sociologia, Antropologia entre outros). Segundo, para investigar a funcionalidade econômica e eficiência das startups, faz-se necessária a compreensão das leis, dos contratos e das formas organizacionais. Terceiro, no ciclo de vida da startup há motivações econômicas que desencadeiam e/ou influenciam processos de mudança institucional. Quarto, faz-se necessária a compreensão das várias interfaces entre o sistema econômico e instituições jurídicas que condicionam as atividades e transações econômicas.⁷

Relevante destacar as questões ligadas aos *custos de transação*⁸ de uma startup. O ponto de partida da economia dos custos de transação é a consideração de que a startup não possui apenas os custos de produção, mas também os custos de transação. Resumidamente os *custos de transação* nada mais são do que os recursos econômicos destinados a planejamento, elaboração, negociação e monitoramento do *feixe de contratos* que é uma startup. No Brasil, os aspectos jurídicos relacionados às star-

7 Nossa definição de startup se dá a partir das teorias da empresa sob a ótica da *Nova Economia Institucional*. Disponível em: <<http://epge.fgv.br/we/Direito/NovaEconomiaInstitucional/2008?action=AttachFile&do=get&target=neil.pdf>>. Acesso: 10 de outubro de 2016.

8 A economia de custos de transação foi desenvolvida – ainda que não exclusivamente – por Williamson (1975, 1981 e 1985), a partir dos trabalhos pioneiros de Coase (1937). Essa teoria afirma que os *custos de transação* mudam conforme as características da transação e do ambiente competitivo. São dois os pressupostos básicos que sustentam a teoria dos custos de transação: (i) a racionalidade limitada dos agentes econômicos e (ii) o oportunismo presente nas ações dos agentes econômicos.

tups são por si só os maiores custos de transação inerentes a este *arranjo institucional complexo*.

O crescimento e a expansão econômica de uma startup tendem a aumentar os *custos de transação* em diferentes dimensões. Algumas atividades deixam de ser realizadas por causa de custos que não compensam sua realização, trazendo enorme insegurança jurídica às *startup*: contratos deixam de ser formalizados, registros deixam de ir à cartório, impostos são negligenciados e funcionários são contratados como terceiros, por exemplo.

No Brasil esse aumento nos *custos de transação* se dá, na maior parte das vezes, pelo que vulgarmente o mercado chama de *burocracia*.⁹ Impressiona a quantidade de cadastros, registros, autorizações, taxas, licenças e carimbos que a startup brasileira precisa compreender, preencher, solicitar, buscar, pagar, confirmar e superar. Como enfrentar tanta hostilidade jurídica? Quais os ajustes a serem feitos na legislação em vigor?¹⁰ Quais as características fundamentais para fomentarmos, no Brasil, esse novo modelo econômico que é a startup?

Trata-se de um modelo organizacional que cresce rapidamente. Veja-se, por exemplo, como o recém-criado Grupo 500 Startup¹¹ se apresenta diante desse novo mercado:

500 Startups is a global venture capital seed fund and startup accelerator based in Silicon Valley with over \$250M in committed capital. We have invested in a wide variety of technology startups all over the world, currently over 1,500 companies since our inception in 2010, including: Credit Karma, Grab, Twilio (NYSE: TWLO), Udemy, Ipsy, TalkDesk, Intercom, MakerBot (acq'd by SSYS), Wildfire (acq'd by GOOG), and

9 A palavra burocracia se refere aos trabalhos e trâmites administrativos da coisa pública, realizados por funcionários e servidores públicos submetidos à hierarquia dos cargos e a rígidas normas de procedimentos, o que por vezes torna seu trabalho lento, inexorável, irritante e enfadonho aos que dele dependem.

10 Em trâmite no Congresso Nacional, há Projetos de Lei que tratam questões pontuais, como isenção fiscal específica para startups. Para fomento às startups, há uma série de desafios que o país precisa superar: (i) o sistema complexo de impostos, que gera um aumento nas taxas a serem pagas pelas startups e pelos investidores; (ii) o sistema regulatório dos negócios, que é complicado e consome tempo e dinheiro de quem quer começar e fechar uma startup; (iii) as leis restritivas de trabalho, que tornam um desafio o momento em que é preciso escalar o negócio de maneira rápida, criando problemas a longo prazo; (iv) o sistema de educação defasado e aversão cultural ao empreendedorismo, que reduzem a quantidade de capital humano para a criação de tecnologias. crescimento escalável'dinamismo dos este tipo no Brasil.e startups no Brasil. Fiates? Startup Brasil? a seguinte forma: um inforgrescimento escalável'dinamismo dos este tipo no Brasil.e startups no Brasil. Fiates? Startup Brasil? a seguinte forma: um inforg

11 <<http://500.co/>>. Acesso: 10 de outubro de 2016.

Viki (acq'd by Rakuten). Our team of 150 people manage seed investments in 20 countries and speak over 25 languages. We run Accelerator programs emphasizing internet marketing and customer acquisition, design and user experience, and lean startup practices and metrics. Our Distro team and programs deliver growth marketing and investment for seed-stage companies. Our investment team and mentor network has operational experience at companies such as PayPal, Google, Facebook, YouTube, Yahoo, LinkedIn, Twitter and Apple.

3. DIMENSÃO PRÁTICA: O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO VS O MODELO ECONÔMICO STARTUP

O conceito de startup ainda confunde bastante, principalmente pela multiplicidade de empresas, áreas, produtos e diferentes modelos de negócio. Muitos confundem o fato de as startups terem estruturas enxutas e acham que esse é o ponto que as define. Mas não é.

O que classifica uma empresa como startup é o seu crescimento e seu planejamento para escala. Uma startup tem toda sua estratégia montada com o objetivo de crescer o mais rápido possível. Seus produtos devem ser reproduzíveis e escaláveis, e sua estrutura, simplificada. As startups são empresas recém-criadas, mas isso não é uma regra. Isso não as define, tampouco indica sua função maior.

A função precípua do modelo econômico da empresa startup é o crescimento rápido. O ordenamento jurídico brasileiro fomenta ou atrapalha o rápido crescimento das startups nacionais? Como o ordenamento pátrio se comporta diante do recente fenômeno da startup? Aqui cabe o questionamento: quais são as forças contrárias que dificultam, no Brasil, os *novos negócios inovadores de crescimento escalável*?

O Direito Brasileiro não absorve o dinamismo das startups. Destacamos as seguintes dificuldades fundamentais (i) o sistema de impostos é complexo e gera muita insegurança; (ii) o sistema regulatório dos negócios consome tempo e dinheiro de quem quer começar e fazer crescer – ou fechar – uma empresa; (iii) as leis de trabalho são restritivas e tornam um desafio o momento em que é preciso escalar o negócio de maneira rápida.

Mesmo com tantas dificuldades, o ecossistema de startups no Brasil cresceu e se encontra em sua fase inicial de formação – ou ‘primeira infância’. Em qualquer lugar do mundo a realização do sonho da startup precisa do Direito para acontecer. E essa parte, no Brasil, não é simples. Aqui, o

sistema de leis, normas, regulamentações e autorizações é inimigo a startup e responsável pelo tal *Custo Brasil*.¹²

Em relatório divulgado pelo Banco Mundial,¹³ o Brasil ficou na 116ª posição no ranking divulgado em 27/10/2015 sobre a facilidade de fazer negócios em 189 países. Startup é, antes de mais nada, uma intenção de se fazer negócio. O estudo leva em consideração fatores como a facilidade de abrir empresas, obter crédito e conseguir eletricidade. Por exemplo: para se começar um negócio no Brasil demora 83 dias e são necessários 11 procedimentos.

Considerando-se outros indicadores isolados, que são avaliados no conjunto para a elaboração do referido ranking do Banco Mundial, o Brasil também ocupa posição ruim. No pagamento de tributos, o país está perto dos últimos colocados, em 178º. O tempo médio que um empreendedor precisa para preparar, apresentar e pagar impostos é de 2,6 mil horas por ano. Ou seja; 216 horas/mês para fazer cumprir as exigências tributárias. A média na América Latina – considerada alta pelo Banco Mundial – é de 361 horas por ano. De fato, é preciso unificar as legislações dos 5,5 mil municípios brasileiros e fazer o mesmo com as das 27 unidades da federação.¹⁴

Tamanha burocracia causa enorme incerteza jurídica. A startup trabalha durante anos, um dia acorda e descobre que deve todo seu patrimônio – e de seus sócios – em impostos. Muitas vezes porque nem sabia que deveria ter pago tal e qual imposto. Outras vezes em virtude de diferenças na interpretação da legislação tributária. Como por exemplo o que aconteceu quando da emissão do Ato Declaratório 7/2014, da Receita Federal do Brasil, que criou enorme insegurança acerca dos tributos incidentes sobre os pagamentos efetuados ao exterior, em contrapartida ao aluguel de *data-center*.

Na gênese da startup está o custo médio para se começar a empreitada, o que inclui impostos, taxas de registro e assim por diante: quanto menor esse custo, melhor para quem vai abrir uma startup. Ainda de acor-

12 O *Custo Brasil* é a designação dada aos custos da burocracia que é empreender no Brasil. No âmbito do Direito Trabalhista, por exemplo, refere-se aos custos adicionais ao contrato de trabalho, como FGTS, bônus de férias, décimo terceiro salário.

13 Relatório *Doing business 2015* do Banco Mundial. Disponível em: < <http://www.doingbusiness.org/rankings>>. Acesso: 19 de outubro de 2016.

14 O advogado mineiro Vinícios Leoncio consolidou a legislação tributária brasileira. O livro pesa 7,5 toneladas, tem 41 mil páginas e lista todas as regras adotadas no Brasil por municípios, estados e pela união. De acordo com o Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT), em 25 anos de Constituição, entre 1988 e 2013, foram editadas 309,1 mil normas tributárias, uma média de 31 por dia. Somente 7,6% delas estavam em vigor em outubro de 2013. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2014/03/1430486-normas-tributarias-do-brasil-viram-livro-de-41-mil-paginas-e-75-toneladas.shtml>>. Acesso: 18 de outubro de 2016.

do com o Banco Mundial, para o empreendedor brasileiro é seis vezes mais penoso arcar com os custos de um novo negócio do que, por exemplo, para um chileno¹⁵ – não por acaso o Programa Startup Chile¹⁶ tem atraído a atenção de muitas startups brasileiras.

Há, no Brasil, inovação de ponta, desenvolvida por professores formados nos melhores centros de pesquisa do mundo. Há também boa quantidade de startups devido a questões culturais e econômicas que remetariam às reflexões de Darcy Ribeiro em *O povo brasileiro - A formação e o sentido do Brasil*¹⁷ sobre, entre outras coisas, nossa capacidade de adaptação.

Dentre os desafios específicos para se fomentar o mercado de startups no Brasil, podemos citar os seguintes: (i) repercussão de decisões judiciais na esfera trabalhista sobre o patrimônio pessoal dos gestores; (ii) obrigatoriedade de publicações de balanços e outras informações em jornais, e não pela Internet; (iii) obrigatoriedade legal de saída do regime tributário do Simples para que as empresas possam se constituir como *sociedade anônima* e receber investimentos de Fundos; e (iv) criação de incentivos tributários adequados para investimentos em startups pré-operacionais com altíssimo risco.

Como navegar por mares tão revoltos? Como decidir o melhor regime, “lucro presumido” ou “lucro real”? E quando mudar de um regime para o outro? E a questão dos incentivos municipais em relação ao ISS: o que fazer para garantir o pagamento do mínimo constitucional, de 2%, em vez de 5%? Aos que trabalham com produtos, a dificuldade de cálculo e pagamento do ICMS por estado da federação. E, quando tudo dá certo e a startup é vendida, paga-se o Imposto sobre Ganho de Capital que, a depender da forma de pagamento acertada na venda da startup, é complicado calcular o montante exato e prever a data correta para recolhimento aos cofres públicos.

A escolha de um tipo societário para uma startup em atuação no Brasil não é uma tarefa simples; além de definir as regras do relacionamento entre os sócios da startup, os poderes de diretores e a forma de deliberação de alguns temas relevantes à empresa, a escolha também traz

15 NUCCIO, Dony De. **Nasce um empreendedor: dicas, provocações e reflexões para quem quer começar um negócio próprio**. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2016.

16 Segundo seu próprio site “Start-Up Chile is a program created by the Chilean Government that seeks to attract early-stage, high-potential entrepreneurs to bootstrap their startups using Chile as a platform to go global. The end goal of this program is to position Chile as the innovation and entrepreneurship hub of Latin America”. Foi criado em 2010 e inspirou programas semelhantes, como o startup Brasil, em 2013. Disponível em: <<http://startupchile.org/>>. Acesso: 10 de outubro de 2016.

17 RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: formação e sentido do Brasil**. 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

consequências quanto ao regime de apuração de tributos devidos pela startup. Ingresso no *Simples Nacional*, por exemplo: enquanto é permitido que *sociedades limitadas* possam se inscrever no programa, é vedado o enquadramento no *Simples*: (i) das empresas constituídas sob a forma de *sociedade anônima*; (ii) das empresas que tenham sócio no exterior; (iii) das empresas cujo capital participe de entidade da Administração Pública e (iv) das empresas que tenham débitos perante o INSS, a Fazenda Estadual, Federal ou Municipal.¹⁸

Por se tratar de negócios nascentes, muitas vezes não são assinados contratos de trabalho (CLT), e, em muitos casos, as startups optam por fazer a contratação de profissionais autônomos, comumente conhecidos como “PJs”, por constituírem pessoas jurídicas para tanto. Isso deve ser motivo de preocupação e deve ser avaliado em uma auditoria pois, aos olhos das Cortes brasileiras, ainda que tais PJ's não tenham assinado contratos de emprego, seus titulares podem ser considerados como empregados, eventualmente fazendo jus a verbas análogas recebidas por funcionário com contrato trabalhista e cobrar verbas como se o fosse.

Além disso, os créditos trabalhistas têm uma série de privilégios em relação aos demais credores perante a legislação e podem, inclusive, atingir o patrimônio dos sócios. De maneira geral, a rotina trabalhista, bem como o enquadramento dos empregados de acordo com a legislação trabalhista, são pontos muito sensíveis às startups e podem criar responsabilidades a serem administradas no futuro, por isso esse é um ponto que deve ser analisado e planejado com cautela.

Vamos considerar, por exemplo, que uma startup queira contratar um empregado e deseja pagar R\$ 1.000,00 reais líquidos por mês para ele. Quanto esse empregado vai custar de verdade? A considerar INSS, FGTS, 13º Salário, vale transporte, vale alimentação, hora extra, adicional noturno; o salário a pagar de R\$ 1.000,00 se transforma em cerca de R\$ 1.500,00 – um aumento aproximado de 50%.

Em algum momento ao longo do ciclo de crescimento da startup, far-se-á necessário o relacionamento com o sindicato da categoria respectiva. Os sindicatos foram criados para representar funcionários oprimidos diante do *ferro e fogo* da industrialização e suas linhas de produção – o que não é o caso das startups, onde quem serve o cafezinho é o CEO. Funcionários de uma startup não precisam da proteção de sindicatos; eles têm discernimento e capacidade social para se sustentar de outras formas, não se encontrando em relação de exploração trabalhista de qualquer sorte. Funcionários de uma startup têm plena condição de conseguir outros

18 Guia de investimento Anjo & documentos legais. Anjos do Brasil. Disponível em: <http://www.anjosdobrasil.net/uploads/7/9/5/6/7956863/guia_investimento_anjo_v2.pdf>. Acesso: 11 de outubro de 2016.

empregos a qualquer momento. São profissionais com nível de educação superior e pós-graduação, às vezes com mestrado e doutorado. Não precisam que outrem, no caso o Sindicato, lhes protejam em suas relações profissionais.

Diante de tantas dificuldades jurídicas, e apesar de algumas histórias de sucesso, no Brasil a grande maioria das startups falham antes de dois anos de sua criação. Operando em ambiente caótico, evoluindo rapidamente e com inúmeras incertezas, enfrentam pressão intensa em relação ao tempo de entrega e estão expostas à concorrência implacável. Para ter sucesso nesse ambiente, as startups precisam estar prontas para se adaptar e adaptar seus produtos a novas exigências de mercado, mesmo com poucos recursos disponíveis para cumprir essa missão.

4. DIMENSÃO PROCEDIMENTAL: QUESTÕES JURÍDICAS DO CICLO DE VIDA DAS STARTUPS NO BRASIL

Embora a história de cada startup apresente particularidades, há um caminho a ser trilhado que se repete. E, quanto mais conhecido for esse caminho, melhor para o fomento do ecossistema de inovação brasileiro. Por isso iniciamos este mapeamento das principais atividades jurídicas no ciclo de vida de uma startup.

Na elaboração desta versão preliminar do mapeamento buscamos despertar atenção às questões jurídicas mais relevantes nas diferentes etapas do ciclo de vida de uma startup, considerando as seguintes fases: descoberta, validação, eficiência, escala, desinvestimento (ou fechamento da Startup).¹⁹

Neste tópico indagamos o que a startup deve fazer em relação às questões jurídicas. Se Steve Jobs, Bill Gates, Sergei e Larry fossem empreendedores brasileiros, o que eles teriam que gerir, dentro das regras do Direito Brasileiro, para criar a Apple, a Microsoft e o Google no Brasil?

4.1. A FASE DE DESCOBERTA

Ideação ou *descoberta* é a fase na qual um empreendedor ou grupo de empreendedores têm uma ideia. Nessa etapa, toda a startup está apenas na cabeça do empreendedor ou empreendedores. Existem muitas hipóteses, ideias e mercados em potencial, mas nenhuma certeza ou verificação. O momento é de colocar a ideia no papel, pesquisar o mercado-alvo, dese-

¹⁹ Disponível em: < https://s3.amazonaws.com/startupcompass-public/Startup-GenomeReport1_Why_Startups_Succeed_v2.pdf>. Acesso: 18 de outubro de 2016.

nhar a visão estratégica, elaborar as primeiras planilhas de custos e alinhar o compromisso futuro dividindo responsabilidades, direitos e obrigações.

As startups são atividades econômicas organizadas para produção e circulação de bens e/ou de serviços. Em geral, no Brasil tal organização das atividades econômicas é realizada por meio da constituição de sociedades. As sociedades são institutos dotados de personalidade jurídica, compostas pelo interesse comum de cada um de seus sócios. Em linhas gerais, na origem das startups, os sócios investem nas sociedades empresárias por meio de *contribuições pecuniárias ou com bens*,²⁰ que passam, então, a integrar o *capital social* da startup. Em contrapartida, os sócios recebem títulos representativos de suas parcelas no capital social de tais startups (isto é, as quotas ou ações, dependendo do tipo societário adotado). Cada um de tais títulos confere aos sócios o direito de participar nas deliberações e processos decisórios das startups, bem como direitos econômicos para participar nos lucros e resultados obtidos por elas.

Para fins de gerenciamento interno das startups, os sócios devem decidir quem exercerá o cargo de administrador (ou CEO – *chief executive officer*), que possuirá amplos poderes e prerrogativas para representar a startup perante terceiros, dando vida ao sonho dos sócios-fundadores. Devem ser eleitos como administradores indivíduos que possuam *expertise* na área de atuação da startup e que não tenham qualquer tipo de impedimento legal. No exercício de suas atividades, os CEO das startups deverão sempre buscar observar os seus deveres de diligência, empregando sempre o máximo de cuidado na condução da administração; e de lealdade, sendo-lhes vedado praticar qualquer ato que seja danoso à startup, em benefício próprio ou de terceiros.

Nessa fase inicial da startup, em que empreendedores iniciam o processo de criação da solução inovadora para atender a um problema de mercado, surgem os primeiros custos de transação e os primeiros investimentos são aportados na startup, geralmente por familiares, amigos ou pelos próprios empreendedores.

É comum que a startup tenha que apresentar sua ideia para investidores (mesmo que nesse momento sejam amigos e familiares). Na hora de preparar tal apresentação, o chamado *pitch*,²¹ é importante tomar alguns cuidados. É aconselhável que se faça uma apresentação sem dados confi-

20 Entenda-se por *contribuições pecuniárias ou com bens* o seguinte: (i) o pensamento e o conhecimento criativo e/ou científico dedicado à startup; (ii) os recursos econômicos e/ou financeiros colocados à disposição da startup; (iii) o network no mercado desejado para atração de vendas estratégicas; (iv) o time; e (v) a atração de novos clientes. Esses, ao nosso ver, são recursos essenciais ao desenvolvimento de uma startup.

21 Plano de Negócio para Startups: Disponível em: < https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/eusocio-site/docs/Guia_Eusocio_1.pdf >. Acesso: 19 de outubro de 2016.

denciais da startup, ou seja, uma apresentação que contenha informações relevantes, mas que não revele os segredos do negócio. A partir de outras interações, e do interesse das partes, uma segunda apresentação mais detalhada poderá ocorrer. O *Non Disclosure Agreement* (NDA), um acordo de confidencialidade, geralmente é assinado entre empreendedores e investidores no início das conversas, para proteção de ambas as partes, principalmente da startup, em relação à divulgação das informações sobre o seu negócio.

Recomenda-se identificação clara de um modelo de contratação entre os criadores, ou sócios-fundadores. Deverá ser firmado um Memorando de Entendimentos, ou *Term Sheet*, um documento preliminar em que se estipulam as principais condições da sociedade. Esse documento é um guia para as futuras discussões. É nesse documento que estarão as premissas básicas do futuro Acordo de Acionistas e os principais pontos que irão reger a relação entre os sócios.

Na elaboração do Memorando de Entendimentos, faz-se necessária a negociação dos direitos e responsabilidades de cada parte envolvida na fase de descoberta. Por exemplo: questões como a quem pertence a propriedade intelectual da solução inovadora são críticas para que se garanta o retorno futuro dos investimentos que se iniciaram nessa fase e que, dado que ainda não há recursos sendo gerados, o risco é enorme, tanto para os investidores, como para os empreendedores iniciais da startup.

Mesmo nessa fase inicial, uma startup com alto grau de informalidade pode afastar potenciais investidores.

4.2. A FASE DE VALIDAÇÃO

É o momento de elaboração de um protótipo funcional (ou MVP)²² e do recebimento de *feedbacks* e validações dos usuários/clientes. É nessa fase que toda a fundação da startup deve ser construída, tanto em relação ao produto e/ou serviço, como em relação aos aspectos negociais, como, por exemplo, a formalização e registro da empresa, a contratação do contador, a busca do primeiro cliente e a seleção de equipe pré-operacional. Nessa fase todas as hipóteses levantadas na etapa anterior de *ideação* ou *descoberta* serão aceitas ou refutadas, *pivotando* até que se confirmem todas as premissas – ou não. A startup que não se provar na fase de validação não deve atingir a fase posterior; sendo melhor, no caso, optar pelo mecanismo do *stop-loss*.

22 RIES, Eric. **The Lean Startup: How today's entrepreneurs use continuous innovation to create radically successful businesses**. New York: Crown Business, 2011.

As startups estão sujeitas a uma série de formalizações perante aos órgãos e autoridades governamentais brasileiros. Inicialmente, os atos constitutivos serão levados para registro perante a junta Comercial do estado em que está situada a sede da startup. Os sócios que vão constituir a empresa redigem um *contrato* ou *estatuto social* e registram esse contrato na junta comercial. Adquire-se a personalidade jurídica através do registro na Junta. A ausência de registro torna a atividade empresarial irregular, impedindo à startup o usufruto dos benefícios do empresário regular, por exemplo o acesso ao crédito facilitado,²³ a tributação reduzida²⁴ e responsabilidades jurídicas específicas.²⁵

A personalidade jurídica faz com que a startup adquira titularidade negocial, patrimonial e processual próprias. É com a personalidade jurídica que a startup passa a ter nome próprio, patrimônio próprio, titularidade para negociar e capacidade para figurar em ações judiciais. Sem personalidade jurídica, quem responde em todas essas situações são os próprios sócios da empresa pessoal – com patrimônio pessoal – ilimitadamente.

Em seguida ao deferimento do registro na junta comercial, as sociedades deverão obter suas inscrições e manter atualizados certos registros (tais como o Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, CNPJ), matrículas municipais e estaduais de toda sorte. Na eventualidade de se admitirem sócios estrangeiros nas sociedades, serão, ainda, exigidos documentos e registros específicos para fins do Banco Central do Brasil.

A partir desse momento de formalização em cartório da startup enquanto sociedade empresária, é fundamental que se implemente uma cultura embrionária de formalização, governança e conformidade de processos na startup. Todos os compromissos, direitos e obrigações da startup devem estar registrados e firmados – inclusive as *sideletters*. em um momento futuro de fusão ou aquisição da startup uma simples auditoria desses documentos deve ser suficiente para compreender e administrar o que foi acordado, mesmo sem a presença das pessoas envolvidas na negociação propriamente dita. Quando da avaliação da startup, valerá o que está escrito e assinado – e que seja passível de auditoria.

Nessa fase se inicia a elaboração dos primeiros contratos da startup com terceiros. Os contratos são uma ferramenta jurídica elementar no ciclo de vida das startups. Desde o seu início, a startup deve manter uma

23 Acesso ao crédito facilitado: o mercado oferece menores taxas de empréstimo à pessoa jurídica.

24 Tributação reduzida: a pessoa jurídica permite a possibilidade de escolha do regime de tributação.

25 Responsabilidade específica: é o patrimônio da empresa que responde pelos atos praticados no exercício profissional, preservando o patrimônio dos sócios, pessoa física.

boa gestão dos seus contratos. O contrato, quando documentado, traduz, em termos jurídicos vinculantes, a operação econômica combinada. A figura jurídica do contrato é tão importante para a startup que, na evolução da *Teoria da Empresa*, é famosa a definição de empresa enquanto um *feixe de contratos*.

Contrato é um acordo, um encontro entre as vontades de duas ou mais partes, que estabelece direitos e obrigações a respeito de uma operação econômica. Na prática, a formação de um contrato requer: (i) negociações preliminares; (ii) documentos intermediários; (iii) diligências e opiniões; (iv) troca de minutas; e (v) assinatura.²⁶ As principais lições em relação à negociação e à elaboração de contratos é estar atento ao que escrever (documentar), certificar-se de que entende o que assina e fazer uma boa gestão dos termos e condições contratuais. Mas atenção: para haver contrato, por vezes não é nem mesmo preciso assinar um documento. Para haver responsabilidade, por vezes não é nem mesmo preciso haver um contrato.

A ruptura injustificada, mesmo na fase inicial das negociações de um contrato, pode gerar obrigação de indenizar em relação às expectativas legítimas da outra parte. Já a ruptura justificada diminui ou exclui o dever de indenizar.

Para uma boa negociação de contrato recomenda-se saber quais direitos a startup deseja, quais obrigações pode cumprir, quais riscos pode assumir, quais obrigações quer poder exigir da outra parte e quais riscos quer transferir para a outra parte. A estrutura comum de um contrato deve contemplar: (i) objeto; (ii) níveis de serviço; (iii) remuneração; (iv) vigência; (v) propriedade intelectual; (vi) confidencialidade; (vii) descumprimento e multas; (viii) responsabilidade e indenização; (ix) garantias; (x) extinção; (xi) solução de conflitos. Mas de nada adianta um documento bem-feito se a startup não seguir o que tiver sido combinado.

Após assinatura contratual, a startup deve se preparar e implementar boas práticas de *compliance* para observar prazos, atentar para os períodos de renovação, enviar documentos e relatórios conforme exigidos e assim por diante, buscando sempre a melhor gestão dos contratos firmados.²⁷

No caso dos contratos com clientes, destacamos as seguintes preocupações e riscos: se algum cliente importante de uma hora para outra

26 A assinatura de um contrato pode se dar por meio físico ou por meios digitais (a escolha de um dos modelos de formalização deve levar em consideração praticidade, conveniência, análise de implicações jurídicas no caso concreto, exigências legais).

27 Disponível em: < <https://endeavor.org.br/cursos/direito-empendedor>>. Acesso: 19 de outubro de 2016.

não pagar, que alternativas a startup gostaria de ter à disposição? Nem sempre a startup tem uma carteira suficientemente diversificada a ponto de não sentir grande impacto no faturamento. O problema é maior se a startup faz investimentos para poder cumprir um pedido que depois é cancelado. Se isso acontecer, que direitos a startup gostaria de ter?

Algumas alternativas jurídicas precisam ser aprendidas logo no início do ciclo de vida da startup. Podemos prever multas por atraso, multas punitivas e indenizações pré-fixadas. Outras medidas que podem constar nos contratos com os **clientes** são: a interrupção da entrega, a execução de garantias, a limitação de responsabilidade, os prazos determinados e as demandas mínimas garantidas. As indenizações que a startup deve procurar garantir precisam ser calculadas de forma a cobrir pelo menos os investimentos feitos para atender aos pedidos. Ter contratos com prazos determinados, ou com demandas mínimas confirmadas, que garantam certa estabilidade na relação com os clientes, conta bastante na avaliação de uma startup.

A startup também deve procurar limitar o seu risco de frustrar ou causar prejuízos aos clientes. Negociar *SLAs* (*Service Level Agreements*) para alinhar expectativas é uma alternativa importante, assim como limitar o montante de indenizações a que a startup pode estar sujeita.

Ainda nessa fase, um planejamento tributário deve ser feito antes de a startup iniciar suas atividades propriamente ditas. Um planejamento tributário adequado precisa ter conhecimento sobre o que deve ser pago – sejam os impostos diretos e/ou impostos indiretos.²⁸

Não existe um regime de tributação mais benéfico às startups, devendo cada um ser estudado individualmente. O ideal é realizar simulações e fazer a opção por sistemática mais favorável, que tenha como consequência a menor carga tributária. Ou seja; recomendamos que as startups realizem cálculos, visando subsídios para tomada de decisão pela forma de tributação, estimando-se receitas e custos, com base no orçamento anual ou valores contábeis históricos, devidamente ajustados em expectativas realistas. A opção deve recair para aquela modalidade em que o pagamento de tributos busque a forma correta e mais econômica, atendendo às limitações legais de cada regime.

28 São impostos diretos e/ou indiretos os seguintes: (i) os impostos incidentes sobre o lucro; (ii) o imposto de renda de pessoa jurídica; (iii) a contribuição social sobre lucro líquido; (iv) os impostos incidentes sobre receitas, a exemplo da contribuição ao programa de integração social - PIS, da contribuição ao programa de contribuição para o financiamento da seguridade social - COFINS e do imposto sobre serviços - ISS; (v) a contribuição para financiamento da seguridade social; (vii) o incidente sobre folha de salário; (viii) as contribuições previdenciárias.

Os principais riscos da informalidade são muitas pesadas pelo não recolhimento de tributos ou descumprimento de obrigações acessórias, possibilidade de atingir patrimônio dos sócios e administradores em certas situações, possíveis repercussões criminais e a não emissão de certidões de regularidade fiscal que podem prejudicar as atividades da startup.

Geralmente nessa fase se dá o início da contratação dos primeiros funcionários e o recolhimento integral dos direitos e tributos trabalhistas. É preciso atentar, pois as exigências legais da CLT se aplicam a todos os funcionários indistintamente – seja o CEO ou o office-boy, a tutela é a mesma. A CLT é uma lei que não considera o nível salarial do tutelado, o porte da empresa nem a natureza do objeto, tampouco as diferenças de mercado de trabalho Brasil afora – a lei que serve aos funcionários de uma startup da cidade de São Paulo é a mesma que serve aos funcionários de uma mineradora na cidade de Calçoente, no Amapá – um verdadeiro disparate.

Quem é o “empregado”? Empregado, ou funcionário, é toda pessoa física que presta, pessoalmente, serviços contínuos a alguém, no caso o empregador, sob a subordinação deste, mediante pagamento de salário.

Contratar empregados por meios que afastem o vínculo empregatício, de modo a exonerar o empregador do pagamento de verbas às quais o empregado tem direito, é considerado fraude. Exemplos de fraude: contratação de empregado como prestador de serviço pessoa jurídica (“pejotização do empregado”). O empregado cria uma pessoa jurídica e o empregador o contrata como pessoa jurídica, assim supostamente afastando o vínculo pela falta de requisito “pessoa física”. O empregado, nesse artifício, deixa de receber as verbas devidas pelo empregador. Outro artifício que *maquia* a relação de emprego é quando o empregador afirma que o empregado não é seu dependente, ou seja, que entre ele e o empregado não há subordinação, mas, na verdade, o empregado deve cumprir horários e metas que lhe são impostas pelo empregador.

Haverá relação de emprego se o contratado para prestar os serviços for uma pessoa física determinada – *princípio da pessoalidade*. Empregado é a pessoa certa e determinada, que não pode ser substituída por outra. Segundo, os serviços devem ser contínuos – *princípio da habitualidade*. Habitualidade é a continuidade do serviço prestado, a não eventualidade. Terceiro, o empregado está sujeito às determinações do empregador – subordinação. O empregador apresenta direitos sobre a atividade do empregado. Quarto, o trabalho é desempenhado mediante contraprestação em dinheiro ou algum outro bem que se expresse em dinheiro – *onerosidade*. Quinto, o empregado utiliza infraestrutura e equipamentos do empregador (ex: computador e telefone celular).

Após o término do processo de seleção é importante informar ao escritório de contabilidade contratado que a empresa admitirá um novo em-

pregado, pois será necessário informar ao Ministério do Trabalho tal contratação (CAGED, RAIS), bem como registrar o empregado, abrir conta do FGTS (e-social), incluí-lo na folha de pagamento e recolher a contribuição sindical, caso não tenha sido recolhida no ano. O prazo para anotação da CTPS do empregado é de 48 horas. Após anotada a CTPS do empregado, ela deve ser devolvida imediatamente, assinando o empregado um recibo.

Após a contratação do empregado, recomendamos: (i) a assinatura de um *termo profissional de confidencialidade e propriedade intelectual*; (ii) a explicação das regras do banco de horas;²⁹ (iii) os horários de entrada e saída e eventuais normas específicas impostas por clientes.

Em caso de demissão de empregados solicitar a prévia da rescisão ao contador, incluindo a indenização de 40% do FGTS, se for o caso, FGTS do mês, e encargos, para saber o valor total que será gasto. Em contato com o contador, informar-se acerca dos prazos e documentos exigidos pelo Sindicato para homologação de rescisões. Demitir o empregado de forma discreta, com a presença apenas de indispensáveis. Entregar, no ato da comunicação da dispensa, aviso prévio e orientações acerca da realização do exame médico demissional, obtendo a assinatura do empregado no documento. Caso ele se recuse a assinar, obtenham a assinatura de uma testemunha.

Vale ainda mencionar algumas questões que fazem parte da cultura organizacional das *startups*: *home-office*, por exemplo, não está previsto em Lei. O mais seguro é negociar com o sindicato, mediante a inserção, em Contrato Coletivo, de autorização para a prática de *home-office*. O formulário de controle do *home-office* pode ser uma planilha com a identificação do empregado, horas autorizadas pela chefia direta, o horário de início e fim, além do total de horas do dia.

A startup deve se informar sobre a existência de *dissídios coletivos* que se apliquem ao seu segmento de atuação. E, em determinado momento ao longo do caminho, a startup é obrigada, por lei, a firmar Acordo Coletivo com sindicato. No caso, por exemplo, da criação de um Programa de Participação nos Lucros e Resultados, ou da criação de um *banco de horas* para compensação de horas extras. No Acordo Coletivo a maior parte das cláusulas são padrão e enviadas pelo sindicato. Há, no entanto, alguns pontos de devem ser considerados com atenção: (i) reajuste salarial (ii) valores do vale refeição e do vale transporte – que, como se sabe, não fazem parte do salário; (iii) a política do seguro de saúde; (iv) o horário de funcionamento da empresa; e (v) o limite no valor da contribuição sindical.

29 Banco de horas é o sistema por meio do qual o acréscimo da jornada de um dia é compensado por meio de folgas. A principal característica é que as horas extras deixam de ser pagas aos empregados, já que são concedidas folgas compensatórias.

Como não há regulamentação sobre o procedimento a ser adotado pelo sindicato na formalização do Acordo Coletivo, o bom relacionamento com o Sindicato é crucial. Em tese, o processo pode ser bastante simples, com poucos custos para a empresa. Geralmente o custo maior se dá quando há reuniões presenciais com os funcionários fora da empresa, na sede do sindicato. Essa agenda demanda tempo dos funcionários, durante o expediente. E não há quórum mínimo – a rigor, se todos os funcionários quiserem estar presentes numa reunião sobre o Acordo Coletivo no sindicato, não se pode fazer nada. Daí a necessidade, na prática, de um bom relacionamento com o sindicato, para que os acordos e formalizações se deem com o mínimo de impacto na operação.

Existe a possibilidade de estruturação de diferentes modalidades de *planos de opções e/ou de ações* como estratégia de atração e retenção de *cérebros* (parceiros, colaboradores e funcionários que tiverem uma contribuição e perspectiva de altíssimo valor agregado aos objetivos da startup). Nesses casos, devem ser analisadas as questões tributárias e trabalhistas envolvidas na criação de um *plano de opções*, que, quando *plano de opções* mal elaborado, torna-se mais uma pedra da legislação pátria ao dinamismo que a startup deseja para prosperar.

Por fim, nessa fase, sugere-se verificar se a empresa conta com algum produto patenteável, em caso positivo, deve-se certificar de que existe a patente ou de que já foi dada entrada no processo junto ao INPI. Sugere-se ainda a verificação de que já foi feito o registro da marca, se for o caso.

Nos contratos de trabalho dos empregados, nos contratos de prestação de serviços com os fornecedores e nos acordos firmados entre os sócios devem constar que a cessão de todos os *direitos de invenção e autorais*³⁰ sobre os produtos e/ou serviços desenvolvidos que sejam inerentes e relacionados ao objeto da startup.

No Brasil, os softwares têm proteção equiparada aos direitos autorais, e, portanto, a menos que sejam cedidos à empresa, pertencem a quem criou aquele programa. Por isso é importante que a startup verifique se esses direitos já foram cedidos a outrem, por meio de um termo de cessão ou qualquer outro contrato dessa natureza, também deve ser feita a verificação de marca, e quaisquer outros inerentes ao negócio. Em uma startup, produtos e processos de produção devem apresentar o máximo de

30 Os contratos de cessão de propriedade intelectual são usados para garantir que todas as invenções sejam cedidas para a startup, a fim de evitar conflitos futuros com funcionários, sócios etc., que tenham colaborado com a invenção, e não prejudique a capacidade produtiva da startup por questões de marcas e patentes. Em muitos casos, a patente e a marca sequer são registradas. Isso pode gerar grandes prejuízos, já que o direito brasileiro opera com o sistema de prioridade temporal de registro – ou seja, o direito é de quem pedir o registro primeiro.

características proprietárias e de inovação capaz de diferenciar a startup de seus concorrentes, proporcionando vantagens competitivas explícitas.

É ao final dessa fase que podemos afirmar o surgimento de um negócio a ser administrado de fato – antes apenas um plano, um protótipo e um teste de mercado. Ao final das validações necessárias, entende-se que a startup terá percorrido determinado caminho, terá recebido investimentos na ordem de R\$ 2 milhões,³¹ via investidores-anjo³² e subvenções econômico-financeiras de editais públicos.

4.3 A FASE DE EFICIÊNCIA

A partir dessa etapa, a startup vive um paradoxo: precisa se provar escalável com baixos custos, mas também precisa de governança e transparência. O objetivo é crescer depressa, mantendo baixos os custos tanto de produção quanto de transação e, ao mesmo tempo, ajustar o fluxo de informações entre funcionários, sócios-empresendedores e investidores-anjo. Em algum momento a startup necessariamente se transformará em uma S/A – sobretudo se o número de sócios aumentar e já não mais houver *affectio societatis*³³ entre todos os sócios.

Somente com boa administração a startup conseguirá avançar. O momento de alavancagem precisa ser bastante bem planejado. É preciso mapear as principais dificuldades, os gargalos de crescimento, planejar uma ação para cada um deles, ter um plano de médio ou longo prazo.

Nesse estágio, os contratos com fornecedores devem se dar apenas mediante emissão de nota fiscal. A contratação de prestadores de serviço que emitam nota fiscal garante que não haverá qualquer sonegação de impostos e que a legislação tributária será cumprida.

Startups que dependem de poucos fornecedores podem ficar especialmente vulneráveis a solavancos do mercado, como altas acentuadas de preços de matéria-prima. Que tipo de proteção a startup gostaria de ter contra esses riscos? Mesmo que a relação com os principais fornecedores seja antiga e aparentemente tranquila, é recomendável que se tenha

31 Disponível em: < <http://www.abvcap.com.br/industria-de-pe-vc/empreendedorismo-e-inovacao.aspx?c=pt-br> >. Acesso: 18 de outubro de 2016.

32 O investidor-anjo é normalmente um empresário/empresendedor/executivo que já trilhou uma carreira de sucesso, acumulando recursos suficientes para alocar uma parte (normalmente entre 5% a 10% do seu patrimônio) para investir em startups ou novas empresas, bem como aplicar sua experiência apoiando os empreendedores com mentoria. Vide < www.anjosdobrasil.net >.

33 A *affectio societatis* é a intenção das partes em constituir e manter uma sociedade com determinadas pessoas, é a afinidade entre os sócios.

um plano alternativo para o caso de alguém interromper as entregas de uma hora para a outra.

Na relação contratual com os fornecedores, destacamos as seguintes garantias jurídicas a serem negociadas: multas por atraso, multas punitivas e indenizações pré-fixadas. Outras medidas cabíveis de se estipular em contrato são: a retenção de pagamentos, a recusa de entrega malfeita, a execução de garantias, a substituição do fornecedor, o encerramento rápido do contrato, a regulação dos riscos de fatos imprevisíveis.

Toda startup deve saber que litigar em uma relação contratual não costuma ser uma boa alternativa. Assim, a startup deve buscar soluções que evitem processos contra fornecedores, e vice-versa. Em recente pesquisa, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aponta que, em média, um processo judicial pode levar cerca de nove anos para ser resolvido.³⁴ Negociar formas de pagamento favoráveis é uma das alternativas mais úteis para a startup, pois o risco de não receber desestimula o fornecedor a descumprir suas obrigações.

Como mecanismo de solução de conflitos observa-se um crescimento do uso da *cláusula de arbitragem* pelo ecossistema nacional de startups, como forma de evitar a morosidade e imprevisibilidade das Cortes brasileiras.

Nessa fase, a principal dificuldade é a burocracia e a departamentalização da startup. A busca pela eficiência não é apenas para duplicar o que já se faz. Para se escalar, é preciso implantar processos e controles, chegar a um custo viável. Esse processo de transformação é bem difícil, sobretudo do ponto de vista jurídico. No Brasil, não temos tantas startups que passaram dessa fase.³⁵

Outra questão que deve ser analisada é se o diferencial competitivo da empresa conseguirá se manter com o crescimento do negócio. Se, por exemplo, o diferencial é o atendimento, como preservá-lo com o crescimento escalável da startup?

Com boa gestão, a startup amplia seu portfólio de produtos e/ou serviços, conquista mais clientes, cresce em termos de vendas e faturamento, multiplicando seu valor de mercado. A complexidade dos aspectos tributários aumenta, geralmente demandando altos custos de transação para entendimento e planejamento da eficiência no recolhimento dos impostos.

34 Jornal Nacional edição do dia 17 de outubro de 2016. Disponível em: < <http://g1.globo.com/jornal-nacional/edicoes/2016/10/17.html>>. Acesso: 19 de outubro de 2016.

35 Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/pme/noticias/4-fases-que-sua-startup-precisa-superar-para-dar-certo>>. Acesso: 17 de outubro de 2016.

Uma vez validadas todas as premissas da startup, é hora de dar foco em distribuir o produto para todos os potenciais consumidores que têm o problema que a startup resolve. Para isso, a startup precisa aprender a encontrar seus clientes ideais e a se comunicar com eles de forma precisa, montando as primeiras peças de uma máquina de vendas.

É hora de revisitar o Memorando de Entendimentos firmado na fase de descoberta e avançar com as negociações mais complexas entre os sócios até criar um Acordo de Sócios, isto é, um contrato firmado entre os sócios que visa regulamentar os mais diversos aspectos de suas relações.

Nesse acordo, os sócios precisam criar formas de evitar conflitos nos casos em que um discorde do outro, pois o valor do negócio pode cair se não houver o mínimo de transparência. Trata-se de um encontro entre as vontades dos sócios que estabelece direitos e obrigações a respeito de uma operação econômica. O principal objetivo é traçar direitos e obrigações juridicamente vinculantes que possam ser objeto de cobrança no futuro em caso de desentendimento. O Acordo serve para regular certos aspectos da startup, como a forma de gestão e governança, as opções de compra, os direitos de voto, de veto, as restrições de venda, os novos sócios, as linhas gerais do negócio, a não competição, dentre outros.

Além das questões mencionadas em relação aos empregados, vale mencionar às startups sobre as figuras jurídicas trabalhistas do *profissional autônomo*, do *representante comercial* e do *estagiário*:

O trabalhador autônomo não está subordinado, e a prestação de serviço geralmente é realizada de forma eventual. Os autônomos recebem rendimentos por recibo de pagamento de autônomo (RPA) ou nota fiscal (NF).

A relação de *representante comercial* está regulada por lei específica e todos eles devem estar registrados no conselho regional. Os representantes comerciais possuem direitos específicos (por exemplo: direito a indenização em caso de rescisão contratual, fora dos casos previstos por lei) e, em regra geral, não são considerados empregados. A rigor, os representantes comerciais possuem poder de gestão e representação da startup e são considerados empregados de alto-escalão da startup. São remunerados via pró-labore e não recebem adicional por hora extra.

A relação de *estágio profissional* trata-se de ato educativo escolar supervisionado para estudantes. O estagiário não é considerado empregado por determinação legal. Há regras definidas por lei específica que prevê eventual concessão de benefícios, além de salário (bolsa estágio).

Na medida em que a startup cresce, é preciso saber quem toma as decisões e quais os processos pelas quais essas decisões são tomadas. É

o que tecnicamente se denomina *governança corporativa*,³⁶ o conjunto de práticas que regulam a maneira como uma empresa é dirigida, administrada e controlada.

A boa governança tem por finalidade preservar e otimizar o desempenho de uma startup ao proteger as diversas partes envolvidas, tais como investidores, empregados, credores, clientes e fornecedores. Princípios e práticas da boa governança podem ser aplicados a qualquer tipo de organização, independentemente de seu porte, natureza jurídica ou tipo de controle. Incentivamos fortemente sua observância pelas startups, sobretudo nessa fase, uma vez que tais práticas agregam valor e, muitas vezes, sustentabilidade aos negócios. A fase de eficiência é um bom momento para se fazer o ajuste fino nas práticas de governança da startup.

Os investidores possivelmente poderão conceder novas oportunidades de investimento se o negócio tiver com governança, ainda que sem lucros. Mais difícil de realizar novos investimentos caso tenha sido percebida má-fé, negligência, imprudência ou imperícia dos administradores, gestores ou controladores da startup.

Independentemente das formas jurídicas de acordo com as quais a Startup tenha sido constituída no passado, nessa fase a startup deve se transformar em uma S/A, com elaboração de *acordos de acionistas* detalhados, definindo os direitos e garantias econômicos e financeiros dos sócios, empreendedores e investidores.

Nesse estágio a startup deve avançar com os princípios de governança, como criação de conselhos, funções da Diretoria Executiva, proteção aos minoritários, voto qualificado e todas as condições que vão pautar o relacionamento entre os seus *shareholders* e *stakeholders*. Ao final dessa fase, entende-se que a startup terá um faturamento de aproximadamente R\$ 5 milhões e terá recebido investimentos na ordem de 2 a 5 milhões, via fundos de *venture capital*.³⁷

4.4. A FASE DE ESCALA

A fase de escala é o momento em que a startup já achou a melhor forma de crescer e agora tem esse único objetivo, o último estágio de uma star-

36 O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) apresenta definição ampla de governança corporativa, a saber: "Governança corporativa é um sistema que dirige e monitora as sociedades, envolvendo os relacionamentos entre acionistas/cotistas, conselho de administração, diretoria executiva, auditoria independente e conselho fiscal. Assegura aos sócios-proprietários o governo estratégico da empresa e a efetiva monitoração da diretoria executiva".

37 Disponível em: <<http://www.abvcap.com.br/industria-de-pe-vc/empreendedorismo-e-inovacao.aspx?c=pt-br>>. Acesso: 18 de outubro de 2016.

tup antes de virar uma empresa consolidada. Aqui o que importa é crescer. A startup já sabe qual é o produto, quanto custa adquirir clientes e já recebeu investimento. Se a empresa não se provar nessa etapa, o projeto deixa de existir como foi pensado até então.

O *Startup Genoma Project* mostrou que a primeira causa de morte das startups de Internet nos Estados Unidos é justamente a escalada prematura do negócio (70% dos 3,2 mil negócios pesquisados não estavam preparados para crescer e morreram ao tentar fazê-lo). O escalonamento pode ser considerado prematuro por diversos motivos. O mais comum deles é o nível inadequado de aperfeiçoamento da ideia central do projeto.

O *Startup Genome* mostra ainda que as equipes das startups que escalavam prematuramente eram até três vezes maiores do que as que conseguiram ter um crescimento consistente durante o mesmo estágio de vida. As empresas que se mostravam mais afobadas em crescer eram as que tinham mais chances de falhar. Durante o estágio em que deveriam estar validando suas ideias, as startups inconsistentes eram 2,2 vezes mais inclinadas a tentativas de venda de seu produto do que de testes.³⁸

Saber o momento certo de alavancar uma startup não é exatamente algo trivial. Nesse estágio, o importante é que a startup esteja apta a ser aprovada em uma investigação e análise conduzida durante um processo de *due dilligence*,³⁹ que avalia e mensura os riscos e as oportunidades do negócio. Trata-se de uma etapa fundamental, sem a qual não é possível concretizar uma operação de investimento de montantes maiores. Deve ser natural a uma startup, nessa fase do ciclo de vida, estar organizada de forma a cumprir todas as exigências de um processo rigoroso de *due dilligence*.

É fundamental entender como se realiza essa investigação, quais áreas serão avaliadas, informações a serem corretamente levantadas, documentos a serem encontrados ou elaborados, para atender prontamente às solicitações legais. Os bons resultados de uma *due diligence* impactam positivamente no valor de um negócio. Uma startup organizada, sem passivos e com a documentação legal – atas, registros de propriedade intelectual, funcionários legalizados, impostos – em dia leva uma imensa vantagem sobre qualquer empresa não organizada. Uma startup com práticas de *due diligences* internas terá preferência dos investidores.

A startup bem administrada cresceu, multiplicou-se e está faturando de R\$ 5 a R\$ 100 milhões. Nesse processo recebeu cerca de R\$ 5 a 30 mi-

38 Disponível em: < <http://exame.abril.com.br/pme/noticias/4-fases-que-sua-startup-precisa-superar-para-dar-certo>>. Acesso: 18 de outubro de 2016.

39 Disponível em: < <http://www.abvcap.com.br/Download/Guias/3193.pdf>>. Acesso 18 de outubro de 2016.

Lhões de investimentos via fundos de *venture capital* e *private equity*. Momento em que, geralmente, os primeiros empreendedores e investidores vendem suas participações iniciais e colocam algum dinheiro no bolso. São altíssimos os custos de transação para a execução dessas *operações de investimento estruturado*.⁴⁰ É necessária a elaboração de contratos complexos, que determinam as responsabilidades dos sócios que saem, dos sócios que ficam e dos sócios que entram. Também é preciso esclarecer as formas de pagamento da compra e venda das participações societárias, entre outros tantos aspectos.

4.5. FASE DE DESINVESTIMENTO (OU ENCERRAMENTO)

Por outro lado, caso a startup não tenha se provado no mercado e enfrente a bancarota, os sócios envolvidos continuam responsáveis por cinco anos – ou mais, caso a startup tenha se beneficiado de incentivos fiscais.

Os custos de transação envolvidos no encerramento da startup se tornam expressivos, dado que perduram por longos anos.

5. CONCLUSÃO: O DIREITO BRASILEIRO REGE MAS DESCONHECE AS STARTUPS

O termo *startup* se tornou conhecido internacionalmente no final da década de 90, a partir da influência dos EUA, durante a primeira bolha da internet. No Brasil a disseminação do termo se dá um pouco mais tarde, entre 2005 e 2010.

Atualmente no Brasil startups são facilmente confundidas com micro ou pequenas empresas (MPE). É um erro dizer que uma startup é uma MPE, pois ela pode – ou não –, ao longo da sua história, tomar a forma de uma MPE. Se a startup atingir seus objetivos de longo prazo, provavelmente terá que se transformar em uma sociedade anônima (S/A).

As questões jurídicas relacionadas a uma startup no Brasil, de tão complexas, precisam de uma boa administração – somente assim se consegue prosperar. Ao bom gestor dos *direitos e obrigações* de uma startup, faz-se necessário compreender a estratégia dos empreendedores e dos investidores à frente da startup para então recomendar o melhor caminho. São muitas as possibilidades de uma empresa recém-criada e com forte potencial de crescimento. São muitas as decisões a serem tomadas, diariamente.

40 Disponível em: <<http://www.abvcap.com.br/Download/Guias/3020.pdf>>. Acesso: 18 de outubro de 2016.

A ciência jurídica por detrás do mapeamento que ora propomos é bastante dinâmica – o que requer a contratação de advogados para compreensão de caso a caso. Em nenhum momento nos propomos a concluir ou definir o Direito aplicável às startups como sendo algo estático e genérico – o que sabemos não ser. Nosso intuito tem sido identificar os principais aspectos jurídicos aplicáveis a esse recente fenômeno econômico mundialmente conhecido como startup, que surgiu no epicentro do *venture capital* mundial e brasileiro há apenas 15 anos. Concluimos que a startup detém dinamismo próprio que o Direito Brasileiro rege, mas desconhece.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTE, Spencer E. **Creative Capital: Georges Doriot and the Birth of Venture Capital**. 1a. edição. Boston: Harvard Business Press, 2008.

MALONE, Michael S. *Exponential Organizations: Why new organizations are ten times better, faster, and cheaper than yours (and what to do about it)*. Singularity University, 2014.

MEIRA, Silvio Lemos. **Novos negócios inovadores de crescimento empreendedor no Brasil**. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2013.

NUCCIO, Dony De. **Nasce um empreendedor: dicas, provocações e reflexões para quem quer começar um negócio próprio**. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2016.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: formação e sentido do Brasil**. 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

RIES, Eric. **The Lean Startup: How today's entrepreneurs use continuous innovation to create radically successful businesses**. New York: Crown Business, 2011.

DISCRICIONARIEDADE, RACIONALIDADE E ESTADO DE DIREITO¹

João Marcelo da Costa e Silva Lima²

1. INTRODUÇÃO

Alguns doutrinadores da geração passada do Direito administrativo, como Hely Lopes Meirelles, explicavam que a discricionariedade seria “(...) o [poder] que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade ampla de escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo” (MEIRELLES, 2013, p. 126), e que o instituto se aplica a “[t]odos aqueles casos em que a lei não tenha disciplinado de forma vinculada, atuando, dessa forma, no espaço livre da lei” (GUERRA, 2010, p. 8). Além disso, os autores menos recentes do direito administrativo atribuíam à discricionariedade a característica de “vinculação negativa”, ou “fraca”, à lei. Para eles, a discricionariedade seria, portanto, uma permissão para o Administrador agir “diante da abertura legislativa” por meio da “integração de conceitos jurídicos indeterminados” (GUERRA, 2010, p. 9). Por isso – seguia o argumento desses juristas –, o controle judicial de decisões discricionárias tomadas por membros da Administração Pública deveria ser menos intenso, e em geral restrito a vícios formais do processo de tomada de decisão (ausência de competência, por exemplo).³

1 O autor agradece os valiosos comentários e sugestões de Fernando Leal, Eduardo Jordão, José Vicente de Mendonça, Thiago Araújo e João André Lima a versões anteriores deste trabalho.

2 Bacharel em Direito, FGV Direito Rio; Mestrando em Direito da Regulação, FGV Direito Rio. Advogado.

3 A rigor, a discussão sobre a intensidade do controle de decisões vinculadas ou discricionárias é distinta da discussão sobre quais são os espaços em que o administrador deve agir com ampla margem de liberdade (decidindo discricionariamente). Neste texto, os dois assuntos serão analisados conjuntamente. A razão para tanto

Referindo-se a essa geração de administrativistas, Binenbojm nota que “durante muito tempo – sem que isso provocasse maior polêmica – a discricionariedade era definida como uma margem de liberdade decisória dos gestores públicos, sem qualquer remissão ou alusão aos princípios constitucionais” (BINENBOJM, 2008, p. 3). Mas as polêmicas polêmicas finalmente chegaram. Surgiram perguntas como: (i) se a discricionariedade se manifesta no “espaço livre” da lei, ela se manifesta necessariamente *fora* do Estado de Direito e, no limite, *fora* do próprio Direito?;⁴ (ii) o ato de decidir discricionariamente pressupõe decidir sem vinculação a regras?; e, *se concluirmos que decidir discricionariamente significa decidir sem vinculação a regras*, (iii) só existe Estado de Direito (um emaranhado de ideários por vezes aparentemente incompatíveis, como veremos adiante) se tomadas de decisão forem guiadas por regras?

De certo modo endereçando essas perguntas, doutrinadores como Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, passaram a entender a discricionariedade como “a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal” (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 436).

Ainda mais recentemente, Justen Filho definiu discricionariedade de maneira similar, i.e., como “(...) o modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto, respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico” (JUSTEN FILHO, 2011, p. 206). Outra evidência atual dessa tendência de valorização de um conceito de discricionariedade “regulado” pelo Direito (embora não necessariamente por regras) é a observação de Binenbojm sobre a transformação do instituto a partir de sua “constitucionalização”. Nas palavras do autor, “a discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para se convolar em um resíduo de legitimidade, a ser

é que, a nosso ver, um dos fatores que determina a intensidade do controle judicial (talvez o principal) é justamente se a decisão é tomada discricionariamente (quando o tomador de decisão não age com ampla liberdade) ou de maneira vinculada (quando o tomador de não age com ampla liberdade).

4 Binenbojm comenta que: “Aliás, a discricionariedade representou, também, um movimento contraditório do direito administrativo em relação à própria legalidade, sobretudo a partir de quando esta passa a ser entendida como vinculação positiva à lei. De fato, no contexto de uma teoria que pretendia, em essência, a submissão integral da atividade administrativa à vontade do legislador, a discricionariedade pode ser vista como uma *in*submissão ou, pelo menos, uma *não* submissão. Todavia, contradição mais contundente que a mera existência dos atos discicionários é a constatação de que estes representam a grande maioria dos atos administrativos, dada a multiplicidade de situações que reclamam a atuação do Poder Público” (grifo no original) (BINENBOJM, 2008, p. 3).

preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei, com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa” (BINENBOJM, 2008, p. 8).

As noções de discricionariedade desses autores influentes convergem, em certo sentido. A discricionariedade passou a ser vista como o espaço de liberdade do administrador público *moldado pela lei e limitado pelo Direito*. Essa visão, embora seja um inegável avanço, pode incentivar o controle judicial em situações em que ele é desprovido de racionalidade, no sentido de que, mediante o controle, não se pode, nem remotamente, pretender que o sistema jurídico tenha condições de chegar à “melhor solução para o caso concreto” – para utilizar a expressão de Justen Filho.⁵

Mostraremos, neste texto, como o reconhecimento de algumas áreas de discricionariedade – i.e., situações em que é ou deve ser conferida ampla margem de liberdade ao administrador público – é *inevitável* e, inclusive, *desejável* em certas circunstâncias exploradas abaixo; uma tomada de decisão discricionária pode ser a *melhor decisão possível* nesses casos, o que justificaria, por sua vez, níveis menos intensos, ou, no limite, a ausência de controle judicial *sobre* essas decisões discricionárias. Também procuraremos explicar como o tipo de decisão discricionária inevitável – e desejável em pelo menos dois grupos de situações apresentadas em maiores detalhes abaixo – é compatível com a noção de Estado de Direito.

A tese que se submete a teste é a de que a mitigação da ideia tradicional de discricionariedade não pode levar ao controle excessivo de casos (i) envolvendo emergências ou outros fenômenos semelhantes, de alta imprevisibilidade, ou (ii) envolvendo questões que ultrapassam as fronteiras da ciência. Isso porque, pelo menos nesses casos, o controle judicial é desprovido de lógica, e a plena deferência judicial é compatível com o Estado de Direito.

Um último esclarecimento é necessário. Ao longo do trabalho, embora não afirmemos categoricamente que decidir discricionariamente significa *sempre decidir sem base em regras*, trabalharemos com uma definição simplificada de decisão discricionária: ela deve ser entendida como o ato de decidir sem vinculação a padrões de comportamento previamente fixados por autoridades competentes (i.e., por meio de normas com a estru-

5 É evidente que não existe – ou não se pode atingir – a *melhor decisão possível* quando se considera que são juízes e administradores de carne e osso que tomam decisões no mundo real, dentro de um contexto institucional complexo, que sujeita qualquer tomada de decisão a limitações inevitáveis. Isso é reconhecido por nós. Quando falamos, portanto, na *melhor decisão possível* ao longo deste texto, estamos nos referindo à melhor decisão dadas as condições materiais existentes e considerando que quem a tomou integra a instituição mais adequada para tomar aquela decisão. Sobre o tema da tomada de decisão e capacidades institucionais, *vide* SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian, 2002.

tura de regras), levado a cabo pela Administração Pública, com o objetivo declarado de chegar à melhor solução para um caso concreto.⁶ O conceito de discricionariedade que utilizamos a seguir é, portanto, o de um espaço de liberdade de ação conferido ao administrador público, insuscetível ao controle judicial.

2. DECISÕES DISCRICIONÁRIAS

O esforço de procurar diminuir a incerteza e arbitrariedade associadas à discricionariedade, capitaneada por autores como Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvania Zanella Di Pietro, Eros Grau e Sérgio Guerra, ganhou força com o fim do período de autoritarismo no Brasil, junto com o proces-

6 A doutrina ainda discute se a discricionariedade se manifesta automaticamente em situações envolvendo conceitos jurídicos indeterminados, ou se há outros requisitos (autorização legal, por exemplo) que devem estar presentes para que se tome uma decisão com base no instituto da discricionariedade. Eros Grau, por exemplo, entende que a discricionariedade deve ser atribuída expressamente por lei à autoridade administrativa – não decorre, portanto, da existência inevitável de conceitos jurídicos indeterminados que conduzem ao necessário uso, pelo operador do direito, da ferramenta da discricionariedade. Nas palavras do referido autor, “a discricionariedade não é consequência da utilização, nos textos normativos, de falsos, inexistentes – porque em verdade se trata de noções -, ‘conceitos indeterminados’” (vide, sobre o tema: GRAU, 2008, p. 222). A nosso ver, o argumento de Eros Grau é problemático, porque negar a relação entre discricionariedade e indeterminação do direito, conferindo a este último o caráter de incompatibilidade incontornável com o Estado de Direito, depende de uma ideia enviesada do que significa decidir com base num juízo discricionário (a ideia enviesada, ou talvez ancorada no passado, é a de que o juízo discricionário é um “descuido” ou “abuso de autoridade” mascarado, e não o resultado da incerteza estrutural e inevitável do Direito). Ademais, como se verá no texto, há circunstâncias em que não se pode pretender que a atuação com ampla liberdade dos administradores públicos seja expressamente autorizada pelo ordenamento jurídico, pois isso pressuporia que o sistema fosse capaz de prever situações muitas vezes imprevisíveis, e/ou marcadas por elevada incerteza. Não pretendemos nos alongar nesse embate, pois foge aos propósitos deste texto. Para os fins pretendidos neste artigo, consideraremos que o problema que o Direito enfrenta ao se debruçar sobre a intensidade do controle de decisões discricionárias é o mesmo enfrentado ao tratar da intensidade do controle de decisões tomadas com base em conceitos jurídicos indeterminados. Por exemplo, o art. 36 da Lei de Defesa da Concorrência, que lista de maneira não taxativa e aberta quais são os efeitos que levam à conclusão de que se configurou infração à ordem econômica (*vide*, sobre esse tema, MENDES, 2013). Assim, entendemos que o problema é o mesmo, por exemplo, (i) quando o Judiciário analisa se uma decisão tomada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) com base no conceito jurídico indeterminado de infração à ordem econômica previsto no art. 36 da Lei 12.529/2011 deve ser ou não mantida (o que pode envolver interpretar esse conceito jurídico indeterminado já interpretado pelo CADE); e (ii) quando o Judiciário se debruça sobre a revisão ou não de uma decisão tomada pela administração pública de maneira discricionária, tendo em vista que uma lei autoriza a administração pública a decidir discricionariamente, com base na conveniência e oportunidade (o que pode envolver interpretar se o juízo de conveniência e oportunidade foi abusivo).

so de redemocratização por que passou o país, especialmente a partir da promulgação da Constituição de 1988.

Durante o autoritarismo, a discricionariedade, além de outros conceitos jurídicos indeterminados e de extrema vagueza, como “interesse público” e “bem comum”, serviram de justificativa artificial para tomadas de decisão arbitrárias por tecnocratas insulados da sociedade civil. Ou seja, a discricionariedade administrativa era, historicamente, usada para justificar o arbítrio (MATTOS, 2006, p. 147). Foi por essa época que escreveu Hely Lopes Meirelles – o que explica o seu conceito de discricionariedade reproduzido na introdução do texto. Naturalmente, o contexto histórico e, em especial, os excessos ou abusos de poder cometidos sob o “manto” da discricionariedade impuseram a revisão do conceito, de modo a compatibilizá-lo à ordem constitucional pós-1988. Sobre esse momento, Krell narra que:

“O grande desafio do Estado de Direito era conciliar a tradicional liberdade decisória da Administração com a observância do princípio da legalidade, ganhando crescente popularidade a ideia de que a Administração Pública devia ser regulamentada, tanto quanto possível, sem lacunas pelas leis e controlada plenamente pelos tribunais. Nesse processo, a discricionariedade administrativa começou a ser considerada um “corpo estranho” dentro do Estado de Direito, um resquício da arbitrariedade do monarca, que deveria, por qualquer meio, ser eliminada” (grifo nosso) (KRELL, 2004, p. 2).

Alguns administrativistas que escreveram durante o processo de redemocratização constataram que a sociedade estava cada vez mais complexa, mas que, ao mesmo tempo, havia uma “verdadeira necessidade” de “habilitar a Administração Pública a agir com mais eficiência na organização dos serviços públicos e no atendimento das múltiplas demandas e reivindicações das sociedades industrializadas” (KRELL, 2004, p. 2). Por isso, eles buscaram compatibilizar o instituto com a noção genérica de Estado de Direito, e o fizeram não apenas advogando que a discricionariedade seja vista como um “espaço em que se confere ao administrador público liberdade ampla para agir, limitada pela lei e pelo direito”, mas também investigando e propondo métodos pelos quais as decisões tomadas com base nesse instituto poderiam tornar-se mais politicamente controláveis.

Esse trabalho de rever o conceito de discricionariedade, de modo a tornar a decisão discricionária gradativamente mais aberta à incidência do Direito e, por isso, sujeita ao controle se aprofundou com contribuições mais recentes. Marcos Paulo Veríssimo noticia, a esse respeito, que há uma tendência hoje à adoção de mecanismos diversos destinados a conter a li-

berdade de ação do agente público dentro dos limites do Direito, mediante teses doutrinárias de controle do ato discricionário pelo fim de controle da adequação do motivo, de controle da razoabilidade (i.e., do devido processo legal substantivo) e, de modo geral, da subsunção a princípios gerais do Direito (VERÍSSIMO, 2002, pp. 110-113). Entende-se que “sempre que a decisão administrativa for suscetível de alguma crítica à luz do Direito, estará aberta a via de controle do ato respectivo” (VERÍSSIMO, 2002, p. 113). Dessa forma (segue o raciocínio de quem defende essa leitura do conceito de discricionariedade), seria possível dizer que há compatibilidade entre a discricionariedade e o Estado de Direito; afinal, a decisão discricionária seria, ou pelo menos deveria ser, limitada pelo Direito, e o controle judicial garantiria que isso se materializasse em casos concretos.

Em sentido parecido, Vitor Schirato, ao se debruçar sobre o tema, nota que “(...) discricionariedade não mais é vista como liberdade absoluta do administrador público. Progressivamente, chega-se à concepção de que **discricionariedade é limitada e encontra no Direito claras contensões**” (grifo nosso) (SCHIRATO, 2008, p. 6). O referido autor entende que essa transformação do conceito de discricionariedade é o resultado (i) de uma mudança da concepção de legalidade, que passa a prever uma vinculação da Administração Pública ao Direito, e não apenas à norma que atribui competência ao administrador; e (ii) de uma necessidade de “processualizar” as decisões administrativas, que passam a existir não isoladamente, mas, sim, inseridas em um processo administrativo; sendo assim, mediante atos administrativos inter-relacionados, a Administração Pública pode comprovar o atendimento, no caso concreto, à finalidade da norma. Quanto ao primeiro ponto, Schirato, citando Floriano de Azevedo Marques Neto, nota que

“(...) **a ampliação da noção de legalidade trará como consequência o aumento do campo de apreciação do Poder Judiciário. A partir do momento em que são incluídos no âmbito da legalidade outros valores que não apenas a verificação da compatibilidade do ato com a norma criadora da competência, admite-se a análise do Judiciário de questões dantes consideradas insertas exclusivamente no mérito dos atos administrativos, quebrando-se o paradigma da insindicabilidade do mérito dos atos administrativos. (...) O aumento do controle é uma consequência necessária do aumento de discricionariedade no Estado Democrático do Direito**” (grifo nosso) (SCHIRATO, 2008, pp. 7-8).

O amplo reconhecimento da necessidade de compatibilizar a discricionariedade administrativa com o Estado de Direito, de modo a, em algum grau, preservar a existência do instituto no ordenamento jurídico, deve-se à verificação de que, ao mesmo tempo em que a organização

política das sociedades foi se aproximando dos pressupostos da democracia representativa, “ficou evidente que, perante a dinâmica do mundo moderno, no qual sempre vêm surgindo situações novas e imprevistas, que exigem uma atuação célere e eficaz da Administração, o legislador está impossibilitado de regulamentar todos os possíveis casos de modo antecipado e em detalhes” (KRELL, 2004, p. 2). Hoje o direito administrativo reconhece que essas mudanças na dinâmica das relações sociais e no mundo contemporâneo exigem que, em algumas circunstâncias – que devem ser consideradas como exceção –, a Administração Pública esteja autorizada a decidir com ampla liberdade, pois apenas desse modo o Estado terá, realmente, condições de alcançar a melhor solução em *alguns* casos concretos.

Essa ideia de que a discricionariedade é uma imposição – algo inevitável – decorrente da gradual “complexificação” do mundo não desqualifica a compatibilidade do instituto com o Estado de Direito, como se verá a seguir. Uma forma alternativa de entender a relação entre discricionariedade e Estado de Direito – que, para alguns, pode parecer óbvia, mas que precisa ser endereçada neste texto para que o seu argumento principal possa ser apresentado adequadamente – é mediante o estudo concatenado de dois pontos: (i) a racionalidade por trás do uso de regras versus decisões particularistas; (ii) a manifestação do conceito de Estado de Direito no mundo real. Passamos a esses dois pontos a seguir.

2.1 DECISÕES TOMADAS COM BASE EM REGRAS *VERSUS* DECISÕES PARTICULARISTAS

Se temos que aceitar, neste texto, que a decisão discricionária é aquela tomada sem vinculação *a regras*, precisamos entender para que servem, e sermos capazes, assim, de discernir entre as situações em que faz sentido estabelecê-las e aplicá-las e aquelas em que não faz. O espaço de aplicação da discricionariedade pode ser justamente esse em que não faz sentido utilizar regras para embasar decisões. Começemos com uma pergunta: de que forma embasar uma decisão em regras⁷ evita erros e melhora a sua qualidade?

Schauer fala em dois tipos de erros interdependentes:⁸ (i) aqueles resultantes de propriedades *inerentes* a regras: sobreinclusão e subinclusão.

7 Erros são aqui definidos como consequências da decisão diferentes daquelas compatíveis com uma aplicação particularista – i.e., casuística – da justificativa subjacente à regra e/ou teoria de justificação (*background justification*).

8 Como bem nota Schauer, “(...) a tentativa de reduzir a incidência de erros decorrentes de sobre ou sub inclusão provavelmente reduzirá a probabilidade de o decisor errar; inversamente, a tentativa de reduzir erros do decisor mediante a limitação

Podem materializar-se mesmo que se tente formular detalhadamente o âmbito de incidência de uma regra; e (ii) aqueles oriundos de decisões inadequadas a que chegaram os agentes ao tomar uma decisão particularista.⁹ Para Schauer, ao envolver, em maior ou menor grau, esses dois tipos de erros, o uso de regras para fundamentar decisões constitui uma solução *second-best* à determinação de padrões de comportamento. Em certo sentido, decisões discricionárias correspondem a decisões particularistas,¹⁰ o que não necessariamente significa que elas sejam *sempre* de melhor qualidade do que decisões com base em regras. Significa apenas que não são, a princípio, tomadas casuisticamente, sem vinculação a mandamentos rígidos, pré-estabelecidos, aplicados na forma “tudo ou nada”, e que objetivam permitir que se chegue à melhor solução para o caso concreto.

Regras são soluções *second-best* porque as *razões* que, em geral, as justificam – em lugar de aplicações particularistas da justificativa subjacente à regra (*background justification*), que pode vir a surtir melhores resultados, em determinadas condições – não necessariamente se realizam com a mesma intensidade, a depender do contexto. Assim, os valores que se buscam promover por regras – Schauer identifica o valor da equidade,¹¹

da discricionariedade resultará em sobreinclusão ou subinclusão” (tradução nossa) (SCHAUER, 1991a, p. 152).

9 Nas palavras de Schauer, “Livres para olhar tudo, tomadores de decisão frequentemente usam essa liberdade de forma pouco sábia, empregando os fatores que poderiam produzir o melhor resultado para produzir algo bem inferior” (tradução nossa) (SCHAUER, 1991a, p. 150).

10 Enquanto, em uma decisão baseada em regras, a generalização justifica a decisão, mesmo quando essa generalização causa problemas de sobreinclusão ou subinclusão, a decisão particularista é aquela que visa a aplicar a solução ótima para cada caso, e trata generalizações normativas apenas como aproximações temporárias e transparentes dos resultados melhores aos quais quem toma a decisão deve tentar chegar. *Vide*, a respeito dessa distinção, SCHAUER, 1991b.

11 Um dos aspectos mais conhecidos de regras é sua generalidade – não se aplicam a alguns casos; aplicam-se a todos aqueles em que se manifestar sua hipótese de incidência. O slogan usado para retratar essa categoria é: “*treat like cases alike*”. Ocorre, no entanto, que, inevitavelmente, a depender da complexidade do estado de coisas que a regra visa a regular, o escopo da regra suprime diferenças que podem ser relevantes para uma tomada de decisão mais justa e de melhor qualidade, “*treating as alike some cases that are not alike at all*” (SCHAUER, 1991a, p. 136). Não se promove a equidade (muito pelo contrário) pelo uso de regras em situações em que: (i) é impossível modelá-las sem suprimir diferenças factuais entre casos que sejam importantes para uma decisão seja qualificada como justa – em geral, isso ocorre quando o estado de coisas a ser regulado pela regra é muito complexo; ou (ii) não há razões para presumir que o agente encarregado de tomar a decisão será injusto na ausência de regras – ou seja, não há por que pensar que as regras evitam decisões particularistas de pior qualidade do que decisões baseadas em regras (que já são *second-best*). Por qualidade da decisão, refiro-me à compatibilidade dos resultados, no mundo real, da decisão com a justificativa subjacente à regra que a fundamentou (*background justification*).

o da certeza,¹² o da eficiência,¹³ o da estabilidade¹⁴ e o da cooperação¹⁵ – realizam-se em intensidades variadas, a depender do contexto. Em algumas circunstâncias, decisões particularistas promovem mais esses valores do que regras.

Ao examinar se vale a pena que um processo decisório se baseie em regras em vez de ser particularista, devemos avaliar a probabilidade de ocorrência dos dois tipos de erros mencionados acima (inerentes à regra

12 Outro valor possivelmente promovido por regras é a capacidade de promover a confiança e a certeza. A premissa é de que regras habilitam indivíduos racionais a prever as consequências jurídicas de suas ações e a agir conforme suas prescrições. Nesse caso, a regra age como elemento de simplificação da tomada de decisão. Levar a sério a propriedade “certeza” da regra significa sacrificar, dependendo do contexto, a capacidade de a regra se adaptar a mudanças e, conseqüentemente, fornecer os subsídios necessários à melhor qualidade da decisão. Portanto, a aplicação de regras rígidas só é desejável em contextos em que a certeza é algo importante a ponto de compensar a tomada de decisões subótimas. Seguindo essa lógica, decisões discricionárias deveriam ser tomadas apenas em situações em que a certeza não for tão importante assim.

13 Outro valor associado a regras é a promoção de maior eficiência. Uma maneira de ver o respeito a regras é pensar que se trata, na verdade, do cumprimento de decisões tomadas previamente por terceiros com competência para tanto (legisladores, reguladores, etc.). Regras exigem comportamentos estabelecidos *ex ante*. E as justificativas subjacentes a esses comportamentos não precisam ser posteriormente pensadas e “reestabelecidas” por indivíduos que atuam conforme regras. Isso evita uma duplicação de esforços na sociedade, o que, supostamente, promove a “eficiência”. Entretanto, regras, por serem atalhos de decisão, podem suprimir de consideração fatores que, num caso concreto, poderiam ser relevantes para a melhor tomada de decisão, o que leva Schauer a concluir que “*assessing the costs and benefits of rule-generated efficiency will again vary among decision-making environments*” (SCHAUER, 1991a, p. 148).

14 Outro valor comumente associado a regras é a garantia de certo nível de estabilidade. Uma regra nada mais seria que uma decisão, tomada hoje, de que é desejável mitigar variações decisórias no futuro – o que Schauer chama de estabilidade em sentido formal. Mas, como vimos até agora, nem sempre é possível nem desejável mitigar variações decisórias, pois elas podem produzir justamente os melhores resultados em casos específicos. Regras, afinal, reforçam o *status quo* e não necessariamente se adaptam a circunstâncias futuras da melhor maneira, i.e., para produzir os melhores resultados em casos concretos. Com efeito, ao impedir mudanças, reforçando o *status quo*, regras podem, em certas situações, criar instabilidade, ao invés de promover maior estabilidade. Ainda assim, a sua existência se justifica porque o particularismo decisório é incapaz de garantir níveis satisfatórios de estabilidade.

15 Também se diz que regras reduzem dificuldades de ação coletiva (*collective action*), quando a cooperação entre agentes de um grupo social gera resultados subótimos, o que ocorre se os incentivos para o desvio são altos. A bem dizer, a simplicidade das regras aumenta a correta compreensão da relevância das soluções delas decorrentes (*salience and easy recognizability*). E isso a custo baixo. Sem regras que indiquem um atalho para a correta compreensão da importância e das soluções delas advindas, o incentivo ao desvio individual dos comandos subjacentes às regras seria maior. Isso porque: (i) os agentes terão mais confiança para considerar que a modificação da regra – seu não cumprimento em um caso concreto, por exemplo – promoverá resultados ótimos; e (ii) um agente não saberá *ex ante* se outros agentes já se desviaram da regra da forma que ele pretende.

e a quem decide). Mais especificamente, precisamos saber (i) quem serão aqueles que tomam decisões – há os que são competentes e, por isso, chegam a decisões de boa qualidade, mas há também aqueles que não são competentes e tomam decisões de má qualidade; e (ii) qual o grau de variação de fatos que podem vir a razoavelmente se enquadrar no escopo da regra (e quais fatos são, em consequência, ignorados pela regra) – se o grau de variação dos fatos for muito alto, dificilmente uma regra conseguirá abranger um número considerável deles, e justificar sua existência. Quando o risco do prejuízo decorrente de (i) for maior do que o prejuízo decorrente de (ii), a melhor solução será um processo de tomada de decisão com base em regras. Por outro lado, quando o prejuízo decorrente de (ii) for maior do que o prejuízo decorrente de (i), a melhor solução será um processo de decisão particularista.

Isso nos conduz à conclusão que consideramos mais importante da empreitada de Schauer de estudar a racionalidade por trás da decisão de aplicar regras para regular um conjunto de situações: essa análise é *contextual*; os custos e benefícios dependem do contexto institucional em que a decisão é tomada (com ou sem vinculação estrita a regras). Como já antecipado, isso significa que há situações específicas em que não é recomendável se valer de regras para que as decisões gerem os melhores resultados. Esse deve ser o espaço da discricionariedade. Mas será que esse espaço, por se caracterizar pela ausência de regras, está *fora do Estado de Direito*?

2.2 DISCRICIONARIEDADE E ESTADO DE DIREITO: UMA FORMA DE ENTENDER A RELAÇÃO

Como apontamos no início desta seção, a discricionariedade, por, em certas situações, beirar o arbítrio e fortalecer demasiadamente burocratas, foi historicamente alvo de muitas críticas por parte da doutrina. Afinal, se levarmos estritamente em consideração a definição – já ultrapassada – proposta por Hely Lopes Meirelles, causa estranheza pensar num instituto que, de um lado, prescindia de regras e, por outro, seja compatível com o Estado de Direito.

Estado de Direito é um conceito muito pouco claro, que engloba uma série de valores acriticamente amontoados em um único grupo de palavras. Em estudo importante, Fallon (1997) levanta e isola os valores associados pela literatura e pela jurisprudência à noção de Estado de Direito, organizando-os em quatro tipos ideais: (i) *o tipo ideal histórico ou “originalista”*, de acordo com o qual o Estado de Direito tem por função submeter os agentes decisórios ao direito, bem como promover a legitimidade política do direito e das tomadas de decisão, o que se alcançaria

por meio da identificação do significado histórico de decisões políticas do passado. O valor subjacente a esse tipo ideal do Estado de Direito seria o da legitimidade democrática (*accountability* e aceitabilidade social); (ii) *o tipo ideal formalista*, segundo o qual o Estado de Direito visa a promover a previsibilidade do direito – no contexto deste tipo ideal, clareza sobre as situações de incidência e aplicação de regras são importantes para aumentar a certeza; (iii) *o tipo ideal do processo legal*, que se preocupa com a capacidade de o Direito viabilizar a tomada das melhores decisões, sob um critério de “razoabilidade” decorrente de deliberação – trata-se de tipo ideal voltado à adaptação do direito a circunstâncias mutantes, o que Fallon chama de “respeito aos cidadãos”; (iv) *o tipo ideal substantivo*, que procura associar a ideia de Estado de Direito a uma visão substantiva de justiça – os que defendem este tipo ideal entendem que há razões morais que justificam a obediência a regras, mesmo por parte daqueles que não necessariamente acreditam que haveria uma razão geral, isolada de conteúdo, para o cumprimento de regras.

Além de sistematizar os valores promovidos por cada um dos tipos ideais do Estado de Direito – legitimidade democrática, previsibilidade, razoabilidade advinda de um processo de deliberação responsivo e fundamentado e justiça material –, outro ponto interessante do texto do Fallon é o reconhecimento de que a concretização de todos esses valores – que *não são sempre conflitantes, podendo ser complementares em certas circunstâncias – variará, a depender do contexto*. E, o que é mais importante, Fallon argumenta que o Estado de Direito é um ideal ao qual podemos *tentar nos aproximar mais*, mas que nunca será perfeitamente realizável num caso concreto, i.e., jamais materializa com idêntica intensidade todos os valores dos supracitados tipos ideais.¹⁶ Para Fallon, é importante que logremos reconhecer *quais valores são mais importantes promover sob certas condições* (FALLON, 1997, p. 6). Embora o conceito de Estado de Direito varie de acordo com o contexto, podemos afirmar que o Estado de Direito constitui um mecanismo de administração de incertezas.¹⁷ Certeza

16 Nas palavras de Fallon: “Perfeitamente manifestado, o Estado de Direito seria o estado (i) de acordo com as diretivas originalmente concebidas de legisladores democraticamente controlados e legítimos; (ii) formado por regras inteligíveis que vinculam, indistintamente, cidadãos, autoridades públicas e juízes; (iii) tal como identificado e elucidado num processo interpretativo guiado por regras disponíveis ao público e caracterizado por robusta fundamentação; e (iv) consistente com propósitos públicos legítimos e princípios razoáveis e compartilhados de moralidade política. Quando a lei, em seu sentido positivista, não consegue satisfazer quaisquer desses elementos, o Estado de Direito não se manifesta por completo, mas pode ainda (ou não) ser mais um aproximado do que desprezado ou abandonado” (tradução nossa) (FALLON, 1997, p. 38).

17 A ideia de Estado de Direito como mecanismo de administração de incertezas é de Fernando Leal, mas, para que o conceito possa ser operacionalizado neste texto, faço um pequeno esclarecimento. Por “certeza”, refiro-me a uma criação intelectual, juridicamente administrável, que é diferente de “previsibilidade”, um fenômeno

não significa saber tudo o que vai acontecer no futuro; trata-se de conceito relativo, que depende do nível de complexidade do estado de coisas a que se refere. Comparações entre níveis de certeza são, portanto, complicadas: fenômenos distintos são capazes de oferecer níveis de certeza diferentes.

Isso leva a duas conclusões parciais, importantes para os fins pretendidos no texto. Primeiro, uma forma de compatibilizar o conceito de discricionariedade com o de Estado de Direito poderá ser permitir decisões discricionárias apenas em um conjunto de casos específicos em que (i) não faça sentido usar regras, e sim basear-se na discricionariedade, pois os ônus de se utilizar regras não superam seus benefícios; e (ii) o valor ou conjunto de valores sacrificado ao se abdicar de usar regras para fundamentar a decisão for *complementar*, ou pelo menos não for inteiramente conflitante, com outro valor que, sim, é promovido pela decisão particularista. Segundo, conceituar o Estado de Direito como um mecanismo de administração de incertezas significa não apenas reconhecer a inevitável existência de situações em que não é possível ter certeza absoluta, mas também que a inexistência de *algum* nível de certeza é juridicamente inviável – seria o oposto da certeza administrada.

3. SUBSÍDIOS PARA UMA PROPOSTA MAIS REALISTA DE COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE DISCRICIONARIEDADE E ESTADO DE DIREITO

Diante das considerações acima, uma forma de compatibilizar o conceito de discricionariedade com o de Estado de Direitos seria sugerir que o escopo legítimo de aplicação de decisões discricionárias seja limitado apenas a situações em que (i) uma análise custo-benefício do uso de regras leve à conclusão de que não é desejável utilizá-las para fundamentar decisões, i.e., os custos associados a decisões particularistas são menores;¹⁸ e (ii) o valor ou grupo de valores sacrificado ao tomar decisões particularistas não for inteiramente conflitante com outro valor que, sim, é promovido pela decisão particularista – e, de preferência, que seja *complementar*.

Não queremos esgotar aqui todas as situações que satisfaçam a esses dois critérios, apenas apresentar dois grupos. Como se verá, nesses

natural que se realiza com maior ou menor intensidade dependendo do estado de coisas em análise. Para fins deste texto, pode existir um grau considerável de certeza mesmo em relação a coisas imprevisíveis. Por exemplo, um *tsunami* pode ser imprevisível, mas as consequências jurídicas dele decorrentes são dotadas de um nível considerável de certeza.

18 O problema da *operacionalização* desse requisito, que é importante, não será tratado neste texto, mas merece um exame detido.

casos, não há razões para acreditar que o controle judicial baseado tanto em regras, quanto em outros elementos do direito – como princípios – aumentará as chances de se chegar à melhor solução possível para o caso concreto.¹⁹ Nessas situações, a tomada de decisão deve inevitavelmente ser discricionária (i.e., tomada com ampla liberdade pelo administrador). Isso, no entanto, não faz com que a plena deferência judicial às decisões discricionárias tomadas nessas situações seja incompatível com o ideal de Estado de Direito, ou irracional.

3.1 EMERGÊNCIAS

Em 2009, Adrian Vermeule publicou artigo sobre como Carl Schmitt é importante para se pensar o direito administrativo americano com mais propriedade (*vide* VERMEULE, 2009). A premissa central de seu texto corresponde a uma relevante contribuição do pensamento de Schmitt para o estudo do Direito: a tentativa de estender a legalidade (possivelmente estendendo ao menos alguns valores do “Estado de Direito”, como justiça substantiva e certeza) a todas as situações é excessivamente utópica. Para Schmitt, seria impossível que democracias liberais conseguissem especificar todas as condições materiais que envolvem as situações de emergência, e antecipar, via regras, os processos usados para tomadas de decisão nesses contextos, porquanto a principal característica de emergências é que elas são *imprevisíveis*, não apenas porque pode ser impossível determinar exatamente quando vão surgir, mas também porque, em maior ou menor medida, elas apresentam desafios *novos* para o ordenamento jurídico, cujas normas para lidar com o fenômeno podem ser inadequadas ou inexistentes.²⁰ O máximo que o Direito poderia fazer, portanto, é *dizer quem deveria tomar decisões* em emergências.²¹

Lembrando uma das afirmações mencionadas acima, um dos erros decorrentes de decisões é confiar demais na qualidade de um agente decisório incompetente (não no sentido jurídico, e, sim, no corrente). Quando se advoga por decisões particularistas (como é o caso das decisões discricionárias), em certas circunstâncias, é preciso defender que aqueles que decidem nessas situações são capazes de tomar decisões particularistas

19 Reforçamos aqui nosso esclarecimento feito na nota de rodapé nº 3 sobre o que queremos dizer quando falamos na “melhor decisão possível”.

20 Como se verá, a imprevisibilidade é uma questão de grau. Nem todos os desafios apresentados pela emergência são completamente imprevisíveis e apresentam problemas jurídicos completamente novos. O tratamento jurídico de emergências deve poder se adequar a essa realidade.

21 Nas palavras de Vermeule, referindo-se ao pensamento de Schmitt: “O estado administrativo é variado e complexo demais para ser regulado por meio de parâmetros legais nítidos formulados *ex ante*”. (tradução nossa) (VERMEULE, 2009, p. 1108).

de melhor qualidade que decisões com base em regras. No caso de emergências, os fatos em jogo são tão imprevisíveis que a *relevância dos fatos suprimidos* no processo de formulação do âmbito de incidência da regra seria enorme. Nessas situações, então, seria mais desejável simplesmente alocar o poder da decisão a alguém que possa tomá-la com amplo espaço de liberdade (e, portanto, capaz de ser sensível aos fatos relevantes e que seriam suprimidos por regras), além de ser, também, a *única solução factível* (i.e., que poderia ser tomada a custos aceitáveis).

Mas é possível refinar um pouco mais o conjunto de situações a que nos referimos apenas como “emergências” recorrendo aos conceitos de “buraco negro” e “buraco cinza” apresentados por Vermeule, e especificamente definidos abaixo. O que buracos negros e cinzas têm em comum é o fato de serem inevitáveis no direito administrativo, razão pela qual não faz sentido tentar “tapá-los” com uma noção “forte” de Estado de Direito²². A criação dos buracos negros e cinzas parte de decisões deliberadas e conscientes de legisladores/criadores do direito num dado ordenamento jurídico.²³ Ainda, sua criação deve-se ao fato de haver um receio entre legisladores/criadores de regras de redigir regras que *restringam demais* os que terão que se basear nessas regras para tomar uma decisão no futuro (i.e., os membros da Administração Pública, ou reguladores).²⁴ Por isso, o tipo de decisão tomada tanto em buracos negros, quanto em buracos cinzas, é particularista, e não fundamentada em regras.

Por não fazer sentido tentar “tapar” o buraco aplicando um conceito ambicioso demais de Estado de Direito (e não um conceito maleável, dependente do contexto, como o de Fallon, mencionado acima), Vermeule nota que grande parte do direito administrativo americano é construída

22 Ou seja, uma que tente acriticamente promover todos os valores subjacentes ao Estado de Direito, ou que leve a sério demais a ideia de que, em todas as circunstâncias, é necessário promover previsibilidade, e por isso, aceita apenas decisões baseadas em regras.

23 Nesse sentido, Vermuele afirma que: “Se enxergarmos o ‘legislador schmittiano’ como o legislador que de forma bastante deliberada constrói buracos negros e (potenciais) buracos cinzas na estrutura do direito criada, então os arquitetos de nosso estado administrativo foram e são legisladores schmittianos”. (VERMEULE, 2009, p. 1139).

24 Nas palavras de Vermuele: “Emergências não podem ser realisticamente reguladas por regras altamente específicas, formuladas *ex ante*, e, sim, no máximo, por parâmetros vagos, construídos *ex*; está fora da capacidade institucional de legisladores especificar e alocar poderes emergenciais em todas as contingências futuras; em termos práticos, legisladores em particular sentirão uma enorme pressão ao criar parâmetros vagos e ‘válvulas de escape’ – para emergências ou outras situações – no código de processo legal que governa casos ordinários no estado administrativo, pois legisladores sabem que não podem sujeitar o corpo massivamente diverso de entidades administrativas a regras muito específicas, pois eles têm receio das consequências de amarrar demais a atuação do executivo no contexto de emergências.” (tradução nossa) (VERMEULE, 2009, p. 1101).

sobre *standards* abrangentes ou parâmetros ajustáveis (*adjustable parameters*) que permitem a juízes tomar, em casos que envolvam emergências, decisões menos vinculadas *a priori* (como seriam se tivessem que ser alicerçadas em regras).²⁵ A intensidade da revisão dos *adjustable parameters* difere entre buracos negros e cinzas.

Buracos cinzas. Quando a intensidade da revisão judicial dos parâmetros (*adjustable parameters*) é suficientemente baixa, surgem buracos cinzas. São casos em que a deferência do Judiciário à Administração Pública é maior, pois isso é condição necessária para o adequado e efetivo enfrentamento de emergências. Mas o nível de previsibilidade do fenômeno e suas consequências ainda admitem *alguma* incidência de regras, embora menos intensa. A situação em que é criado um buraco cinza é “sutil” – o buraco cinza é criado disfarçado de um “Estado de Direito rígido” (*thick rule of law*). Não obstante a sutileza com que é criado um buraco cinza, a razão de sua criação é estratégica e, também, juridicamente motivada. De acordo com Vermuele, os juízes que contribuem para a criação de buracos cinzas no direito administrativo “*may be doing so because they think that is the best strategy for preserving or promoting the thick rule of law, at least under nonideal political conditions*” (VERMEULE, 2009, p. 1132). Ou seja, para *promover* uma noção rígida de Estado de Direito, os juízes consideram melhor se distanciar de regras e parâmetros legais; preferem recorrer à deferência administrativa, o que significa dizer que dão margem à aplicação da discricionariedade. Muito provavelmente, esse comportamento pode ser explicado pelo fato de haver outros valores vinculados ao Estado de Direito que são promovidos, em casos de emergência, por meio dessa maior deferência à Administração Pública.

Buracos negros. Diferente dos cinzas, os buracos negros não nascem às escuras e, por isso, Dyzenhaus diz que não são tão “ruins”, pois podem ser contestados pela sociedade com mais êxito (*vide* DYZENHAUS, 2006). Ainda de acordo com Dyzenhaus, buracos negros surgem quando leis ou regras isentam explicitamente o Poder Executivo da necessidade de se adequar aos requisitos do Estado de Direito ou *explicitamente* excluem o Executivo de revisão judicial. Assim sendo, o buraco negro configuraria uma *ausência* de Estado de Direito.²⁶ Quando a própria lei afasta a revisão judicial, está-se diante de um caso de alta imprevisibilidade, em que o pró-

25 Vermuele dá exemplos específicos de *standards* usados no direito administrativo para guiar o grau de deferência que um juiz deve ter em relação a determinada decisão administrativa. No direito administrativo norte-americano, decisões administrativas podem ser controladas judicialmente quando forem (i) arbitrárias e inconstantes (*arbitrary and capricious*); (ii) não forem baseadas em provas substanciais (*substantial evidence*); e/ou (ii) forem claramente equivocadas (*clearly erroneous*).

26 Situações caracterizadas como “buracos negros” surgem, por exemplo, no contexto de emergências (catástrofes ambientais, ataques terroristas, por exemplo) e de guerras.

prio legislador *reconhece* sua incapacidade de regular adequadamente o fenômeno. Portanto, não há incidência de regras para tutelar uma situação no contexto de um buraco negro.

A distinção entre buracos cinzas e negros é importante para nosso argumento, pois há significativas gradações nos níveis de imprevisibilidade em emergências: algumas emergências são mais imprevisíveis do que outras e nem todos os momentos de uma emergência são completamente imprevisíveis e/ou apresentam problemas jurídicos completamente novos, que não possam ser tutelados *ex ante* por regras a custos aceitáveis (as regras teriam que ter sido redigidas para prever o imprevisível).²⁷ Embora não inteiramente, a diferença entre as respostas jurídicas no caso de buracos negros e cinzas é sensível à distinção entre níveis de imprevisibilidade.²⁸

No caso de buracos negros, o nível de imprevisibilidade é tão alto que se torna impossível qualquer incidência de regras jurídicas na tomada de decisão. Dessa forma, o grau de controle judicial da decisão só pode – e deve – ser nulo. Buracos negros são situações em que a discricionariedade nasce e morre sem ingerência alguma de regras ou qualquer outro elemento do Direito (princípios, por exemplo) que permita o controle da substância do ato administrativo. O fato de não ser sujeita a controle judicial (ao menos não a um controle dos elementos do direito – regras, princípios, etc. – que justificaram a decisão) não torna a decisão relacionada a buracos negros incompatível com o Estado de Direito, como sugere Dyzenhaus. A deferência à administração promove o valor da “razoabilidade” da decisão tomada (um dos quatro valores do Estado de Direito isolados por Fallon), visto que não há razão para acreditar que o controle – independentemente de sua intensidade – seja capaz de melhorar a qualidade da decisão. A ausência de controle, junto com a clareza sobre quem decide,²⁹ constituem, enquanto respostas jurídicas, a aproximação *possível* ao Estado de Direito para o conjunto de situações abrangidas por buracos negros.

Embora o nível de certeza das respostas jurídicas no contexto de buracos negros seja substancialmente baixo, (i) a certeza é um objetivo complementar à razoabilidade, i.e., é possível promover os mesmos valores

27 Não por outra razão, Vermuele diz que “emergências são a cura parcial para a ossificação do direito administrativo” (VERMUELE, 2009, p. 1137).

28 É importante reforçar que o conceito de buraco negro e buraco cinza, tal como utilizado por Adrian Vermuele, não diz respeito a situações emergenciais, com nível de previsibilidade variável. Mas, para fins deste trabalho, é útil a sistematização das diferentes respostas jurídicas para tipos diversos de fenômenos emergenciais, justamente porque ajuda a explicar a existência de uma diferença entre fenômenos emergenciais.

29 Se a resposta jurídica dada é ampla deferência judicial, quem decide é sempre a Administração Pública.

inerentes à certeza – segurança, capacidade de planejamento, paz de espírito, etc. – promovendo a razoabilidade (a razoabilidade pode também dar segurança, ajudar um indivíduo a se planejar, etc.); e, não obstante a previsibilidade de situações caracterizadas como buracos negros ser próxima de zero, (ii) sabe-se *quem decide* e, em alguma medida, pode ser possível antecipar que padrão de conduta será utilizado para abordar o caso (i.e., qual a razão de segunda ordem será usada). Esses elementos aumentam o grau de certeza de uma resposta jurídica no contexto de um buraco negro.

Para esclarecer o argumento, recorremos a um exemplo simples e extremo. Imagine que um *tsunami* atinja um centro urbano densamente povoado da costa brasileira. As autoridades locais serão acionadas para enfrentar problemas com os quais estão acostumadas e também questões que nunca enfrentaram. Pode ser que os problemas conhecidos já tenham sido, em alguma medida, objeto de regulação; para a solução deles, portanto, a atuação da Administração Pública seria vinculada. No entanto, a imprevisibilidade do *tsunami* pode ter surpreendido as autoridades locais – e, nesse caso, muitos procedimentos de segurança ensaiados, etc., podem-se tornar ineficazes. De modo a oferecer a melhor resposta estatal ao problema, a autoridade deve, portanto, ter sua atuação flexibilizada (e não vinculada por regras). Nesse caso, não há como saber, *ex ante*, como a autoridade vai agir, muito menos como *deve agir*. A única contribuição que o Direito pode dar, nesse caso, é tornar excepcional, mediante lei ou decreto “Y”, a aplicação de regras em situações consideradas pelas autoridades locais “X” (guarda municipal, por exemplo) como “emergenciais”. A ação da Administração Pública para chegar à melhor solução é isenta de revisão judicial justamente porque se reconhece que o controle dos atos praticados no contexto de buracos negros nada contribuirá para a melhor solução no caso. A presunção é de que o padrão de conduta adotado pela Administração Pública nesses casos é a predisposição de chegar à melhor solução para a situação concreta – diante da imprevisibilidade e complexidade do estado de coisas compreendido pelo buraco negro.

Já no caso dos buracos cinzas, o grau de imprevisibilidade e a justificativa para a não aplicação de regras são menores. Como há *algum* nível de incidência de regras em buracos cinzas, o controle judicial do fenômeno é possível e deve ser implementado, embora com menos intensidade. Poder-se-ia dizer que o valor do Estado de Direito mais sacrificado em buracos cinzas é o da certeza. Não é possível saber como será ajustado, no caso concreto, o parâmetro de revisão judicial que cria o buraco cinza em uma emergência. Ao contrário do buraco negro, não há critérios que permitam identificar quem será o responsável por tomar a decisão no contexto de um buraco cinza, e não se pode prever de antemão qual será exatamente a intensidade da revisão judicial *no caso concreto*. Mas,

enquanto a certeza é comprometida em decisões no âmbito de buracos cinzas, outros valores serão promovidos.

Haver *algum* grau de revisão judicial – ou pelo menos que ela seja possível – quer dizer que há mais chances de se promover o valor da legitimidade democrática. De fato, juízes, comprometidos com um certo grau de formalismo, ao fazer a revisão judicial de uma decisão administrativa, de acordo com a lei, prestigiam, em alguma medida, os limites impostos pelos legisladores, eleitos popularmente. Em última análise, poder-se-ia afirmar que a expectativa de que juízes venham a rever – mesmo que com intensidade desconhecida e variada – atos discricionários executados no contexto de buracos cinzas com base na lei reduz o nível de incerteza a eles associada, pois será mais provável esperar que a Administração Pública envide seus melhores esforços para chegar à melhor solução possível aos problemas que exigem decisões discricionárias. Assim, essa “expectativa de revisão” judicial pode disciplinar a atuação da Administração Pública, fazendo com que a ausência de certeza nessas situações não seja *conflitante* (e seja, por exclusão, complementar) com a legitimidade democrática, valor promovido com maior intensidade no contexto de buracos cinzas.

3.2 ALÉM DAS FRONTEIRAS DA CIÊNCIA

Sérgio Guerra, ao estudar o instituto da discricionariedade, diz que “a previsibilidade técnica, como parâmetro mitigador dos riscos do arbítrio, é importante remédio contra as decisões casuísticas” (GUERRA, 2009/2010, p. 1). Isso porque a previsibilidade técnica ofereceria espaço e fundamento para tentativas de controle *ex post* de decisões discricionárias, tomadas com base na “técnica científica”. Valendo-se de um estudo de Paulo Otero, o citado autor diz que a previsibilidade técnica pode vir a vincular a decisão administrativa “discricionária”, tornando-a juridicamente controlável,

“(i) nos casos em que o administrador público acolha regras técnicas e científicas, autovinculando a futura atividade de seus órgãos; (ii) nas hipóteses em que as escolhas administrativas só possam ser feitas na sequência de estudos técnicos e científicos que conduzam a resultados tendencialmente unívocos e que, portanto, não comportam valorações; (iii) na integração de conceitos jurídicos indeterminados que comportem a formulação de juízos de natureza ou conteúdo científico, e que, portanto, só podem ser concretizados por meio de critérios extraídos de tais ciências e (iv) no conjunto de operações materiais que, desenvolvidas no contexto das escolhas administrativas, traduzam o exercício de uma atividade profissional que obedece, em si e por si, a normas

técnicas e científicas específicas” (GUERRA, 2009/2010, p. 3).

As hipóteses acima não abarcam todas as situações em que a discricionariedade é realisticamente (ou deveria ser) aplicável. Com efeito, ela pode ser o fundamento para uma decisão que não pode ser auxiliada por nenhuma ciência – o que acontece na maior parte dos casos difíceis envolvendo o instituto da discricionariedade.

A ciência é capaz de oferecer caminhos e soluções em apenas parte das decisões que precisam ser tomadas pelo direito administrativo, o que significa que há casos em que, como diz Vermuele, “as razões se esgotam (*reasons run out*)” (VERMEULE, 2013, p. 2). Isso ocorre em situações de incerteza científica sobre um determinado fenômeno/problema. As agências responsáveis por dar respostas jurídicas, embora sejam capazes de fundamentar suas decisões em razões de segunda ordem,³⁰ não o são de fundamentar suas decisões em razões de primeira ordem, devido às limitações epistêmicas impostas pela incerteza.³¹ Essa incerteza científica pode ser (i) *bruta* – quando os custos de reunir informações precisas sobre o fenômeno para fundamentar uma decisão mais informada são proibitivos³²; (ii) *estratégica* (decorrente da interdependência entre as escolhas – algumas das quais são *ex ante* e *ex post* desconhecidas – dos atores)³³; ou

30 Razões de segunda ordem são aquelas que não apenas servem para tomar decisões pontuais, mas, também, para orientar *como decidir* casos semelhantes ao longo do tempo, em um dado contexto institucional. As seguintes considerações de Sunstein e Ullmann-Margalit sobre o tema são esclarecedoras: “Nosso interesse aqui é com decisões de segunda ordem. O conceito requer alguns esclarecimentos. Desejos de segunda ordem se referem a com desejos sobre desejos; crenças de segunda ordem dizem respeito a crenças sobre crenças. No entanto, decisões de segunda não são exatamente decisões sobre decisões. Na verdade, decisões de segunda ordem se referem às estratégias adequadas para evitar decisões ou para reduzir seus custos. Mais especificamente, *estamos interessados nas estratégias que pessoas usam para evitar se envolver numa situação comum de tomada de decisão em primeira instância. Pode-se dizer que pessoas (e instituições) toma decisões de segunda ordem quando escolhem uma dentre várias possíveis estratégias de segunda ordem para minimizar os ônus de, e o risco de erro decorrente de decisões de primeira ordem*” (grifo nosso) (tradução nossa) (SUNSTEIN, 1998, p. 3).

31 Nas palavras de Vermeule: “Eu quero sugerir que o erro em questão, em alguns casos, reside na crença de que é sempre possível que agências deem razões de primeira ordem para suas escolhas. Por razão de primeira ordem, refiro-me à razão que justifica a escolha em relação a outras escolhas dentro de um conjunto razoável de opções à disposição da agência. A razão de segunda ordem é a razão para tomar uma decisão ou outra dentro de um conjunto de opções, sempre que não se puder dar uma razão de primeira ordem. Em situações de incerteza, agências frequentemente oferecerão razões de segunda ordem perfeitamente válidas mesmo quando nenhuma razão de primeira ordem for possível” (tradução nossa) (VERMEULE, 2013, p. 6).

32 Vermeule diz que incerteza bruta é sobre “fatos epistemicamente inatingíveis, que em algum sentido estão por aí” (tradução nossa) (VERMEULE, 2013, p. 8).

33 Vermeule explica que, em situações de incerteza estratégica, “os *players* do jogo têm experiência insuficiente com o comportamento de outros *players* para for-

(i) *modelar* – quando não há sequer clareza sobre o marco analítico a ser usado para avaliar escolhas incertas.

Um exemplo de questão marcada pela incerteza científica é o da “Pílula do Câncer”, julgado em 19 de maio de 2016 pelo Supremo Tribunal Federal – a ADI 5.501. Nesse caso, o STF suspendeu a Lei 13.269/2016, que autorizou a distribuição da fosfoetanolamina, que supostamente contém propriedades que ajudam a curar o câncer. O caso chegou ao STF por meio de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Associação dos Médicos do Brasil (AMB). A AMB alegou que não havia estudos robustos que comprovassem a eficácia da “Pílula do Câncer”, e que sua liberação genérica para o público poderia inclusive pôr em risco a saúde dos consumidores. Um ponto relevante do caso é que a comercialização da “Pílula do Câncer” foi autorizada pelo Congresso Nacional mediante lei antes de a autoridade competente – a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) – tê-lo feito. A Anvisa não havia liberado a comercialização da droga justamente porque inexistiam evidências científicas robustas da eficácia da fosfoetanolamina. O STF decidiu, por maioria (6 votos a 4), suspender a comercialização da pílula sob o argumento de que (i) os efeitos da droga eram altamente incertos e, portanto, deveria prevalecer o princípio da precaução; (ii) a pílula não foi autorizada pela autoridade competente (a Anvisa), razão pela qual a sua liberação pelo Legislativo feria o princípio da separação dos poderes.

Vermeule defende que, em casos de incerteza científica, as decisões da Administração Pública podem ser tanto arbitrárias quanto racionais. Arbitrárias porque são tomadas em ambiente de incerteza científica, e, portanto, não totalmente fundamentadas em razões de primeira ordem. Racionais porque são tomadas pelos agentes com acesso privilegiado a informações (*informational advantage*), que têm, assim, capacidade para decidir não investigar os fatos ligados a um fenômeno até eliminar a incerteza, porquanto sabem que qualquer investigação adicional não poderá ser feita a custos aceitáveis. No caso da “Pílula de Câncer”, a decisão da Anvisa de não liberá-la enquanto seus efeitos não fossem comprovados, foi perfeitamente “racional”, no sentido usado por Vermeule. A decisão foi, também, “arbitrária”, pois não foi baseada em provas científicas de peso que comprovassem a *ineficácia* da “Pílula do Câncer” (se esse fosse o caso, a decisão seria justificada numa razão de primeira ordem), mas, sim, fundamentada em um *default* aplicável a um conjunto de remédios com o seguinte traço em comum: a inexistência, até o momento, de fortes evidências sobre a sua eficácia. Nesses casos, o *default* da Anvisa é não auto-

mar opiniões bem embasadas, do ponto de vista epistêmico, sobre o que outros têm capacidade de fazer ou farão muito provavelmente, o que abre espaço para a criação de incerteza estratégica” (VERMEULE, 2013, p. 9).

rizar, em vez de gastar energia e recursos investigando a eficácia da “Pílula do Câncer”, uma empreitada que, possivelmente, jamais se completará.

Vermuele defende que decisões racionalmente arbitrárias devem ser objeto de ampla deferência judicial.³⁴ Essencialmente, decisões arbitrárias, no sentido apresentado por Vermuele, possuem propriedades em comum com as decisões discricionárias, tal como definidas no início deste texto. Ambas as classes de decisões coincidem por não serem vinculadas a normas jurídicas com a estrutura de regras. Mas, o que é mais importante, os casos contemplados por Vermuele ao desenvolver o conceito de “decisão racionalmente arbitrária” são úteis para se considerar situações em que se justifica a deferência plena às decisões discricionárias tomadas pela Administração Pública. Por isso, as ideias de Vermuele podem contribuir para o argumento desenvolvido ao longo deste texto, i.e., que há categorias excepcionais de casos que justificam uma atuação amplamente discricionária da Administração Pública - voltada à melhor solução para o caso concreto e beneficiária de plena deferência judicial.

A nosso ver, nos casos marcados por incerteza científica, decisões “racionalmente arbitrárias” são compatíveis com o Estado de Direito. Primeiro, porque a incerteza é tão grande que os custos de regulá-los por meio de regras estabelecidas *ex ante* são proibitivos. Segundo, porque, embora decisões discricionárias tomadas em situações de incerteza científica sejam em si - e por definição - caracterizadas por algum grau de incerteza, *quem as está tomando* é, como mencionado acima, um agente da Administração Pública com acesso privilegiado a informações sobre os casos em que há incerteza científica e, por isso, é capaz de fixar um padrão de comportamento mais adequado para tratar esses casos específicos (uma razão de segunda ordem). Isso, embora não mitigue a incerteza, aumenta a previsibilidade da decisão, se as soluções adotadas para situações em que haja incerteza científica se basearem nas mesmas razões de segunda ordem. De fato, se esses casos forem abordados e solucionados obedecendo a um “padrão”, mesmo que tácito,³⁵ o valor da certeza

34 De acordo com Vermeule, “juízes que controlam decisões administrativas não devem pressionar por razões e tomadas de decisão fundamentadas em situações em que a razão se exaure” (tradução nossa) (VERMEULE, 2013, p. 6). Em outro momento do texto, Vermeule também nota que: “juízes devem deferir às opções de segunda ordem das agências sobre investimentos em informação da mesma forma que deferem a decisões de primeira ordem de agências tomadas no contexto de incerteza” (tradução nossa) (VERMEULE, 2013, p. 3).

35 Vermuele inclui esses “padrões” numa classificação mais geral de “convenções” explícitas ou implícitas, que, ao ver do autor, limitam o grau de discricionariedade do poder executivo. De acordo com esse autor, a literatura sobre os limites da discricionariedade nos Estados Unidos se concentra demasiadamente no poder “regulador” do direito e da política, mas dá pouca importância ao papel das “convenções” intragovernamentais, que muitas vezes limitam o comportamento da Administração Pública de maneira relevante. *Vide* VERMEULE, 2016.

inerente ao Estado de Direito será promovido, e a intensidade da discricionariedade diminuirá.

Há uma concomitância entre a primeira e a segunda categorias apresentadas acima. É possível que a imprevisibilidade de emergências também se relacione a limitações epistêmicas sérias dos administradores públicos. Mas há um fator que diferencia as emergências das decisões tomadas na categoria de decisões racionalmente arbitrárias: o tempo. Emergências precisam ser resolvidas em um espaço breve de tempo, o que pode aumentar a incerteza vinculada ao fenômeno e às soluções oferecidas. Não obstante essa diferença, há problemas/fenômenos ligados a emergências que se enquadram também na categoria de casos de incerteza científica. E existem problemas/fenômenos que não são emergenciais e, no entanto, também geram incerteza científica. Para melhor ilustrar esse ponto e a utilidade geral das duas categorias mencionadas acima, discutiremos abaixo dois casos hipotéticos.

3.3 DOIS EXEMPLOS PARA ILUSTRAR AS CATEGORIAS PROPOSTAS

Caso nº 1. A Administração Pública deve decidir se um tipo de lagarto raro, que só habita determinada região do país (e do mundo), deve ou não ser formalmente considerado uma “espécie em extinção”. Se for considerado em extinção, o lagarto será alvo de um conjunto de regras ambientais específicas que objetivam a preservar a sua espécie, incentivando, mesmo que artificialmente, sua proliferação. O problema é que não se sabe se a espécie de fato está em extinção. A metodologia para medir a quantidade de lagartos existentes foi considerada, por novas pesquisas acadêmicas, defasada e pouco efetiva. Não existe qualquer método científico seguro para saber a quantidade de lagartos. É, portanto, uma incógnita se a espécie está em extinção, mas a Administração Pública precisa agir, seja aplicando as regras ambientais de preservação, seja se abstendo para proteger o tipo de lagarto.³⁶ A urgência para agir não é grande, mas a postergação da decisão, em última instância, será equivalente a uma decisão de não decidir (o que, no caso, significa que a Administração Pública se absterá de tomar as providências necessárias para que o lagarto seja tratado como espécie em extinção).

Caso nº 2. A Administração Pública, no meio de um atentado terrorista grave (pense, por exemplo, no 11 de Setembro em Nova York) deve decidir como proceder para salvar o maior número de pessoas - o que, inevitavelmente, poderá significar o sacrifício deliberado da vida dos que estiverem em menores condições de ser salvos. A Administração Pública

³⁶ Esta é uma versão um pouco modificada do exemplo dado por Vermuele em: VERMEULE, 2013, p. 2.

deve decidir depressa (cada segundo conta), mas não possui meios científicos adequados para saber se (i) o grupo de pessoas “A” está em melhores condições de ser resgatado do que o grupo “B” – o edifício atingido foi construído há séculos e desfigurado de tal forma que a Administração Pública não possui meios seguros para saber, rapidamente, quais áreas estão mais expostas ao risco de desabamento; ou (ii) se o ataque terrorista chegou ao fim ou se os terroristas atacam novamente – se o risco de um novo ataque for alto, talvez a melhor solução seja expor o menor número possível de pessoas à atividade de resgate.

Há uma diferença sutil, mas nítida entre os dois casos. No primeiro, a Administração Pública não precisa, necessariamente, agir com rapidez. No segundo, sim. O que há em comum entre os dois é a incerteza científica: não há métodos científicos seguros que indiquem como proceder em ambas as situações. Não obstante esse ponto em comum, o primeiro caso se enquadraria na categoria de incerteza científica, e se justificaria uma “decisão racionalmente arbitrária”. O segundo, por sua vez, poderia ser incluído na categoria de “emergências”, e levaria à criação de um buraco negro ou cinza.

A diferença fica mais perceptível se a história do Caso nº 2 muda um pouco. Imagine que a Administração Pública tem como chegar a uma conclusão sólida e confiável sobre as partes do prédio mais expostas a risco de desabamento. Mas, para chegar a ela, os técnicos devem gastar de 8 a 9 dias, e seria impensável manter as pessoas dentro do edifício até o resultado chegar (o risco de a Administração Pública não conseguir salvar ninguém aumentaria, afinal, substancialmente). Agora os dois casos ficaram menos comparáveis. No Caso nº 1, a Administração Pública continua tendo que decidir em um ambiente de incerteza científica. No Caso nº 2, a Administração Pública não está mais no domínio da incerteza científica, pois a base científica para a tomada de decisão não é inatingível. A Administração Pública está, no Caso nº 2, no domínio da imprevisibilidade: (i) não sabe quando os terroristas irão atacar; e (ii) não consegue, em tempo razoável, subsidiar sua decisão com base na ciência.

4. CONCLUSÃO

Procuramos compatibilizar a noção de Estado de Direito com o instituto da discricionariedade, com base na literatura que aborda a distinção entre decisões fundamentadas em regras e decisões particularistas. Ademais, procuramos aplicar nossos critérios de compatibilização para identificar dois conjuntos (inter-relacionados) de casos em que é juridicamente adequado e racional recorrer ao instituto da discricionariedade: casos emer-

genciais e, também, aqueles relacionados a temas que a ciência não nos consegue orientar a custos aceitáveis.

Esperamos ter mostrado como, embora a doutrina tenha avançado ao negar uma noção de discricionariedade quase que correspondente ao arbítrio, e ter incluído a discricionariedade *dentro* do Estado de Direito, isso não significa que qualquer decisão discricionária deva ser objeto de amplo controle judicial, fundamentado em elementos do direito como regras e princípios. Em um conjunto excepcional de casos, o controle judicial carece de racionalidade, pois a expectativa de que a revisão judicial de alguns elementos do ato discricionário poderá contribuir para aumentar a qualidade da decisão não se sustenta realisticamente.

Não foi nossa pretensão esgotar as categorias em que o recurso à discricionariedade como justificativa para a tomada de decisão é compatível com o Estado de Direito. Apresentamos duas, além de chamar a atenção para uma forma diferente de pensar a relação entre o Estado de Direito e a discricionariedade. Trata-se de uma empreitada que exige o reconhecimento de que o contexto de uma tomada de decisão importa. Além disso, a investigação das hipóteses em que a discricionariedade, como fundamento de decisões públicas, é compatível com o Estado de Direito é um trabalho de *exclusão*, conforme sugerimos ao longo do texto. De fato, se o *default*, num Estado de Direito, é que o fundamento de uma decisão estatal seja uma ou algumas *regras*, a pergunta que deve ser feita é: por que essa situação, em que o instituto da discricionariedade é aplicado, não poderia ser melhor endereçada mediante o uso de regras? Se a resposta, em algum momento, assinalar para o fato de que a situação é caracterizada por incerteza estrutural, começa a ganhar corpo a justificativa para o uso da discricionariedade como base para a decisão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, H. B. *Teoria dos Princípios - Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 16ª ed., 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 31ª ed., 2013, p. 436.

BINENBOJM, Gustavo. "A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos". In *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado* (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público nº. 13, março/abril/maio, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF>>. Acesso em: 18 out. 2016.

DYZENHAUS, David. *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

FALLON, Richard. "'The Rule of Law' as a Concept in Constitutional Discourse". *Columbia Law Review*, vol. 97, 1997, pp. 1-56.

GRAU, Eros. *Direito posto e direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 7ª ed., 2008.

GUERRA, Sérgio. "Discrecionalidade administrativa – críticas e propostas". In *Revista Eletrônica de Direito de Estado*, nº 21, jan./fev./mar., 2010, p. 8.

_____. "Redução da discricionariedade administrativa por meio da previsibilidade técnica". *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, nº 20, nov./jan., 2009/2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 7ª ed., 2011.

KRELL, Andreas J. "A recepção das teorias alemãs sobre "conceitos jurídicos indeterminados" e o controle da discricionariedade no Brasil". *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, v. 23, ano 6, 2004.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. "A formação do Estado regulador". *Novos Estudos CEBRAP (Impresso)*, v. 76, p. 139-158, 2006.

MEIRELLES, Hely L. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 39ª ed., 2013.

MENDES, Francisco Schertel. "O controle de condutas no direito concorrencial brasileiro: características e especificidades". Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2013.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules*. Oxford: Clarendon Press, 1991a.

SCHAUER, Frederick. "Rules and the rule of law". *Harvard Journal of Law & Public Policy*, n. 645, 1991b.

SCHIRATO, Vitor Rhein. "Discrecionalidade e poder sancionador: uma breve análise da proposta de regulamento da ANATEL". *Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, out./dez. 2008.

SUNSTEIN, Cass; ULLMANN-MARGALIT, Edna. "Second-order decisions". John M. Olin Law & Economics Working Paper. No. 57, 2D Series, University of Chicago Law School, 1998. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1437&context=law_and_economics>. Acesso em: 21 mar. 2016.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. "Interpretation and Institutions". University of Chicago Law School, John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 156, 2002. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1279&context=law_and_economics>. Acesso em: 18 out. 2016.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. "A aproximação sistemática ao controle judicial das agências de regulação econômica no Brasil". Dissertação de mestrado apresentada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002. Disponível em: <<https://dl.dropboxusercontent.com/u/6365331/Dissertacao%20MPV%20Versao%20Distribuicao.pdf>>. Acesso em 31 out. 2016.

VERMEULE, Adrian. "Rationally Arbitrary Decisions (in Administrative Law)". Harvard Public Law Working Paper No. 13-24, 2013. Disponível em: <<http://www.law.harvard.edu/faculty/faculty-workshops/facultyworkshop-secure/vermeule.faculty.workshop.spring2013.pdf>>. Acesso em: 7 jan. 2016.

VERMEULE, Adrian. "Our Schmittian Administrative Law". *Harvard Law Review*, vol. 122, maio, 2009.

VERMEULE, Adrian. "The third bound". *University of Pennsylvania Law Review*, Forthcoming, 2016. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2821115>. Acesso em: 17 ago. 2016.

FOMENTO TRIBUTÁRIO

Paula Moreira de Souza Lima Junqueira¹

1. INTRODUÇÃO

O artigo 174 da Constituição Federal define que o Estado deve atuar como agente normativo e regulador da atividade econômica e, com tal objetivo, fundamentado em lei, deve exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Tais diretrizes devem ser determinantes para o setor público e indicativas para o setor privado. A Constituição, no parágrafo primeiro do mesmo artigo 174, também institui que a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado.

Com base no artigo comentado acima, fica claro que a função reguladora do Estado no que toca às atividades econômicas não deve ser desprezada; ao contrário, tem importância inquestionável no sistema econômico que o Constituinte imaginou como melhor para que o país atinja os vários princípios e garantias que a Carta Magna prevê para os que habitam em território brasileiro.²

O artigo 170 da Constituição não permite dúvidas de que a ordem econômica brasileira tem como um dos seus princípios basilares a livre iniciativa. No entanto, o mesmo dispositivo também esclarece que a todos é assegurada uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Além dos casos do artigo 173 da Constituição, nos quais é cabível a exploração direta de atividade econômica pelo Estado em razão de imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, uma forma mais suave e comum de a Administração influenciar o comportamento

¹ Mestranda em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio.

² FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 203.

do mercado é a regulação, constitucionalmente prevista no comentado artigo 174.

O presente trabalho tem como principal objetivo questionar se pode a tributação ser considerada uma forma de regulação econômica. Pode a tributação ser considerada uma espécie de fomento?

Ao longo da busca por responder as perguntas propostas, será importante compreender as bases da escolha de quais pessoas e setores receberão apoio público. Além disso, questão fundamental é delinear limites à concessão de ajuda estatal. A Constituição prega a igualdade de oportunidades. Sendo assim, como justificar o esforço estatal em prol de alguns? De que maneira é possível garantir que a discriminação seja positiva?

Adianta-se desde já que não se pretende esgotar o tema de fomento, apenas buscar respostas relativas à aplicação de tributos em sua natureza extrafiscal. Serão citados alguns métodos de apoio consensual do Estado ao desenvolvimento, porém de forma breve e exemplificada.

2. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA E REGULAÇÃO

A partir da Constituição de 1988, o papel do Estado como intermediário entre o Direito e a Economia passa por processo de amplas rediscussões e questionamentos.³ Busca-se compreender em qual dimensão o Poder Público deve atuar e influenciar a economia sem que a liberdade de atuação do mercado seja desconsiderada.

O Direito funciona como força propulsora de comportamentos socialmente desejáveis.⁴ A atuação do Estado no livre mercado não tem como última intenção influenciar os comportamentos empresariais por si só, mas defender os interesses da coletividade.⁵

Economia e Direito são produtos de uma mesma cultura. Uma sociedade, mais do que indivíduos que obedecem a leis de ambas as ciências, é um conjunto de pessoas que partilham determinados valores e estilos com ideais pertinentes a um povo e a uma época.⁶ A partir desse interesse geral, o Estado deve atuar em busca da melhor expressão do bem comum, que permitirá à sociedade se desenvolver de forma equilibrada, com a

3 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 181.

4 *Ibid.*, p. 186.

5 *Ibid.*, p. 194.

6 *Ibid.*, p. 185.

redução da desigualdade de oportunidades que eventualmente possam influenciar o desenvolvimento dos potenciais de cada cidadão.

No interesse de desenvolver determinados mercados e políticas públicas, a intervenção do Estado na economia tende a ser mais bem aceita e até mais eficaz quando feita por consensualidade, e não por coerção.⁷ Com base na obra de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, pode-se dizer que a intervenção regulatória é a imposição, por norma legal, de prescrições positivas e negativas sobre o exercício de atividades econômicas ou sociais privadas, visando à prevalência de interesses públicos.⁸

Não se nega a possibilidade de o Poder Público atuar de forma direta no exercício de atividades econômicas, por exemplo, nos casos do artigo 173, ou de editar ordens aos particulares para que adotem comportamentos considerados importantes. No entanto, acredita-se que, em respeito aos princípios da livre iniciativa, da propriedade privada e da livre concorrência, previstos no artigo 170 da Constituição, além de vários outros listados no corpo de nossa lei maior, a indução de comportamentos através da regulação, além de ser mais suave e, portanto, causar menos resistência nos agentes privados, parece fazer mais sentido com o sistema econômico eleito pelo Constituinte originário.

3. PLANEJAMENTO ESTATAL E FALHAS DE MERCADO

Para alcançar as várias garantias de bem-estar que a Constituição prevê aos cidadãos, o planejamento estatal é fundamental. Entende-se planejamento estatal como a utilização do Poder concentrado no Estado para, de forma eficiente, racionalizar a força e as atividades públicas em benefício da sociedade.⁹ Conforme o artigo 174, o planejamento estatal é determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Apenas com base nesse dispositivo é possível extrair o entendimento de que, como regra, não é desejável que o Estado se substitua à vontade dos atores privados; parece mais compatível que o direcionamento dos comportamentos dos particulares se dê por incentivos e desincentivos que não desconsiderem a liberdade de escolha dos atores sociais.

Outra questão importante é entender como o princípio da atuação subsidiária do Estado na economia se reverte no comportamento efetivo

7 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório* – A alternativa participativa e flexível para a Administração Pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 110.

8 *Ibid.*, p. 129.

9 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 526.

do Poder Público, que não deve mais se basear unicamente na soberania estatal para justificar seus atos. O Estado deve entender o contexto no qual está inserido para que possa atuar e influenciá-lo de forma válida, em especial em um país de dimensões continentais como o Brasil, onde é fácil presumir a relevância das diferenças regionais.¹⁰

O que se espera de um governo subsidiário, como previsto em nossa ordem jurídica, é um processo decisório de qualidade que não permita atitudes desmedidas e sem razão tecnicamente aceitável, que impeça a livre atuação dos agentes privados em suas atividades precípuas. A partir disso, torna-se ainda mais notória a necessidade de um planejamento estatal claro e objetivo, que baseie a persecução dos objetivos buscados pelo Estado ao intervir na esfera econômica dos particulares.

Além da busca por aumentar o bem-estar da população, a intervenção estatal legítima na economia, que deve ser exercida primordialmente pela regulação, muitas vezes serve para fiscalizar e punir comportamentos que podem resultar em abusos econômicos decorrentes de falhas de mercado.¹¹

A Análise Econômica do Direito¹² explica que um mercado tende a se equilibrar com o transcurso do tempo, com a maximização da utilidade de todos os recursos envolvidos, desde que a situação de concorrência seja perfeita. Situações que impeçam o bom funcionamento das engrenagens mercadológicas e gerem benefícios desmedidos a alguma das partes e, dessa forma, não possibilitem o atingimento do equilíbrio que seria natural são denominadas falhas de mercado. As possíveis falhas de mercado são: monopólio, externalidades, bens públicos e assimetrias informacionais graves.

O monopólio pode ter várias formas, por exemplo, ser natural ou decorrer de conluio entre os fornecedores ou compradores. Essa falha de mercado tende a fazer com que o equilíbrio entre custos e receitas seja desequilibrado artificialmente. As políticas públicas de correção a essas falhas tendem a instituir a concorrência, quando possível, ou, muitas vezes, regulamentar o preço cobrado pelo monopolista. A primeira política é a razão de ser das leis antitruste. Na ocorrência de comportamento monopolista por algum ator em mercado, a atividade regulatória torna-se fundamental para proteção dos interesses comuns.

10 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 200.

11 TORRES, Sílvia Faber. *Princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 155.

12 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman Companhia Editora. 5ª ed, 2010.

Em relação às externalidades, há um desequilíbrio no comportamento normal dos participantes que, de regra, levariam em consideração todos os custos e benefícios de suas decisões quando interagissem. Em algumas situações, esses custos ou benefícios decorrentes da atividade privada podem gerar efeitos à sociedade, que é terceira àquela relação mercadológica. Esse fenômeno é chamado de externalidade e pode ser negativo ou positivo. A externalidade negativa é conhecida como custo social. O custo real da atividade é maior do que o custo marginal privado que o agente está considerando porque ele ignora o custo social que gera. O ponto positivo da atividade é quando o custo marginal privado, somado ao custo social, é equivalente aos benefícios marginais, isto é, quando todos os benefícios e prejuízos são levados em conta no momento da tomada de decisão. A regulamentação atua para garantir que os custos sociais sejam levados em consideração.

Os problemas dos bens públicos são delimitados por duas características muito claras: o consumo não rival e não excludente. O consumo de um bem público por uma pessoa não deixa menos para as outras, e os custos de exclusão de pessoas não pagantes são tão altos que nenhuma empresa privada, que, por sua natureza tem como interesse maximizar lucros, tenderá a fazê-lo. Como dito, o bem público dificulta muito a exclusão de *free riders*, pessoas que utilizam o benefício oferecido pelo bem sem pagar por ele. As soluções regulamentadoras para essa falha de mercado também dependem de decisões estatais. Normalmente, ou o Estado subsidia a prestação do bem público ou ele presta diretamente a atividade se financiando pela tributação compulsória. Um bom exemplo é a prestação de defesa nacional.

Assimetrias informacionais graves são, por definição, um desequilíbrio de informações entre as partes envolvidas. Algumas vezes, há troca voluntária das informações, mas, em outras situações mais graves, apenas a regulamentação estatal de obrigar a prestação das informações pode ajudar a resolver a questão e possibilitar que todos os interessados tenham informação em quantidade e qualidade suficientes para a tomada de decisão.

A melhor forma de impedir que as falhas de mercado atrapalhem o desenvolvimento saudável da livre concorrência, princípio constitucional previsto no artigo 170 da Constituição Federal, é por meio da utilização da regulação.¹³ Resta esclarecido que as chamadas situações de falhas de mercado são excelentes fundamentos econômicos para justificar a atuação reguladora do Estado, porém não são as únicas.

13 *Idem.*

Como já defendido, ainda que a situação não seja de falha de mercado e a competição livre esteja ocorrendo perfeitamente, é possível que o equilíbrio de eficiência econômica alcançado não seja o que a Administração considere o melhor para o desenvolvimento da sociedade em seu interesse público primário. É possível imaginar situações nas quais, apesar de haver eficiência econômica, determinadas situações não levem ao que o planejamento estatal previu como justiça social e, por isso, é possível, inclusive, que a regulação seja aplicada na ausência de falhas de mercado. O Poder Público não deve ignorar a boa técnica econômica de maximização de insumos, mas, principalmente, não pode desconsiderar que um dos principais objetivos da ordem jurídica é garantir o melhor desenvolvimento de cada ser humano.

Coadunar tantos interesses pode gerar contradições e resistências, por isso, em prol da valorização da liberdade de atuação dos particulares, sempre que possível, o dirigismo econômico estatal deve se dar por indução e de modo consensual, sendo bem baseado em estudos e planejamento estatal eficiente.

4. FOMENTO E TRIBUTAÇÃO

A partir de 1988, fica claro que o Estado deve ter atuação subsidiária na ordem econômica e, portanto, mais do que técnicas coercitivas invasivas, parece interessante privilegiar a indução de comportamentos por meio do fomento.¹⁴ O fomento não exige coerção, apenas se deve cuidar para que os incentivos estatais não terminem por se transformar em atuação paternalista, assistencialista ou clientelista.¹⁵

A melhor forma de se evitar tais vícios é ter claro o objetivo específico da atuação fomentadora do Estado e conhecer em detalhes as características do mercado que se deseja influenciar para que os métodos de fomento sejam de fato eficientes em sua espécie e medida. O fomento não deve gerar dependência do particular que o recebe, apenas privilegiar determinado comportamento publicamente desejado para que, com os incentivos claros, os agentes de mercado optem por tal direção. Da mesma forma, em termos de tempo, o fomento apenas deve existir enquanto justificável. Alcançados os objetivos e amadurecidos a ponto de ocorrerem de forma independente, o Estado deve se neutralizar e apenas observar se o mercado segue da forma desejada.

14 MENDONÇA, José Vicente. *Direito constitucional econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. 2ª Parte, Capítulo I, p. 301.

15 TORRES, Silvia Faber. *Princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 168.

Subsídios e incentivos fiscais são formas de intervenções estatais legítimas que se configuram como ajuda ou, tecnicamente, fomento.¹⁶ Como dito, esse auxílio não deve configurar uma dependência estatal ininterrupta. Encontra-se nessa afirmação a primeira resposta à questão principal do presente trabalho. Pode-se considerar a atividade tributária, em seu caráter extrafiscal, como regulação econômica, mais especificamente um tipo de fomento público.

Considerada macroeconomicamente, como instrumento de desenvolvimento, a função de fomento público é a uma das principais funções administrativas que podem existir por meio da regulação.¹⁷ A definição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto para a função administrativa de fomento público é estímulo direto, imediato às iniciativas da sociedade de reconhecido interesse público, oferecido na forma da lei.¹⁸ A principal característica de tal atuação é a ausência de compulsoriedade. O fomento público, sob ótica das perspectivas futuras do Estado, é uma das atividades mais importantes e nobres porque permite orientar a construção do presente com vistas a um futuro desejável e delimitado a partir de políticas públicas.¹⁹

João Bosco Leopoldino da Fonseca explica que Bernard Chenot e Alberto Venâncio Filho chamam de Direito Regulamentar Econômico o conjunto de normas destinado a reger, estimular e incentivar a atividade econômica do setor privado.²⁰

Ao conduzir, estimular e apoiar a atividade econômica dos particulares, são adotados métodos de política econômica com o objetivo fundamental de assegurar o crescimento sustentável da economia.²¹ É importante perceber que várias medidas podem ser adotadas concomitantemente, a situação de equilíbrio é a meta a ser alcançada, e os fatores não são isolados, podendo ser necessária a adoção de mais de uma técnica para a obtenção do objetivo final.

16 *Ibid.*, p. 155.

17 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório – A alternativa participativa e flexível para a Administração Pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 140.

18 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, p. 523.

19 TORRES, Sílvia Faber. *Princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 166.

20 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 209.

21 *Ibid.*, p. 211.

Uma das formas de fomento à autorrealização da sociedade mais difundida é a operada pela tributação com incentivos fiscais, seja por isenções ou anistias, remissões, subvenções e subsídios.²²

Além do fomento tributário pelas isenções e desagravações fiscais, o fomento pode ocorrer por subvenções (meios financeiros), concessão de prêmios (meios honoríficos), propagandas (meios psicológicos) e quaisquer outros métodos não proibidos por lei que a criatividade dos agentes públicos consigam imaginar eficientes a fim de induzir comportamentos desejáveis em determinado mercado.²³

A ação persuasiva deve ter na flexibilidade umas das principais características. A situação concreta deve ditar qual meio de fomento é o mais eficaz para o caso.²⁴

A atuação fiscal e financeira impulsiona medidas de fomento ou de dissuasão, concedendo benefícios fiscais ou impondo cargas tributárias mais ou menos pesadas, o Estado estimula determinadas atividades econômicas e desestimula outras.²⁵

Ponto fundamental para a atividade de fomento é a necessidade que está diretamente vinculada ao planejamento estatal, do contrário, poder-se-ia apontar, inclusive, falta de isonomia ou fornecimento de benefícios odiosos.²⁶ O plano de desenvolvimento econômico, conforme exigência constitucional, deve estar previsto em lei. Com base nele, resta justificada a opção de conceder facilidade a determinadas pessoas, setores e regiões. Trata-se de atividade vinculada, uma vez que não cabe atribuição de privilégios, preferências, favores e proteções sem que estejam amparados pelo interesse público primário o bem-estar de toda coletividade. Como exposto, sob pena de violação do princípio da igualdade, fomento e planejamento são indissociáveis.²⁷

Não é adequado apontar qualquer listagem de atividades de fomento com pretensão exaustiva. Com base na obra de Marcos Juruena Villela Souto,²⁸ serão apontadas algumas formas de induzir comportamentos mercadológicos por meio consensual baseado em incentivos.

22 *Ibid.*, p. 131.

23 TORRES, Sílvia Faber. *Princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 167.

24 *Idem*.

25 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 207.

26 SOUTO, Marcos Juruena Villela. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

27 *Ibid.* p. 39.

28 *Ibid.* p. 41.

O autor defende que benefícios e incentivos tributários são espécies bastante relevantes de fomento, uma vez que favorecem a orientação dos investimentos privados. A Constituição sinaliza que a não cobrança de tributos a princípio devidos só deve ocorrer em casos excepcionais e justificados quando tal comportamento apresentar vantagens maiores para a coletividade. São casos nos quais os tributos têm função além da arrecadatória; a sua natureza socioeconômica é privilegiada com práticas extrafiscais de tributação.

Como a concessão de incentivos tributários gera uma diminuição de receitas, o artigo 165, parágrafo 6º, da Constituição Federal exige que eles constem da lei orçamentária com demonstrativo detalhado de seus efeitos positivos e negativos, o que inclui o apontamento de como o prejuízo ao Erário será evitado ou compensado. É possível vincular os incentivos a benefícios sociais maiores; são situações nas quais a renúncia de receita proporcionará benefícios generalizados e a perda de receita será recomensada futuramente.²⁹ Fica ainda mais clara a necessidade de vinculação de benefícios fiscais ao planejamento.

Os incentivos podem ser setoriais ou regionais. Quando setoriais, o foco do fomento estatal está em desenvolver um determinado tipo de mercado. Nesses casos, a abrangência das ações tende a ser nacional, visto que setores comerciais não atuam de forma estanque apenas em algumas regiões, ainda que a intensidade de sua presença seja diferenciada em localidades nacionais diversas. Quando regionais, a intenção da Administração é diminuir desigualdades econômicas e sociais em determinados locais. Com um território amplo como o brasileiro, não é difícil intuir que muitas são as diferenças. A polarização de recursos em algumas capitais faz com que bolsões de pobreza e subdesenvolvimento sejam criados. Em tais situações, é razoável que o Estado atue para aquecer a economia regional ou, ainda, para dar apoio à população necessitada. A redução das desigualdades regionais é um objetivo constitucionalmente previsto no inciso VIII do artigo 170 da Constituição.

Outra forma interessante de fomento é a concessão de garantias. Quando uma empresa privada ou estado-membro necessita acessar o mercado de capitais ou o mercado de crédito e tem dificuldades em fazê-lo, uma boa forma de evitar a capitalização direta pela União Federal é a concessão de garantias ao agente financiador, seja ele uma instituição financeira ou o próprio mercado de capitais.

Subsídios são a concessão de donativo sem a obrigação de devolução dos recursos, um ponto diferenciador da atividade de empréstimo.³⁰

29 *Ibid.* p. 42.

30 SOUTO, Marcos Juruena Villela. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 44.

Subsídios podem ser simples ou condicionados, anteriores a determinadas atividades ou posteriores, como uma espécie de prêmio; também podem ser periódicos ou pontuais. É uma exceção à regra de não discriminação e, como tal, também exige justificativa legal e interesse público primário.

Outra forma difundida de se fomentar a atividade privada é a concessão de financiamentos em condições mais favoráveis do que as de mercado. O país tem em sua Administração Pública indireta federal um banco de fomento, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), que atua para cumprir tal papel. Importante destacar que o BNDES também atua no desenvolvimento do mercado de capitais e na composição acionária de algumas sociedades empresárias, forma ainda mais sofisticada e inovadora de fomento.

Uma opção polêmica de fomento é a proteção à indústria nacional, assunto muito discutido no campo das relações internacionais, de inegável importância e destaque dentre as opções da Administração. A crítica ao protecionismo é fundada no prejuízo que pode causar ao livre mercado globalizado e ao desenvolvimento industrial.

Como explicado anteriormente, este trabalho não se propõe a apresentar rol exaustivo das possibilidades de fomento. Além do foco principal do presente trabalho, que é investigar se a atuação tributária pode, em algumas situações, ser considerada atividade de fomento, apenas comentou-se algumas outras opções à disposição do Administrador ao decidir influenciar de forma consensual o comportamento da economia.

Da mesma forma que as outras atividades administrativas, os mecanismos de fomento são controlados sob três aspectos: legalidade, legitimidade e economicidade, parâmetros previstos no artigo 70 da Constituição Federal.³¹

Sob o aspecto da legalidade, o escrutínio é se o benefício concedido está adequado aos limites e objetivos impostos pela lei. A lei de diretrizes do plano econômico e as leis orçamentárias têm grande relevância nessa análise.

Em relação à legitimidade, a análise apura se o benefício tem condição de influenciar positivamente a atuação mercadológica para gerar consequências positivas ao público genérico e específico, aquele foco dos esforços. Caso a resposta não seja positiva, trata-se de agressão ao princípio da isonomia, previsto no artigo 5º da Constituição.

Economicidade deriva do princípio da eficiência.³² Trata-se da obtenção dos melhores resultados com o menor custo para o Erário.

31 *Idem.*

32 *Ibid.*, p. 55.

Caso a opção seja pela técnica de administração por resultados, com a utilização de acordos, contratos de gestão, convênios e consórcios, o adequado é que haja controle de eficácia.³³ É importante observar se houve a realização adequada dos objetivos almejados pelo ajuste, pois são esses os resultados que expressam o atendimento ao interesse público.

Marcos Juruena explica que

“o controle desses aspectos é exercido pelos órgãos de controle interno da administração – ora como manifestação do poder hierárquico, relativamente às entidades da administração direta, ora como manifestação da tutela (controle finalístico), em relação às entidades da administração indireta e fundacional e pelo controle externo, onde se destaca a atuação dos Tribunais de Contas (CF, art. 71); pode, ainda, o Judiciário ser provocado sobre a outorga lesiva de benefícios via ação popular (por qualquer cidadão) ou mandado de segurança (por um concorrente eventualmente lesado), para não falar nos meios ordinários.”³⁴

Está claro que o direcionamento não coercitivo do Estado, com estímulo a atividades privadas de interesse público, é uma atividade que ganha consistência quanto maior for a qualidade do planejamento. O fomento, conduzido com liberdade de atuação, tem grande alcance pedagógico.³⁵

Além disso, o artigo 174 da Constituição deixa claro que o planejamento é indicativo para o setor privado e vinculante para o setor público, sendo base constante de sua atuação econômica. Assim, se o Estado desenvolve qualquer atividade de conteúdo econômico sem o devido planejamento, descumpra mandamento constitucional.³⁶

5. CONCLUSÃO

A intervenção do Estado na economia pode ocorrer de forma direta ou indireta. Com base no princípio da atuação subsidiária do Estado no domínio econômico, é desejável que a maior parte das intervenções ocorra de forma indireta e o mais suave possível.

33 *Idem.*

34 *Ibid.*, p. 56.

35 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3ª ed. Revista e Ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

36 *Idem.*

Com o amadurecimento da ordem constitucional inaugurada em 1988, a administração por consensualidade vem ganhando cada vez mais destaque e qualidade. Nessa seara, a regulação e, em especial, o fomento público torna-se uma das principais e mais desejáveis formas de direcionamento do mercado aos interesses públicos.

O atual modelo de Estado é propício à atividade regulatória, em que o planejamento preventivo é fundamental para perseguir a efetivação do fomento para o desenvolvimento econômico e social em bases sólidas. Com base nesse sistema motivador, a regulação se torna cada vez mais apta a proteger direitos fundamentais.³⁷

Entre as variadas formas de fomento, a tributação, em seu caráter extrafiscal e indutor, apresenta-se como método importante para a Administração. O fomento tributário atende a todos os interesses em questão. A tributação indutora de comportamentos não é coercitiva, apenas estimula algumas posturas e desestimula outras. É possível atuação bastante pontual para a consecução de políticas públicas, visto que a legislação determina exatamente em que casos as alíquotas se aplicarão em benefício dos particulares.

Outra estampa da maturidade constitucional é a cobrança de planejamento econômico e orçamentário eficiente e de qualidade. Além de serem exigência constitucional, são nessas normas que estarão previstos quais aspectos da vida social serão privilegiados em prol do interesse público.

Conforme destacado pelo Professor Sérgio Guerra, em sua obra *Discricionariedade, regulação e reflexividade*, a regulação estatal das atividades econômicas é uma categoria mais recente de escolha pela Administração Pública e cada vez mais vem ganhando espaço com a intenção de suprir as falhas de mercado, mediar e ponderar os mais diversos interesses.³⁸

Não se consegue imaginar fomento público dissociado da busca pelo bem-estar da coletividade. Em resumo, é o interesse público primário que motiva a Administração a, com base em lei, editar normas que estimulam determinados comportamentos, sendo um exemplo importante dessas medidas a regulação econômica por meio do fomento tributário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Porto Alegre. Bookman Companhia Editora. 5ª ed, 2010.

37 GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

38 *Idem*.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUERRA, Sérgio. *Teoria do Estado Regulador*. Curitiba: Juruá, 2015.

GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MENDONÇA, José Vicente. *Direito constitucional econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. 2ª Parte, Capítulo I.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005.

_____. *Direito Regulatório - A alternativa participativa e flexível para a Administração Pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Mutações do Direito Administrativo*. 3ª ed. Revista e Ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TORRES, Sílvia Faber. *Princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

○ CONTROLE CONCORRENCIAL DAS CONDUTAS DAS EMPRESAS ESTATAIS QUE EXPLORAM ATIVIDADE ECONÔMICA

Marjorie Gressler Afonso¹

1. INTRODUÇÃO

Nos termos do art. 173 da Constituição Federal (CF), a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. A exploração de atividade econômica pelo Estado será exercida por meio de empresa pública, de sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, como determina o *caput* do art. 2º da Lei nº 13.303/2016 (a “Lei das Estatais”), que dispõe sobre o estatuto jurídico das empresas estatais.²

Sendo assim, a criação das empresas públicas e sociedades de economia mista, instrumentos de atuação direta do Estado na economia, é justificada apenas nos casos em que estiver presente um relevante interesse coletivo ou em decorrência de imperativo de segurança nacional.³ O interesse coletivo e imperativo de segurança nacional que justificou sua criação deve ser indicado na Lei que autorizar a sua constituição, conforme exigência do art. 2º, §1º, e do art. 27, *caput*, da Lei das Estatais.⁴

1 Bacharel em Direito, FGV Direito Rio; Mestranda em Direito da Regulação, FGV Direito Rio. Advogada.

2 Art. 2º, Lei 13.303/2016: “A exploração de atividade econômica pelo Estado será exercida por meio de empresa pública, de sociedade de economia mista e de suas subsidiárias”.

3 Para um *standard* de interpretação do artigo 173 da Constituição Federal: CYRILINO, André Rodrigues. “Até onde vai o empreendedorismo estatal. Uma análise econômica do art. 173 da Constituição”. In ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. pp. 47-76.

4 Nesse sentido, o §1º do art. 2º prevê: “A constituição de empresa pública ou de

A Lei das Estatais especifica os objetivos que devem orientar a realização do interesse coletivo, quais sejam: (i) o alcance do bem-estar econômico e a alocação socialmente eficiente dos recursos geridos pela estatal, (ii) a ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores aos produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista, e (iii) o desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira para produção e oferta de produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista, sempre de maneira economicamente justificada.

Nota-se, portanto, que as empresas estatais são importantes instrumentos de atuação estatal. Afinal, para que possa ser criada, a empresa pública ou sociedade de economia mista precisa atender aos requisitos constitucionais acima. Pode-se, portanto, afirmar que a empresa estatal visa à promoção de interesses públicos (seja esse um “relevante interesse coletivo” ou a “preservação da segurança nacional”).

Contudo, além de prever a figura das empresas estatais e os requisitos para sua criação, a Constituição Federal também as submete ao regime jurídico próprio das empresas privadas (art. 173, §1º, inciso II, CF).⁵ Como tal, a atuação das estatais deve se submeter ao controle concorrencial de condutas e dos atos de concentração, previstos na Lei nº 12.529/2011, a Lei de Defesa da Concorrência (LDC).⁶ A LDC, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações econômicas, prevê expressamente que seus dispositivos se aplicam também às pessoas jurídicas de direito público (art. 31, LDC).

sociedade de economia mista dependerá de prévia autorização legal que indique, de forma clara, relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, nos termos do *caput* do art. 173 da Constituição Federal.” Similarmente, o art. 27, *caput*, prevê: “A empresa pública e a sociedade de economia mista terão a função social de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação”.

5 Apesar da Constituição Federal afirmar que as empresas públicas e sociedades de economia mista se submetem ao regime jurídico próprio das empresas privadas, na verdade, a doutrina e jurisprudência, havia muito tempo, já reconheceram que se trata, na prática, de um regime misto, que foi moldado ao longo do tempo em decorrência de decisões judiciais e administrativas. Com o advento da Lei das Estatais, foram consolidados diversos aspectos desse regime jurídico misto, muitos dos quais já eram adotados na prática. Deve-se ressaltar, contudo, que a Lei das Estatais não tratou da submissão das estatais às normas do direito concorrencial.

6 Há quem entenda que o Constituinte, ao incluir o §4º como um dos parágrafos do artigo 173, buscou deixar claro que as empresas estatais se submetem ao controle antitruste. Veja, nesse sentido, afirmação de Calixto Salomão Filho: “A Constituição de 1988 deixou essa sujeição particularmente clara ao incluir (ao contrário das anteriores) a tradicional proteção contra o abuso do poder econômico em um dos parágrafos que tratam da exploração direta da atividade econômica pelo Estado (art. 173, §4º). A Lei 12.529/2011 confirma esse entendimento ao prever a sujeição de todos, sejam pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, às normas concorrenciais” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 270.)

A exigência constitucional de que as estatais estejam sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas visa a assegurar condições igualitárias de competição entre empresas estatais e empresas privadas que atuam no mesmo mercado. Pretende-se, com isso, evitar que as empresas estatais obtenham vantagens em relação às empresas privadas, de forma a evitar a concorrência no mercado em que atuam.

A submissão das estatais ao controle concorrencial, naturalmente, implica uma limitação ao poder das estatais de exercer suas atividades e atuar em prol do interesse público que justificou a sua criação. A aplicação das normas de defesa da concorrência, de forma absoluta e sem exceções, às empresas estatais pode prejudicar gravemente suas atividades voltadas à persecução de relevantes interesses coletivo ou na preservação da segurança nacional. Em decorrência de tal prática, poder-se-ia dizer que o interesse público que justificou a criação da estatal seria preterido em favor da preservação do bem jurídico protegido pelo direito concorrencial em todo e qualquer caso em que houvesse um conflito entre esses dois interesses. Vale questionar, contudo, se a submissão das estatais aos controles do direito antitruste, em todo e qualquer caso, é compatível com o objetivo constitucionalmente previsto das estatais; e se a incidência do direito antitruste à conduta das estatais deve ser absoluta ou se comporta alguma exceção.

Mario Engler Pinto Júnior escreve sobre a possibilidade de mitigar os princípios concorrenciais para privilegiar a promoção do interesse público perseguida pelas empresas estatais. Nesse sentido, afirma:

A obediência à legislação antitruste por parte das empresas estatais não significa, porém, que a identificação e o sancionamento das situações potencialmente infringentes da ordem econômica, bem como o controle das estruturas, devam seguir os mesmos critérios aplicados ao setor privado. Não se deve perder de vista que, muitas vezes, as empresas públicas ou sociedade de economia mista funcionam como instrumentos de execução de políticas públicas. Nesse caso, a mitigação dos princípios concorrenciais pode ser justificada em face de objetivos redistributivistas, notadamente quando estiver em causa a garantia da continuidade da prestação ou da universalização do acesso a bens ou serviços públicos considerados essenciais para a coletividade.⁷

Alexandre Santos de Aragão também reconhece que a análise da legalidade das condutas das estatais pela autoridade antitruste “deve levar

7 PINTO JUNIOR, Mario Engler. “O antitruste e as empresas estatais”. *Revista de Direito Mercantil* - 138. Atualidades. N. 138, Abril 2005. p. 192.

em consideração o papel da empresa estatal na ordem econômica, bem como o fato de ser ela controlada pelo Poder Público e estar agindo, em muitos dos casos, como instrumento do Estado na Economia”.⁸

O objetivo deste trabalho, portanto, é analisar a incidência das normas de defesa da concorrência às condutas das empresas estatais que exploram atividade econômica. Pretende-se verificar se, e em que medida, o direito antitruste aplicável às empresas privadas, no que tange ao controle de condutas, deve incidir também nas condutas das empresas estatais.⁹ Em um primeiro momento, analisar-se-á brevemente o escopo subjetivo de aplicação do direito concorrencial à luz da doutrina tradicional e de precedentes do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Em seguida, serão estudadas as justificativas econômicas por trás do controle de condutas anticoncorrenciais, bem como o objetivo constitucional por trás da criação das empresas estatais. A partir desse contexto, será analisado o conflito interno existente no cerne das estatais e como ele deve ser levado em consideração quando da análise concorrencial de suas condutas levada a cabo pelas autoridades públicas competentes para aplicar a LDC. Por fim, será proposto um teste para verificar, em um caso concreto, se a conduta da empresa deverá ser submetida ao controle do direito concorrencial.

2. O ESCOPO SUBJETIVO DE APLICAÇÃO DO DIREITO CONCORRENCIAL

A LDC define o escopo de sua aplicação em termos bastante amplos. De fato, o art. 31 da Lei define os sujeitos que devem se submeter ao controle

8 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Novas estratégias de atuação direta do estado na economia através das empresas estatais*. Tese, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro, 2015. p.369

9 A Lei nº 12.529/2011 prevê duas espécies de controle concorrencial a serem exercidas pelo CADE. De um lado, temos o controle de conduta, espécie de controle repressivo que busca coibir atos praticados com a intenção de dominar o mercado, aumentar arbitrariamente os lucros, limitar, falsear ou prejudicar a livre concorrência, ou exercer de forma abusiva posição dominante. As condutas sujeitas a controle pela autoridade antitruste estão elencadas no art. 36, da LDC. Do outro lado, tem-se o controle de estrutura, uma espécie preventiva de controle que busca impedir a concentração econômica em um dado mercado. Para tanto, a LDC exige que determinadas operações entre agentes econômicos, tais como fusões, incorporações e aquisições, sejam submetidas à Administração para aprovação prévia. A lista das operações sujeitas à aprovação está prevista no artigo 90 da Lei, que as denomina de “atos de concentração”. Embora o controle do CADE incida sobre condutas e atos de concentração, o presente trabalho foca apenas no controle das condutas. Não faz parte deste trabalho analisar a aplicação, às estatais, das normas relativas ao controle de atos de concentração.

de atos de concentração e condutas previsto em suas normas, nos termos abaixo:

Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

Nota-se que o escopo de aplicação da LDC é abrangente, incluindo desde pessoas físicas a associações, independentemente de serem constituídas de fato ou de direito. O dispositivo é expresso em afirmar que a LDC se aplica também às pessoas jurídicas de direito público, mesmo que exerçam atividades sob regime de monopólio legal.

A partir de uma leitura literal do art. 31, poder-se-ia, a princípio, concluir que todos os entes públicos se submetem ao controle da autoridade antitruste, uma vez que se enquadram no conceito de “pessoa jurídica de direito público”. Contudo, a despeito do escopo amplo deste artigo, a doutrina nacional e a jurisprudência do CADE vêm reconhecendo que os atos dos órgãos públicos no exercício de suas ações tipicamente governamentais não se sujeitam ao controle pelo CADE, podendo apenas estar sujeitos às ações de advocacia da concorrência.¹⁰

Corroborando esse entendimento, Caio Mário da Silva Pereira Neto explica que, apesar da redação extensiva do art. 31, há indícios na Lei nº 12.529/2011 de que a preocupação concorrencial está centrada, sobretudo, em dois elementos: a empresa e a atividade.¹¹ No que se refere às atividades, o autor aponta que a última parte do art. 31 faz menção à “atividade” exercida pelo sujeito da LDC, ainda que sob o regime de monopólio legal. O termo “atividade” refere-se à atividade econômica em sentido amplo, incluindo-se a prestação de serviço público e a exploração de atividade econômica em sentido estrito.

No que tange à preocupação com as empresas, o art. 36, §2º, da LDC, ao tratar da definição ou presunção de posição dominante, refere-se à “empresa ou grupo de empresas” que é capaz de alterar unilateralmente

¹⁰ Veja afirmação de Caio Mário da Silva Pereira Neto nesse sentido: “De forma geral, não está sujeita aos mecanismos de controle do CADE (preventivo ou repressivo) a atuação de órgãos públicos no exercício de suas ações tipicamente governamentais, tais como as de regulação, fiscalização e fomento. Nesses casos, pode ser aplicável apenas ações de *advocacia da concorrência*”. (PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial: Doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 42.)

¹¹ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial: Doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 40.

ou coordenadamente as condições de mercado. Ademais, os incisos III e IV do §3º do art. 36, ao tratar das condutas que configuram infração à ordem econômica, mencionam aquelas que limitam ou impedem o acesso de novas “empresas” no mercado, bem como as que criam dificuldade a constituição, funcionamento ou desenvolvimento de “empresa concorrente”.

O CADE já se manifestou expressamente sobre o tema, afirmando que a sua competência punitiva não alcança os atos praticados por órgãos do Poder Público no exercício de seus poderes regulatórios, mesmo que tais atos acarretem prejuízos para a concorrência.¹² Nesse caso, a função do CADE é restrita à advocacia da concorrência.¹³ Nesse sentido, o então Conselheiro do CADE, Antônio Fonseca, já se manifestou:

Se no exercício constitucional de seu poder regulamentar, uma entidade pública, por atos de estado ou de governo, causa uma infração *lato sensu* à ordem econômica, não é prático nem juridicamente possível que o Plenário do CADE possa ir além de expedir recomendações ou solicitar providências para o cumprimento da Lei.¹⁴

12 Veja, nesse sentido, o voto do Conselheiro Luis Fernando Shuartz: “A competência punitiva do CADE, porém, não alcança os atos praticados por órgãos do Poder Público no exercício de seus poderes regulatórios (em sentido amplo), mesmo que prejudiciais à livre concorrência. Não que a lei antitruste não seja amplamente aplicável aos entes estatais: seu art. 15 afirma expressamente o contrário. O ponto é que, propriamente sujeitos ao disposto na Lei nº 8.884/94, estão apenas os agentes econômicos em sentido estrito, i.e, os ofertantes e demandantes de bens e serviços em um mercado. Enquanto tais, pessoas jurídicas controladas pelo Estado podem ser representadas e eventualmente sancionadas, sem qualquer privilégio em comparação aos agentes puramente privados. Não obstante, nos casos em que o Poder Público comparecer como genuíno ente regulador, a atuação do CADE estará, perante este, limitada à ‘advocacia da concorrência’”. (Averiguação Preliminar nº 08000.013661/1997-95. Representante: Ministério Público de Aracaju/SE. Representados: Transporte Coletivo Urbano do Município de Aracaju. Julgado em 13.09.2006.)

13 No bojo de um processo administrativo que questionava a compatibilidade de um Decreto editado pelo governador do Distrito Federal, o Plenário do CADE reconheceu que não tinha competência para modificar o Decreto ou punir o governador. Contudo, expediu ofício para o governando requerendo a modificação do decreto e informando que, caso não fosse atendido o ofício, a Procuradoria do CADE iria elaborar representação ao Ministério Público Federal com o intuito de anular o Decreto judicialmente. (CADE. Consulta nº 34/99. Consulente RádioTáxi Brasília Ltda., relatora Conselheira Lúcia Helena Salgado, julgado em 04.08.1999 e publicado no DOU de 03.09.1999).

14 CADE. DPDE *ex officio* vs. Sindicato dos Trabalhadores no Comércio de Minérios e Derivados de Petróleo do Estado do Rio de Janeiro e Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Município do Rio de Janeiro, Relatora Conselheira Lúcia Helena Salgado, julgado em 11.12.1996, acórdão publicado no DOU em 09.01.1997.

Contudo, quando o Estado intervém como agente direto da atividade econômica – o que ele faz por meio de empresas públicas ou sociedades de economia mista – o entendimento majoritário é o de que incide o controle pela autoridade antitruste. Para Calixto Salomão Filho, por exemplo, “não há dúvida da sujeição do Estado ao sistema concorrencial” quando se trata da função do Estado como agente direto da atividade econômica.¹⁵ O CADE também já se manifestou nesse sentido, afirmando que “o Estado está submetido à competência do CADE quando intervém como agente direto da atividade econômica, assim como as empresas privadas que recebem delegação sua também são”.¹⁶

3. O CONFLITO INTERNO INERENTE ÀS EMPRESAS ESTATAIS E ÀS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

O entendimento do CADE a favor da submissão das empresas estatais ao direito antitruste presume que, como as empresas privadas, as estatais visam à maximização de seus lucros. Contudo, esse posicionamento ignora o conflito interno inerente às empresas estatais que, de um lado, visam à maximização do lucro e, de outro, visam à promoção de interesses públicos.¹⁷

A busca das empresas estatais pelo lucro já foi objeto de amplo debate da doutrina nacional. Há quem afirme que a persecução de lucro não é um objetivo legítimo das estatais.¹⁸ Os que se alinham a essa posição

15 “Os princípios básicos que regem a atuação do Estado na economia encontram-se nos arts. 173 e 174 da CF. De sua leitura depreende-se que três são as funções possíveis do Estado na economia: em primeiro lugar como agente direto da atividade econômica, em segundo, como agente fiscalizador do exercício da atividade econômica pelos particulares e, finalmente, como agente normativo da atividade econômica. No primeiro caso, não há dúvida quanto à sujeição do Estado ao sistema concorrencial”. (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 270.)

16 Processo Administrativo n. 0800.002605/1997. AMTU P & C- Associação Mineira dos Usuários de Transportes de Passageiros e Carga vs. BHTRANS – Empresa de Transportes e Trânsito da Região Metropolitana de Belo Horizonte e outras, Conselho Relator Marcelo Procópio Calliari, 31.03.1999.

17 Sobre este ponto, Mario Engler Pinto Junior escreve: “Diferentemente da empresa privada, a empresa estatal não visa teleologicamente à acumulação de riqueza, nem é movida apenas pela finalidade lucrativa. Portanto, a preocupação com o abuso de posição dominante, o risco de espoliação dos consumidores, além de outros malefícios associados à concentração do poder econômico assumem outra conotação”. (PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa Estatal: Função Econômica e Dilemas Societários*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 162.)

18 É o que aponta Jacinto Arruda Câmara: “Há quem sustente que o lucro não deve ser buscado como um legítimo objetivo da empresa estatal (aliado aos demais, de preservação de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo). O lucro (...)

entendem que o lucro não é compatível com a atividade estatal, que deve se financiar exclusivamente por meio de tributos. Argumentam, ainda, que as estatais devem agir somente na perseguição do interesse público que justificou sua criação, o que não deveria englobar a obtenção de lucro. Para eles, eventual lucro auferido em decorrência da atividade prestada deveria ser apenas contingencial e tolerado como consequência aleatória de uma atividade cujo foco é, única e exclusivamente, o atendimento do interesse público.

O posicionamento acima parece partir da premissa de que a promoção do interesse público seria contraditória, em todo e qualquer caso, com a obtenção de lucro pela empresa estatal. Contudo, esse entendimento não contempla os casos em que a aferição de lucro é perfeitamente compatível com o interesse público visado pela empresa estatal. Há casos em que o lucro é uma das formas de promover o interesse público. De fato, o lucro da empresa pode servir como forma de autofinanciamento de uma empresa que vise a ampliar a atividade que desenvolve para melhor promover os objetivos constitucionalmente consagrados das estatais.¹⁹

Esse entendimento pode ser extraído também da leitura do texto constitucional. Nesse sentido, deve-se lembrar que o próprio art. 173 da Constituição, em seu §4º, menciona o lucro de forma expressa, ao estabelecer que a lei reprimirá o “aumento arbitrário do lucro”. Se a Constituição proíbe o aumento “arbitrário” do lucro, parte-se do pressuposto de que algum lucro é permitido, desde que não arbitrariamente alto.

só poderia ser contingencial, como produto aleatório de uma atuação focada exclusivamente na perseguição dos chamados interesses públicos”. (CÂMARA, Jacinto Arruda. “O lucro nas empresas estatais”. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 10, n.37, p.12. abr./jun. 2012.) Exemplo desse posicionamento foi manifestado por Ricardo Marcondes Martins: “Registra-se: não é admissível ao Poder Público perseguir o lucro, vantagem econômica como fim principal de sua atividade. O direito admite a exploração da atividade econômica apenas e tão somente para realizar o interesse público ou, mais precisamente, proteger a segurança nacional ou satisfazer relevante interesse coletivo” (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 279). Fabio Konder Comparato também já afirmou que “A função da empresa estatal não é a geração de receita sob a forma de lucro empresarial, mas a preservação da segurança nacional, ou a organização de setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa”. (COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 302.)

19 Sobre a forma em que o lucro é compatível com a finalidade das empresas estatais, Jacinto Arruda Câmara escreve: “Assumindo sua condição de empresa lucrativa e, efetivamente, almejando o lucro nas suas operações, a empresa estatal passa a contar com importante instrumento para ampliar e aprimorar suas ações. Lucrando, ela poderá investir em expansão ou, quando necessário, captar recursos junto a agentes financeiros e investidores para atingir sua atividade fim”. (CÂMARA, Jacinto Arruda. “O lucro nas empresas estatais”. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 10, n.37, p.9-18. abr./jun. 2012, p. 16)

Ademais, em se tratando de sociedades de economia mista, o argumento a favor da possibilidade de obtenção de lucro ganha ainda mais força. Em primeiro lugar, a finalidade lucrativa da sociedade de economia mista tem respaldo legal: o Decreto-Lei nº 200/67 determina que a sociedade de economia mista deverá ser constituída sob a forma de sociedade por ações, necessariamente. Nos termos do art. 2º da Lei das Sociedades por Ações, a sociedade por ações, por definição, deve ter fins lucrativos. Em segundo lugar, considerando que as sociedades de economia mista dependem de investimentos privados, a lucratividade é essencial para conciliar os interesses dos acionistas privados e garantir o financiamento buscado pelo estado ao optar pela forma de sociedade de economia mista.²⁰

Mario Engler Pinto Junior entende que a presença de acionistas privados no capital da empresa estatal, como ocorre nas sociedades de economia mista, não altera a natureza e a intensidade do interesse público que se busca promover. Afirma que “a qualidade do interesse público e as estratégias para sua consecução são substancialmente iguais em empresa pública unipessoal e na sociedade de economia mista com participação de investidores de mercado”. Para o autor, a única diferença reside no fato de que, na estatal, existiria um limite ao sacrifício da lucratividade da empresa em prol do interesse público.²¹

Uma vez aceita a premissa de que as estatais podem visar ao lucro, e considerando os requisitos constitucionais para a sua criação, conclui-se que essas têm, em seu cerne, um conflito interno na condução de suas atividades. A tensão entre esses dois objetivos das estatais já foi extensamente tratada pela doutrina pátria, sendo, inclusive, objeto de litígio societário.²² Para os fins deste trabalho, contudo, o importante é entender como esse conflito interno pode afetar a conduta da empresa estatal no caso concreto. Nesse sentido, a conduta de determinada empresa estatal pode se enquadrar em uma das cinco categorias abaixo:

20 Sobre a compatibilidade entre o lucro nas sociedades de economia mista, veja: LEITE, Carina Lellis Nicoll Simões. “O lucro nas sociedades de economia mista”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas públicas e sociedades de economia mista*. Belo Horizonte, Fórum: 2015, pp. 99-130.

21 JUNIOR, Mario Engler Pinto. *Empresa Estatal: Função Econômica e Dilemas Societários*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 234

22 Um caso paradigmático em que se discutiu o conflito entre o interesse público e o lucro da estatal foi o Processo Administrativo nº RJ-2007-10879 e RJ-2007-13216, em que os acionistas minoritários da Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobras) se insurgiram contra a decisão da União que reteve dividendos obrigatórios da companhia, sob a alegação de que precisava de recursos para a realização de investimentos essenciais para o aumento da capacidade energética do país. Nesse caso, apesar de a União ter fundamentado sua conduta na promoção do interesse público, a CVM entendeu que a decisão violava a Lei nº 6.404/1976.

1. A conduta promove o interesse público e gera lucro.

Neste caso, a conduta compatibiliza o interesse público e a geração de lucro. Um exemplo de conduta que se enquadraria nessa hipótese seria, no caso de guerra, uma empresa estatal que fabrica armas de guerra e as vende para estados aliados.

2. A conduta promove o interesse público em detrimento do lucro.

Neste caso, a empresa estatal abriria mão do recebimento de lucros para poder fazer avançar o interesse público. Exemplo disso seria a estatal que, em vez de distribuir dividendos, reaplica eventual receita aferida de volta no desenvolvimento de sua atividade-fim.²³

3. A conduta promove o interesse público sem prejudicar o lucro.

Neste caso, a conduta promove o interesse público sem prejudicar o lucro. É o que ocorreria se um banco público realizasse empréstimos, a preço de custo, para financiar atividade de interesse público, como o desenvolvimento de determinados setores da economia.

4. A conduta promove o lucro sem prejudicar o interesse público.

Uma conduta se enquadraria nesta categoria se visasse tão somente ao lucro, mas não prejudicasse de qualquer forma o interesse público. Seria a hipótese de um banco público que realiza empréstimos a preços compatíveis com o do mercado em uma atividade que não é necessariamente estratégica para o desenvolvimento da economia.

5. A conduta promove o lucro em detrimento do interesse público.

Neste último caso, a conduta da estatal seria voltada à obtenção de algum lucro, ao mesmo tempo em que prejudica o interesse público. Assim, a conduta poderia configurar desvio de finalidade, pois entende-se que a promoção do interesse público deve ser seu objetivo prioritário, uma vez que é pré-requisito da própria existência da empresa.²⁴

23 Conforme visto anteriormente, em se tratando de sociedades de economia mista, uma medida dessas poderia configurar abuso de poder de controle em detrimento de acionistas minoritários.

24 Nesse sentido, Luís Roberto Barroso afirma que “não se deve supor que qualquer sociedade de economia mista, como criatura estatal, possa existir descompromissada do interesse público”. (BARROSO, Luis Roberto. “Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. Inocorrência de abuso de poder econômico”. In *Temas de direito constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p 228.)

Conforme se verá no capítulo 4, o enquadramento da conduta em uma dessas categorias é essencial para verificar se a conduta deverá ser objeto de controle pela autoridade antitruste caso ela se enquadre em uma das hipóteses de infração da ordem econômica do art. 36 da LDC.

4. PROPOSTA: O ESBOÇO DE UM TESTE OPERACIONALIZÁVEL

Vimos anteriormente o escopo subjetivo das normas de defesa da concorrência conforme estabelecido em lei e interpretado pela doutrina e jurisprudência pátria. Em seguida, estudamos o conflito interno das empresas estatais. Partindo desse contexto, passaremos agora a propor um teste em quatro etapas a fim de verificar, em casos concretos, se determinada conduta de uma empresa estatal deve ser alvo do controle de condutas do CADE.

O objetivo do teste proposto é evitar que a decisão pela submissão ou não da conduta da estatal ao controle concorrencial seja o resultado de um mero sopesamento entre a concorrência no mercado e o interesse público que justificou a criação da empresa estatal. Portanto, propõe-se que o sopesamento entre esses bens jurídicos deve ocorrer apenas em último caso e somente em situações específicas quando superadas todas as demais etapas do teste proposto, conforme se verá a seguir.

Passo nº 1. Em um primeiro momento, deve-se indagar acerca da *justificativa* por trás da conduta da estatal. Por meio dessa indagação, busca-se identificar o elemento volitivo por trás da conduta. Tal elemento diz respeito à intenção do agente no que tange à conduta que está sob o escrutínio antitruste.²⁵ É preciso verificar se a conduta visa tão somente à

25 Não há consenso na doutrina pátria se a conduta concorrencial comporta ou não um elemento volitivo. Ao tratar das infrações à ordem econômica, o legislador delimitou os efeitos de condutas empresariais que são considerados anticompetitivos e elaborou uma lista exemplificativa de condutas que podem, ou não, gerar tais efeitos. De acordo com o *caput* do artigo 36 da LDC, “constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir” determinados efeitos anticoncorreciais, listados nos incisos do art. 36. Esse dispositivo, por um lado, fixa uma espécie de responsabilidade objetiva, pois determina que a conduta que produz aqueles efeitos anticompetitivos é considerada infração da ordem econômica “independentemente de culpa”. Por outro lado, ao fazer referência às condutas que “tenham por objeto” os efeitos listados nos incisos do art. 36, a lei parece exigir da autoridade antitruste uma análise da intenção do agente. Há quem entenda que o elemento volitivo é elemento essencial para a condenação de um agente por prática anticoncorrencial em todo e qualquer caso. É, por exemplo, a opinião de Calixto Salomão Filho, para quem “é inegável a presença da intenção nos atos direcionados a um objetivo”, como no caso das condutas anticoncorreciais. Nesse sentido, aponta que a necessidade de haver um elemento subjetivo se extrai da própria Constituição Federal, que prevê a repressão ao abuso de poder econômico que “vise à” dominação dos

lucratividade ou se também visa à promoção de algum interesse público. Deve-se analisar a conduta à luz das cinco categorias apresentadas. Se a conduta se enquadrar nas categorias 4 e 5, ou seja, se ela visar somente ao lucro, entendemos que a conduta não deve ser isenta de controle pelo CADE. Nesse caso, o CADE deveria tratar a empresa estatal como faria qualquer empresa privada. Ou seja, se restar verificado que a conduta se enquadra em algumas das infrações do art. 36 da LDC, o CADE deveria aplicar as sanções cabíveis.

Por outro lado, se a conduta se enquadrar nas categorias 1 a 3, ou seja, se ela, de alguma forma, visar à promoção de algum interesse público, passa-se à próxima etapa do teste proposto.

Passo nº 2. Caso a justificativa para a conduta seja a promoção de algum interesse público, a segunda pergunta a se fazer é se esse interesse público que se busca promover é compatível com aquele que justificou a criação da empresa estatal. Trata-se de um teste da “compatibilidade” entre a justificativa da conduta e o interesse público que justificou a criação da empresa pública ou sociedade de economia mista.

Quanto a esse ponto, lembramos que a Lei das Estatais exige, em seus arts. 2º, §1º, e 27, que a função social de realização do interesse coletivo ou atendimento a imperativo de segurança nacional deverá estar expresso no instrumento de autorização legal para a sua criação. Sendo assim, deve haver compatibilidade entre o interesse público que se busca promover no caso concreto e o que consta da lei que autorizou a criação da estatal.

Deve-se ressaltar, contudo, que a Lei das Estatais foi publicada apenas em 1º de julho de 2016. Já havia, portanto, diversas empresas criadas nos âmbitos federal, estadual e municipal, e elas não necessariamente foram constituídas em observância às exigências legais da Lei das Estatais. Para as empresas cujas leis instituidoras foram aprovadas antes da publicação da Lei das Estatais, não havia lei exigindo que a justificativa para

mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, em seu artigo art. 173, §4º. (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 400.) Por outro lado, outros entendem que o elemento volitivo não faz parte da análise concorrencial. Nesse sentido, Caio Mario Pereira da Silva afirma que “dado que as infrações da ordem econômica são de responsabilidade objetiva (...) a caracterização deve levar em conta os elementos concretos da conduta, e não eventuais intenções dos agentes envolvidos”. (PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial: Doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 99.) Na prática, o CADE não exige prova da intenção do agente para que a conduta que possa produzir efeitos anticoncorrenciais seja considerada ilícita. De todo modo, neste trabalho propomos que, ao analisar a conduta da empresa estatal, deve-se levar em conta se ela é pautada na promoção do interesse público ou na geração de lucros. Se a conduta não tiver nenhum respaldo no interesse público, isso não significa que ela será ilícita por si só, mas apenas que não deveria ser objeto de tratamento diferenciado pelo CADE simplesmente em decorrência do fato de a conduta ter sido realizada por uma empresa estatal.

a criação da empresa constasse expressamente no texto legal que autorizasse a criação de empresa pública ou sociedade de economia mista.²⁶ Nesses casos – que, atualmente, são a maioria –, não há garantia de que o interesse público que justificou a criação de determinada empresa estatal irá constar de sua lei autorizativa. Nesses casos, será necessário verificar se a justificativa para a criação da estatal está implícita na definição de seu objeto.²⁷

Uma vez identificado o interesse público que justificou a criação da empresa estatal, deve-se verificar se este é o mesmo interesse público que a estatal buscava promover por meio da conduta sob análise em um determinado caso. Se o interesse público que justificou a conduta não se coaduna com aquele que justificou a criação da estatal, entendemos que a conduta não seria justificada, pois não caberia àquela empresa estatal realizá-la. Nesse caso, novamente, o CADE deveria proceder a investigar se a conduta se enquadra em alguma das hipóteses do art. 36 da LDC, tal como faria com uma empresa privada.

Passo nº 3. Se a conduta visa a promover o interesse público que justificou a criação da estatal, deve-se passar para a terceira etapa do teste, que busca averiguar se a conduta é apta a promover o interesse público que a justificou. Trata-se do teste de “adequação”, típica na análise da proporcionalidade. O objetivo aqui é verificar a plausibilidade entre a justificativa da conduta com a realidade. Se a conduta não for apta a promover o interesse público, a conduta não deve ser isenta do controle antitruste e, mais uma vez, o CADE deve proceder à sua análise como faria com qualquer empresa privada.

Passo nº 4. Se a conduta for apta a promover o interesse público, deve-se partir para a última etapa do teste proposto: um sopesamento

26 A Lei das Estatais previu o prazo de 24 meses para que as empresas públicas e sociedades de economia mista constituídas anteriormente à vigência da Lei se adequassem aos seus dispositivos. Contudo, não há nenhuma forma de garantir que essa adequação será realizada dentro do prazo, pois depende de iniciativa do poder legislativo para alterar todas as leis que autorizaram a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista existentes atualmente.

27 Existe uma diferença entre o objeto social da estatal e o interesse público que justificou sua criação. Por exemplo, em tempos de guerra, pode ser criada uma empresa pública para produzir e industrializar armas de guerra se não houver um particular disposto a fazê-lo. Nesse caso, o objeto social da empresa será a produção e manufatura de armas de guerra, mas o interesse público que ele estaria promovendo é a segurança nacional. No caso dos bancos, como o BNDES, seu objeto social pode ser a realização de empréstimos para empresas privadas, mas o interesse público que o BNDES estaria promovendo seria o desenvolvimento da economia nacional. A diferença entre objeto da empresa e sua finalidade é bem apresentada por Álvaro Caminha Muniz em: MUNIZ, Álvaro Caminha. *A Empresa Pública no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Trabalhistas, 1972, p. 59.

entre o interesse público que a conduta visa a promover e o bem jurídico promovido pelo direito concorrencial.

Afinal, o direito da concorrência não é absoluto. Como afirma Carlos Ari Sunfeld, o fato de o nosso ordenamento jurídico prever a proteção da livre concorrência “não exclui que, em situações verdadeiramente excepcionais, o valor da concorrência possa ser sacrificado. No entanto, esse sacrifício deve ser pontual, limitado temporalmente e, entre as soluções propostas, a escolha deve recair sobre aquela menos gravosa para a concorrência”.²⁸

Deve-se lembrar, contudo, que, para o direito da concorrência, a promoção da competição nos mercados não é um fim por si só. O próprio CADE já reconheceu que a concorrência deve visar à “constituição e manutenção de estruturas de mercado eficientes, à geração de benefícios ao consumidor e ao próprio desenvolvimento nacional”.²⁹

Para o Direito brasileiro, a concorrência é apenas um instrumento que visa à promoção do bem-estar dos consumidores e ao desenvolvimento da economia nacional como um todo. Sendo assim, o direito da concorrência se justifica na medida em que promove outros interesses subjacentes. Nesse sentido, Maria João Pereira Rolim escreve

A concorrência como um fundamento da ordem econômica se justifica à medida que trouxer benefícios para o consumidor e servir como um valor-meio, ou seja, um instrumento de realização de uma política econômica, cujo escopo principal seja o de estimular todos os agentes econômicos a participarem do desenvolvimento do país como um todo. Com esta orientação, nossa legislação, seguindo sua origem particular e, até certo ponto, distanciando-se de sua concepção baseada no Direito norte-americano, apresenta um caráter de instrumentalidade, o que impõe uma interpretação dos seus conceitos condizentes com este paradigma.³⁰

Nota-se, portanto, que o CADE, ao proteger o direito da concorrência, e as empresas estatais, ao promoverem interesses públicos, podem, no fundo, ter interesses alinhados. Na prática, a diferença entre os dois seria apenas instrumental.

28 SUNDZFELD, Carlos Ari. “Concorrência e Regulação no Setor Financeiro”. In *Concorrência e Regulação no Setor Financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 35.

29 Despacho do Conselheiro-Relator, Dr. Cleveland Prates Teixeira, no Pedido de Medida Preventiva nº 08700.003174/2002.

30 ROLIM, Maria João Pereira. *Direito Econômico da Energia Elétrica*, Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 206.

Sendo assim, o sopesamento a ser realizado na última etapa do teste proposto não deve se ater a uma análise abstrata sobre qual bem jurídico deve prevalecer no mundo das ideias. Deve-se realizar uma análise dos efeitos práticos da conduta no caso concreto, de forma a verificar, na medida do possível, se a conduta da estatal traria maiores ou menores vantagens, no caso concreto, do que a preservação das normas concorrenciais estritas.

Em suma, o teste proposto acima pode se resumir nas perguntas abaixo:

1. *Justificativa:* A conduta busca promover o interesse público?
2. *Compatibilidade:* O interesse público que se busca promover é o interesse público que justificou a criação da estatal?
3. *Adequação:* A conduta da estatal é realmente apta a promover o interesse público que justificou a sua criação?
4. *Ponderação:* Em uma ponderação entre o interesse público que a conduta visa promover e o bem jurídico promovido pelo direito concorrencial, prevalece o interesse público que justificou a criação da empresa?

Se a resposta a qualquer uma dessas perguntas for negativa, a conduta não deve ser isenta de controle pelo direito antitruste, e o CADE deve analisá-la da estatal da mesma forma que faria a conduta de uma empresa privada, aplicando sanções se restar comprovado que a conduta se enquadra em uma das hipóteses do art. 36 da LDC. Por outro lado, se a resposta a todas as perguntas for afirmativa, a conduta deverá ser isenta do controle antitruste, não devendo sujeitar a empresa estatal a qualquer penalidade.

5. CONCLUSÃO

Vimos que a LDC define o escopo de sua aplicação em termos bastante amplos, sendo aplicável, inclusive, às pessoas jurídicas de direito público. Por outro lado, identificamos que a competência punitiva do CADE não alcança os atos praticados por órgãos do Poder Público no exercício de seus poderes regulatórios, mesmo que tais atos acarretem prejuízos para a concorrência. Contudo, quando o Estado intervém como agente direto da atividade econômica – o que faz por meio de empresas públicas ou sociedades de economia mista –, o entendimento majoritário é o de que incide o controle pela autoridade antitruste.

A aplicação do controle de conduta concorrencial pelo CADE às estatais presume que estas, como as empresas privadas, visam à maximização de seus lucros e ignora o conflito interno inerente às empresas estatais que, de um lado, visam à maximização do lucro e, de outro, visam à promoção de interesses públicos.

Diante desse conflito, foi proposto um teste para identificar os casos em que o controle antitruste deve ser relativizado quando aplicado às empresas estatais. O teste, dividido em quatro etapas, leva em consideração a justificativa da conduta sob investigação, a compatibilidade entre o interesse público que se visa promover com aquele que justificou a criação da estatal, a adequação da conduta como o interesse público que a justificou, e, por fim, e apenas em último caso, um sopesamento entre o interesse público que a conduta visa a promover e o bem jurídico promovido pelo direito concorrencial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Novas estratégias de atuação direta do estado na economia através das empresas estatais*. Tese, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro, 2015. p. 369.

ARAÚJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho de. “As provas utilizadas pelo CADE nas condenações de infrações contra a Ordem Econômica nos últimos 10 anos”. In: SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva (Org.). *60 Desafios do Direito: economia, direito e desenvolvimento*. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 128-137.

BARROSO, Luis Roberto. “Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. Inocorrência de abuso de poder econômico”. In: *Temas de direito constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 389-434.

CÂMARA, Jacinto Arruda. “O lucro nas empresas estatais”. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 10, n.37, pp. 9-18. abr./jun. 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CYRINO, André Rodrigues. “Até onde vai o empreendedorismo estatal. Uma análise econômica do art. 173 da Constituição”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, pp. 47-76.

LEITE, Carina Lellis Nicoll Simões. “O lucro nas sociedades de economia mista”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas públicas e sociedades de economia mista*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, pp. 99-130.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011.

MUNIZ, Álvaro Caminha. *A Empresa Pública no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Trabalhistas, 1972, p. 59.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial: Doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa Estatal: Função Econômica e Dilemas Societários*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 162.

_____. “O antitruste e as empresas estatais”. *Revista de Direito Mercantil* - 138. Atualidades. N. 138, abril de 2005, pp. 179-192.

ROLIM, Maria João Pereira. *Direito Econômico da Energia Elétrica*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 206.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. “Concorrência e Regulação no Setor Financeiro”. In: *Concorrência e Regulação no Setor Financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 35.

A ATIVIDADE CONSENSUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS SOLUÇÕES CONSENSUAIS NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Gabriela Reis Paiva Monteiro¹
Rachel Lopes Telésforo²

1. INTRODUÇÃO

As transformações estruturais progressivamente vivenciadas pelo Estado e pela sociedade a partir do último quarto do século XX fizeram com que também entrasse em crise o direito administrativo clássico, cujos institutos já não atendiam aos anseios dos particulares por eficiência, transparência, participação e liberdade nos anos que seguiram à queda do Estado-providência, em um contexto de questionamento dos próprios pilares do Estado moderno. Nessa crise, surgiu a necessidade de reformulação e adaptação de velhas dogmáticas administrativas a elementos modernos. A emergência da consensualidade, enquanto função da Administração Pú-

1 Mestranda em Direito da Regulação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela PUC-Rio (2015). Graduada em Direito pela FGV Direito Rio (2012), com bolsa da Fundação Faz Diferença (2010-2012). Advogada no Veirano Advogados, com experiência nas áreas de Antitruste/Concorrencial, Anticorrupção e *Compliance* e Direito Regulatório. E-mail: gmonteiro@fgvmail.br.

2 Mestranda em Direito da Regulação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, com bolsas de pesquisa pela Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro - FAPERJ e pela Fundação Getúlio Vargas - FGV/RJ. Possui graduações em Comunicação Social - Jornalismo e Direito, pela PUC-Rio. Pós-graduada em Direito das Relações de Consumo pela PUC-Rio. Experiência nas áreas de Direito Regulatório, Antitruste, Anticorrupção e *Compliance*, Direito da Propriedade Intelectual I e Direito do Consumidor. E-mail: rachel@tclaw.adv.br.

blica, dá-se justamente em resposta a essas demandas, a partir da flexibilização ou mutação de elementos do direito administrativo clássico.

O modelo consensual acolhe e estimula o diálogo entre administradores e administrados, havendo maior abertura para a participação popular nas decisões políticas, outrora inteiramente imperativas e unilaterais. A consensualidade, portanto, veio ao encontro da perspectiva popular por eficiência, transparência e participação e se mostrou ferramenta válida, já que refletia uma vontade coletiva. Por meio da atividade administrativa consensual, o administrador passou a ser capaz de respaldar seus atos no desejo coletivo, o que o legitima dentro de um sistema político e jurídico pungente.

O objetivo do presente trabalho é analisar a atividade consensual como instrumento da atuação da Administração Pública, com enfoque nas soluções consensuais adotadas na defesa da concorrência no Brasil. Este tema é relevante, dada a importância da utilização de elementos consensuais na defesa da ordem econômica, demonstrando seu papel catalizador na resolução de conflitos de maneira eficiente e dinâmica.

O trabalho é composto de uma análise acerca da consensualidade enquanto categoria do direito administrativo e alternativa à atuação da Administração Pública, sendo apresentada a conceituação dessa atividade, bem como suas formas de instrumentalização e benefícios (Seção 1). Na sequência, são apresentadas as soluções consensuais utilizadas na defesa da livre concorrência no Brasil, destacando-se os dados que evidenciam a crescente relevância desses instrumentos na política concorrencial brasileira (Seção 2). Como será concluído, apesar das eventuais críticas que possam ser feitas ao regramento e à própria operacionalização desses institutos consensuais pela autoridade concorrencial brasileira, é necessário reconhecer a importância, cada vez maior, da celebração desses acordos na política pública de proteção da livre concorrência, sobretudo para a detecção e punição de condutas anticompetitivas no Brasil.

2. A CONSensualidade ENQUANTO CATEGORIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO E OPÇÃO À ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Desde seu surgimento, o Estado era visto como a única alternativa política pensável. Ao passo que as transformações sociopolíticas foram ocorrendo, o Estado passou por modificações quanto à sua natureza (de Estado liberal a Estado de providência e Estado Regulador).³

3 Sobre o percurso do Estado liberal até o Estado regulador, conferir as obras de

Conforme constatado por Jacques Chevallier, a expansão do Estado moderno foi interrompida a partir do último quarto do século XX pela conjugação de “dinâmicas” interna e externa (CHEVALLIER, 2009). Por “dinâmica” interna, podemos entender a reavaliação do papel do Estado/sociedade a partir dos anos 1970, em razão de fatores ideológicos (crise do modelo de Estado-providência e desvios estatais em Estados em desenvolvimento), econômicos (os dois choques do Petróleo e a constatação da incapacidade do Estado, seguida da intensificação de um processo de internacionalização) e políticos (retorno do liberalismo e queda dos regimes de partido único) (CHEVALLIER, 2009).

Já a “dinâmica” externa consiste no fenômeno da globalização. De acordo com o autor, o processo de internacionalização, marcado pelo desenvolvimento de um comércio internacional e pela formação de um mercado mundial se aprofundou após a Segunda Guerra Mundial, com a organização das empresas multinacionais e grandes grupos industriais, bem como com a interpenetração crescente de economias. Com a intensificação e aceleração desse processo a partir dos anos 1990, traduzindo-se na chamada globalização, a pertinência do quadro estatal foi, então, colocada em questionamento (CHEVALLIER, 2009).

A combinação dessas “dinâmicas” pressionaram e corroeram os pilares do Estado moderno, afetando-o de, pelo menos, quatro formas distintas: 1º - Tornando obsoleta a concepção clássica de soberania; 2º - Concentrando e redefinindo as funções do Estado; 3º - Fragmentando e degenerando aparelhos estatais, cada vez mais heterogêneos; e 4º - Arrefecendo a dicotomia público X privado (CHEVALLIER, 2009).

As transformações estruturais progressivamente vivenciadas pelo Estado e pela sociedade a partir do último quarto do século XX também fizeram com que entrasse em crise o direito administrativo clássico.⁴ Marcado pela unilateralidade e imperatividade de seus atos, pelo culto à supremacia e indisponibilidade do interesse público e pelo receio e desconfiança quanto aos interesses privados, bem como por estruturar uma relação verticalizada entre Administração Pública e administrado, àquela altura, muitos dos dogmas do direito administrativo tradicional já não correspondiam à realidade tecnológica, globalizada e acelerada em que esse direito era aplicado, evidenciando a sua incapacidade de responder a demandas da sociedade pós-moderna, sobretudo por eficiência, participação e liberdade.

Jacques Chevalier (CHEVALLIER, 2009), Giandomenico Majone (MAJONE, 2006), Sabino Cassese (CASSESE, 2006) e Vital Moreira (MOREIRA, 1997).

4 Para análises críticas sobre o surgimento do direito administrativo de berço francês, conferir as obras de Sérgio Guerra (GUERRA, 2013) e Gustavo Binbenbojm (BINENBOJM, 2006).

Foi a partir da década de 1970, com a crise do Estado providência – que erodiu elementos essenciais do próprio Estado moderno e impulsionou um processo de contração da Administração Pública e de mutação (ou evolução) do direito administrativo –, que se intensificou o debate em torno da possibilidade de colaboração entre Administração Pública e administrados.⁵ Na medida em que alguns atributos do Estado desapareciam, ocorria a reconfiguração dos seus aparelhos: era nítido que se adentrava em um mundo cada vez mais interdependente, com nova organização para suas atribuições e atenuação da linha de demarcação com o privado (CHEVALLIER, 2009).

Em sua obra *La globalización jurídica*, Sabino Cassese destaca as principais transformações sofridas por elementos ou características do direito administrativo clássico, ao final do século XX. Atendo-se aos aspectos mais relevantes aos fins deste trabalho, na explicação do autor, a supremacia do interesse público e a unilateralidade dos atos administrativos foram substituídas, em alguns campos, pelo consenso e pela bilateralidade, conquanto ainda exista assimetria de fundo entre o poder administrativo e particulares na negociação. Nota-se uma crise na distinção entre direito administrativo e direito comum, já que o direito administrativo também passa a se desenvolver em formas privadas, para facilitar a ação administrativa, impedida por privilégios do direito público e para limitar o “império do direito especial” e adequar ao regime de liberdade (CASSESE, 2006, p. 182).

Cassese adverte, contudo, que não ocorre uma simples substituição do direito privado pelo direito administrativo: 1º - O direito privado é a forma utilizada, mas não o conteúdo (substância): os atos administrativos adotam a forma do direito privado, mas permanecem dominados pelo sujeito público e a vontade pública; 2º - A introdução de formas de colaboração, cooperação e consenso entre as autoridades públicas e os particulares não faz com que as posições de ambos sejam simétricas, pelo contrário: ambos convivem em posições diferenciadas em relações que apenas formalmente são paritárias; e 3º - A confluência do direito administrativo e do direito privado produz algumas alterações nas noções fundamentais dos institutos de direito administrativo, indefinindo ou desnatu-

5 Patrícia Batista explica que, ainda no curso do Estado liberal, se reconheceu a necessidade de, em determinadas situações, a Administração Pública acudir-se de formas contratuais. Essa prática, todavia, foi emoldurada à época pela doutrina como meros “atos de gestão” submetidos ao regime de direito privado. Segundo a autora, a superação dessa construção doutrinária até se iniciou a partir do desenvolvimento da teoria do serviço público e nos prelúdios da teoria do contrato administrativo, mas foi bruscamente interrompida com a emergência do modelo de Estado providência (ou Estado máximo) – o qual, como já visto, se pretendia onipresente. Assim, a discussão acerca da colaboração entre Administração Pública e administrados somente foi retomada a partir da década de 1970 com a crise do Estado de providência (BATISTA, 2003).

realizando-os, o que implica a multiplicação de estatutos, modelos e tipos, não desaparecendo o dualismo (CASSESE, 2006, p. 182).

No Brasil, Diogo de Figueiredo Moreira Neto também estuda as mudanças por que passa o direito administrativo a partir da segunda metade do século XX, à luz das transformações vividas pelo Estado e sociedade. O jurista expõe que o direito administrativo precisou se livrar de uma série de “atrasos” com base nos princípios da eficiência, transparência (ou visibilidade) e participação – reflexos das novas exigências dos cidadãos. Sem a pretensão de ser exaustivo, o autor aborda diversos “atrasos” do direito administrativo e as respectivas medidas que vêm sendo implementadas para o seu temperamento (e evolução), destacando-se, entre elas, a introdução da consensualidade em contraste com uma imperatividade sem limites e em atenção a exigências de participação (MOREIRA NETO, 2006, pp. 236-237).

Patrícia Batista explica que houve um desgaste na dicotomia público X privado e no culto à supremacia do interesse público (que nem sempre repele ou conflita com o interesse privado), além de uma abertura para a participação mais ativa do particular nas atividades públicas, que possibilitaram diálogo e negociação (BATISTA, 2003). Nesse sentido, o ato imperativo e unilateral continua a ser um mecanismo de indiscutível utilidade à ordem pública, sendo o seu *enforcement* que operacionaliza a imposição de decisões administrativas aos administrados em uma relação verticalizada com a Administração Pública. Todavia, os efeitos positivos de “acordos” com a Administração Pública também passam a ser reconhecidos, e, assim, ensejam e abrem espaço para uma atuação administrativa que dispensa a imperatividade (PALMA, 2013, p. 27). Portanto, ao lado de uma atuação administrativa típica, é inserida uma atuação administrativa consensual.⁶

2.1. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL

Como visto, a atuação administrativa clássica passou a abrir espaço para participação e diálogo com o administrado, de tal forma a atingir a verdadeira vontade coletiva. Tal comunicação objetivou-se chamar de “consensualidade”, que é feita mediante instrumentos administrativos consensuais.

Na acepção da pragmática jurídica, a palavra “consenso” representa consentimento, que, por sua vez, equivale à expressão “ter o mesmo

6 Diogo de Figueiredo Moreira Neto explica que, nesse período, “(...) o conceito antigo de *ação pública* – tradicionalmente burocrático, monolítico, centralizado e conduzido pela ‘fé’ na imperatividade à outrance – tende a ceder com o despontar de uma nova concepção de ação pública – criativa, flexível, descentralizada e negociada, orientada pela *consensualidade*” (MOREIRA NETO, 2006, p. 46).

sentir”. No âmbito jurídico, é certo que consenso e consentimento representam a ideia de manifestação de vontade, aprovação e outorga (GONÇALVES, 2003, p. 106).

Rubén Mariconda classifica o princípio da consensibilidade, ou seja, das hipóteses que almejam o consenso, como uma tese epistemológica, e o princípio de consensualidade, ou seja, das teorias que já alcançaram um consenso, como uma tese metodológica ou axiológica. (MARICONDA, 1996, p. 6). Sendo assim, a consensibilidade é condição de possibilidade para que se busque a meta do consenso, ou seja, a consensualidade, fazendo com que exista, portanto, muito mais dados e informações consensíveis do que consensuais. O importante é que a consensibilidade, para John Ziman, deve estar pautada em uma linguagem inequívoca: as mensagens não devem ser obscuras ou ambíguas a ponto de seu receptor não entender o conteúdo ou opor objeções bem estruturadas. (REIS; VIDEIRA, 2013, p. 4).

No âmbito da Administração Pública, a administração consensual é aquela que vai indicar a busca da harmonia com a sociedade como alternativa às imposições unilaterais que costumavam definir o direito administrativo tradicional. A ideia de consensualidade engloba, ainda, a união de esforços, de elaboração em comum, em prol da realização de tarefas públicas (BATISTA, 2003). Além disso, a atuação administrativa consensual pode ser definida como uma técnica da gestão administrativa, por meio da qual acordos entre a Administração Pública e o administrado são firmados com o fito de negociação do exercício do poder de autoridade estatal (PALMA, 2013, p. 112).

Ainda é possível perceber a consensualidade a partir de uma perspectiva do Estado. Ou seja, primeiro a fundamentação regulatória, que seria a consensualidade na produção de normas e, segundo, a consensualidade na administração dos interesses públicos, como o emprego das formas alternativas consensuais de coordenação de ações, por cooperação e colaboração. Por fim, a consensualidade na resolução de conflitos, com a adoção de formas alternativas de composição (MOREIRA NETO, 2000, p. 41).

Conforme explica Gerardo Carballo Martínez, a consensualidade (*mediación administrativa*) tem sido utilizada em larga escala na Espanha, como forma de resolução de conflitos entre a administração e os cidadãos. Frente às dificuldades que existem para que o cidadão e a administração pública atinjam um plano de horizontalidade, a consensualidade pode oferecer espaços de encontro para que tais conflitos sejam dirimidos em termos de legalidade e igualdade (MARTINEZ, 2013, p. 5).

Na França, a consensualidade também resta amplamente adotada na resolução de conflitos administrativos. Uma das peculiaridades do sistema francês é o fato de o desenvolvimento do processo ocorrer entre órgãos

administrativos específicos, denominados “Comitês Consultivos para a Resolução Amigável de Problemas”, e ser integrado por magistrados, agentes administrativos e especialistas em matéria de contratação pública. O juiz pode colocar em prática as soluções mais adequadas para favorecer uma rápida solução do litígio de maneira consensual (VICARIO, 2013, p. 12).

Na Alemanha, 90% dos assuntos contenciosos referentes a questões tributárias e urbanísticas se resolvem por mediação. Ou seja, uma vez iniciado o processo administrativo, a administração e o cidadão ou pessoa jurídica em conflito alcançam um acordo que põe fim ao processo, em número bastante expressivo. Pode-se utilizar a consensualidade quando estão em jogo atividades administrativas arbitrárias e também, em algumas ocasiões, quando se trata de competências regulamentadas (VICARIO, 2013, p. 13).⁷

Mas não é apenas na Alemanha, na Espanha e na França. O fortalecimento e a ampliação de direitos e garantias individuais vêm sendo adotados na esfera constitucional por diversos países, proclamando o movimento administrativo que valoriza cada vez mais a participação de seus destinatários finais nas elaborações das decisões administrativas (WALD, DE MORAES, M. WALD, 2004, p. 156).

No ordenamento jurídico brasileiro, já se pode encontrar normas que preveem a consensualidade entre o Estado e os administrados, seja por meio de contratos ou de sistemas de transferência do exercício de atividades específicas do ente estatal para entes da sociedade, regidas predominantemente sob o regime de direito privado – como os termos de parceria, franquias, prestação de serviços mediante cooperativas prestadoras de serviços públicos, entre outros (GONÇALVES, 2003, p. 110).

A atividade administrativa consensual, também conhecida por “direito participativo” (TÁCITO, 1996, p. 100), cuida não somente de amparar o indivíduo na garantia de liberdade para obtenção de direitos políticos, mas coloca dentro da lei, e ao alcance de instrumentos processuais próprios, o consumidor, o usuário ou diretamente a comunidade que antes não teria condições adequadas de fruição de bens e serviços.

Além disso, Caio Tácito também explica que o direito participativo marca a transição do direito administrativo tradicional, pois absorve o engajamento dos administrados, valoriza a cidadania e coloca indivíduo e

7 Na Alemanha, existem os seguintes modelos consensuais: (i) Instrumento Consensual em sentido estrito, em que o mediador é um terceiro que se caracteriza por sua imparcialidade, sem poder de decisão e com função prioritária de ajustar a diferença entre as partes. Característica importante é o fato de não ser um serviço público, mas privado e (ii) Conciliação Intrajudicial, realizada por um juiz que conhece o processo. (VICARIO, 2013, p. 14) (tradução livre).

empresas em presença da Administração Pública, como colaboradores em posição de destaque, na elaboração e desenvolvimento do interesse público (TÁCITO, 1996, p. 21).

Como visto anteriormente, a globalização foi um dos pressupostos base para o arrefecimento na dicotomia público X privado, que compôs a reflexividade administrativa, tornando a administração capaz de substituir a coerção pelo consenso, o mando pela negociação, a decisão imperativa pela persuasão, a imposição pelo acordo, a subordinação pela coordenação, a intervenção controladora por mecanismos descentralizados de autodireção (FARIA, 2004, p. 194).

Sendo assim, paralelamente à ação administrativa é possível encontrar na consensualidade a ideia de “troca de pontos de vista” (MEDAUAR, 2013, p. 210), além da elaboração em conjunto de soluções. Mesmo em momentos em que não seja viável substituir a atuação imperativa e unilateral da Administração Pública, o consenso entre diversos sujeitos pode possibilitar mais facilmente a compatibilização de interesses, em troca de decisão pela discussão dos conflitos, de comando à negociação, de modo a evitar decisões tomadas unilateralmente, sem audição dos verdadeiros interessados na ação administrativa. (GUERRA, 2008, p. 237).

Com a consensualidade, a Administração Pública passa a se dirigir à sociedade, ao coletivo, passando a conhecer melhor os problemas da população. Isso gera, em último grau, um novo modo de agir, não mais centrado no ato administrativo como mecanismo único para atender o interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação. (GUERRA, 2008, p. 238).

Por fim, é imperioso destacar que na doutrina brasileira ainda existe certa sobreposição de termos na conceituação da atividade consensual. Sendo assim, cumpre ressaltar que existem categorias de ato da Administração distintas da consensualidade, conquanto possam, em alguma medida, tangenciar seu conteúdo. Algumas categorias merecem destaque: a primeira diz respeito à atividade da Administração Pública realizada por meio do ato administrativo, mas seguindo orientação de consultas públicas ou direitos de defesa em processos administrativos. Uma segunda categoria enfoca os contratos administrativos. Nenhuma delas, no entanto, diz respeito à atividade consensual propriamente dita, em que acordos são negociados com os agentes privados, que se diferenciam do ato administrativo unilateral e imperativo e dos contratos administrativos, caracterizados pela adesão e pela previsão de cláusulas exorbitantes. Dentro do campo jurídico, a consensualidade (que não se confunde com contratua-

lidade)⁸ é importante categoria do direito administrativo, tal como são os atos e contratos administrativos, e consiste em atividade da administração pública, formalizada por meio de acordo administrativo, que privilegia uma relação de cooperação e diálogo entre aquela e seus administrados, em substituição à “tradicional estrutura verticalizada decorrente do princípio da legalidade e amparada na ideia de supremacia do interesse público sobre os particulares e de sua respectiva indisponibilidade” (BERMAN, 2016).

Superado esse ponto, é importante mencionar que, conquanto haja cooperação com os administrados, a consensualidade não é uma atividade de direito privado da Administração Pública. Não é essencial nos acordos, por exemplo, o caráter patrimonial das prestações avençadas, que nascem da lei autorizativa da modalidade de consenso utilizada e são apenas concretizadas no acordo (ou seja, não germinam diretamente do contrato). Além disso, apesar de assinalar uma relação de colaboração, excepcionalmente privada de unilateralidade e imperatividade, o consenso ainda é função administrativa e, por essa razão, não há isonomia ou paridade entre as partes. A Administração Pública ainda pode se valer de prerrogativas, além da própria obrigação de alcançar o interesse público (e não só o interesse privado).

Sendo assim, resta claro que a consensualidade, mediante sua afirmação no ordenamento jurídico, representou o freio da atividade imperativa e unilateral da Administração Pública tradicional, conferindo benefícios aos administrados e garantindo a possibilidade de diálogo entre as partes, na busca por eficiências na atividade administrativa, como será abordado a seguir.

8 Segundo Patrícia Batista, “noção vizinha à de consensualidade é a de contratualidade, surgida em decorrência do substancial aumento da atividade contractual da Administração Pública nas últimas décadas. Entre ambas, consensualidade e contratualidade existe uma certa confusão, já que as suas são reflexos de um processo mais amplo de busca da Administração por parcerias na sociedade, com vistas à realização de tarefas públicas. Não obstante essa zona comum, para fins de tratamento dogmático, consensualidade e contratualidade não devem ser tidos como sinônimos. (...) Entre as formas de consenso e os contratos existem algumas diferenças sensíveis, que justificam o desenvolvimento de uma categoria específica para as primeiras. Ao contrário dos contratos, não é essencial nos acordos, por exemplo, o caráter patrimonial das prestações avençadas. Os acordos estabelecidos em relações consensuais prescindem de preocupação negocial ou econômica, o que não significa que as repudiem, mas apenas que não necessariamente o consenso deva envolver material de interesse patrimonial ou econômico. Os acordos, assim, representam muito mais uma técnica de administração, ‘no sentido jurídico desta expressão’, do que uma forma de intercâmbio de prestações patrimoniais” (BATISTA, 2003).

2.2. Os BENEFÍCIOS ESPERADOS COM A ATIVIDADE CONSENSUAL

A doutrina reconhece que são diversos os benefícios provenientes da função administrativa consensual. Ao permitir a resolução negociada de conflitos, a consensualidade muitas vezes possibilita a realização do interesse público com maior eficiência, simultaneamente à satisfação do interesse privado.⁹ Com relação a esse aspecto, Diogo de Figueiredo Moreira Neto destaca que “na elaboração da norma; na sua execução político-administrativa; na fiscalização da sua boa aplicação e na sua execução contenciosa, em todas as fases, a consensualidade é sinal de celeridade, de precisão e de acerto – numa palavra, de eficiência – que se espera do direito em tempos de mundialização” (MOREIRA NETO, 2006, p. 47).

É importante ressaltar que o consenso como mecanismo alternativo de resolução de conflitos resulta para a política e para o direito como benéfica renovação, pois funciona para aprimorar a governança (eficiência), propicia mais freios contra abusos (legalidade), garante a atenção de todos os interesses (justiça), proporciona decisão mais sábia e prudente (legitimidade), evita os desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade dos indivíduos (civismo) e torna as regras estatais mais aceitáveis (ordem). (MOREIRA NETO, 2003, p. 145).

Nesse sentido, vale destacar os principais benefícios que se busca atingir com a atividade administrativa consensual.

2.2.1. *Transparência e segurança jurídica*

Em razão do aumento da participação do administrado, a consensualidade também permite maior transparência das atividades da Administração Pública e mesmo de interesses particulares que, de forma oculta, podem estar relacionados a essas atividades. Com efeito, com o avanço da globalização, cada vez mais se tornou acessível à população escândalos relacionados à captura de agentes administrativos, além de casos de desvios de finalidade, enriquecimento ilícito, entre outros. É importante ressaltar, nesse aspecto, que a consensualidade agrega transparência às relações entre administradores e administrados, o que contribui para maior averi-

9 Segundo Patrícia Batista, “algumas razões podem ser apontadas em favor do consenso como meio de desenvolvimento da atividade administrativa. A primeira é a constatação de que o interesse público tem condições de ser realizado com maior eficiência em um contexto de harmonia e, simultaneamente, com a satisfação de interesses privados. Como destaca Ernesto Damiani, a Administração Pública que se desenvolve sobre bases consensuais, ao contrário daquela que é vinculada à legalidade estrita, apresenta maior agilidade e adaptabilidade aos interesses que concorrem para a realização da ação administrativa” (BATISTA, 2003, p. 266).

guação das medidas administrativas tomadas, o que reduziria as celeumas retratadas.

Desse modo, a relação dialógica, inerente à consensualidade, contribui para a concretização da imparcialidade e moralidade administrativas, baluartes da administração pública. Mas não é apenas isso; a colaboração privada também confere maior fundamento à atividade pública e estabilidade à relação entre Administração Pública e administrado, conferindo-lhe, assim, maior segurança jurídica. É nesse mesmo sentido o entendimento de Alexandre Aragão, segundo o qual, “em regra, a adoção de uma medida por consenso é mais eficiente que se adotada unilateral e coercitivamente, já que tem maiores chances de ser efetivada na prática e gera menos riscos de externalidades (“efeitos colaterais”) negativas (...)” (ARAGÃO, 2005, p. 167).

2.2.2. Celeridade

Sem dúvida, a celeridade é um dos principais benefícios da atividade administrativa consensual. Ao eliminar entraves burocráticos e possibilitar o diálogo entre as partes – administrados e administradores – é possível alcançar de maneira mais acertada a vontade coletiva. Além disso, é inegável que, com maior capacidade de realização de ações administrativas pela via consensual, menos recursos são gastos.

No campo do direito concorrencial, foco do presente artigo, é imperioso notar que sempre foi importante ao CADE a economia de tempo processual, já que o prolongamento de condutas anticompetitivas, sobretudo cartéis, pode gerar sérios efeitos deletérios ao mercado. A grande preocupação da autoridade antitruste na demora das decisões administrativas está diretamente ligada ao caráter dinâmico das relações comerciais na sociedade, que naturalmente demandam deliberações cada vez mais imediatas, já que a decisão administrativa tomada em descompasso com o ritmo do mercado pode colocar em risco a eficácia do mérito. Esse movimento é percebido na análise de votos da autarquia, em termos de cessação de conduta, em que um dos fatores que pesam na celebração do acordo é a celeridade processual (PALMA, 2010, p. 250).¹⁰

¹⁰ Observe, nesse sentido, o voto do conselheiro do CADE, Mércio Felsky: “(...) o objetivo da lei 8884/94 é a prevenção e a repressão das infrações da ordem econômica (art 1º). O que se busca com o compromisso de cessação de prática, como o próprio nome indica, é a cessação da prática denunciada, sem maiores aprofundamentos da investigação ou se já tiver sido feita, **sem maiores delongas na atuação da autoridade**”. (Processo Administrativo 08012.00333/98-25).

2.2.3. Eficiência e participação popular

Um dos resultados diretos da consensualidade diz respeito à extensão da cidadania, inclusive às classes mais despossuídas de recursos materiais, implementando igualdade entre as pessoas do povo (GONÇALVES, 2003, p. 106). Para José Eduardo Faria, a democracia é o regime dos sistemas abertos, ou seja, aqueles que procuram garantir a manutenção das regras do jogo, a sobrevivência dos textos constitucionais, a impessoalidade e o rodízio de poder, e a ação dos diferentes grupos sociais, sem a eliminação das partes descontentes e da maneira menos coercitiva possível (FARIA, 1978, p. 62).

O dado elementar da busca de legitimidade por meio da democracia diz respeito à busca pela participação popular, o que vem ao encontro da necessidade cada vez maior da consensualidade, seja por meio da criação de elementos normativos que a regulem, seja pela sua aplicação prática.

Nesse campo de legitimidade do Estado, portanto, no espaço normativo e de execução de políticas públicas, surge a consensualidade, vigorando o refreio das atividades imperativas e unilaterais da Administração Pública tradicionalmente conhecida.

Com a participação popular garantida pelo sistema consensual, administradores passam a ter acesso mais claramente ao pensamento público e geral, tornando mais fácil e eficiente a tarefa de administrar. O Poder Público, no entanto, deve agir na esteira de propiciar os meios necessários a que os usuários e a população possam exercer a participação, seja na colaboração, seja na fiscalização (GONÇALVES, 2003, p. 111).

2.3. AS FORMAS DE CONSENSO

A atividade administrativa consensual pode se desenvolver de diversas formas e não se restringe apenas à relação entre Administração Pública e administrado, podendo também ser exercida internamente (atividade consensual interadministrativa). Além disso, algumas searas administrativas são mais propícias ao desenvolvimento da consensualidade do que outras. No direito administrativo sancionatório, por exemplo, o princípio da legalidade ainda pode ser um entrave à substituição da penalidade cominada em lei por soluções consensuais.^{11,12}

11 Veja-se, nesse sentido, o artigo 17, § 1º, da Lei nº. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), que proíbe transação, acordo ou conciliação em casos de improbidade administrativa.

12 Para sistematizações de gêneros da Administração Pública consensual, conferir: MOREIRA NETO, 2003, p. 129-156); e OLIVEIRA, 2012, p. 113-120.

Conquanto algumas questões a respeito da consensualidade ainda precisem de aprofundamento teórico, o instituto tem atraído, cada vez mais, a atenção da doutrina pátria,¹³ bem como dos legisladores. Por exemplo, pode-se citar o termo de ajustamento de conduta (TAC) previsto na Lei nº 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública), o acordo de leniência anticorrupção da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e, finalmente, o acordo de leniência e o termo do compromisso de cessação de conduta anticompetitiva previstos na Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência), que podem ser firmados, na seara concorrencial, com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). As soluções consensuais adotadas na defesa da concorrência serão exploradas em maiores detalhes na Seção 2 deste trabalho.

2.4. QUESTÕES EM ABERTO SOBRE A ATIVIDADE CONSENSUAL NO DIREITO BRASILEIRO

Como visto anteriormente, a doutrina e o ordenamento jurídico brasileiros não estão alheios à atividade consensual que já vem sendo desenvolvida em alguns campos da Administração Pública, como o da defesa da concorrência. Apesar disso, para o pleno desenvolvimento e a sedimentação dessa atividade enquanto categoria jurídica independente do direito administrativo, ainda há questões que precisam ser aprofundadas ou revisitadas pela doutrina, conquanto alguns institutos desse ramo do direito já tenham sido revistos e outros tantos criados para que a sua dogmática pudesse absorver a atividade consensual.

Em que pese a herança de certas características, elementos e atributos do ato ou do contrato administrativo (muitos deles, inclusive, essenciais),¹⁴ a consensualidade deve ser tratada como uma categoria própria e distinta daquelas,¹⁵ sobretudo para que se viabilize uma maior partici-

13 O crescimento da consensualidade no direito administrativo brasileiro foi constatado por Juliana Palma. “Muito embora a atuação administrativa consensual não seja de todo desconhecida pelo direito administrativo brasileiro – bastando apontar o instituto da desapropriação amigável –, o fato é que, após a Reforma do Estado, o tema da consensualidade passou a ser debatido na teoria do direito administrativo brasileiro” (PLALMA, 2013, p. 26.).

14 A despeito das objeções e críticas teóricas que se possa fazer aos regimes do ato e contrato administrativos, a translação de alguns de seus elementos e atributos à atividade consensual nos parece importante. É o caso, por exemplo, do atributo da tipicidade conferido ao ato administrativo. Em decorrência do princípio da legalidade, cada espécie de consensualidade deve ter previsão legal para que possa produzir resultados.

15 De outra banda, em uma análise apriorística, nos parece que determinados elementos e atributos dos regimes do ato e contrato administrativos não possam ser corruptamente transportados para a consensualidade. É o caso, por exemplo, da imperatividade do ato administrativo, bem como da natureza de contrato de adesão

pação, colaboração, diálogo e acordo de vontades entre a Administração Pública e o administrado.¹⁶

Note-se que não se defende aqui que o regime da atividade consensual seja equiparado ao dos contratos de direito privado, que também podem ser firmados pela Administração Pública. Pelo contrário, a edificação de um regime próprio é importante para que também se fixe distinções e limites adequados à consensualidade, sem, contudo, obstaculizar sua consolidação. Assim como as demais atividades da Administração Pública, a consensualidade também não está isenta de riscos. Não se pode permitir, por exemplo, que a busca por eficiência prejudique a legalidade, a impessoalidade e a moralidade na atuação da Administração Pública. Além disso, conquanto a proposta de supremacia do interesse público em qualquer hipótese já tenha sido superada, é necessário que se criem amarras para que esse interesse não seja substituído em toda situação por uma vontade exclusivamente privada (ALMEIDA, 2008, p. 349). É importante, ainda, garantir objetividade e isonomia a essa atividade, bem como impedir a sua substituição à atuação unilateral da administração de forma indiscriminada ou em violação às demais funções administrativas (isto é, um eventual abuso de consensualidade). Nesse aspecto, especificamente com relação à seara concorrencial, entende-se que a consensualidade não pode ser

e da presença de cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos.

16 A exigência social por participação, transparência e consenso tem impacto até mesmo em categorias mais cerradas de atos da Administração Pública. No caso do ato administrativo, por exemplo, vê-se cada vez mais a submissão de determinados atos a consultas e audiências públicas que precedem a sua emissão. Além disso, pode-se citar as garantias de ampla defesa, contraditório, comunicação, manifestação e interposição de recursos asseguradas aos administrados em processos administrativos, inclusive naqueles instaurados pelo CADE. Ainda na esfera da concorrência, também se pode citar a possibilidade de qualquer pessoa apresentar esclarecimentos ao Tribunal Administrativo do CADE, na condição de *amicus curiae*, a propósito de assuntos que estejam em pauta (art. 160, Regimento Interno do CADE). Os contratos administrativos, em oposição aos atos administrativos unilaterais, por si só, também já refletem uma abertura da atividade administrativa a uma participação, que é ainda reforçada pelas críticas feitas ao regime de cláusulas exorbitantes. A nosso ver, contudo, o grau de consenso e participação dos administrados na atividade consensual propriamente dita é superior ao que se verifica nas demais categorias jurídico-administrativas. Novamente socorrendo-se dos ensinamentos de Juliana Palma, ao tratar do viés pragmático da consensualidade, referente à governança pública e instrumentalização dos seus mecanismos de operação, a autora esclarece que “os acordos administrativos consistem em efetivas válvulas de escape a determinadas disfuncionalidades da atuação administrativa típica, de forma que a atuação concertada pela Administração pode se mostrar mais eficiente no caso concreto quando comparada a provimentos imperativos e unilaterais. Dessa forma, a técnica de gestão consensual insere-se no estágio mais avançado da participação administrativa, pois incide sobre a própria deliberação pública, mas é fortemente caracterizada pelo pragmatismo, ou seja, pela compreensão dos acordos administrativos como mecanismos instrumentais de satisfação de finalidades públicas (funcionalizado)” (PALMA, 2013, p. 112).

exercida em prejuízo da ordem econômica e do mercado, respeitando-se o direito transindividual que é a livre concorrência.

3. SOLUÇÕES CONSENSUAIS ADOTADAS NA PROTEÇÃO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

A livre concorrência foi consagrada na Constituição Brasileira de 1988 como um dos princípios basilares da ordem econômica e financeira do país (art. 170, IV), dispondo o artigo 173, §3º, da referida Carta que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Nesse contexto, a Lei de Defesa da Concorrência estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)¹⁷ e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, sendo os seus preceitos orientados pelos ditames constitucionais de livre iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico (art. 1º, Lei nº 12.529/2011). Pode-se, então, afirmar que a política de defesa da concorrência constitui instrumento estatal essencial para o bom funcionamento do mercado, além de garantir, de forma geral, o bem-estar do consumidor, assegurar inovação tecnológica e proporcionar maior desenvolvimento econômico.

No Brasil, o CADE é o principal órgão encarregado de promover a defesa da concorrência. A sua atuação na prevenção e repressão de condutas contrárias e deletérias à ordem econômica encontra-se materializada na Lei de Defesa da Concorrência, que, entre diversos mecanismos, também prevê instrumentos jurídicos consensuais para a proteção da livre concorrência, tanto no controle de estruturas (ou atuação preventiva) quanto no controle de condutas (ou atuação repressiva), em prol da economia de recursos e eficiência da Administração Pública.

Em sua atuação preventiva, o CADE decide sobre a autorização, ou não, de atos de concentração econômica (fusões, aquisições de controle, incorporações, etc.) que possam colocar em risco a livre concorrência. Nesse âmbito, a Lei de Defesa da Concorrência e suas regulamentações estabelecem a possibilidade de o CADE firmar acordos em controle de concentrações (ACCs) e acordos de preservação da reversibilidade da operação (APROs).

¹⁷ O CADE é uma autarquia em regime especial vinculada ao Ministério da Justiça com jurisdição em todo o território nacional. Além do CADE, o SBDC também é composto pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE.

No que tange à sua atuação repressiva, o CADE investiga e julga processos administrativos sancionatórios relativos a condutas prejudiciais à livre concorrência no Brasil, como os cartéis. Nessa esfera, a Lei de Defesa da Concorrência prevê a possibilidade de serem firmados acordos de leniência e termos de compromisso de cessação de prática (TCCs).

No que diz respeito à atividade administrativa consensual interadministrativa, a Lei de Defesa da Concorrência também prevê a possibilidade de o CADE celebrar acordos e convênios com órgãos ou entidades públicas federais, estaduais, municipais, do Distrito Federal e dos territórios para avaliar e/ou sugerir medidas relacionadas à promoção da concorrência. Esses acordos também podem ser firmados com entidades privadas (art. 19, II, Lei nº 12.529/2011).

Finalmente, é importante destacar as iniciativas de cooperação internacional tomadas pelo CADE, que vem buscando um diálogo institucional com órgãos/autoridades concorrenciais de outras jurisdições (como Portugal, França, Chile, países do BRICs, entre outros), por meio de acordos bilaterais e multilaterais para a cooperação na área de política e defesa da concorrência.¹⁸

Nas próximas seções deste trabalho, especificamente, serão apresentadas as finalidades e os aspectos mais relevantes do regramento dos instrumentos consensuais que podem ser firmados com os administrados no bojo dos controles preventivo e repressivo.¹⁹ Como será visto, o conjunto dessas soluções consensuais têm se mostrado importante para a proteção da livre concorrência e implementação da política antitruste brasileira, aumentando a eficiência da atuação do CADE e poupando os escassos recursos (orçamentários e de capital humano) que lhe são destinados para a condução de suas atividades.²⁰ Conquanto algumas críticas possam ser tecidas ao regramento e à própria operacionalização realizada pelo CADE, os dados apresentados por essa autarquia acerca da utilização de instrumentos de consensualidade na seara concorrencial é um indicativo do bom funcionamento e da relevância desses institutos. Nesse contexto, en-

18 Conforme o Relatório de Gestão do CADE de 2015, nesse ano, foram celebrados dois novos acordos com organizações internacionais e agências antitruste estrangeiras, totalizando 18 acordos dessa natureza vigentes. Além disso, 31 casos foram instruídos com informações obtidas em cooperação com outras agências de defesa da concorrência em 2015, tanto no controle de condutas quanto no controle de estruturas (CADE, 2015). Os instrumentos de cooperação internacional firmados pelo CADE encontram-se disponíveis em sua página eletrônica: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/internacional/cooperacao-bilateral-1>>. Acesso em: 3 nov. 2016.

19 É importante observar que o objetivo deste trabalho é apresentar, em breves linhas, o instituto, de modo que não serão feitas descrições e análises críticas exaustivas de cada um desses instrumentos jurídicos consensuais.

20 Sobre a escassez de recursos disponíveis para a realização das atividades dessa autarquia, conferir o Relatório de Gestão do CADE de 2015 (CADE, 2015).

tendemos que a experiência consensual na defesa da concorrência (especialmente no controle de condutas) deve até mesmo ser considerada um exemplo para a implementação de mecanismos semelhantes em outras áreas de atuação da Administração Pública brasileira, como no combate à corrupção.²¹

3.1. OS ACORDOS EM CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES (ACCs)

Os acordos em controle de concentrações são firmados entre o CADE e as partes envolvidas em um ato de concentração de empresas, com vistas à aprovação de operações consideradas prejudiciais à concorrência. As requerentes podem se comprometer de maneira voluntária a implementar determinadas restrições, de modo a solucionar preocupações concorrenciais, antes mesmo de serem averiguadas pela própria autoridade concorrencial. Dessa forma, o desfecho do ato de concentração não necessariamente se reduz a uma decisão unilateral e impositiva do órgão antitruste de reprovação da operação, havendo a possibilidade de um acordo reduzido a termo nos autos do processo, que detalha condições e restrições a que a aprovação da operação está sujeita. Nesse contexto, o objetivo central dos ACCs é obter e preservar os benefícios econômicos esperados das operações (ganhos de eficiência, melhoria na qualidade de bens ou serviços, aumento de produtividade, desenvolvimento tecnológico, etc.), os quais se perderiam no caso de reprovação do ato de concentração pelo CADE.

O Regimento Interno do CADE²² (RICADE) estabelece que a proposta de ACC pode ser feita pelas partes envolvidas na operação desde o mo-

21 A Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) entrou em vigor em 1º de janeiro de 2014, dispondo sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos corruptivos lesivos contra a administração pública. Uma das principais novidades da referida Lei foi a previsão de um programa de leniência. A implementação desse programa de leniência, contudo, passa por diversos desafios, sobretudo porque a sua própria estrutura parece eivada de incertezas que geram altos custos de transação para a negociação desses acordos pelos agentes infratores em processos administrativos. Um exemplo é a previsão de que o acordo somente pode ser celebrado com pessoas jurídicas, não abrangendo, assim, pessoas físicas da própria empresa, restando saber se a admissão da participação no ilícito e os elementos de prova apresentados pela pessoa jurídica podem ser utilizados para a responsabilização de seus executivos e funcionários nas esferas penal, administrativa e cível. No programa de leniência concorrencial, esta questão é tratada por meio da possibilidade de a pessoa física também poder propor e firmar acordos de leniência, o que é bastante importante, dada a criminalização do cartel no Brasil. O fato de a pessoa jurídica não ser proponente de acordo de leniência não impede que seu funcionário ou ex-funcionário o proponha. De outra banda, contudo, sendo firmado o acordo somente pela pessoa física, os seus benefícios não se estenderão à pessoa jurídica (art. 85, Lei nº 12.529/2011 e art. 198, §3º, Resolução nº 1/2012 do CADE).

22 O Regimento Interno do CADE encontra-se previsto na Resolução CADE nº

mento de sua notificação à referida Autarquia, que, em um juízo de conveniência e oportunidade, poderá firmar o acordo após a aprovação de seus termos pelo Tribunal Administrativo que o compõe.

A negociação desses acordos, contudo, deve receber mais atenção das autoridades concorrenciais, especialmente no que diz respeito à verificação de seu cumprimento. Com frequência, a doutrina e profissionais da área também têm criticado o RICADE, que não regulamenta suficientemente o procedimento de celebração de ACCs, exigindo-se um tratamento especial para aspectos procedimentais, como as fases de negociação, possíveis testes de mercado e remédios estruturais adequados (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016, 191).

Apesar disso, os números publicados pelo CADE demonstram que os ACCs têm tido um papel relevante na aprovação de atos de concentração com potenciais efeitos anticompetitivos. Conforme dados disponíveis no Relatório de Gestão do CADE de 2015, nesse ano, a autarquia concluiu a análise de mérito de 384 atos de concentração, dos quais 376 foram aprovados sem restrições, um foi reprovado e sete foram aprovados com restrições previstas em ACCs (CADE, 2015). Essa quantidade é bastante expressiva, se considerarmos que houve a celebração de ACCs em 87,5% das operações com potenciais prejuízos à concorrência.

3.2. ACORDOS DE PRESERVAÇÃO DA REVERSIBILIDADE DA OPERAÇÃO (APROs)

Em 2015, o CADE emitiu a Resolução nº 13/2015, que disciplina o procedimento administrativo para apurações referentes a atos de concentração (APAC). Essa Resolução reestabeleceu²³ a possibilidade de celebração

1/2012.

23 Durante a vigência da Lei nº 8.884/1994 (antiga Lei de Defesa da Concorrência), os atos de concentração poderiam ser consumados antes de sua apresentação *a posteriori* ao CADE. Por essa razão, essa autarquia podia identificar, eventualmente, a necessidade de firmar, com as partes envolvidas em operações potencialmente prejudiciais à concorrência, acordos em que se estabeleciam condições para a preservação da reversibilidade da operação e manutenção do *status quo* ao mercado, enquanto o ato de concentração estava pendente de aprovação. Uma das críticas que frequentemente eram feitas a esse instituto, no entanto, era de que o mecanismo dificilmente atingia seus objetivos, possibilitando que operações concorrenciaismente preocupantes fossem consumadas, causassem efeitos deletérios ao mercado e, ainda, não pudessem ser facilmente revertidas. Também havia dificuldades no monitoramento do cumprimento desses acordos pelo CADE (MONTEIRO, 2013). Em 2012, com entrada em vigor da nova Lei de Defesa da Concorrência, que introduziu no Brasil o sistema de análise prévia dos atos de concentração e proibiu as empresas de consumir a operação antes da sua aprovação, essa espécie acordo perdeu a sua utilidade e caiu em desuso. Com relação a esse aspecto, operadores do direito da concorrência até consideram que a Lei nº 12.529/2011, em seu artigo 59, §1º, estabe-

de acordos para a preservação da reversibilidade da operação nos casos em que as partes tomam medidas tendentes à sua consumação antes da aprovação pelo CADE ou até mesmo antes de sua notificação a essa autoridade (*i.e.*, nos casos de *gun-jumping*).²⁴ De acordo com o artigo 16 dessa Resolução²⁵, desde a instauração do APAC, o Superintendente-Geral ou o Conselheiro Relator poderá não somente determinar a adoção de quaisquer medidas cautelares necessárias para preservar a concorrência, mas também celebrar com as partes acordo de preservação de reversibilidade da operação, com vistas a estabelecer condições para preservar o *status quo* do mercado até que o CADE profira uma decisão sobre o mérito do ato de concentração. Como a Resolução que reintroduziu a possibilidade de serem firmados APROs no controle de estruturas é relativamente recente, ainda não há precedentes sobre esses acordos.

3.3. ACORDO DE LENIÊNCIA

De forma geral, acordo de leniência pode ser definido como um instrumento consensual por meio do qual a autoridade pública garante imunidade (total ou parcial) e/ou redução das penalidades aplicáveis a determinadas práticas infrativas, em troca da colaboração do agente infrator.²⁶ Especifici-

leceu o que é chamado nos bastidores da nova Lei de Defesa da Concorrência de “APRO às avessas”: um mecanismo de autorização precária e liminar da realização do ato de concentração econômica, impondo as condições que visem à preservação da reversibilidade da operação, quando assim recomendarem as condições do caso concreto. Todavia, a utilização desse mecanismo não tem sido expressiva.

24 Ainda com relação à possibilidade de celebração de acordos em casos de *gun jumping*, é importante considerar que as partes envolvidas na operação também têm apresentado propostas de ACCs ao CADE, submetendo não apenas o ato de concentração intempestivo, mas também negociando condições e contribuições pecuniárias com vistas ao desfecho do processo administrativo. A celebração de um ACC pode ser uma estratégia eficaz em casos em que as partes têm pressa para fechar a operação e não veem benefícios em prolongar a discussão sobre a configuração de *gun jumping*, ou não. Conforme levantamento feito na ferramenta de pesquisa da página eletrônica do CADE, foram encontrados, pelo menos, 7 casos de *gun jumping* em que já houve a celebração de ACCs (AC nº 080700.005775/2013-19; AC nº 080700.008289/2013-52; AC nº 080700.008292/2013-76; AC nº 080700.002285/2014-4; AC nº 080700.010394/2014-32; AC nº 080700.003494/2015-93; e AC nº 08700.011836/2015-49).

25 Conforme a Resolução nº 13/2015 do CADE, o APAC tem como objeto: (i) os atos de concentração notificados e consumados antes de apreciados pelo CADE; (ii) os atos de concentração não notificados e consumados antes de apreciados pelo CADE; e (iii) os atos de concentração não notificados, mas cuja submissão pode ser requerida posteriormente pelo CADE (art. 88, §7º, da Lei 12.529/2011).

26 Gesner Oliveira e João Rodas definem a leniência como “transação entre o Estado e o delator que, em troca de informações que viabilizem a instauração, a celeridade e a melhor fundamentação do processo, possibilita um abrandamento ou extinção da sanção em que este incorreria, em virtude de haver também participado na conduta ilegal denunciada” (OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 41/42).

camente na seara concorrencial, os programas de leniência antitruste buscam criar incentivos para que integrantes de uma prática anticompetitiva, sobretudo cartéis, reportem às autoridades concorrenciais a existência dessa prática, por meio do oferecimento de imunidade (total ou parcial) com relação às penalidades que possam ser aplicadas. Permite-se, assim, que as autoridades de defesa da concorrência tenham conhecimento dessas práticas e acesso a informações e documentos que de outra forma não teriam, aumentando sua capacidade de detectar, investigar e punir tais condutas, reduzindo-se os custos da investigação e do processo administrativo em prol da eficiência da Administração Pública e da preservação de recursos públicos e privados.

O instituto da leniência foi incorporado à legislação brasileira, pela primeira vez, na antiga Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 8.884/1994) no ano 2000. Atualmente, um programa de leniência antitruste reformulado é previsto nos artigos 86 e 87 da nova Lei de Defesa da Concorrência, que estabelecem que o CADE, por intermédio de sua Superintendência-Geral (SG-CADE), poderá celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica autora de infração contra ordem econômica, desde que a mesma: 1º - seja a primeira a se qualificar com respeito à infração; 2º - colabore efetivamente com as investigações e o processo administrativo e dessa colaboração resulte a identificação dos demais envolvidos na infração noticiada ou sob investigação, bem como a obtenção de informações e documentos que a comprovem; 3º - cesse completamente seu envolvimento na conduta a partir da data de propositura do acordo; 4º - confesse sua participação no ilícito; 5º - coopere com as investigações e o processo administrativo, comparecendo a todos os atos processuais até seu encerramento e sob suas expensas; e 6º - apresente-se enquanto a SG-CADE ainda não dispuser de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo. Esse acordo também poderá ser proposto e firmado pela pessoa física, se cumpridos os requisitos listados nos itens 2º a 6º acima.

Em troca da confissão de culpa e de sua colaboração efetiva, a pessoa jurídica ou física será beneficiada com a extinção da ação punitiva da Administração Pública²⁷ ou a redução de 1/3 a 2/3 da penalidade aplicável nessa esfera se, por ocasião do julgamento do processo administrativo por infração à ordem econômica, o Tribunal Administrativo do CADE verificar o cumprimento do acordo de leniência. Além disso, como a prática de cartel também é crime no Brasil, a celebração de acordo de leniência antitruste determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação às pessoas físicas signatárias da

27 A extinção da ação punitiva administrativa é cabível apenas nas hipóteses em que a proposta de acordo é apresentada à SG-CADE, sem que esta tenha conhecimento prévio da infração noticiada.

leniência nos crimes contra a ordem econômica previstos no artigo 4º da Lei nº. 8.137/1990 e, ainda, nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº. 8.666/1993 e no artigo 288 do Código Penal (crime de associação criminosa). A punibilidade desses crimes será **automaticamente extinta** com relação à pessoa física beneficiária do acordo quando for verificado o seu cumprimento pelo Tribunal Administrativo do CADE.

Algumas críticas de ordem doutrinária e prática, contudo, têm sido feitas ao regramento do instituto e à sua própria operacionalização pelo CADE. Um exemplo é a ausência de previsão legal expressa sobre a participação do Ministério Público nos acordos de leniência com reflexos penais, o que suscita questionamentos quanto à sua constitucionalidade frente à atribuição constitucional privativa do *Parquet* para o ajuizamento da ação penal pública incondicionada (art. 129, CF). Além disso, frequentemente, profissionais da área se queixam a respeito da exigência de requisitos que não constam na lei no momento das negociações da colaboração com o CADE.

Apesar dessas críticas, o acordo de leniência vem se mostrando um importante instrumento de política pública para a detecção e punição de condutas anticompetitivas no Brasil, sobretudo cartéis (CADE, 2015, p. 32). Desde 2003, o CADE já celebrou um total de 57 acordos de leniência e 17 aditivos. No ano de 2015, foram firmados seis novos acordos e quatro aditivos, em dez mercados diferentes, o que representou um recorde quantitativo e qualitativo do programa de leniência concorrencial (CADE, 2015). Além disso, também houve os três primeiros casos de concessão de acordo de leniência *plus* (CADE, 2015), em que o infrator leniente pode se beneficiar da redução de 1/3 da pena administrativa que lhe for aplicável no processo em que não foi habilitado, sem prejuízo da obtenção integral dos benefícios do acordo de leniência firmado em relação à nova infração denunciada (art. 86, §§ 7º e 8º, Lei nº 12.529/2011).²⁸ Segundo dados disponíveis na página eletrônica do CADE, de janeiro a setembro de 2016, já foram celebrados sete acordos de leniência e três aditivos.²⁹

3.4. TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE CONDUTA (TCCs)

O artigo 85 da Lei de Defesa da Concorrência estabelece a modalidade de acordo presente no termo de compromisso de cessação de conduta, pre-

28 É importante destacar que, em dois desses casos, o acordo de leniência *plus* foi firmado em conjunto com um termo de compromisso de cessação de conduta (TCC), instituto de que trataremos na próxima seção deste trabalho.

29 Informação disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>>. Acesso em: 19 de out. de 2016.

vendo que o CADE poderá tomar das pessoas físicas e/ou jurídicas, representadas nos procedimentos administrativos para apuração e imposição de sanções por infração à ordem econômica, o compromisso de cessar a prática sob investigação ou os seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

No termo de compromisso constarão: (i) a especificação das obrigações do representado no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos, bem como outras obrigações que sejam julgadas cabíveis durante a negociação, entre elas a necessidade de colaboração quando o processo ainda estiver em trâmite perante a SG-CADE (conquanto essa condição também possa ser exigida no Tribunal Administrativo); (ii) a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas; e (iii) a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), quando cabível. Essa contribuição pecuniária, assim como o reconhecimento de participação na conduta investigada por parte do compromissário são obrigatórios nos casos de cartel (art. 36, §3º, I e II, Lei nº 12.529/2011), em que o TCC funciona como uma alternativa para as pessoas físicas e/ou jurídicas que não se qualificaram para a celebração do acordo de leniência.

Enquanto estiverem sendo cumpridos os termos do compromisso, o CADE concorda em suspender o prosseguimento das investigações exclusivamente em relação aos compromissários do TCC. Uma vez cumpridos os termos do compromisso firmado, o processo administrativo é, então, arquivado apenas com relação aos compromissários.

Diferentemente do que ocorre no acordo de leniência, o TCC não gera benefícios na seara criminal, onde a prática de cartel também é tipificada, como já exposto. Por esse motivo, e considerando a possibilidade de ainda ser acionado na esfera cível, nos casos de cartel, tem sido bastante criticada a obrigação de reconhecimento, pelo compromissário, de sua participação na conduta. Nessas situações, contudo, o próprio CADE tem se disponibilizado a auxiliar na interlocução necessária para que o compromissário se valha de uma colaboração premiada com o Ministério Público (CADE, 2016).

Assim como os acordos de leniência, os TCCs também representam um instrumento de investigação bastante relevante nas atividades do CADE. Conforme o Relatório de Gestão do CADE de 2015, foram julgados 62 requerimentos de TCC, sendo que 56 foram homologados, garantindo a cessação imediata da conduta potencialmente lesiva à concorrência; cinco foram rejeitados; e um, arquivado em razão de perda de objeto (CADE, 2015, p. 83). Os valores recolhidos ao FDD em razão dos acordos celebrados em 2015 somaram cerca de R\$ 464 milhões, evidenciando não só um

crescimento no valor histórico das contribuições pecuniárias, mas também a importância desse instituto em comparação ao valor da soma das multas aplicadas pelo Tribunal Administrativo do CADE em condenações em processos administrativos (o total recolhido por meio de contribuições pecuniárias em TCCs foi 39% superior ao total das multas decorrentes de condenações em processos administrativos) (CADE, 2015, p. 84). Com relação ao ano de 2016, o CADE já julgou 27 requerimentos de TCC (26 deles foram homologados). Além disso, as contribuições pecuniárias recolhidas pelo CADE com a tomada desses compromissos já somam o total R\$ 146.342.600,65 neste ano.³⁰

4. CONCLUSÃO

Como exposto, a crise do Estado de providência e a globalização, entre outros fatores, afetaram elementos essenciais do Estado Moderno, arrefecendo a dicotomia público X privado, entre outros efeitos.

Anseios da esfera privada por maior liberdade, participação nas atividades da Administração Pública, eficiência e transparência levaram à crise do interesse geral – sustentáculo da legitimidade do Estado. Como consequência, o direito administrativo clássico (unilateral, imperativo e centralizador) se viu compelido a revisar seus institutos, de modo a atender a essas novas demandas da sociedade pós-moderna.

Eclodiu, portanto, a administração consensual como forma de participação popular, representando para o direito uma renovação, em busca de atender o administrado em seus anseios por maior celeridade na resolução de conflitos, eficiência, civismo, transparência, entre outros.

Vale mencionar, por fim, que o direito administrativo brasileiro, assim como o de diversos países, tem se mostrado aberto à consensualidade, havendo o reconhecimento, pela doutrina, de seus benefícios. Apesar de ainda não restar consolidada uma teoria ou sistematização própria, diversos instrumentos de consenso já se encontram positivados em diversas leis, como a Lei de Defesa da Concorrência. Como visto, essa lei prevê diversas espécies de acordos que podem ser firmados entre a autoridade concorrencial (o CADE) e particulares, com vistas à efetiva proteção da livre concorrência, tanto no controle preventivo (ACCs e APROs) quanto no controle repressivo de condutas (acordo de leniência e TCCs).

30 Informação disponível em: <<http://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true>>. Acesso em: 19 de out. de 2016.

Apesar de eventuais críticas que possam ser feitas ao regramento e à própria operacionalização desses institutos pelo CADE, com base na expressividade dos números publicados por essa autarquia, é necessário reconhecer a importância, cada vez maior, da celebração desses acordos e da atividade consensual na política pública de proteção da livre concorrência, sobretudo com relação à detecção e punição de condutas anticompetitivas no Brasil, como os cartéis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Mecanismos de consenso no direito administrativo*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

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

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. rev. e atual. até a emenda constitucional 57, de 5.7.2008. São Paulo: Malheiros, 2009.

BATISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BERMAN, José Guilherme. *Direito administrativo consensual, acordo de leniência e ação de improbidade* (2015). XXIX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo Disponível em: <http://www.bmapi.com.br/arquivos/Artigos/artigo_ibda_jgb.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2016.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CADE. *Balanco 2015*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/balanco-2015.pdf/viewf>>. Acesso em: 19 out. 2016.

_____. *Guia de termo de compromisso de cessação para casos de cartel*. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-versao-final.pdf>. Acesso em: 19 out. 2016.

CASSESE, Sabino. *La globalización jurídica*. Madri: Marcial Pons, 2006.

CHEVALLIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GONÇALVES, Cláudio Cairo. *O princípio da consensualidade no Estado Democrático de Direito – uma introdução*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 2003

GUERRA, Sergio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Sergio Guerra – 2ª ed. rev e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. *Discricionariedade administrativa – limitações da vinculação legalitária e propostas pós-positivistas*. In Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Editora Fórum. 2008.

LUCENA FILHO, Humberto Lima. *As teorias do conflito: uma aplicação prática à cultura da consensualidade*. Revista Direitos Culturais. N. 12. 2012.

MARICONDA, Pablo Rubén. *Pode-se acreditar na ciência? Resenha de o conhecimento confiável de John Ziman*. Jornal de Resenhas/Folha de São Paulo/Discurso Editorial/USP, São Paulo, v. 14, 1996.

MARTÍNEZ, Gerardo Carballo. *La mediación administrativa. Algunas propuestas para su implementación em el régimen jurídico administrativo y procesal*. Revista Jurídica de Castilla y León. N. 29. Enero de 2013. Arbitrage y Mediación.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Direito administrativo moderno*. Editora Revista dos Tribunais. 17ª ed. 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Novos institutos consensuais da ação administrativa*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 2003.

_____. *Governo e Governança em Tempos de Mundialização*. In Revista de Direito Administrativo, vol. 243, 2006.

_____. *Ensaio sobre o resultado como novo paradigma do Direito Administrativo*. In: *Direito Administrativo em Debate*. Rio de Janeiro, outubro, 2008. Disponível em: <<http://direitoadministrativoemdebate.wordpress.com>>. Acesso em: 2 de nov. 2016.

MAJONE, Gindomenico. *Do Estado positivo ao estado regulador*. In Regulação Econômica e Democracia: o debate europeu (Paulo Todescan Lessa Mattos – Coord.) São Paulo: Singular, 2006.

MARRARA, Thiago. *Acordos de Leniência no Processo Administrativo Brasileiro: Modalidades, Regime Jurídico e Problemas Emergentes*. Revista Digital de Direito Administrativo, v. 2, n. 2, p. 509-527, 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/99195>>. Acesso em: 18 out. 2016.

MONTEIRO, Gabriela. *O Novo Sistema de Análise Prévia dos Atos de Concentração e a Questão do Gun-Jumping: Traçando Parâmetros para as Empresas (2013)*. Monografia apresentada ao Curso de Direito da FGV DIREITO RIO. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10792/Gabriela%20Reis%20Paiva%20Monteiro.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 19 out. 2016.

MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. São Paulo: Renovar, 2004.

PALMA, Juliana Bonacorsi. *Atuação administrativa consensual. Estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Coleção Direito Econômico: Direito Concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2016.

REIS, Verusca Moss Simões. VIDEIRA, Antonio Augusto Passos. *John Ziman e a ciência pós-acadêmica: consensibilidade, consensualidade e confiabilidade*. Scentiae Studia. Sci. stud., vol.11, nº. 3, São Paulo, 2013.

TÁCITO, Caio. *Direito administrativo participativo*. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo. N. 15. 1996.

_____. *Reforma administrativa*. Carta Mensal. Rio de Janeiro. N. 520, 1998.

VICARIO, M. Concepción Garcia. *La mediación como sistema alternativo y complementario de resolución de conflictos en la jurisdicción contencioso-administrativa*. Revista Jurídica de Castilla y León. N. 29. Enero de 2013. Arbitraje y Mediación.

WALD, Arnold; DE MORAES, Luiza Rangel; M. WALD, Alexandre de. *O direito de parceria e a lei de concessões*. Editora Saraiva. 2ª ed. 2004.

OS ACORDOS DE LENIÊNCIA DA LEI Nº 12.846/2013

Rafaela Coutinho Canetti¹

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.846/2013 vem recebendo grande atenção, tanto por parte da mídia, em consequência dos recentes escândalos que revelaram corrupção sistêmica e de grande escala no Brasil,² quanto pela academia, que se dedica a estudar os mecanismos de que a norma dispõe para a repressão e prevenção da corrupção.

Um dos instrumentos de maior relevância dentre aqueles introduzidos pela norma consiste no chamado acordo de leniência, que, bebendo da experiência internacional do combate à corrupção e da legislação nacional antitruste preexistente, busca incentivar a delação de comportamentos ilícitos por parte das pessoas jurídicas potencialmente responsáveis. De um lado, presta-se ao fornecimento de benefícios ao ente celebrante do acordo, na medida em que mitiga os efeitos das sanções aplicáveis. De outro, oferece ao Poder Público maiores subsídios para a apuração das infrações e persecução de outras pessoas jurídicas envolvidas, com menores custos à Administração Pública, já que as informações seriam oferecidas às autoridades pela pessoa jurídica beneficiária.

¹ Advogada. Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Mestranda em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. E-mail para contato: rafaela.canetti@clcmra.com.br.

² É o que afirma, por exemplo, carta aberta elaborada pelo Colégio de Presidentes da Ordem dos Advogados do Brasil: "A gravidade e a recorrência dos casos de corrupção demonstram que o problema possui abrangência sistêmica no Brasil. Não são episódios isolados, mas integram um ambiente geral, consolidado historicamente, que abrange todas as esferas da administração pública brasileira". Teor disponível em <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/oab-diz-que-corrupcao-e-sistemica-no-brasil/>>. Acesso em: 19 out. 2016.

Susan Rose-Ackerman e Tina Soreide explicam que a corrupção tem o potencial de ocorrer em qualquer burocracia em que se conferem às autoridades os poderes discricionários para a concessão de vantagens e a imposição de custos, tendo em vista a escassez dos bens que podem ser alocados aos particulares pelo Estado. Afirmam as autoras que é possível ao ordenamento jurídico influenciar as escolhas dos indivíduos a respeito da prática de atos de corrupção, pela via sancionadora, na medida em que o agente infrator sopesaria mentalmente os riscos (chances de detecção e apenação, e grau da penalidade imposto, consequências reputacionais, etc) e os benefícios esperados como consequência do ato ilícito.³

Em outros termos, os agentes, também em se tratando de atos de corrupção, respondem a estímulos, de maneira que o desenho da norma que busca combater esse ilícito, bem como a forma efetiva de aplicação da lei, interferem na análise dos riscos que precede o engajamento na conduta corrupta.⁴

Dessa forma, o acordo de leniência tem potencial para aumentar a efetividade do sistema anticorrupção. Todavia, parece óbvio que, para servir de real complemento às políticas de combate à corrupção, esse instrumento deve oferecer inequívocas vantagens àqueles que dele fizeram

3 “Embora alguns autores alertem contra o uso de sanções com o propósito de influenciar os demais membros da sociedade, a dissuasão dos outros é central para a análise econômica do crime. Os pressupostos da racionalidade econômica postulam que um funcionário público venderá decisões em troca de subornos se os seus benefícios esperados excederem os custos estimados, incluindo os riscos de detecção, os custos reputacionais e obstáculos morais para o cometimento do crime. Desde que a análise dos *trade-offs* realizada pelo indivíduo inclua o risco da sanção, um governo consegue influenciar a escolha por meio dos níveis esperados de punição – ou seja, tanto a chance de ser detectado e apenado quanto o grau de penalização no caso de condenação” (tradução livre). SOREIDE, Tina; ROSE-ACKERMAN, Susan. Corruption in State Administration (August 3, 2015). Yale Law & Economics Research Paper No. 529. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2639141>>. Acesso em: 21 set. 2016.

4 Gary S. Becker foi um dos precursores da análise econômica dos componentes dissuasórios da norma sancionadora, que tem como um de seus alicerces a concepção dos indivíduos enquanto maximizadores de seu próprio bem-estar, de acordo com o que se convencionou chamar de *rational choice theory*. Como o próprio nome denota, a suposição é de que os sujeitos embasarão suas condutas em escolhas racionais, sopesando as vantagens buscadas em face de eventuais custos de oportunidade. Essa abordagem se baseia numa concepção de sujeito nos moldes *homo economicus*, ou seja, tendo em conta a suposição de agente plenamente racional. O autor cita exemplo anedótico segundo o qual, ao estacionar o carro em local proibido, teria avaliado a probabilidade ser multado e o custo de buscar um estacionamento regular, antes de decidir correr o risco de ser penalizado. Com base nessa experiência, teria formulado a teoria de acordo com a qual os infratores realizariam, também nessa seara, uma espécie de julgamento sobre a relação custo-benefício da conduta delituosa. Haveria, dessa forma, uma correlação entre a probabilidade e intensidade da punição, e a decisão do agente por incorrer no comportamento delitivo. (BECKER, Gary. The economic way of looking at life. Nobel Prize Lecture, 1992.)

uso – no que se destacam a mitigação das penas para os que optam por cooperar e segurança jurídica para que os acordos sejam efetivamente cumpridos. Caso contrário, os incentivos para não colaborar com as autoridades, ou mesmo para dar continuidade às condutas delituosas, podem superar os potenciais benefícios decorrentes da celebração do acordo.

Ao presente artigo interessa examinar os mecanismos trazidos pela Lei Anticorrupção e, notadamente, a leniência, tendo como fio condutor a premissa da análise econômica do Direito segundo a qual os agentes, em suas decisões, consideram os possíveis custos e benefícios de sua conduta, dentre os quais se inserem os incentivos negativos e positivos existentes no ordenamento jurídico.⁵ Como será visto, a referida norma buscou estabelecer um sistema de incentivos que apontou, de um lado, para o recrudescimento das possíveis sanções decorrentes desse tipo de ilícito e para a facilitação das punições às pessoas jurídicas pela via da responsabilidade objetiva,⁶ e, de outro, para a criação de benefícios para os entes que apresentassem um programa interno de *compliance* efetivo e que cooperassem para a apuração de condutas corruptas através da celebração de acordos com a Administração Pública.

5 É bem verdade que esse tipo de análise pressupõe um certo reducionismo, em que se ignoram elementos que podem ser relevantes para informar a conduta dos agentes estudados – questões como a história de uma dada sociedade, seu substrato cultural e a sua percepção dos padrões éticos e morais aceitáveis, por exemplo. Não obstante, ainda que não seja o único fator determinante para a tomada de decisões individuais, o ordenamento jurídico pode e deve buscar influenciar o comportamento da sociedade, quando for necessário para a concretização e proteção de objetivos constitucionais.

6 Segundo consta do item 5 da apresentação do Projeto de Lei que deu origem à norma, “[d]isposição salutar e inovadora é a da responsabilização objetiva da pessoa jurídica. Isso afasta a discussão sobre a culpa do agente na prática da infração. A pessoa jurídica será responsabilizada uma vez comprovados o fato, o resultado e o nexos causal entre eles. Evita-se, assim, a dificuldade probatória de elementos subjetivos, como a vontade de causar um dano, muito comum na sistemática geral e subjetiva de responsabilização de pessoas naturais”. Já quanto à preferência pela responsabilização administrativa, o mesmo documento ressalta que se explicaria “porque o Direito Penal não oferece mecanismos efetivos ou céleres para punir as sociedades empresárias, muitas vezes as reais interessadas ou beneficiadas pelos atos de corrupção. A responsabilização civil, porque é a que melhor se coaduna com os objetivos sancionatórios aplicáveis às pessoas jurídicas, como por exemplo o ressarcimento dos prejuízos econômicos ao erário; e o processo administrativo, porque tem-se revelado mais célere e efetivo na repressão de desvios em contratos administrativos e procedimentos licitatórios, demonstrando melhor capacidade de proporcionar respostas rápidas à sociedade” (item 10). Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=735505&filename=Tramitacao-PL+6826/2010>. Acesso em: 22 set. 2016.

2. OS INCENTIVOS TRAZIDOS PELA LEI Nº 12.846/2013

Observando-se a lógica que permeia a Lei nº 12.846/2013, é notável que o legislador buscou, através de sua edição, a criação de um sistema de incentivos em que se aumentam os custos da realização de transações corruptas pelas pessoas jurídicas, incentivando-as, por outro lado, a precaverem-se quanto à ocorrência de corrupção interna.⁷

Para tal, alguns mecanismos da norma sobressaem, entre os quais: (a) a responsabilização objetiva da pessoa jurídica, que teve como finalidade facilitar e tornar mais célere o sancionamento, ao tornar desnecessária a aferição do elemento subjetivo do agente; (b) a criação de um sistema de penalidades que inclui sanções pecuniárias (multas), reputacionais (publicação extraordinária da decisão condenatória do art. 6º, II da Lei, e inscrição no Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP, prevista no art. 22 do mesmo diploma) e até mesmo a imposição judicial da completa extinção da personalidade jurídica (art. 19, III);⁸ (c) o estímulo à existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades, bem como à aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, que serão levados em conta quando da eventual aplicação de penalidades à empresa; e (d) um mecanismo de colaboração com as autoridades, que visa a permitir

7 De acordo com Egon Bockmann e Andreia Cristina Bagatin: “a Lei Anticorrupção instalou um sistema de incentivos econômicos para que as pessoas jurídicas efetivamente incorporem mecanismos de *compliance*. A lógica é preventiva/acautelatória, uma vez que é de todo viável a adoção de boas práticas, as quais, senão impeçam, ao menos atenuem os atos de corrupção. Caso tais boas práticas sejam efetivamente implementadas — dentre elas, o acordo de leniência (ou ao menos a certeza da alta probabilidade de que ele seja celebrado) — e controladas por meio de protocolos-padrão, estará criado o ambiente proativo de real combate à corrupção do lado de dentro das sociedades empresariais”. MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. Lei Anticorrupção e quatro de seus principais temas: responsabilidade objetiva, desconsideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 55-84, jul./set. 2014, p. 56.

8 É visível a lógica de uma responsabilização ampla, com a imposição de penas pecuniárias vultosas (multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo), e a previsão de publicação extraordinária da decisão condenatória como forma de dissuasão que atentaria contra a reputação da empresa. A lei prevê, em seu bojo, sanções aplicáveis pela via administrativa sancionatória (arts. 6º e 7º), e pela via judicial (arts. 18 a 21), sendo que a responsabilidade da pessoa jurídica na primeira esfera não afasta a possibilidade de sua responsabilização na segunda. Entre as sanções judicialmente comináveis, destaca-se a previsão de dissolução compulsória da pessoa jurídica, desde que tenha sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos ou ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

simultaneamente que o particular mitigue suas penas e o Poder Público obtenha mais facilmente elementos comprobatórios de atos ilícitos perpetrados por outros agentes – o acordo de leniência do art. 16.

Em suma, o objetivo, a toda evidência, fora dissuadir os particulares do engajamento em condutas corruptas, por meio do aumento da gravidade e certeza na aplicação das punições, estimulando-os, ademais, a implementar mecanismos internos de controle, ao mesmo tempo em que o peso dessas mesmas sanções pesaria na opção dos infratores por colaborar com o Estado para a investigação desses ilícitos.

Essas cooperações, materializadas nos acordos de leniência, por sua vez, contribuiriam para o crescimento da proporção de casos investigados e combatidos pelas autoridades, eis que provas sobre a materialidade e autoria seriam mais facilmente obtidas. Concomitantemente, teriam o condão de desestabilizar as associações criminosas.

A *ratio* desse tipo de instrumento bebe da teoria econômica ao considerar, num extremo, a análise das vantagens realizada pelo agente para manter o comportamento delituoso, e, no outro, as chances de que o particular tenha seus próprios atos ilícitos relatados às autoridades por um dos coparticipantes e, conseqüentemente, seja punido.

Seriam características essenciais dos acordos de leniência em geral, segundo Thiago Marrara, (i) consistirem de uma espécie de acordo administrativo integrativo⁹ que se agrega ao processo para otimizar sua instrução; (ii) não excluírem a ação unilateral do Estado, de forma que o processo sancionador, mesmo no caso da celebração do instrumento, não dispensa a existência de um ato administrativo final, seja punitivo, seja absolutório; e (iii) gerarem o dever de colaboração do autor da conduta ilícita com a autoridade que, por sua vez, tem um dever correspondente de redução das sanções ao infrator.¹⁰

Para o mesmo autor, um dos grandes trunfos gerados pelos programas de leniência seria exatamente o efeito preventivo geral concretizado através da introdução do que o autor denominou de “vírus da instabilidade

9 Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Vêras de Freitas, por outro lado, entendem tratar-se de o caso de espécie de acordo substitutivo: “atos administrativos complexos, por meio dos quais a Administração Pública, pautada pelo princípio da consensualidade, flexibiliza sua conduta imperativa e celebra com o administrado um acordo, que tem por objeto substituir, em determinada relação administrativa, uma conduta, primariamente exigível, por outra secundariamente negociável” (MORREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. A Juridicidade da Lei Anticorrupção. Fórum Administrativo, v. 156, p. 9-20, 2014).

10 MARRARA, Thiago. “Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes”. *Revista Digital de Direito Administrativo - RDDA*, v. 2, p. 509-527, 2015, p. 513-514.

nas relações entre potenciais infratores”.¹¹ Esse resultado seria decorrente do fato de o infrator se ver não só na eventual mira das autoridades fiscalizadoras do Estado, mas também possivelmente traído pelos seus companheiros no delito, o que proporcionaria um ambiente geral de incertezas que abalaria a “cooperação infrativa”.

Também Susan Rose-Ackerman e Tina Soreide lembram que as partes que se engajam no comportamento de corrupção (e esse é um fenômeno que demanda uma pluralidade de agentes) raramente nutrirão expectativas de completa confiança umas nas outras, de maneira que um abalo ou dúvida na relação pode ser suficiente para iniciar uma corrida em que cada um dos integrantes tenta ser o primeiro a celebrar um acordo de leniência.¹² O comportamento dos agentes, portanto, responde às atitudes que eles supõem que serão tomadas pelos demais envolvidos – ou seja, quanto mais vantajosas forem as consequências da cooperação com as autoridades estatais, e mais provável for que algum dos outros membros da associação criminosa busque celebrar o acordo, mais premente será que o agente potencialmente prejudicado se antecipe e negocie primeiro a leniência.

Também sob a perspectiva estatal, estar-se-ia diante de uma análise de custo-benefício sobre a adoção desse tipo de acordo, o qual teria como função poupar os recursos do Estado ao mesmo tempo que permitiria aumentar as informações obtidas e, conseqüentemente, a incidência das sanções por corrupção. Tudo isso considerando que a função sancionatória não é um fim em si mesmo, mas um “poder instrumental”^{13,14}.

11 MARRARA, Thiago. Lei anticorrupção permite que inimigo vire colega. CONJUR, São Paulo, p. 1 - 1, 15 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-15/thiago-marrara-lei-anticorrupcao-permite-inimigo-vire-colega>>. Acesso em: 23 set. 2016.

12 SOREIDE, Tina; ROSE-ACKERMAN, Susan. Corruption in State Administration (August 3, 2015). Yale Law & Economics Research Paper No. 529. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2639141>>. Acesso em: 21 set. 2016.

13 Nas palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto, “trata-se de um poder instrumental. Assim como quaisquer outras competências regulatórias, a atividade sancionadora é conferida ao órgão regulador como instrumento de consecução das políticas públicas estabelecidas para um determinado setor. (...) Em um Estado de Direito, qualquer poder sancionador tem caráter utilitário ou instrumental. Não se admite poder de sanção arbitrário ou desvinculado de uma finalidade de interesse público suficiente para justificar sua imposição a um particular. O Estado de Direito pressupõe caráter residual da repressão, a proporcionalidade e a utilidade da sanção: qualquer atentado à esfera de direitos dos indivíduos ou corporações, ainda que (ou, talvez, sobretudo porque) executada pelo Estado, deve ser indispensável e proporcional” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “O Poder Sancionador nas Agências Reguladoras”. In LANDAU, Elena (coord.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 177).

14 Nos termos da Comissão Europeia, “Pela sua própria natureza, os cartéis secretos são frequentemente difíceis de detectar e investigar sem a cooperação das

O raciocínio então seria que, diante da natureza desses atos, que pressupõem a associação de indivíduos ou empresas para a realização de ilícitos, por vezes em esquemas de alta complexidade e sofisticação, e que têm, necessariamente, um componente de sigilo essencial à sua plena consumação, por vezes é excessivamente oneroso ou mesmo impossível ao Estado proceder à persecução punitiva (criminal, cível ou administrativa) sem que haja a cooperação de algum dos envolvidos. Thiago Marrara afirma que essa perspectiva dialógica da Administração Pública face aos infratores seria outrora impensável, por conta de uma “leitura inflexível e anacrônica da supremacia e da indisponibilidade do interesse público”, mas atualmente tem ganhado espaço.¹⁵ Para ele, embora possa aparentar contradição com a tutela do interesse público a possibilidade de o Estado oferecer vantagens àqueles que delinquem, em verdade, o que ocorreria seria justamente a tentativa de fazer valer esse mesmo interesse público: confrontado com a ineficiência de mecanismos tradicionais de comando e controle, o Estado recorreria à consensualidade.

Todavia, para que se transponham essas vantagens para a realidade concreta, é necessário um ambiente que maximize a atratividade desse sistema.

Os programas de leniência têm como base o princípio de que aqueles que infringem a lei podem reportar suas próprias condutas caso haja incentivos suficientes para tal.¹⁶ Tratando do fenômeno da cartelização,

empresas ou pessoas que neles participam. Assim, a Comissão considera que é do interesse da Comunidade recompensar as empresas que participam neste tipo de práticas ilícitas e que estão dispostas a pôr termo à sua participação e a cooperar no âmbito da investigação da Comissão, independentemente das outras empresas envolvidas no cartel. Para os consumidores e os cidadãos em geral, a detecção e sanção dos cartéis secretos reveste-se de maior interesse do que a aplicação de coimas às empresas que permitem à Comissão detectar e proibir essas práticas”. Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis. Jornal Oficial da União Europeia. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006XC1208\(04\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006XC1208(04)&from=EN)>. Acesso em: 29 set. 2016.

Também de acordo com o CADE, “cartéis são difíceis de detectar e investigar sem a cooperação dos participantes da conduta, dado seu caráter sigiloso e fraudulento. Por essa razão, um número expressivo de jurisdições adotou programas de leniência de modo a desvendar tais condutas (...). **O interesse dos cidadãos brasileiros de ver desvendados e punidos cartéis supera o interesse de sancionar uma única empresa ou indivíduo que possibilitou a identificação, desmantelamento e punição de todo o cartel**” (CADE. Combate a cartéis e programa de leniência. Coleção SDE/CADE nº. 01/2009. 3ª ed. Brasília, 2009, p. 17).

15 MARRARA, Thiago. Lei anticorrupção permite que inimigo vire colega. CONJUR, São Paulo, p. 1 - 1, 15 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-15/thiago-marrara-lei-anticorrupcao-permite-inimigo-vire-colega>>. Acesso em: 23 set. 2016.

16 MOTTA, Massimo. *Competition Policy: theory and practice*. New York: Cambridge University Press, 1994, p. 193-194.

mas em consideração que é de todo transponível para a discussão em tela sobre corrupção, Massimo Mota afirma que, quando a empresa decide associar-se para a prática de condutas ilícitas, ela faz uma análise sobre os potenciais riscos e benefícios do arranjo, *i.e.* a probabilidade de detecção multiplicada pela multa eventualmente imposta nesse caso. Se a pessoa jurídica é confrontada com a possibilidade de reportar seus atos ilícitos sem que exista uma efetiva alteração dessa relação custo-benefício, ela pode não se sentir atraída a fazer um acordo – se os benefícios da conduta indevida superam os seus potenciais riscos, e essa situação não se altera, nem mesmo a perspectiva de diminuição das sanções pode representar incentivo suficiente.¹⁷

Comentando a sua utilização pelas autoridades norte-americanas no âmbito do Direito Antitruste, o mesmo economista afirma que foi apenas após as reformas realizadas na década de 1990 que o sistema de leniência naquele país passou a ser efetivo. Dentre as alterações que Motta aponta como essenciais para a consagração do instituto, destaca-se a maior certeza, para o particular, acerca da não aplicação das sanções nos casos em que as informações trazidas à tona desvendassem um cartel antes do início de qualquer investigação sobre ele.¹⁸ Ademais, ainda segundo o mesmo autor, a proteção contra a persecução penal estaria assegurada também às pessoas físicas (diretores, administradores e empregados) que cooperassem.

Em resumo, para que funcione, o referido mecanismo pressupõe a desestabilização das associações para a corrupção, ao incrementar as chances de mútuas traições, mas também a estabilidade da relação do “leniente” (agente cooperador) com o Poder Público. Dito de outra forma, é imprescindível que exista confiança do agente que colabora com as investigações em relação às autoridades estatais, pois se, de alguma forma, há riscos de comportamento contraditório dos agentes públicos que venha a culminar num agravamento da situação do particular, isso pode impactar significativamente na utilização desse tipo de instrumento. Ademais, é importante que os benefícios trazidos pela cooperação superem os benefícios da continuidade da associação para a corrupção, e as vantagens dela decorrentes.

3. OS ACORDOS DE LENIÊNCIA DA LEI ANTICORRUPÇÃO

À luz do exposto anteriormente, desde já, percebem-se as complexidades envolvidas nos acordos de leniência, especialmente por significarem eles a

17 *Ibid.* p. 195.

18 *Ibid.* pp. 193-194.

produção de provas pelo próprio autor da conduta delituosa e, por vezes, a assunção de responsabilidade sobre a realização de atos de corrupção. A decisão da pessoa jurídica de se autorreportar às autoridades não é simples e perpassa uma série de juízos.

Por isso mesmo, questões como a clareza das hipóteses de aplicação da leniência e de suas consequências, as vantagens trazidas pela celebração ao agente (pessoas física e jurídica), os requisitos para sua negociação (se o agente deve ou não confessar a autoria do ilícito, por exemplo), etc., não podem ser ignoradas. Dependem desses elementos, que certamente farão parte da análise do autor da conduta, as chances de a leniência ser ou não um mecanismo eficiente no âmbito do sistema brasileiro de combate à corrupção.

Previsto no art. 16 da Lei nº 12.846/2013, o acordo de leniência, no contexto específico da Lei Anticorrupção, poderá ser celebrado pela autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública, pressupondo para tal, nos termos da norma, a colaboração efetiva com as investigações e o processo administrativo da qual derive a identificação dos demais envolvidos na infração, se cabível, e obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

São requisitos cumulativos para a possibilidade dessa celebração que a pessoa jurídica (i) seja a primeira a se manifestar sobre o interesse em cooperar (num sistema “*first come, first serve*”)¹⁹, (ii) descontinue sua participação na atividade ilícita objeto do acordo, (iii) admita sua participação na atividade delituosa²⁰ e (iv) coopere plenamente com o processo, bem como (v) arque com as despesas necessárias para essa cooperação. Conforme prevê o art. 37 do Decreto nº 8.420/2015, que regulamenta a lei em questão, entre as disposições obrigatórias do acordo estão cláusulas que versem sobre a perda dos benefícios pactuados, em caso de descumpri-

19 Essa dinâmica foi, aparentemente, mitigada pelo Decreto nº 8.420/2015, que dispôs, no art. 30, inciso I, que pessoa jurídica que tenha interesse em celebrar acordo de leniência deverá “ser a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração de ato lesivo específico, **quando tal circunstância for relevante**” (grifos nossos). Esse dispositivo, criticado por extrapolar o seu fundamento legal, é alvo de Projeto de Decreto Legislativo para sustar seus efeitos (PDC nº 28/2015).

20 Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Vêras de Freitas entendem ser essa previsão inconstitucional, por ir de encontro ao direito de não produzir prova contra si mesmo ou de não se autoincriminar, previsto no art. 5º, LXIII da CRFB (“o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”), assim como no art. 14, 3, g do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Político, promulgado pelo Decreto nº 592/1992 (“Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: [...] de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”). (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. A Juridicidade da Lei Anticorrupção. Fórum Administrativo, v. 156, p. 9-20, 2014).

mento do acordo, a natureza de título executivo extrajudicial do instrumento, e a adoção, aplicação ou aperfeiçoamento de programa de integridade,²¹ conforme os parâmetros estabelecidos no mesmo regulamento.

Consoante o art. 16, §2º da Lei, os benefícios oferecidos para aqueles que optam por realizar o acordo consistem no afastamento das penalidades de publicação extraordinária da decisão condenatória e da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, assim como a redução de até dois terços do valor da multa aplicável. O art. 17 do diploma permite ainda à Administração Pública celebrar acordo tendo por objeto a prática de atos ilícitos previstos na Lei nº 8.666/1993, para a isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas nos artigos 86 a 88 da mesma norma.

Sob esse prisma, parte das críticas quanto ao acordo de leniência no âmbito da Lei nº 12.846/2013 decorre justamente do fato de que, da forma como está delineado normativamente, o instituto parece ir na contramão de parte das considerações acima colocadas, não apresentando as garantias esperadas para que tenha sua efetividade assegurada.

Como adiantado anteriormente, para que seja efetivo o sistema de incentivos desenhado pela norma (isto é, para que haja a “procura” dos agentes privados envolvidos na corrupção pela leniência), entende-se que seria necessária a presença concomitante de pelo menos duas pré-condições: (i) “atratividade” das vantagens oferecidas pelo acordo, com a redução considerável dos potenciais castigos sofridos pelo particular; e (ii) “segurança jurídica” na celebração dos acordos, pois de nada adiantaria um instrumento teoricamente benéfico mas sem garantias de proteção jurídica concreta àquele que se autorreportou – não pode a celebração do acordo, por óbvio, acarretar um incremento dos riscos ao particular para além daqueles preexistentes à sua cooperação.²²

21 O conceito de programa de integridade, de acordo com o art. 41 do Decreto, “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”.

22 Não é outro o entendimento de Rafael Carvalho Rezende Oliveira: “A partir da perspectiva da Análise Econômica do Direito, as normas jurídicas são consideradas instrumentos de indução de comportamentos positivos e negativos dos atores econômicos. Nesse contexto, os acordos de leniência pretendem fomentar a colaboração dos envolvidos na investigação das infrações, garantindo maior efetividade na aplicação das sanções e na reparação dos danos, o que pode não ocorrer se o ordenamento não garantir segurança jurídica aos seus destinatários”. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Acordos de leniência, assimetria normativa e insegurança jurídica. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rafael-carvalho-rezende-oliveira/acordos-de-leniencia-assimetria-normativa-e-inseguranca>

Consistem a atratividade e a segurança, todavia, em requisitos absolutamente correlatos, cuja separação apenas se propõe para a exposição ora pretendida. Conforme passa-se a descrever, as incertezas que permeiam a forma e efeitos dos acordos regidos pela Lei Anticorrupção podem minar ou mesmo impossibilitar a concretização desses requisitos.

Em primeiro lugar, quanto à atratividade das reduções das sanções, um ponto especialmente relevante diz respeito ao fato de que a norma anticorrupção, ao contrário do que ocorre na seara antitruste, nada fala, em relação às sanções pecuniárias, acerca dos benefícios mínimos a serem concedidos à pessoa jurídica em razão da celebração do acordo, determinando apenas um patamar máximo de redução de dois terços da sanção. Relegar tal determinação à discricionariedade da autoridade administrativa não parece conferir garantias suficientes de que a celebração do acordo de fato permitirá ao particular reduzir suficientemente as multas devidas. E, considerando que o art. 6º, I da Lei nº 12.846/2013 estabelece para as multas patamares entre 0,1% e 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo,²³ vedando ainda que seja tal montante inferior à vantagem auferida através do ilícito,²⁴ é possível que mesmo após a redução decorrente da leniência o valor da multa seja substancial. Deve-se lembrar que a obrigação de reparação integral do dano causado permanece ainda que seja celebrado o acordo.

Tampouco existe previsão de que a celebração da leniência impediria a aplicação das sanções previstas na Lei Anticorrupção que gozam de reserva do Poder Judiciário. Deve-se considerar que, no referido instrumento legal, há penalidades que podem ser impostas administrativamente e outras cuja cominação pressupõe a judicialização da questão. Nessa última categoria encontram-se a determinação de perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, a suspensão ou interdição parcial de suas atividades, a dissolução compulsória da pessoa jurídica e a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público (art. 19).

-jurídica>. Acesso em: 25 set. 2016.

23 Consoante o art. 6º, §4º, na impossibilidade de utilização do critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa terá valores entre de R\$ 6.000,00 e R\$ 60.000.000,00.

24 O art. 23, §1º do Decreto nº 8.420/2015 excepciona a regra contida no art. 6º da Lei nº 12.846/2013, afirmando a possibilidade de que o valor da multa pactuado no acordo de leniência seja menor do que o limite do art. 6º da Lei Anticorrupção. Tal determinação, todavia, é de legalidade questionável, tendo em vista a extrapolação do decreto regulamentador em relação à sua norma fundamento de validade.

Apenas essa última sanção mencionada poderá ser afetada pela celebração do acordo de leniência, pela dicção legal, do que decorreria que a pessoa jurídica, mesmo após cooperar com as autoridades para a apuração do ilícito, estaria sujeita a ter suas atividades suspensas ou até sua personalidade jurídica extinta na hipótese de algum dos entes legitimados ajuizar ação para tanto. Thiago Marrara, nesse ponto, considera necessária uma interpretação sistemática da norma para suprir essa aparente incongruência, de modo a oferecer algum tipo de garantia ao beneficiário do acordo.²⁵

Por fim, diferentemente do que ocorre no âmbito dos acordos de leniência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), não existem incentivos para que o interessado procure a Administração Pública antes mesmo que esta tenha conhecimento da infração; no caso da legislação antitruste, na hipótese de o acordo ter por objeto ilícito desconhecido pela Superintendência-Geral do CADE, o art. 86, §4º da Lei nº 12.529/2011 permite decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator.

Outrossim, e ainda na contramão do que afirma o diploma sobre proteção à concorrência, tampouco há na Lei Anticorrupção um mecanismo que ofereça vantagens para a leniência relacionada a outra infração que não aquela apurada no processo, enquanto que o CADE permite ao infrator, quando este não é apto a celebrar o acordo para a conduta investigada, beneficiar-se de acordo relacionado a outra infração da qual a autarquia não tivesse notícia. Nesse caso, o particular fará jus a uma redução de um terço da pena cominada no processo em que pôde celebrar o acordo, sem prejuízo dos benefícios (inclusive de isenção de penalidades) em relação à nova infração denunciada.²⁶

Já no que toca ao segundo requisito, a “segurança jurídica” dos acordos nos moldes previstos na Lei nº 12.846/2013, entendida como o não incremento dos riscos ao particular em consequência da celebração da leniência, há, pelo menos, três aspectos que podem ser apontados como potencialmente problemáticos e que se relacionam entre si. Um primeiro seria a indefinição das autoridades competentes para a celebração dos acordos, e consequente possibilidade de que diferentes entes de controle venham a firmar diferentes posicionamentos sobre os mesmos acordos. Um segundo consiste nas perplexidades causadas pela potencial incidência de outras normas sobre a conduta objeto do acordo, especialmente no que se refere à Lei de Improbidade, à Lei Antitruste e à Lei nº 8.666/1993. Atrelada a ambos os fatores referidos, está um terceiro, referente à pos-

25 MARRARA, Thiago. Lei anticorrupção permite que inimigo vire colega. CONJUR, São Paulo, p. 1 - 1, 15 nov. 2013.

26 Nos termos da Lei nº 13.341/2016, fruto da conversão da MP nº 726/2016.

sibilidade de que informações obtidas mediante acordos de leniência venham a repercutir desfavoravelmente na pessoa jurídica celebrante em outras esferas de responsabilização ou venham a afetar empregados, administradores e dirigentes (pessoas físicas, portanto) dessa mesma pessoa jurídica.

No que diz respeito às autoridades com poderes para a celebração do acordo, é importante lembrar que, no Brasil, existe uma pluralidade de órgãos e entes de controle interno e externo cujas competências por vezes se sobrepõem para além de um sistema federativo que se baseia na autonomia entre as esferas federal, estadual e municipal. Embora a norma anticorrupção tenha resguardado a antiga Controladoria-Geral da União, hoje Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU,^{27,28} a competência para a realização dos acordos no âmbito do Poder Executivo Federal, e igualmente daqueles que tenham por objeto os atos praticados contra a Administração Pública estrangeira (art. 16, §10), nas esferas estadual e municipal, a pulverização de órgãos competentes poderia levar não só à falta de homogeneidade na interpretação dos requisitos de celebração do acordo (por exemplo, no que concerne à suficiência de informações e provas oferecidas para a possibilidade de sua realização), como também a superposição de competências provavelmente culminaria na dificuldade de a pessoa jurídica determinar para qual ente se encaminhar em busca da leniência. Em último caso, eventuais discordâncias entre os próprios entes da Administração Pública quanto a quem caberia a negociação desse tipo de cooperação poderiam gerar conflitos dos quais resultassem litígios judiciais e até mesmo a anulação de acordos pelo Poder Judiciário, agravando o cenário de insegurança.

Alguns entes, com o fito de mitigar essas dificuldades, procuraram centralizar a competência para a celebração. O Decreto Estadual nº 4.954/2013, de Tocantins, por exemplo, trouxe consigo a previsão de que o gestor do órgão ou entidade que receber pedido de acordo de leniência deverá remetê-lo à Controladoria-Geral do Estado, que o celebrará. A cidade de São Paulo, de modo semelhante, limitou a possibilidade de celebração dos acordos, no âmbito da Administração direta, ao Presidente da Corregedoria Geral da Administração, e, no âmbito da Administração indireta e fundacional, ao dirigente superior de cada entidade (Decreto Municipal nº 60.106/2014).

Também a Medida Provisória nº 703 havia tentado introduzir no art. 16, *caput*, da Lei Anticorrupção, menção a que União, Estados, Distrito Fe-

27 Nos termos da Lei nº 13.341/2016, fruto da conversão da MP nº 726/2016.

28 No âmbito da CGU, o tema é regulamentado por meio da Portaria nº 910/2015, que define os procedimentos para apuração da responsabilidade administrativa e para celebração do acordo de leniência no âmbito da Lei Anticorrupção.

deral e Municípios poderiam celebrar os acordos ora examinados, no âmbito de suas competências, por meio de seus órgãos de controle interno, de forma isolada ou em conjunto com o Ministério Público ou com a Advocacia Pública. Referida norma, todavia, não foi convertida em lei, de modo que sua vigência se encerrou em 29 de maio de 2016.²⁹

Para além dos órgãos de controle interno, trava-se também discussão acerca da necessidade de fiscalização do instrumento de cooperação pelos órgãos de controle “externo”. O Tribunal de Contas da União editou a Instrução Normativa nº 74/2015,³⁰ na qual, entendendo-se competente para realizar, previamente à celebração dos acordos pela CGU, sua fiscalização, disciplinou um procedimento de acompanhamento dos acordos de leniência. Segundo as considerações que embasam a referida IN, o processo de celebração dos acordos de leniência estaria abarcado pelas competências do TCU “por não afastar a reparação de dano ao erário”.^{31,32}

O mesmo TCU teve a oportunidade de se manifestar sobre a questão da necessidade de harmonização das competências para a celebração do acordo e para a apuração dos ilícitos nos autos de representação proposta pelo Ministério Público junto ao TCU sobre o tema das competências nos acordos de leniência previstos na Lei nº 12.846/2013. O voto do Relator Min. João Augusto Ribeiro Nardes resume a representação como segue:

30. Em suma, o cerne da representação refere-se principalmente a dois grandes riscos: i) de os acordos firmados na CGU, antes de serem assinados pelo MPF, atrapalharem o curso das investigações da operação Lava

29 De acordo com Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 27/2016.

30 Tramita atualmente Projeto de Decreto Legislativo (PDL nº 05/2015) cujo objetivo é sustar os efeitos da Instrução Normativa em questão, sob o argumento de que se trataria de regulamentação editada “arbitrariamente” pelo TCU que ampliaria, sem respaldo constitucional ou legal, as atribuições da Corte de Contas.

31 Ana Paula de Barcellos faz uma pertinente crítica quanto à legalidade da IN nº 74/2015, tendo em vista considerar que os acordos de leniência não envolvem a utilização de recursos públicos federais. Seriam atos de natureza sancionadora cuja realização não se enquadraria dentre as vocações constitucionais dos tribunais de contas. (BARCELLOS, Ana Paula de. Submissão de acordos de leniência ao TCU necessita de esclarecimentos. CONJUR, São Paulo, 23 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-23/ana-barcellos-submissao-acordos-leniencia-tcu-gera-duvidas>>. Acesso em: 23 set. 2016.

32 O jornal Folha de São Paulo noticiou recente impasse entre TCU e Ministério Público Federal no tocante aos acordos de leniência, mais especificamente em relação ao cálculo dos danos ao erário a serem ressarcidos. Houve, segundo a reportagem, divergências entre os valores calculados pelo MPF e os apurados pelo TCU (Folha de São Paulo. Impasse entre TCU e procuradores ameaça acordos com empresas. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/10/1822317-impasse-entre-tcu-e-procuradores-ameaca-acordos-com-empresas.shtml>>. Acesso em: 18 out. 2016.).

Jato, ferindo, segundo entende o MP/TCU, a lógica da divisão harmônica de poderes e competências entre os diversos órgãos da República; e ii) de não se alcançar a efetividade dos acordos de leniência celebrados no âmbito da CGU, pela possibilidade de se premiar empresas que não contribuíram, de forma inequívoca, com novidades para o desmantelamento de organização que possa ter atuado de forma criminosa contra os cofres da Petrobras, não se alcançando, assim, qualquer vantagem para a Administração.

No Acórdão nº 0824/2015-Plenário,³³ o TCU, embora tenha indeferido a cautelar requerida, julgou parcialmente procedente a representação para assentar alguns entendimentos quanto à IN nº 74/2015. Em especial, sustentou que a fiscalização acerca da legalidade e economicidade dos acordos de leniência passaria por uma verificação sobre a efetiva colaboração da pessoa jurídica, o cumprimento dos requisitos legais para a celebração contidos na Lei Anticorrupção e o risco de a realização do acordo representar prejuízo para as investigações em outras esferas de responsabilidade.

Quanto à incidência de outras normas sobre a conduta do objeto do acordo, tem-se que o âmbito de aplicação da norma anticorrupção pode, muito facilmente, colidir com outras normas que tutelem bens jurídicos idênticos ou correlatos. É o caso, por exemplo, dos ilícitos delineados no art. 5º, IV da Lei nº 12.486/2013, que afirma constituir atos lesivos à Administração Pública, no tocante a licitações e contratos, as condutas de: frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública.

33 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TC 003.166/2015-5. Natureza: Representação. Unidade: Controladoria-Geral da União (CGU). Interessados: Procuradoria Geral da República (PGR); Advocacia-Geral da União (AGU); e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20150507/AC_0824_13_15_P.do>. Acesso em: 5 out. 2016.

Não são sutis as semelhanças entre esses comportamentos descritos e aqueles vedados pela Lei nº 8.666/1993, que prevê condutas administrativa e penalmente tipificadas, tais como a disposição do art. 90, pela qual é crime, punível com detenção de dois a quatro anos e multa, “frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação”.

A Lei nº 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), determina no seu art. 47, inciso V, que o licitante que fraudar a licitação ou praticar atos fraudulentos na execução do contrato ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até cinco anos, sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório e no contrato.

De igual modo, a Lei Antitruste, ao lidar com a formação de cartéis, contém redação que trata justamente da infração à ordem econômica pertinente a “acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma [...] preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública” (art. 36, §3º, inciso I, alínea d). Ademais, havendo, por exemplo, lesão ao erário ou enriquecimento ilícito do particular, poderá incidir a Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade).

Dessa observação, decorrem, logicamente, duas questões: num caso em que seja realizado ajuste para fraudar processo de licitação, qual das normas incidirá sobre os agentes? E qual será a autoridade competente para impor sanção ou, alternativamente, celebrar o acordo de leniência, quando este for cabível? A partir dessas dúvidas é que exsurge o terceiro ponto anteriormente levantado, qual seja a possibilidade de que informações obtidas mediante acordos de leniência venham a repercutir desfavoravelmente na pessoa jurídica celebrante em outras esferas de responsabilização ou venham a afetar empregados, administradores e dirigentes (pessoas físicas, portanto) dessa mesma pessoa jurídica.

Trata-se, a toda evidência, de problemática não plenamente respondida pela doutrina ou pela prática, quiçá pelos próprios instrumentos normativos supracitados. O art. 29 da Lei Anticorrupção deixa claro que não há exclusão das competências do CADE, do Ministério da Justiça e do Ministério da Fazenda para processar e julgar fato que porventura constitua infração à ordem econômica. De acordo com o art. 30, por sua vez, a aplicação das sanções previstas naquele mesmo instrumento jurídico não afetaria os processos de responsabilização por improbidade administrativa ou por atos ilícitos alcançados pelas normas específicas que cuidem de licitações e contratos da administração pública. Em outras palavras, de

acordo com a Lei nº 12.846/2013, o caso seria de independência entre as penalidades trazidas pelos diferentes diplomas mencionados.

Contudo, essa solução não parece ser suficiente: a celebração de um acordo de leniência com base na norma em exame, mas com a manutenção do risco de incidência das demais penalidades espalhadas pelo ordenamento jurídico em alguns casos, poderá se mostrar absolutamente inútil. Em primeiro lugar, deve-se considerar que celebrar o acordo significa, à luz da legislação vigente, a admissão pela pessoa jurídica de sua participação no ilícito, acompanhada da produção de provas potencialmente autoincriminatoras. E, na medida em que tal ilícito possa ser também abarcado por outra norma sancionadora, isto poderá trazer não a diminuição dos riscos de punição, mas sim, paradoxalmente, sua multiplicação.³⁴

A já mencionada MP nº 703, cuja validade, como dito, já se esvaiu, buscou aclarar a forma como se relacionariam os diferentes instrumentos normativos. Uma dessas tentativas dizia respeito à menção de que os acordos celebrados por União, Estados, Distrito Federal e Municípios contariam com a colaboração do CADE, Ministério da Justiça e Ministério da Fazenda quando houvesse simultaneamente ato lesivo à Administração Pública e infração à ordem econômica. Outra ressaltava expressamente a possibilidade de inclusão das infrações decorrentes de improbidade, ilícitos tipificados na Lei nº 8.666/993, ou por outras normas de licitações e contratos, ou mesmo de infrações contra a ordem econômica contidas da Lei nº 12.529, de 2011, nos acordos de leniência da Lei Anticorrupção. Ainda uma terceira alteração tratou de revogar (lembre-se, temporariamente), o § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429/1992, de modo a permitir que se realizassem transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa. E, finalmente, o então §11 do art. 16 da Lei, na redação incluída pela MP nº 703, declarava que o acordo de leniência impediria que fossem ajuizadas ou concluídas as ações de improbidade administrativa, de imposição das sanções judicialmente comináveis da própria Lei Anticorrupção, ou mesmo de ações de natureza cível, desde que participassem da celebração do acordo as respectivas Advocacias Públicas.

Todas essas tentativas de harmonização do sistema, todavia, deixaram de vigor com a perda de validade da medida provisória em comento.

34 Há uma gama de projetos de lei que visam a alterar a Lei nº 12.846/2013 justamente com o intuito de conferir maior segurança jurídica nesse ponto. Um exemplo seria o PLS nº 105/2015, que propõe acrescentar ao art. 16 daquela norma uma previsão expressa de necessidade de prévia homologação dos acordos de leniência pelo Ministério Público. O Projeto de Lei nº 3.636/2015, por sua vez, procurou incluir dentre os legitimados para a celebração dos acordos tanto o Ministério Público quanto a Advocacia Pública. Emendas posteriores ao PL trouxeram ainda sugestões quanto à vedação do uso dos elementos probatórios obtidos por meio da cooperação por autoridade que não tenha subscrito o acordo.

Na atual redação, existe apenas referência à possibilidade de que seja também celebrado acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei de Licitações e Contratos Administrativos tendo por objeto a mitigação ou desobrigação das sanções administrativas estabelecidas nos art. 86, 87 e 88 dessa última norma. Contudo, nem mesmo essa aplicação encontra-se claramente explicada.

Thiago Marrara destaca que a redação do art. 17 da Lei nº 12.846/2013 gera uma série de incertezas, ao não qualificar qual dos entes da Administração Pública poderia negociar esse tipo de acordo que tenha por objeto as sanções administrativas da Lei nº 8.666/1993, ou sequer esclarecer se esse seria o mesmo acordo de leniência de que trata o art. 16, ou um instrumento adicional.^{35,36} Igualmente problemático é o fato de que, embora essas sanções da Lei nº 8.666/1993 sejam comináveis tanto para pessoas físicas quanto para jurídicas, a Lei Anticorrupção aparentemente apenas autoriza a essas últimas a celebração dos acordos.

Nesse contexto, importante ponto a ser considerado é que, para além de não espriair para outras esferas punitivas no que se refere à própria pessoa jurídica, a leniência não afeta a culpabilidade do agente, pessoa física, que porventura possa ser incriminado pelo acordo realizado pela sociedade sob a égide da Lei Anticorrupção, em contraste com o que ocorre na seara antitruste.³⁷ *Não haverá possibilidade de extinção da punibilidade penal, nem sequer da transação das possíveis punições previstas na Lei de Improbidade*, eis que essa última norma expressamente veda a celebração de acordos no bojo das ações de improbidade. Thiago Marrara, trazendo à baila essa mesma problemática, posiciona-se no sentido de que essa indefinição acerca dos efeitos penais do acordo de leniência poderia diminuir a atratividade da busca por esse mecanismo de cooperação:

Como já demonstrou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a ausência de benefícios penais amplos

35 MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. *Revista Digital de Direito Administrativo - RDDA*, v. 2, p. 509-527, 2015.

36 Vale dizer que o art. 12 do Decreto nº 8.420/2015, que regulamenta a Lei Anticorrupção tentou pacificar algumas das dúvidas trazidas pela legislação, ao prever que aqueles atos previstos como infrações administrativas tanto na Lei nº 8.666/1993, ou demais normas que tratem de licitações e contratos da administração pública, quanto na Lei nº 12.846/2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, aplicando-se o rito determinado no mesmo regulamento. Outrossim, caso, concluída a apuração das condutas e constatada a multiplicidade de autoridades competentes para o sancionamento, “o processo será encaminhado primeiramente àquela de nível mais elevado, para que julgue no âmbito de sua competência, tendo precedência o julgamento pelo Ministro de Estado competente”.

37 Art. 3º. A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

pode ser fatal ao programa, pois o Ministério Público ganhará espaço para usar as leniências no intuito de obter condenações penais contra pessoas físicas (por exemplo, administradores das empresas), além de reparações por danos na esfera civil.³⁸

Nesse aspecto, a atual norma concorrencial parece ter mais efetividade, comparativamente à legislação anticorrupção.^{39,40} Um dos motivos para tal seria, de um lado, a Lei Antitruste permitir que pessoas físicas também celebrem acordos de leniência e, de outro, garantir que, nos crimes contra a ordem econômica tipificados na Lei nº 8.137/1990, nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, nos crimes da Lei nº 8.666/1993, e naquele previsto no art. 288 do Código Penal (associação criminosa), a celebração do acordo impeça o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. O cumprimento do acordo, por sua vez, nos termos do art. 87, parágrafo único da Lei nº 12.529/2011, gera a extinção da punibilidade dos referidos crimes.

Na Lei Anticorrupção não há previsão semelhante, e esse ponto parece ser crucial: ainda que a responsabilização da Lei Anticorrupção se direcione às pessoas **jurídicas**, fato é que foi por meio de pessoas **físicas** que o ato corrupto se consumou, e, igualmente, será através da representação de pessoas **físicas** que será celebrada a leniência. Não se pode desconsiderar os efeitos dissuasórios – até mesmo psicológicos – decorrentes da necessidade de que pessoas físicas se apresentem com provas de ilícitos potencialmente comprometedoras, sabendo que não serão contempladas pelos eventuais benefícios do acordo.

38 MARRARA, Thiago. Lei anticorrupção permite que inimigo vire colega. CONJUR, São Paulo, p. 1 - 1, 15 nov. 2013.

39 A mídia tem noticiado as dificuldades de concretização dos acordos de leniência no âmbito da Lei nº 12.846/2013, ao mesmo tempo que aponta para o aumento da procura pelo instrumento análogo em meio ao CADE. Ver, por exemplo: “Acordos de leniência com empreiteiras investigadas na Lava-Jato estão emperrados”, disponível em <<http://oglobo.globo.com/brasil/acordos-de-leniencia-com-empresiteiras-investigadas-na-lava-jato-estao-emperrados-20136330#ixzz40lk5Hkz7>>. Acesso em: 31 out. 2016, e “Em meio à Lava Jato, pedidos de leniência ao CADE dispararam 300%”, disponível em <<http://jota.info/em-meio-lava-jato-pedidos-de-leniencia-ao-cade-disparam-300>>. Acesso em: 31 out. 2016.

40 Outros pontos que podem ser mencionados e que potencialmente contribuiriam para o melhor desempenho do acordo da Lei nº 12.529/2011, para além do próprio fato de que o instrumento encontra previsão, na esfera concorrencial desde o ano 2000 (com a Lei nº 10.149/2000), seriam: a (i) centralização dos acordos (e das competências sancionadoras como um todo) em um único ente (o CADE); (ii) a prática do CADE no sentido de incluir a participação do Ministério Público como agente interveniente na leniência; e (iii) a previsão, no art. 86 da Lei nº 12.529/2011, sobre possibilidade de extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, com a celebração do acordo, conferindo maior previsibilidade quanto aos benefícios oferecidos pelo acordo.

Vale ressaltar que o fato de a responsabilidade jurídica das pessoas jurídicas ser objetiva não resguarda de todo as pessoas físicas contra a configuração de sua culpa ou dolo. É bem possível que, para a conformação da plena cooperação da pessoa jurídica, de acordo com os *standards* estabelecidos pela autoridade competente, haja necessidade de apresentação de dados e documentos que permitam ou ao menos facilitem a responsabilização subjetiva das pessoas físicas (diretores, administradores, empregados) perante outros órgãos e instâncias.

Todas essas dificuldades supracitadas geram inseguranças que podem desmotivar ou mesmo inviabilizar o uso efetivo dessa ferramenta tal como prevista na legislação anticorrupção. Sob esse prisma, ainda que se entenda, como propõem Mariana Mota Prado *et al.*,⁴¹ que a multiplicidade de órgãos de controle existente no sistema jurídico brasileiro possa ter uma faceta benéfica, na medida em que geraria oportunidades para a atuação cooperativa ou complementar entre entes fiscalizadores, no caso específico do acordo de leniência parece haver riscos de configurar-se justamente o efeito oposto. Nesse âmbito, a existência de diversas autoridades administrativas e instrumentos legais pertinentes potencialmente traria como consequência a insegurança do particular que tenha interesse em cooperar.

4. CONCLUSÕES

Com base nas discussões travadas até o momento, pode-se afirmar, à guisa de conclusão, que o instituto do acordo de leniência pode, quando bem implementado, oferecer vários e concomitantes efeitos benéficos. Pode, primeiramente, aumentar, de forma relativamente simples e pouco onerosa, a capacidade de obtenção de informações dos entes de controle sobre condutas ilícitas, o que, por sua vez, resultaria num incremento do risco de punição para os agentes que participam de atos de corrupção. Também tem o potencial de desestimular os atos de corrupção ao desestabilizar as relações de confiança entre corruptos e corruptores, na medida em que procura incentivar os partícipes a delatarem-se mutuamente.

Todavia, tal como é o caso em qualquer instrumento dotado de consensualidade, para o pleno aproveitamento de suas potencialidades, é necessário ao administrado que goze de plena confiança na previsibilidade das ações do Poder Público e nas consequências jurídicas do acordo celebrado.

41 PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey D. and Correa, Izabela, The Brazilian Clean Company Act: Using Institutional Multiplicity for Effective Punishment (October 13, 2015). Osgoode Legal Studies Research Paper No. 48/2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2673799>>. Acesso em: 28 set. 2016.

É aí, então, que reside o ponto frágil do instrumento delineado pela Lei Anticorrupção, que parece pecar na falta de definição mais clara quanto à amplitude de seu alcance, à competência para a sua celebração e às consequências da celebração do acordo, especialmente tendo em vista a pluralidade de instrumentos normativos, de autoridades e de instituições no ordenamento pátrio, que visam a zelar pela moralidade e probidade administrativas e do erário.

A necessária harmonização das disposições dos diversos diplomas pertinentes pode se utilizar da análise econômica do Direito como importante contribuição para que se entendam e implementem os incentivos indispensáveis à melhor realização dos desígnios da Lei Anticorrupção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Submissão de acordos de leniência ao TCU necessita de esclarecimentos. CONJUR, São Paulo, 23 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-23/ana-barcellos-submissao-acordos-leniencia-tcu-gera-duvidas>>

BECKER, Gary. “The economic way of looking at life”. Nobel Prize Lecture, 1992.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CADE. “Combate a cartéis e programa de leniência”. Coleção SDE/CADE nº. 01/2009. 3. ed. Brasília, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “O Poder Sancionador nas Agências Reguladoras”. In: LANDAU, Elena (coord.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARRARA, Thiago. “Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes”. *Revista Digital de Direito Administrativo - RDDA*, v. 2, p. 509-527, 2015.

_____. Lei anticorrupção permite que inimigo vire colega. CONJUR, São Paulo, p. 1 - 1, 15 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-15/thiago-marrara-lei-anticorrupcao-permite-inimigo-vire-colega>>.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006.

MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. “Lei Anticorrupção e quatro de seus principais temas: responsabilidade objetiva, descon sideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos”. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE* Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 55-84, jul./set. 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. “A Juridicidade da Lei Anticorrupção”. *Fórum Administrativo*, v. 156, p. 9-20, 2014.

MOTTA, Massimo. *Competition Policy: theory and practice*. New York: Cambridge University Press, 1994, pp. 193-194.

NÓBREGA, Antonio Carlos Vasconcelos. A Nova Lei de Responsabilização de Pessoas Jurídicas como Estrutura de Incentivos aos Agentes. *EALR*, V. 5, nº 1, p. 62-76, jan.-jun. 2014.

POSNER, Richard A. The Economic Approach to Law. *Texas Law Review* 757, 1975.

PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey D.; CORREA, Izabela. The Brazilian Clean Company Act: Using Institutional Multiplicity for Effective Punishment (October 13, 2015). Osgoode Legal Studies Research Paper No. 48/2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2673799>>.

RODRICK, Dani. *Economics Rules: The Rights and Wrongs of The Dismal Science*. New York: W.W. Norton, 2015. Publisher’s Version.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia?. Disponível em: <<http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2793/2033>>.

SOREIDE, Tina; ROSE-ACKERMAN, Susan. Corruption in State Administration (August 3, 2015). Yale Law & Economics Research Paper No. 529. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2639141>>.

SUNSTEIN, Cass R. The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism (November 29, 2012). Yale Law Journal. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2182619>>.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TC 003.166/2015-5. Natureza: Representação. Unidade: Controladoria-Geral da União (CGU). Interessados: Procuradoria Geral da República (PGR); Advocacia-Geral da União (AGU); e Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20150507/AC_0824_13_15_P.do>.

ANALISANDO PRAGMATICAMENTE A INTERVENÇÃO REGULATÓRIA DERIVADA DA INCIDÊNCIA DE CIDEs: O CASO DA CONDECINE LICENÇA (ART. 32, I DA MP 2.228-1/2001) INCIDENTE SOBRE OBRAS PUBLICITÁRIAS VEICULADAS NA INTERNET

Vinícius Alves Portela Martins¹

1. INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo discutir, à luz do pragmatismo jurídico e da análise consequencialista, a intervenção ocasionada pela incidência de CIDE sobre determinados domínios econômicos, analisando o caso da Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional prevista no art. 32, I da MP 2.228-1/2001) – Condecine Licença² sobre obras publicitárias veiculadas no segmento de internet.

Nossa intenção em usar o princípio do pragmatismo para a avaliação da incidência da CIDE se dá pelo fato de que as CIDEs são instrumentos tributários de intervenção em um domínio econômico, possuindo um certo caráter regulatório, o que faz com que de fato sejam instrumentos ligados ao direito constitucional econômico (seja no sentido de a CIDE, em sua incidência, por si só, levar à regulação e indução de condutas e comportamentos de determinados agentes econômicos, interferindo nes-

¹ Mestre pelo Instituto de Economia da UFRJ (PPED); pós-graduado em economia da regulação - UFRJ-IE; pós-graduado em direito tributário (UCAM); pós-graduado em administração estratégica (UCAM).

² Mais sobre Condecine em: MARTINS, Vinícius Alves Portela. *Ancine. Comentários à MP 2.228-1/2001, decreto 4.121/2002 e a Lei 12.485/2011*. São Paulo: Atlas, 2015

tes de forma incisiva; seja através do mecanismos de redistribuição de rendas auferidas entre diferentes entes de uma dada cadeia produtiva, no âmbito de um determinado domínio econômico, feito a partir da aplicação do produto de sua arrecadação). Neste contexto, entendemos que a análise pragmática, pelos motivos que serão demonstrados, é importante, de modo que a incidência e a intervenção ocasionadas pelo pagamento da Condecine Licença (que em tem o caráter compulsório para determinados agentes por ser tributo)³ sejam analisadas a partir dos possíveis efeitos gerados naquele dado domínio. Até porque, em caso de não gerar qualquer efeito no campo econômico, teríamos então um imposto disfarçado de CIDE e, sendo assim, inconstitucional, pois que violador do princípio da isonomia, analisando em sua perspectiva normativa de princípio (ideal de igualdade)⁴ quando comparada aos outros contribuintes de outros domínios econômicos não sujeitos a esta incidência.

3 Alguns autores entendem que a CIDE poderia indicar para um planejamento obrigatório da atividade econômica, em termos de intervenção no domínio econômico, para o setor privado, indo de encontro à redação do art. 174 da CF/1988, especialmente pelo fato de o tributo ser uma prestação compulsória de acordo com a definição dele extraída do art. 3º do CTN - Lei 5.172/1966. Nesse sentido, Fátima Fernandes R. de Souza e Cláudia Fonseca Morato Pavan (2002 p. 115) *descrevem que*: "...a outorga de incentivos fiscais e favores fiscais é hipótese oposta à de oneração, que tem como pressuposto não uma situação de crise ou em determinado segmento, mas apenas o interesse do Estado em estimular o particular a adotar o planejamento oficial, que, de ordinário, é apenas indicativo para o setor privado. Em tais condições, os incentivos hão de ser suportados por receitas dos impostos, descabendo cogitar contribuição para viabilizar essa modalidade de intervenção (fomento), sob pena de o planejamento meramente indicativo tornar-se obrigatório, em manifesta ofensa ao artigo 174 da CF/1988..." SOUZA, Fátima Fernandes R. de; PAVAN; Cláudia Fonseca Morato. *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico pesquisas tributárias*, série 8. São Paulo: RT, 2002, p. 115. Discordamos de tal posicionamento pois entendemos que a intervenção atende a uma finalidade, que deve ter fundamento constitucional. E a instituição de uma CIDE é para que se concretize esta finalidade pública, por meio da arrecadação de receitas ou instrumento que tenha efeito regulatório no mercado. Assim, não entendemos que a aplicação do produto da arrecadação, que ajude a fomentar uma dada categoria de um determinado domínio econômico tornará o planejamento econômico para o setor. O custo tributário, assim como outros custos, tem uma finalidade pública, a qual se dará por meio da cobrança de um tributo. Mas a atividade de planejamento, em si, a livre iniciativa, continuam, apesar da cobrança tributária, inclusive seu caráter de fomento.

4 Humberto Ávila (2007), ao tratar da igualdade, no que se refere à sua **natureza normativa**, ensina que esta pode ser vista como:

1-POSTULADO - Norma que verte parâmetros para a aplicação de outra. Uma metanorma; norma que orienta ou interprete na aplicação de outras normas, que é critério para a aplicação de outras);

2- PRINCÍPIO - Igualdade como uma norma, um princípio (explica que a igualdade é garantidora de um ideal de chances - objeto de aplicação - busca de um estado ideal);

3 - REGRA - Igualdade como norma objeto de aplicação, tal como acima, mas que usa determinadas medidas de comparação - ou seja, norma material que pré-exclui matérias do âmbito da competência do poder legislativo, o qual deve seguir, ao fazer regras, esta regra relativa à igualdade. Por exemplo, regras pautadas em dis-

Assim, para fazermos esta análise pragmática, primeiramente, serão apontadas as características principais do pragmatismo jurídico e da análise consequencialista dela derivada, seus principais fundamentos e origens, além de noções básicas de sua aplicação no direito tributário, mostrando como a literatura jurídica vem introduzindo esse pensamento no Brasil. Na segunda parte, apontaremos características da espécie tributária CIDE e da Condecine Licença (art. 32, I da MP 2.228-1/2001) à luz da literatura jurídica e da jurisprudência sobre o tema.

A terceira parte será dividida em duas menores: a primeira, analisará as críticas tradicionalmente feitas quanto à incidência da Condecine Licença sobre o segmento de internet e a segunda será uma análise pragmática, considerando as possíveis consequências da incidência ou não incidência da Condecine para o segmento de internet e o mercado audiovisual como um todo (no que tange à venda de espaço para publicidade).

Por fim, teceremos conclusões e apontaremos sugestões a respeito das possibilidades de intervenção e incidência de CIDE em determinados domínios econômicos, à luz dos efeitos produzidos sobre eles (e tomando como base o caso concreto da Condecine Licença), apontando a utilidade dessa discussão quando tratamos desse instrumento de intervenção no domínio econômico derivado do direito tributário.

2. O PRAGMATISMO JURÍDICO: NOÇÕES GERAIS

O pragmatismo jurídico em sua versão moderna⁵ surge nos Estados Unidos sob a influência de diversos autores, notadamente Richard Posner,

tinções quanto ao exercício profissional. A CF/1988 prescreve, neste caso, que não pode haver regra que leve em consideração como medida de comparação essas distinções, porque violadora da isonomia. Assim, segundo o autor, “a igualdade pode representar três normas jurídicas diferentes, cada qual com sua operacionalidade própria, a revelar, entre outras coisas, a própria riqueza normativa do ideal de igualdade...” - ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 134-136.

5 Aqui desconsideram-se as versões antigas e inclusive as que orientaram o surgimento do pragmatismo filosófico, ainda que segundo muitos autores como Thamy Pogrebinski (2005, p.) acreditem, sinceramente, na influência deste para o pragmatismo jurídico. A autora cita que “o objetivo deste livro não é o de oferecer uma genealogia do pragmatismo, tampouco o de indagar a respeito das possíveis influências ou semelhanças por ele compartilhadas como outras formas de pensamento. Ao contrário, nosso objetivo é o de tentar compreender em que consiste o núcleo teórico do pensamento pragmatista, provendo um panorama geral desse pensamento apenas naquilo que é essencial para entender suas aplicações no campo da teoria social e da teoria política. Por conseguinte, no intuito de fazer deste livro uma fonte de recuperação do pragmatismo em sua formulação original, analisaremos no primeiro capítulo aquilo que acreditamos ser a verdadeira fonte ou matriz (filosófica) do pragmatismo. Para tanto, percorreremos as obras de Charles Peirce,

com o intuito de trazer a análise prática para dentro do direito, considerando os possíveis efeitos gerados de uma suposta decisão como fundamento para a efetiva decisão jurídica sobre questão. Cabe trazer à baila que o pragmatismo de Posner, a princípio, não se confunde com as contribuições filosóficas clássicas elaboradas por Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey, ainda que alguns autores considerem a existência de pontos em comum.⁶ Isso porque o pragmatismo jurídico (*everyday pragmatism*) é distinto do pragmatismo filosófico, do ponto de vista institucional; o primeiro é diferente do segundo exatamente porque se coloca como um legítimo “resolvedor de problemas” – método para resolver problemas concretos, a partir da análise dos efeitos possíveis.

Marcelo Santini (2011, p. 175) traz as ideias que marcam o pensamento de Richard Posner:

...i-sua postura relativista com relação a moral; ii-as críticas ao moralismo acadêmico, notadamente quanto a sua inépcia pragmática; iii-a postura cética quanto a invocação da autoridade de textos clássicos na busca de soluções de problemas atuais; e iv-a rejeição à importância na identificação de sobreposições parciais havidas entre deveres morais e deveres jurídicos...⁷.

Assim, nota-se um pensamento voltado para o efeito prático de decisões no campo do direito (ou dando maior ênfase a este), criticando-se posições funcionalistas ou teóricas com pouca aplicação prática. Nesta linha, segundo Posner, o juiz seguiria uma disposição geral de fundamentar suas decisões em fatos e consequências, em vez de conceptualismos e generalidades.

Apesar de não haver um único pragmatismo homogêneo, mas, sim, diversas formas de compreensão, há de se ressaltar deste três características básicas: a) antifundacionalismo: rejeição à presença de entidades metafísicas ou conceitos abstratos, imunes às transformações sociais; b)

William James e John Dewey, para explicar como operam em seus pensamentos os três elementos que acreditamos serem constitutivos disso que chamamos de matriz pragmatista: o antifundacionalismo, o consequencialismo e o contextualismo”. POGREBINSCHI Thamy. *Teoria social e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

6 José Vicente Santos de Mendonça (2014, p. 48), ao tratar da utilidade do pragmatismo jurídico cita: “o pragmatismo que realmente serve ao direito, na visão de Posner, não é a filosofia acadêmica, nova ou antiga, mas um pragmatismo cotidiano. Uma disposição de espírito “sem frescuras”, direto à ação”, com pouca paciência para teorias. **Não que o pragmatismo filosófico seja incompatível com tal postura; é compatível, mas independente. As diferenças são institucionais.**” (grifo nosso).

7 BRANDO, Marcelo Santini. A crítica da vertente econômica à teoria de justiça de John Rawls. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do RJ*. Vol. 66, 2011. p. 175

contextualismo: baseando a interpretação jurídica em questões práticas, vendo o direito como efetiva prática social; e c) consequencialismo: deve-se observar as consequências práticas na tomada de decisões (olhando para o futuro, e não para o passado).⁸ José Vicente Santos de Mendonça (2014, p. 39) relaciona essas três características, trazendo-nos uma matriz básica do pragmatismo:⁹

[...]Eis que a matriz pragmatista se completa. Se não existem **fundações** que justifiquem ou validem conceitos ou teorias, deve-se apreciá-las a partir de suas **consequências**, as quais só adquirem sentido dentro do **contexto** no qual estão inseridas. Os deuses estão mortos; é hora de se preocupar com as consequências concretas de nossos conceitos, juízos, ações, praticados por nós em nosso único mundo....”(grifo nosso)¹⁰.

Assim, vê-se que o pragmatismo tentará trazer a importância de se analisar os efeitos possíveis de forma a que se tenha orientação para decisão ótima, colocando-o como parâmetro a ser utilizado para interpretação e aplicação das normas jurídicas, especialmente no mundo contemporâneo, de forma que se resolva problemas de ordem prática (com foco nos denominados *hard cases*)¹¹ com menor influência de questões ideológicas ou dogmas, mas pensando também na consequência dessas decisões, dentro de um contexto específico e variável.

Quanto às críticas ao pragmatismo, tem-se: a (i) primeira, representada pelo utilitarismo ligado à sua forma de decidir, o que violaria no caso em concreto (ou não se importaria) com os valores e princípios fundamentais; uma segunda crítica (ii) seria a ampliação do poder discricionário do juiz, deixando de ser este a boca da lei¹² ou principialista prático, mas decidindo o melhor, de acordo com as consequências que ele próprio tenha escolhido (o que daria margem ao aumento da subjetividade, mesma crítica feita aos principialistas); (iii) ineficiência em termos de resultado,

8 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/8496/7245>>. Acesso em 2 abr. 2015.

9 Apesar da referência estar relacionada ao pragmatismo filosófico, segundo o referido autor, cabe ela ao pragmatismo jurídico, estando inserida direta ou indiretamente nos *standards* que criou quanto à possibilidade de aplicação do pragmatismo jurídico no caso brasileiro.

10 MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional econômico: a intervenção do estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2014, p. 38.

11 POSNER, Richard. *The problematics of legal and moral theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

12 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

pois o formalismo seria o caminho mais prático para se produzir melhores consequências (além de mais seguras); e (iv) o instrumentalismo, que derrotaria a ideia de bem comum.¹³ Walter Kennedy, *apud* José Vicente Santos de Mendonça (2014, p.68), diz que o pragmatismo “[...]é, em certa medida, anárquico e desprovido de *standards* ou princípios, quando o direito requer um razoável grau de uniformidade, estabilidade e certeza...”. Ou seja, o pragmatismo seria fonte de incerteza no direito por representar decisionismo judicial onde o utilitarismo, casuístico, seria a causa de decisão do juiz.

Entretanto, exatamente pelo fato de o pragmatismo destinar-se aos *hard cases* (casos de decisões difíceis, com alto grau de ambivalência),¹⁴ temos, aí sim, um aumento de ganho intelectual por parte do responsável pela decisão, na medida em que este demandará conhecimento de doutrina, precedentes, legislação, usando-os de forma pragmática, inclusive com a ajuda de conteúdos interdisciplinares. Nesse sentido, a decisão tende a ter um grau de motivação muito maior, sendo este estimulado pelo pragmatismo - aumentando a intelectualidade dos aplicadores do direito.¹⁵ E esse ponto ataca praticamente todas as críticas anteriores, em especial se a busca for por consequências que retornem à Constituição Federal, ou seja, consequências que estejam em consonância com valores e princípios da Carta Magna, o que não é um contrassenso; mas uma necessidade. Como sugere José Vicente Santos de Mendonça (2014), deve incidir o pragmatismo em consequências que possam ser reconduzidas à Constituição.¹⁶ Assim, as consequências deverão ser integralmente compatíveis, o que faz com que críticas relativas à não valoração de princípios sejam incabíveis. As consequências a serem analisadas e escolhidas devem ser aquelas compatíveis com os princípios e valores constitucionais. Dessa forma, o pragmatismo, se bem utilizado, e voltado para casos difíceis, não será um instrumentalismo ou violador de direitos e garantias fundamentais da CF/1988.

13 MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional econômico: a intervenção do estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2014, pp. 68-69.

14 Para aprofundamento, vide: BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama e Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998a. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*. Tradução Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Holocausto*. Tradução Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1998b.

15 POSNER, Richard. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

16 MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional econômico: a intervenção do estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2014, p. 117.

2.1. PRAGMATISMO JURÍDICO E DIREITO TRIBUTÁRIO

Quanto à aplicação do pragmatismo no direito tributário, entendemos ser possível, pois as decisões nesse campo possuem efeitos na esfera econômica e individual dos contribuintes e também sobre o estado, especialmente as finanças públicas. Além disso, os efeitos das decisões jurídicas nesse campo podem afetar direitos fundamentais dos contribuintes e do próprio estado, principalmente quando se busca um direito tributário que viabilize a concretização de princípios e valores como a isonomia, justiça, segurança jurídica, entre outros.¹⁷ Assim, pensar sobre possíveis efeitos decorrentes de uma decisão tributária impacta sobre diversos sujeitos e sobre o interesse público como um todo (dado que certamente afetará, em algum grau, a receita pública derivada), sendo importante o uso desse instrumento, especialmente para casos difíceis.

Ricardo Lobo Torres (2014, p. 107) ensina que “o argumento de consequência é utilizado no discurso de aplicação do direito e consiste na consideração das influências e das projeções da decisão judicial – boas ou más – no mundo fático”. Diz ainda que “efeitos econômicos, sociais e culturais – prejudiciais ou favoráveis à sociedade – devem ser evitados ou potencializados pelo aplicador da norma, em certas circunstâncias...”¹⁸ aparecendo como “a pluralidade e a concorrência dos argumentos utilizados pelo juiz em determinados casos...”¹⁹

Entretanto, há de se ressaltar que o consequencialismo, no direito tributário, não deve ser o fim desse campo do direito – não sendo uma teoria moral adequada, mas apenas um dos tipos de argumentos usados numa dada discussão. Na mesma linha, defende José Vicente Santos de Mendonça que o pragmatismo deve ser utilizado como critério de argumento adicional, frente a outras possibilidades e métodos interpretativos.²⁰ Ainda

17 Sobre o tema da constitucionalização do direito tributário, Ricardo Lodi (2009) ensina: “Em uma outra dimensão, mais substancial, a constitucionalização do direito tributário se traduz na consolidação dos valores constitucionais como elementos legitimadores do ordenamento tributário, bem como no adequado manejo dos princípios constitucionais, notadamente os ligados à ideia de justiça, pelos tribunais e pela doutrina quando da aplicação da lei tributária...” - RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Temas de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Lumen Juris, 2009, p. 1.

18 TORRES, Ricardo Lobo; TORRES, Sílvia Faber. *Estudos e pareceres de direito tributário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 107.

19 TORRES, Ricardo Lobo; TORRES, Sílvia Faber. *Estudos e pareceres de direito tributário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 107.

20 José Vicente Santos de Mendonça (2014, p) ensina que o pragmatismo deva ser um critério de argumento adicional aos critérios utilizados no campo da argumentação e da decisão, voltados para a definição de casos difíceis: “nosso princípio do pragmatismo jurídico incide como último passo do iter interpretativo, descartando ou reforçando propostas interpretativas já construídas a partir dos elementos tradicionais (linguístico, sistemático, histórico, teleológico) e isso se chegar a ser

que possa parecer uma forma mais fácil de se aceitar a teoria, é importante para que seja utilizado de forma criteriosa, com a importância necessária, mas que não vire o fim do direito, o qual, aí, estaria sujeito a manipulações sobre o que é possível na geração de efeito a serem fomentados e gerados, fugindo dos elementos fundamentais contidos em nossa Constituição. Nesse sentido, Ricardo Lobo Torres traz que “o consequencialismo encontra algum de seus fundamentos no próprio sistema jurídico: está ligado ao estado ponderador **e se baseia nos valores e princípios...**”, posição com a qual concordamos pois o pensamento consequencialista deve ser uma forma de retorno aos valores e princípios constitucionais (conforme citado anteriormente). Ressalta-se, por fim, o posicionamento de Karl Larenz *apud* Ricardo Lobo Torres, no sentido de que “[...] nas decisões no plano do direito constitucional. Todavia, deve prevalecer o argumento de consequência quando houver princípios de grande alcance econômico e social, centrados na ideia de bem comum...”. Sem dúvida, as grandes e difíceis questões, que não são a maioria dos casos, devem levar ao pensamento pragmático, como visto anteriormente, no caso geral, e, aqui, também no campo do direito tributário.

O contexto da aplicação do pragmatismo jurídico ao direito tributário ainda é, hoje, muito ligado aos efeitos produzidos por ações diretas de inconstitucionalidade e a geração de efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* (ainda que vislumbremos que o pragmatismo pode ser usado para outras situações, como tentaremos explicar ao longo desse ensaio). O próprio Ricardo Lobo Torres (2014, p. 118), ao tratar do consequencialismo, relata que “...o consequencialismo financeiro extrapolou-se recentemente da problemática da eficácia temporal do controle de constitucionalidade para o da eficácia prospectiva da alteração dos precedentes anteriormente firmados pelo STF...”, complementando especificamente quanto ao campo tributário e a modulação temporal do efeito de decisões (que apresenta como um dos seus fundamentos o argumento consequencialista) que “...a modulação dos efeitos da decisão judicial é fruto de pensamento consequencialista, seja favorável ao fisco, seja favorável ao contribuinte. É via de mão dupla. O argumento *ad consequentiam* passa a ter grande peso nas modernas **teorias da justiça constitucional...**”.²¹ Assim, nota-se o ganho de importância e a possibilidade de uso do pensamento pragmático, mesmo no campo do direito tributário, ainda que hoje esteja mais voltado à questão da efi-

necessário. Em nossa proposta, o pragmatismo não é capaz, por si só, de fixar uma interpretação jurídica. Isso está de acordo com uma espécie de compreensão mais consensual do pragmatismo jurídico. É o que propõem, entre outros, Aulius Aarnio e Humberto Ávila. MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional econômico: a intervenção do estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2014.

21 TORRES, Ricardo Lobo; TORRES, Sílvia Faber. *Estudos e pareceres de direito tributário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 118.

cácia retroativa, ou não, de determinadas decisões judiciais. Na verdade, tentaremos demonstrar uma outra face da aplicação do pragmatismo ao direito tributário, apontando a importância de se analisar pragmaticamente a intervenção ocasionada pela incidência de CIDEs em determinados domínios econômicos, sendo no caso aqui a incidência da Condecine Licença sobre o segmento de internet – ligado ao domínio econômico do audiovisual.

3. O PAPEL DAS CIDEs NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A CONDECINE LICENÇA (ART. 32, I DA MP 2.228-1/2001)

Os tributos possuem uma base de princípios que os fundamentam, princípios estes também constitucionais que servem como parâmetros para sua validade. Os impostos fundam-se na solidariedade social e na capacidade contributiva. Assim, todos têm o dever de pagar impostos se incorrerem nos fatos geradores cujas competências foram atribuídas pela CF/1988 a um ente político para tributação, de modo que o estado possa concretizar seus objetivos constitucionais, atuando da forma esperada pela população. As contribuições sociais também se fundamentam nesses princípios. Tanto é assim que a própria CF/1988, nesses casos, traz a base econômica de tributação (exemplo, faturamento Art. 195 da CF/1988), não abrindo espaço ao legislador para que faça isso. Especificamente quanto às CIDEs, estas têm por base o **princípio do custo benefício e da referibilidade (deve-se cobrar apenas do grupo relacionado àquele setor em que se quer intervir)**, que pode ser individual (aplicada às taxas e contribuições de melhoria – contraprestação estatal direta) ou de grupo (ligada às contribuições paraíscais). A CIDE ainda se referencia nos princípios da finalidade e da destinação legal do produto de sua arrecadação²². Assim, as contribuições de intervenção no domínio econômico – CIDE – são espécie de contribuições previstas no art. 149 da CF/1988, tendo por finalidade principal intervir num dado domínio econômico, corrigindo descompassos e readequando as forças de um dado setor de forma a torná-lo mais equilibrado do ponto de vista econômico.

Característica essencial dessa espécie é a destinação do produto da arrecadação de sua receita, a qual deve ser vinculada a despesa que a fundamenta (ainda que possa ser destinada a parte dos componentes deste). Tácio Lacerda Gama (2003, p.130) cita que “...o critério que permite iden-

22 Com base em - RIBEIRO. Ricardo Lodi. As contribuições paraíscais e a validação constitucional das espécies tributárias. *Revista dialética de direito tributário*. VOL. 174. P.128

tificar as contribuições interventivas, separando-as das demais espécies, é a finalidade especial prescrita para o produto de sua arrecadação...”.²³ Assim, sua natureza jurídica é dada pela destinação de sua RECEITA e não pelo seu FATO GERADOR; lembrando que as contribuições podem ter a mesma base de cálculo de imposto. José Marcos Domingues chama a destinação das contribuições de fato gerador acessório ou auxiliar.²⁴ Já o professor Ricardo Lodi (2010, p. 115) acrescenta que é preciso considerar que “[...]o aspecto finalístico de seu fato gerador... deve estar coadunado com os demais aspectos deste, especialmente os nucleares (fato gerador em sentido estrito), pessoais (contribuinte) e quantitativos (especialmente a base de cálculo).” Lodi afirma que “essa adequação entre finalidade e os demais aspectos do fato gerador é denominada de referibilidade de grupo... cuja destinação deve ser atividade estatal que... se relacione com o grupo que participa”.²⁵ Assim, observa-se outra característica essencial a essa espécie: a referibilidade de grupo, ou seja, deve incidir sobre um domínio específico o qual, ao menos em parte, deve auferir vantagens de sua intervenção.

Além dessa característica fundamental, tem-se outra, não menos importante, qual seja, sua função extrafiscal,²⁶ tal como regular e corrigir falhas de mercado no mesmo. Leandro Paulsen (2009 p. 125) afirma que “[...] pode-se vislumbrar contribuição que, pela sua própria cobrança, implique determinado efeito, configurando em tal caso ela própria a pretendida intervenção”.²⁷ Em outro trabalho, chegamos à conclusão de que a Condecine Rendimento²⁸ (contribuição interventiva afeta ao audiovisual prevista no parágrafo único do art. 32 da MP 2.228-1/2001) tem papel fundamental na regulação de parte do setor audiovisual, na medida em que orienta e induz o comportamento dos mais importantes agentes econômicos do setor audiovisual no ponto principal do negócio do – rendimento (enviado para o exterior) obtido pelas negociações com empresas estrangeiras (distribuidoras como FOX, Warner, etc.) decorrentes de compra de

23 GAMA, Tácio Lacerda. *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 130.

24 DOMINGUES, José Marcos. *Contribuições parafiscais, finalidade e fato gerador*. Revista dialética de direito tributário. 73/60-61. Apud RIBEIRO, Ricardo Lodi. As contribuições parafiscais e a validação constitucional das espécies tributárias. *Revista dialética*. VOL. 174. 2010. P. 111

25 *Idem*.

26 O professor Marco Aurélio Greco discorda dessa posição – vide abaixo a citação e o fundamento de sua discordância.

27 PAULSEN, Leandro. *Direito tributário. Constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2009, p. 125

28 Anteriormente denominávamos essa Condecine de “remessa”. Em virtude didática e como referência ao fato gerador da exação – rendimento – acho melhor essa denominação, apesar de em estudos anteriores ter usado a denominação Condecine remessa.

direitos de transmissão, veiculação de conteúdo audiovisual, etc.²⁹, induzindo-as a investir recursos no desenvolvimento de parte da cadeia produtiva do audiovisual (produtores). Por outro lado, Marco Aurélio Greco aponta que não faz sentido falar em extrafiscalidade quando a espécie é contribuição interventiva, mas, sim, imposto, pois o mesmo tem função fiscal, podendo ser usada fora de sua função, ou seja, de forma extrafiscal. Segundo o autor, a arrecadação de receita da CIDE não é parâmetro para aferir significado e função de exigência da exação, apontando para o fato de que tributos existem por causa de sua finalidade e não em função do que arrecadam ou não. Conclui descrevendo que “...ainda que se pretendesse aplicar o conceito de extrafiscalidade às contribuições, forçoso seria reconhecer(...) que, em relação a elas, a extrafiscalidade poderia assumir uma função positiva e não negativa”.³⁰ Diante disso, tira-se duas conclusões fundamentais. A primeira é que a CIDE é tributo que incide sobre um domínio econômico e sua receita será aplicada nesse mesmo domínio, a fim de desenvolvê-lo (sem que isso represente planejamento econômico obrigatório ao setor privado)³¹ e, se for o caso, corrigir distorções no mesmo. A segunda é que a incidência, por si só, pode servir como mecanismos de indução para que se direcione o comportamento de determinados agentes econômicos num dado sentido ou determinada posição (aqui o instrumento sendo utilizado com maior caráter regulatório-indutivo). E, diante disso, extrai-se como certo o fato de que a incidência é uma forma de intervenção no domínio econômico, causando um efeito direto (aumento de custo pela via tributária) ou indireto (induzindo comportamento ou alterando redistribuição de renda no domínio econômico) – levando o agente a um dado comportamento desejado para o melhor desempenho econômico do setor.

Assim, esse parece ser o posicionamento mais adequado quanto à função da CIDE, mas que apenas o estudo *in loco* de cada das contribuições interventivas pode apontar a finalidade prioritária (além das gerais, comuns a todas) à luz dos parâmetros supracitados. Diante da descrição dessas características genéricas das CIDES, adentraremos sobre às da Condecine Licença.

29 MARTINS, Vinícius Alves Portela. *Possibilidades de intervenção regulatória por parte de CIDES: o caso específico da Condecine*. <<http://www.seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-antiores/edicao-2009/iv-premio-seae-2009>>. Brasília. IV Prêmio SEAE, 2009.

30 GRECO, Marco Aurélio. *Contribuição de intervenção no domínio econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001. pp. 25-26.

31 Vide nota de rodapé 1 deste artigo.

3.1. A CONTRIBUIÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO DA INDÚSTRIA CINEMATOGRAFICA NACIONAL – CONDECINE LICENÇA (ART. 32, I DA MP 2.228-1/2001)

A Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional – Condecine é a CIDE relacionada ao setor cinematográfico/audiovisual brasileiro. Trataremos, apenas, das características da Condecine Licença prevista no inciso I do art. 32 da MP 2.228-1/2001³² que incidem sobre obras publicitárias (foco do artigo) direcionadas ao segmento de mercado de internet. Os fatos geradores (aspecto material da incidência) que ensejam sua cobrança são a veiculação, a produção, o licenciamento e a distribuição de obras cinematográficas e videofonográficas com fins comerciais, por segmento de mercado a que forem destinadas.

Com relação ao aspecto temporal de sua incidência, essa será devida uma única vez³³ a cada 12 meses para cada segmento de mercado por título de obra publicitária destinada aos seguintes segmentos: salas de exibição (cinema); vídeo doméstico, em qualquer suporte; serviço de radiodifusão de sons e imagens (TV aberta); comunicação audiovisual de acesso condicionado e outros mercados (detalharemos esse segmento de outros mercados e sua relação com o segmento de internet feita pela Ancine).³⁴ O tributo deverá ser recolhido, de forma geral, na data do registro do título ou até o primeiro dia útil seguinte, a depender do normatizado em regulamento infralegal e do segmento de mercado em questão.³⁵

32 Em outros trabalhos, denominávamos essa Condecine de Condecine Título. No entanto, preferimos mudar o posicionamento em virtude dessa exação ser condição para obtenção de LICENÇA pelo órgão regulador, o que facilita seu entendimento didático. Essa denominação serve, também, para diferirmos a Condecine Licença (caput do art. 32 da MP 2.228-1/2001) da Condecine que denominamos de Condecine Rendimento, prevista no parágrafo único do art. 32 da MP 2.228-1/2001 a qual o fato gerador é o rendimento enviado para o exterior. Apesar da mesma denominação, consideramos que são tributos ou CIDES de naturezas bastante diferentes, fato pelo qual optamos por separá-las com denominações diferentes, ainda que a destinação da receita de ambas vá para o Fundo Setorial do Audiovisual.

33 A questão da incidência única da Condecine – incidência monofásica – é tratada com maior profundidade no artigo de minha autoria intitulado de “A questão da (in) definição sobre incidência monofásica no caso de contribuições de intervenção no domínio econômico-CIDES: o caso da Condecine”, publicado na Revista dos tribunais Nº 98, 2011.

34 MP 2.228-1/2011 – “[...]Art 1º VI - segmento de mercado: mercados de salas de exibição, vídeo doméstico em qualquer suporte, radiodifusão de sons e imagens, comunicação eletrônica de massa por assinatura, mercado publicitário audiovisual ou quaisquer outros mercados que veiculem obras cinematográficas e videofonográficas...”. Cabe ressaltar que com a aprovação do PLC 116 em lei, o segmento de comunicação eletrônica de massa por assinatura passa a ser denominado de **comunicação audiovisual de acesso condicionado**.

35 No caso da Condecine Rendimento – parágrafo único do art. 32 da MP 2.228-1/2001 – essa deverá ser recolhida na data do pagamento, crédito, emprego ou re-

No que tange ao aspecto pessoal do fato gerador da referida exação, o sujeito ativo para a cobrança desta é a União, por intermédio da Ancine. Já o sujeito passivo será a empresa produtora, no caso de obra nacional, ou detentor do licenciamento para exibição, no caso de obra estrangeira, ou na hipótese do inciso II do art. 33, no caso de obra publicitária. Quanto ao aspecto quantitativo de seu fato gerador, a Condecine Licença utiliza a denominação de alíquota específica,³⁶ possuindo valores fixos que variam de acordo com a classificação da obra, sua nacionalidade e finalidade (publicitária ou não publicitária) e segmento de mercado a que for destinada. Quanto ao aspecto espacial, só incide sobre obras exibidas/licenciadas/distribuídas em território brasileiro.

O produto da arrecadação da Condecine (Licença e/ou Rendimento) será destinado ao Fundo Nacional da Cultura - FNC e alocado em categoria de programação específica, denominada Fundo Setorial do Audiovisual-FSA,³⁷ para aplicação nas atividades de fomento relativas aos programas de que trata o art. 47³⁸ da MP 2.228-1/2001. Nota-se aqui que o objetivo da incidência da Condecine Licença é, prioritariamente, arrecadar recursos para intervenção da União, através do FSA que é administrado pela Ancine (secretaria executiva - art. 11 do decreto 6.299/2007) e o comitê gestor (art. 5º do decreto 6.299/2007)³⁹. Mas isso não significa dizer que sua inci-

messa das importâncias referidas no parágrafo único do art. 32.

36 CF "...Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo....

...§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o *caput* deste artigo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

III - poderão ter alíquotas: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

a) *ad valorem*, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)"

37 Lei 11.437/2006 - "...Art. 1º O total dos recursos da Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional - CONDECINE, criada pela Medida Provisória no 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, será destinado ao Fundo Nacional da Cultura - FNC, criado pela Lei no 7.505, de 2 de julho de 1986, restabelecido pela Lei no 8.313, de 23 de dezembro de 1991, o qual será alocado em categoria de programação específica, denominada Fundo Setorial do Audiovisual, e utilizado no financiamento de programas e projetos voltados para o desenvolvimento das atividades audiovisuais.

38 Prodecine, Prodiv e Proinfra. Mais informações, ver <<http://www.ancine.gov.br/fsa/>>.

39 "Art. 5º Fica criado, no âmbito do Ministério da Cultura, o Comitê Gestor dos recursos a que se refere o art. 1º, com a finalidade de definir as diretrizes e o plano anual de investimentos, acompanhar a implementação das ações e avaliar anualmente os resultados alcançados, composto pelos seguintes membros:

dência e a consequente intervenção dela derivada não gere efeitos sobre os agentes do mercado publicitário. E é sobre esse ponto que nos debruçaremos a seguir para analisar a possível incidência da Condecine Licença sobre o segmento de Internet que faremos no tópico a seguir.

4. NOVOS PARÂMETROS DE ANÁLISE DA INCIDÊNCIA DA CIDE/CONDECINE SOBRE OBRAS PUBLICITÁRIAS DESTINADA AO MERCADO DE INTERNET (ALTERAÇÃO DA IN 95/2011 DA ANCINE) À LUZ DO PRAGMATISMO JURÍDICO

A nova norma da Ancine que alterará a Instrução Normativa 95/2011 trata da possível incidência da Condecine Licença (art. 32, I da MP 2.228-1/2001) sobre segmento de internet, de acordo com o previsto abaixo:

Art. 1º (...) XXVIII-A – Segmento de Mercado Audiovisual – Publicidade audiovisual na Internet: conjunto de atividades encadeadas, realizadas por um ou vários agentes econômicos, necessárias à veiculação de obras audiovisuais publicitárias na Internet.

Art. 1º (...) § 4º Para os fins desta

Instrução Normativa, entende-se como Internet a definição presente no Marco Civil da Internet, Lei nº. 12.965, de 23 de abril de 2014, ou aquela em Lei posterior que a substitua.

Art. 24. (...) §2º (...) V – Publicidade audiovisual na Internet.

Essa proposta objetiva reconhecer a “Internet” como um **segmento de mercado**, e, conseqüentemente, prever a incidência da Condecine Licença (previamente ao registro de veiculação da referida obra) sobre obras publicitárias veiculadas na Internet (segmento de outros mercados com previsão legal no art. 1º, VI da MP 2.228-1/2001). Os argumentos contrários desenvolvidos por alguns setores do audiovisual⁴⁰ apontam supos-

I - dois representantes do Ministério da Cultura; (Redação dada pelo Decreto nº 8.281, de 2014)

II - um representante da Casa Civil da Presidência da República; (Redação dada pelo Decreto nº 8.281, de 2014)

III - um representante do Ministério da Educação; (Redação dada pelo Decreto nº 8.281, de 2014)

IV - um representante da Ancine; (Redação dada pelo Decreto nº 8.281, de 2014)

V - um representante de instituição financeira credenciada pelo Comitê Gestor; e (Incluído pelo Decreto nº 8.281, de 2014)

VI - três representantes do setor de audiovisual. (Incluído pelo Decreto nº 8.281, de 2014).”

40 Grande parte das críticas estão no site da Ancine, especificamente no sistema

tas violações aos princípios da legalidade, da capacidade contributiva e da isonomia, principalmente. Detalharemos a seguir tais posicionamentos. Depois, faremos uma análise pragmática da situação, buscando pensar a partir dos possíveis efeitos decorrentes da incidência e da não incidência, apontando a escolha que entendemos ser mais justa e igual, considerando algumas características do segmento de Internet em si e do mercado audiovisual.

4.1. CRÍTICAS TRADICIONAIS À INCIDÊNCIA: POSSÍVEIS VIOLAÇÕES À LEGALIDADE E À IGUALDADE/CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

Os argumentos centrados na violação ao princípio da legalidade tributária, fundamentam-se na ideia de que a incidência supracitada a viola, pautando-se em uma visão formalista, calcada em uma interpretação literal da MP 2.228-1/2001 (e do direito tributário), sem contextualizá-la no que, de fato, ocorre no mercado audiovisual hoje (inclusive o mercado publicitário intimamente ligado ao mercado não publicitário de filmes e obras). De maneira específica, as críticas fundamentam-se no fato de que se estariam criando novas hipóteses de incidência da Condecine por instrumento infralegal (novo Art. 9º da referida instrução), cobrando-se Condecine em virtude de hipóteses não expressamente listadas na MP 2.228-1/2001, violando-se a legalidade tributária (art. 150, I da CF/1988), dado que não está descrito, literalmente na referida MP, o segmento Internet. Criticou-se também, na mesma linha, a amplitude do segmento de mercado Internet e de sua conceituação, o que seria de difícil definição.

Essa linha de crítica formal tem base no positivismo jurídico e nos parece descontextualizada à complexa sociedade atual. A literatura jurídica tributária, há muito,⁴¹ defende a possibilidade do uso das cláusulas abertas como a prevista na denominação “outros mercados” (art. 1º, VI da MP 2.228-1/2001 – previsão legal) para, como no caso aqui presente, enquadrar o segmento de mercado “Internet”. Assim, as críticas têm como pano de fundo uma leitura literal, positivista do referido dispositivo legal. Sobre

de consulta pública – encerradas – Minuta de Instrução normativa que altera dispositivos na IN 95 e 105 da Ancine, que trazem contribuições, sugestões e críticas a esta nova norma que pretende fazer incidir a Condecine Licença sobre obras publicitárias veiculadas no segmento de internet. Vide também: <<http://convergecom.com.br/telaviva/paytv/26/08/2016/ancine-abre-consulta-para-as-ins-95-e-105/>> e, na mesma linha, <<http://www.telesintese.com.br/ancine-quer-cobrar-condecine-de-video-demand-e-incluir-jogos-eletronicos-em-sua-tutela/>> .

41 Por todos, vide: Ricardo Lobo Torres – *Tratado de Direito constitucional financeiro e tributário. Vol II - Valores e princípios constitucionais*. 2005. – Especialmente quando trata contribuição para o Seguro de Acidentes do Trabalho – SAT, no que se refere ao conceito de atividade preponderante e do grau de risco não previstos na lei.

essa concepção descritiva do direito (baseada no positivismo), Humberto Ávila (2014, p. 196) ensina que “ela promove – de modo expresso ou implícito, consistentemente ou inconsistente – uma sensível redução de suas atividades (*atividade interpretativa*)”.⁴² Ou seja, usar ou privilegiar só um método de interpretação (literal-positivista) dá origem as conclusões quanto à violação da legalidade que vão de encontro à ideia de pluralismo metodológico⁴³ e o contexto atual de nosso mundo globalizado, levando-se em conta, inclusive, os conceitos de sociedade de risco e ambivalência dos sociólogos Ulrich Beck e Zygmunt Bauman,⁴⁴ respectivamente, que são aplicáveis à sociedade em que vivemos.

Isso porque o princípio da legalidade, associado ao valor de segurança jurídica, estabelece que tributo só pode ser majorado ou instituído por lei. Entretanto, diante da complexidade social atual comentada anteriormente, faz-se necessário o uso de cláusulas abertas para permitir, por instrumento infralegal, quando for o caso, a normatização de forma mais precisa e flexível, ainda que isso gere, em algum grau, maior insegurança (marca da própria sociedade pós-positivista que vivemos), de acordo, é claro, com princípios legais e constitucionais afetos à disciplina. Em outros campos do direito, como o direito administrativo, a ideia de risco e incerteza estão cada vez mais presentes também de onde se vê a necessidade de flexibilizar a rigidez de outrora no que tange à legalidade [o que está em consonância com advento de cláusulas gerais e abertas (como ocorre no segmento outros mercados)]. Cláusulas gerais e conceitos indeterminados estariam, assim, no rol de possibilidades que facilitam a aplicação do direito tributário **no caso concreto** e o alcance da **justiça tributária** em última instância.⁴⁵ Nessa linha, o denominado princípio da determinação afasta-se do da tipicidade⁴⁶ porque ele é aberto, enquanto aquela busca

42 ÁVILA, Humberto. *Ciência do Direito Tributário e Discussão Crítica*. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 32, 2014, p. 196

43 Sobre pluralismo metodológico, vide CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Interpretação do sistema constitucional tributário*. In: QUEIROZ, Luís César Souza; ABRAHAM, Marcus; CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo (orgs.). *Estado fiscal e tributação*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2015. P .

44 Para aprofundamento do assunto, vide: RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A segurança Jurídica do Contribuinte: legalidade, não surpresa e proteção a confiança legítima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

45 Para aprofundamento, vide TORRES, Ricardo Lobo. *A legalidade tributária e seus subprincípios constitucionais*. *Revista da procuradoria do Estado do RJ*. Nº 58. Rio de Janeiro. PGE, 2004.

46 A tipicidade diferencia-se da legalidade, pois foca no conteúdo da lei, na sua substância, enquanto que a legalidade tem como objetivo principal a preocupação exterior, formal. Tipo seria uma ordenação dos dados concretos existentes na realidade segundo critério de semelhança – conjunto de características comuns, mas não exatamente iguais em face de uma situação concreta: por exemplo, empresa, trabalhador, poluidor. O tipo NÃO PODERIA SER DEFINIDO, MAS DESCRITO, em virtude das diferenças e peculiaridades que poderiam existir numa dada situação concreta.

descrever de forma precisa (sempre dentro das possibilidades reais) os elementos da hipótese de incidência, devendo ser mais preciso e tendo um maior grau de fechamento. Mas em nenhum desses casos deve ser proibido o uso de cláusulas gerais e a interpretação, no sentido de que os conceitos de tipo e tipicidade (que tratam da legalidade em seu aspecto substancial, interior) devam ser fechados.⁴⁷

Assim, no contexto de uma legalidade mais flexível (e sem que isso represente uma violação do valor da segurança jurídica em sua dimensão objetiva), entendemos que usar o termo outros mercados (sendo esta uma cláusula geral), previsto em lei (MP 2.228-1/2001) para ali enquadrar o segmento de Internet, não nos parece ilegal ou atentatório ao direito e ao princípio da legalidade. Inclusive parece medida adequada para dar conta de processos inovativos (muito característicos do mercado cinematográfico e audiovisual), que provoca o surgimento de outros agentes econômicos que, efetivamente, exploram a atividade econômica do audiovisual concorrendo com outros tradicionais, já estabelecidos (e tributados), mas que não estavam previstos como segmento de mercado para fins de incidência da Condecine. Essa consideração desses novos agentes, inclusive, ao nosso ver, está em consonância com o princípio da livre concorrência

E por isso, seria necessariamente ABERTO, pois uma dada situação concreta poderia apresentar uma característica não prevista inicialmente no tipo. Fechar um determinado TIPO seria, segundo o ilustre mestre, um paradoxo. O fechamento é característica do conceito e não do tipo; conceito, sim, pode ser fechado, ainda que possa ser dividido em conceito determinado (maior grau de fechamento) e conceito indeterminado (como cláusulas gerais que permitem um maior trabalho por parte do intérprete). A tipicidade seria qualidade do tipo jurídico, própria qualidade do tipo. Ricardo Lobo Torres (2005) cita que a doutrina brasileira utiliza o termo tipicidade como subsunção ou adequação do fato à lei, não a considerando como somente uma qualidade do tipo. Por exemplo, se uma pessoa jurídica presta determinado serviço, tem-se a uma situação ensejadora do imposto sobre serviço - ISS - TIPO LEGAL). O referido autor ensina que a palavra tipicidade deve ser reservada à adequação entre situação de vida e o tipo legal (prestar serviço como fato gerador do ISS) - tipificação normativa ou legislativa, ou a apreensão tipológica casuística. E, nesse sentido, entende que a tipicidade não pode ser fechada. Mais em: TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito constitucional financeiro e tributário*. Vol II - Valores e princípios constitucionais. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

47 Sobre este tema, José Vicente Santos de Mendonça (2011, p. 157) acrescenta: embora seja uma exigência a linguagem legislativa clara, afastadas de obscuridades e contradições internas, e ainda seja outra exigência, como condição necessária de uma dogmática jurídica séria, a precisão e clareza dos conceitos e explicações dos juristas, advogar a existência de um princípio tributário que esgote todas as possibilidades de definição de fato gerador da obrigação tributária vai de encontro à constatação de que a linguagem legislativa, assim como toda linguagem, possui uma textura aberta. No limite, a tipicidade fechada significa exigir mais do que a linguagem jurídica pode dar...a tipicidade fechada não existe e não pode existir. - MENDONÇA, José Vicente Dos Santos. *Direito tributário e linguagem: (ainda) algumas considerações acerca da impossibilidade da tipicidade tributária fechada*. REVISTA DA PROCURADORIA DO ESTADO DO RJ (66?). 2011, p.157.

(art. 170, IV) e da necessidade de tratamento equânime do ponto de vista tributário (art. 150, II da CF/1988), como trataremos no item 4.2.

O outro argumento é contra a incidência referida em face de uma possível violação à capacidade contributiva e à isonomia. E, aqui, o argumento parece fazer mais sentido. As possíveis violações à isonomia e à capacidade contributiva dos contribuintes decorrem do fato de a cobrança ser pautada num valor fixo a título de Condecine Licença, independentemente do sujeito que está pagando (dado que a referência é o filme (propaganda) em si que está sendo veiculado e não às características, a capacidade de geração de renda, ao anunciante-agente econômico que está relacionado à veiculação do conteúdo). Essa desconsideração, a princípio, pode levar à violação da igualdade entre os atuantes nesse domínio econômico específico e pode implicar ônus desproporcional, não estando em consonância com a capacidade contributiva dos agentes econômicos que atuam em diversos dos segmentos de mercado do setor audiovisual em que ela incide (inclusive os diferentes players que atuam na Internet e vendem espaços publicitários que são diferentes entre si em termos de tamanho, porte econômico). Especificamente, viola inversamente a igualdade, tratando igualmente agentes econômicos desiguais. Apesar de alguns autores discordarem⁴⁸ da aplicação da igualdade sem que esteja em um contexto de tributos voltados à justiça fiscal, entendemos ser válido⁴⁹

48 Klaus Tipke (2002, p. 39) leciona:

“Em todos os lugares do mundo certamente encontram-se normas extrafiscais (intervencionistas, dirigistas, regulatórias e instrumentais) em leis tributárias. Elas violam o princípio da capacidade contributiva, especialmente por motivos de política econômica, cultural, sanitária, ambiental. A maioria dessas normas beneficia grupos específicos de contribuintes.”

Douglas Yamashita (2002, p. 62), no mesmo sentido, relata:

“Assim, se a finalidade extrafiscal de certos tributos ou normas tributárias consistem em equilibrar a balança comercial, penalizar o poluidor, desincentivar o fumo ou o alcoolismo, ou incentivar a contratação de deficientes físicos, tais tributos deixam, em parte, a seara do direito tributário para invadir o direito econômico, o direito ambiental, o direito previdenciário, o direito trabalhista, nos quais não faz sentido em falar em justiça fiscal e de princípio da capacidade contributiva. Nesses casos, trata-se de outra espécie de justiça: justiça social.” - Yamashita, Douglas; Tipke, Klaus. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.

49 E, nesse sentido, trazemos a citação de Luis Eduardo Schoueri (2004 pp. 37/144) que afirma:

“[...] O princípio da igualdade estabelece que todos aqueles que estão na mesma categoria profissional pagarão a mesma contribuição, todos que estão na mesma categoria econômica pagarão a mesma contribuição, enfim, todos aqueles que estão na mesma categoria de referibilidade pagaram a mesma CIDE. E entre aqueles que estão na mesma categoria? Dentre aqueles que estão atingidos pela intervenção no domínio econômico, como distinguir uns e outros? Sob o nosso ponto de vista, esta distinção deve ser feita pelo princípio da capacidade contributiva...” E também Tácio Lacerda Gama (2003 p. 156):

“...providência fundamental neste sentido é perceber os diferentes modos de identificar o respeito à igualdade, segundo a natureza do tributo, pois a aplicação desse

e necessário para que a intervenção nesse domínio se dê de forma justa, igual e proporcional, dando azo a uma intervenção que ajude a concretizar as finalidades constitucionais que fundamentam a instituição de CIDEs (art. 170 da CF/1988).

Exemplificando: um sujeito passivo deve pagar R\$166.670 para veicular uma obra cinematográfica ou videofonográfica publicitária estrangeira para o mercado de serviços de radiodifusão de sons e imagens. Este valor é fixo independentemente de produtor do conteúdo, anunciante, agência de publicidade ou obra em si (custo dela, por exemplo) que está sendo veiculada. Assim, é atribuído um valor fixo ao objeto – filme (pagamento por título de obra como condição para obtenção da licença de veiculação), independentemente de tudo citado anteriormente (pessoas, objeto, etc.). Acontecendo isso no segmento de Internet, haveria um tratamento igual entre agentes que se encontram em situação de desigualdade, principalmente se se considerar pulverização de empresas que transacionam e fazem publicidade na Internet (desde blogueiros principiantes até grandes portais consolidados).

A seguir, apresentaremos uma análise pragmática da questão, orientada à concretização de valores e princípios constitucionais, a partir da apresentação de possíveis efeitos dessa incidência e não incidência da Condecine nesse segmento.

4.2. ANÁLISE PRAGMÁTICA DA TRIBUTAÇÃO

Nossa análise pragmática passará por três etapas:

- 1- identificação das decisões possíveis;
- 2- localização de suas consequências;
- 3- ranqueamento dessas consequências;
- 4- indicação, diante dessas análises, da consequência que melhor concretiza valores e princípios ligados à instituição de CIDEs e da Condecine, considerando características básicas deste mercado.

Quanto ao item 1 supracitado – identificação das decisões, há a possibilidade de aprovação ou não aprovação da alteração da norma (IN 95/2011) que viabilizará a incidência da Condecine Licença sobre publicidade na Internet.

princípio às contribuições será diversa daquela feita em relação aos impostos...nessa linha de pensamento, o princípio da **igualdade surge como prescrição que determina a escolha dos contribuintes entre aqueles que integrem um mesmo grupo econômico**, bem como impondo que sujeitos em situação análoga contribuam com prestações tributárias semelhantes...”(grifo nosso)

Trazendo o critério 2 (localização das consequências), em caso de (i) aprovação, temos as questões quanto a violações de princípios jurídicos apontados por críticos a esta incidência - violação à legalidade [análise que refutamos, pois entendemos que não há esta violação (e muito menos ao valor segurança jurídica)], quando se escolhe o segmento “outros mercados” (previsto em lei para, ali, enquadrar o segmento de mercado Internet, de forma a que o aspecto quantitativo esteja expressamente previsto em lei) e a igualdade (onde entendemos que o raciocínio faz sentido, se analisado no contexto da incidência, de forma igual a agentes deste segmento, os quais, faticamente, encontram-se em posições diferentes; mas, como será demonstrado, que pode causar uma violação ainda maior à igualdade a não incidência, além de outros princípios ligados à CIDE).

A outra solução (ii) não aprovação da norma, produz o mesmo efeito quanto à violação da igualdade. Agora, não no contexto somente de empresas que atuam no segmento da Internet e que lá comercializam suas publicidades, mas olhando numa perspectiva ampla da publicidade, a qual pode ser feita em diversos meios de comunicação/veiculação de conteúdos audiovisuais publicitários. A retirada de custo tributário para as publicidades veiculadas na Internet leva a um privilégio, injustificado, para determinados portais e empresas que nela atuam e veiculam publicidade, quando comparado a outros segmentos, notadamente a TV.

Há três agentes fundamentais no setor de produção de conteúdo publicitário: o produtor da obra publicitária (empresa audiovisual que filma e produz a obra); o anunciante (aquele que contrata a agência e quer fazer o marketing, divulgação, publicidade de seu produto); e a agência de publicidade (responsável pela criação do programa e estratégia de marketing, de acordo com o interesse dos anunciantes). A Internet é apenas um dos possíveis veículos de conteúdo audiovisual publicitário, inclusive competindo com outros. De acordo com dados da revista *Meio e mensagem*, o gasto em publicidade na Internet superou vários dos meios tradicionais de veiculação de publicidade,⁵⁰ o que aponta para a rivalidade entre estes diferentes segmentos de mercado (TV, Internet, etc.) onde são veiculados conteúdos audiovisuais publicitários (concorrem entre si).

Além disso, temos que, do ponto de vista tributário, o sujeito passivo chamado ao pagamento (aquele que terá a relação com a fazenda pública federal - Ancine), é a produtora da obra publicitária ou o detentor do

50 <http://www.meioemensagem.com.br/home/midia/2013/04/29/publicidade-em-internet-passa-revistas.html> < acessado em 1/11/2016> - “Meio com maior participação no mercado, a TV aberta atingiu patamar recorde, com 67% de share do investimento publicitário, o que equivale a R\$ 2,67 bilhões nos dois primeiros meses do ano. Na sequência estão jornal, com participação de 10,7%; internet, com 4,74%; revistas, com 4,71%; rádio, com 4,38%.”

direito de licenciamento da obra (caso de obra estrangeira).⁵¹ Eles é que incorrerão com o custo; ou melhor se relacionarão com a fazenda pública. O fato, no caso da obra publicitária nacional, provavelmente, tem-se ao final o repasse do custo tributário ao anunciante, funcionando como uma espécie de tributo indireto. O produtor embute no preço e repercute o valor tributário título de Condecine na venda de seu serviço à agência de publicidade, a qual deve repassar esse custo ao anunciante (e, provavelmente, o anunciante repassa o mesmo para o consumidor final, através da precificação final do produto).

Dessa forma, considerando o grau de concorrência entre diferentes segmentos de mercado (TV paga, TV aberta, Internet, principalmente) que, no entanto, concorrem por audiência e público, não há razão para que não haja incidência da Condecine Licença sobre obras publicitárias veiculadas na Internet, especialmente se se considera o aspecto econômico e concorrencial. Não há justificativa para a concessão desse privilégio da não incidência dessa exação sobre agentes que atuam no mercado de Internet, num contexto de livre concorrência, não se justificando o tratamento diferenciado (há cobrança de Condecine Licença para veiculações ocorridas na TV). A não tributação da publicidade veiculada na Internet é maléfica à livre concorrência entre os meios sobre os quais pode se fazer publicidade de obras audiovisuais como a TV paga, a TV aberta, etc., além de ferir o princípio da igualdade.

Parece, a princípio, que estamos em contradição, dado que a incidência ou não incidência levam a um mesmo resultado: violação da igualdade. Mas não é verdade, pois a primeira alegação de violação à igualdade se dá quando se considera somente os agentes do segmento de Internet. E, de fato, essa decorre não em virtude da imposição tributária em si, mas da estrutura tributária pautada num valor fixo, que desconsidera as diferenças entre os agentes, filmes publicitários, embora, ao olharmos a estruturação do mercado e das obras, essas diferenças existam, o que demandaria um tratamento diferenciado. No entanto, maior violação à isonomia, a nosso ver, é não impor essa tributação, pois abrange uma desigualdade maior e dá uma vantagem competitiva injustificável ao setor de publicidade que queira vender espaço publicitário, com relação aos outros segmentos do audiovisual como TV aberta e TV paga (por motivo óbvio; custo para estes, apenas). Assim, essas mesmas empresas de TV, por exemplo, podem alegar a violação à igualdade e à livre concorrência pelo fato de terem tratamento tributário diferenciado com relação ao meio Internet (já que

51 MP 2.228-1/2001 - Art. 35. A CONDECINE será devida pelos seguintes sujeitos passivos: ... II - empresa produtora, no caso de obra nacional, ou detentor do licenciamento para exibição, no caso de obra estrangeira, na hipótese do inciso II do art. 33;

não consta a incidência de Condecine sobre publicidades veiculadas atualmente nesse segmento).

Considerando todo o contexto (critério 3 – ranqueamento das consequências), entendemos que a melhor escolha é fazer incidir o tributo sobre o segmento de Internet. Entendemos que essa opção leva a consequências que concretizarão os valores de justiça, igualdade (e princípios relacionados com a capacidade contributiva) de forma mais ampla, além da concretização de forma mais justa dos valores da livre iniciativa e livre concorrência (princípios orientadores da existência de CIDEs). Assim, usando a matriz pragmática (antifundacionalismo, contextualismo e consequencialismo), chegamos à escolha da decisão que parece levar ao melhor resultado, no que tange à efetiva concretização de princípios importantes a essa situação, como a livre concorrência e a igualdade (aliada à capacidade contributiva, que também se relaciona ao valor justiça).

5. CONCLUSÃO

Conclui-se, diante do exposto, sobre a possibilidade de aplicação do pragmatismo jurídico às CIDEs que pode orientar a um resultado que concretize a igualdade na tributação, no âmbito de um mesmo domínio econômico (audiovisual). Essa análise também orientou quanto ao resultado que leve à concretização de princípios da ordem econômica, os quais, como demonstrado pela doutrina, são também objetivo da instituição de CIDEs, de forma que se verifique, no caso em concreto, a concretização de princípios do art. 170 da CF/1988 como o da livre concorrência, livre iniciativa, etc.

Outra conclusão importante, e que chama atenção para a necessidade de extensão desse tipo de análise a outros casos da Condecine Licença (e talvez a outros domínios econômicos), diz respeito à origem desses problemas, qual seja, a estrutura dessa exação. Observamos que a violação da igualdade colocada pelos críticos que defendem a não imposição tributária da Condecine Licença sobre o segmento de Internet tem origem, na verdade, numa estrutura tributária defasada e problemática, que atribui valores fixos de cobrança independentemente da posição dos agentes econômicos e dos conteúdos cobrados. Ademais, demonstrou-se a probabilidade de que os sujeitos passivos repassem o custo tributário, o que, de fato, encarece o produto, mas não lhes causa um ônus tão elevado. A propósito, ônus maior é o tratamento diferenciado a esse segmento, pela não imposição tributária, sem uma justificativa legal ou constitucional, que acaba por criar uma situação de desigualdade entre os agentes que vendem espaços publicitários em outros segmentos do audiovisual, como TV paga, aberta, etc.. Nesse sentido, e analisando os possíveis efeitos da

incidência e da não incidência, chegamos à conclusão de que seria melhor a escolha pela tributação do segmento de Internet.

Assim sugere-se, nesse contexto, a revisão da estrutura tributária da Condecine Licença que, sendo CIDE, não tem razão de ser cobrada por unidade de medida fixa (que só cabe em caso de produto homogêneo, no qual haja proporção entre maior quantidade comercializada e maior pagamento, tal como se dá na CIDE combustível).⁵² No caso da Condecine, a cobrança de valor fixo apenas reforça os efeitos deletérios dessa incidência sobre o mercado audiovisual, acentuando descompassos do setor, e isso não é um privilégio da incidência ocorrida neste segmento. Aplica-se também a segmentos do audiovisual não publicitários como o *Video on demand* e o segmento de cinema, TV, vídeo doméstico, etc. A estrutura tributária dessa exação deve ser revisada o mais rápido possível, pois possui os mesmos problemas apresentados aqui.

Entendemos ainda que debater seriamente a constitucionalidade de quaisquer uma das CIDEs existentes no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive a Condecine, demanda a necessidade de se estudar os efeitos gerados pela incidência desta exação, considerando as características daquele dado domínio econômico. Além disso, a avaliação dos efeitos produzidos pela aplicação dos recursos arrecadados pela CIDE, os resultados gerados e, principalmente, o quanto ajudaram a concretizar os objetivos legais e constitucionais a que se propõem também parece ser um bom caminho de análise (devendo ser avaliados de forma constante e periodicamente). E isso demanda ou demandará, em algum momento, instrumentos mais modernos, mais atuais, empíricos, em consonância com conceitos de *accountability*, transparência (inclusive transparência fiscal) e legitimidade. Apenas nesse contexto, poder-se-á, de fato, averiguar se a CIDE está auferindo sua finalidade do ponto de vista constitucional e legal.

O uso de velhos argumentos que só inflacionam as demandas do Judiciário e da esfera administrativa como violações à legalidade estrita, pautadas em interpretações literais de determinados dispositivos, não nos parece um caminho razoável para a discussão da validade e efetividade de instrumento tão complexo, que nasce interdisciplinar do ponto de vista do direito, pois que nitidamente relacionado ao direito econômico e tributário (este que, por sua vez, já se relaciona intimamente com outras áreas como o direito financeiro, constitucional, civil, empresarial, etc.). A nosso ver, será necessário suporte e/ou complemento de outros campos do saber, tais como a economia (notadamente microeconomia, regulação, defesa da concorrência, métodos e instrumentos quantitativos para aferição de efetividade dos recursos aplicados por essa espécie), ciência política e avaliação de políticas públicas, entre outros.

52 Vide art. 177 da CF/1988.

Dessa forma, sugere-se ao final (i) a consideração dos efeitos provocados pela intervenção/incidência como critério base para análise de validade de CIDEs, por serem instrumentos tributários de intervenção e regulação de domínios econômicos. No caso concreto, que haja uma (ii) revisão da estrutura tributária da Condecine Licença, de modo que sua incidência e intervenção dela derivada possa estar em consonância com os princípios da igualdade, justiça, livre concorrência, analisados de forma ampla (segmento e todo o setor, desde que haja rivalidade entre os agentes).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 134-136.

_____. *Ciência do Direito Tributário e Discussão Crítica. Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 32, 2014.

BRANDO, Marcelo Santini. A crítica da vertente econômica à teoria de justiça de John Rawls. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do RJ*. Vol. 66, 2011. p. 175.

BRASIL. Presidência da República. *MP nº 2.228-1 de 06 09 2001*. Estabelece princípios gerais da política nacional, do cinema, cria o conselho superior do cinema e a agência nacional do cinema - Ancine, institui o programa de apoio ao desenvolvimento do cinema nacional - Prodecine, autoriza a criação de fundos de financiamento da indústria cinematográfica nacional - Funcines, altera a legislação sobre a contribuição para o desenvolvimento da indústria cinematográfica nacional e dá outras providências. Brasília, DF, 2001 Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 fev. 2011.

BRASIL. Presidência da República *5.172/1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 fev. 2012.

DOMINGUES, José Marcos. Contribuições parafiscais, finalidade e fato gerador. *Revista dialética de direito tributário*. 73/60-61. *Apud* RIBEIRO, Ricardo Lodi. As contribuições parafiscais e a validação constitucional das espécies tributárias. *Revista dialética*. Vol. 174. 2010. p.111.

GAMA, Tácio Lacerda. *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2003. p. 130.

GRECO, Marco Aurélio. *Contribuição de intervenção no domínio econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001.

_____. *Contribuição de intervenção no domínio econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001.

MARTINS, Vinícius Alves Portela. *Possibilidades de intervenção regulatória por parte de CIDEs: o caso específico da Condecine*. <http://www.seae.fazenda.gov.br/premio-seae/edicoes-antiores/edicao-2009/iv-premio-seae-2009>. Brasília. IV Prêmio SEAE, 2009.

_____. *A questão da (in)definição sobre incidência monofásica no caso de contribuições de intervenção no domínio econômico-CIDEs: o caso da Condecine*", publicado na Revista dos tribunais Nº 98, 2011.

_____. *AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA - ANCINE: Comentários à Medida Provisória Nº 2.228-1/01, ao Decreto Nº 4.121/02 e à Lei Nº 12.485/11 - Vol. 24*. Ed Atlas. SP, 2015.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional econômico: a intervenção do estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2014.

_____. *Direito tributário e linguagem: (ainda) algumas considerações acerca da impossibilidade da tipicidade tributária fechada. Revista da Procuradoria do Estado do RJ (66?)*. 2011, p.157.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/8496/7245>>. Acesso em: 2 abr. 2015.

PAULSEN. Leandro. *Direito tributário. Constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo; TORRES, Silvia Faber. *Estudos e pareceres de direito tributário*. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2014.

RIBEIRO. Ricardo Lodi. *As contribuições para fiscais e a validação constitucional das espécies tributárias. Revista dialética de direito tributário*. Vol. 174. p.128.

SCHUMPETER, JOSEPH A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

SOUZA, Fátima Fernandes R. de; PAVAN Cláudia Fonseca Morato. *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico Pesquisas Tributárias Série 8*. São Paulo: RT, 2002, p. 115.

TORRES, Ricardo Lobo; TORRES, Silvia Faber. *Estudos e pareceres de direito tributário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

_____ *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário - volume II - Valores e Princípios Constitucionais Tributários*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, pp. 41, 145-146.

Yamashita, Douglas; Tipke, Klaus. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002

<http://convergecom.com.br/telaviva/paytv/26/08/2016/ancine-abre-consulta-para-as-ins-95-e-105/>

<http://www.telesintese.com.br/ancine-quer-cobrar-condecine-de-video-demand-e-incluir-jogos-eletronicos-em-sua-tutela/>

PRESTAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA POR ÓRGÃO OU ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL – REGIME JURÍDICO APLICÁVEL

Vlândia Viana Regis¹

1. INTRODUÇÃO

O setor elétrico brasileiro vem passando por modificações desde a década de 90. Predominantemente estatal, tanto na prestação dos serviços públicos de geração, transmissão e distribuição quanto nas atividades de operação e planejamento do sistema, enfrentou reestruturações com o intuito de viabilizar a atração de capital privado para a exploração de serviços.

Nesse processo, a ação estatal foi bifurcada, segregando-se a participação direta na economia do papel de planejamento e regulação. Foram criadas entidades para desempenharem estas últimas funções, tais como o Operador Nacional do Sistema – ONS (Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998), a Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel (Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996) e posteriormente a Empresa de Pesquisa Energética – EPE (Lei nº 10.847, de 15 de março de 2004), extirpando das estatais as atividades não empresariais, a fim de viabilizar sua concentração na prestação dos serviços² e abrir espaço para sua participação no mercado em regime de concorrência com o setor privado.

1 Advogada, mestranda em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas e Pós-Graduada em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas.

2 Diz-se mais concentrada e não exclusivamente focada porque apesar da reestruturação do sistema Eletrobras, iniciada na década de 1990, manteve-se ainda naquela companhia uma série de atividades tipicamente estatais, entre as quais se destaca a gestão de fundos setoriais, que somente por intermédio da Lei nº 13.360, de 17 de novembro de 2016, será transferida, até 1º de maio de 2017, para a Câmara

Entre as modificações introduzidas, cabe destacar a contratualização da outorga,³ a privatização de empresas estatais⁴ e a desverticalização de serviços (*unbundling*),⁵ que significa a separação dos serviços de geração e transmissão daqueles de distribuição, atribuindo-os a diferentes agentes. Tais inovações pavimentaram o caminho para a criação de um ambiente regulatório que permite a livre competição nos mercados de geração e comercialização de energia e a participação de empresas estatais em regime competitivo juntamente com o setor privado, tanto nesses mercados quanto para a obtenção de novas concessões de distribuição e transmissão.⁶

Ocorre que nem todas as mudanças pretendidas foram bem-sucedidas e nem todas as propostas lançadas foram levadas a termo. Por exemplo, várias empresas estaduais de distribuição de energia elétrica da região norte, que foram transferidas para a esfera federal com o intuito de serem privatizadas, não tiveram seus respectivos controles acionários vendidos para a iniciativa privada. O processo de privatização de geradoras e transmissoras federais também não foi concluído, de modo que a participação estatal no setor ainda é expressiva.

Assim, a despeito de iniciativas salutares para o setor, muitas tensões ainda vêm sendo experimentadas, desde deficiências institucionais a falhas de suprimento. Entre as crises recentes, cabe destaque para aquelas associadas à prorrogação das concessões de serviços de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, alcançadas, respectivamente, pelos artigos 19, 17, § 5º, e 22 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, a qual foi facultada pela Medida Provisória nº 579, de 11 de setembro de 2012, posteriormente convertida na Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013.

Passados os desgastes relacionados à prorrogação de parte dessas concessões de geração e transmissão em 2012⁷ e superados os entraves

de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE.

3 Tal qual previsto no artigo 175 da Constituição Federal.

4 O Programa Nacional de Desestatizações foi introduzido pela Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, sucedida pela Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997, a qual, por sua vez, foi alterada pela Lei nº 13.360, de 17 de novembro de 2016.

5 Em conformidade com o artigo 4º, § 5º, da Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995.

6 Sobre o tema ver também Landau, Elena; Dutra, Joísa; Sampaio, "Patricia. O Estado e a Iniciativa Privada no Setor Elétrico: Uma Análise das Duas Últimas Décadas (1992-2012)". In: OLIVEIRA, Gesner; OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo (Org). *Parcerias Público-Privadas: experiências, desafios e propostas*. Rio de Janeiro: LTC, 2013. Ver também DUTRA, Joísa Campanher. "Regulação do Setor Elétrico no Brasil". In: GUERRA, Sérgio (org.) *Regulação no Brasil: Uma Visão Multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

7 A prorrogação de tais concessões gerou a redução de até 70% das receitas relativas aos ativos optantes, sem que isso tivesse viabilizado a pretensão governamental de provocar a redução das tarifas de energia.

para as licitações, em 2015, para novas outorgas das concessões não prorrogadas, sucedeu, em 2016, a decisão da União Federal pela não prorrogação das concessões de distribuição outorgadas a Amazonas Energia, Eletroacre, Ceron, Cepisa, Ceal e Boa Vista Energia, suas controladas indiretas.

A consequência imediata dessa decisão foi a invocação da figura da “prestação temporária de serviço de energia elétrica” por órgão ou entidade da administração pública federal, introduzida pelos artigos 9º, §§1º e 10º, da Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013⁸ e regulamentada pela Portaria nº 388, de 26 de julho de 2016, tendo as Portarias MME nº 420, 421, 422, 423, 424 e 425, de 03 de agosto de 2016, designado as responsáveis em cada caso.

Os dispositivos em comento trouxeram tal figura com o fito de regularizar a prestação do serviço na hipótese de que, não tendo havido a prorrogação da concessão por um agente, tampouco tenha ocorrido a oportuna licitação e arrematação da concessão por outro prestador. As normas apontadas preveem que, nessa hipótese, o serviço será explorado por meio de órgão ou entidade da administração pública federal até que seja concluído um procedimento licitatório para a outorga a um novo concessionário.

Cumpr, então, analisar, à luz do arcabouço normativo, doutrinário e jurisprudencial, a natureza jurídica dessa figura denominada de “prestação temporária de serviço público de energia elétrica” e qual o regime jurídico aplicável às entidades prestadoras, enquanto durar o exercício da função prevista em Lei.

Para tanto, far-se-á uma avaliação preliminar do estado em que se encontra o tratamento do serviço público de energia elétrica no Direito Administrativo Brasileiro, passando-se à análise dos artigos 9º, §§1º e 10º, da Lei nº 12.783/13 e da Portaria nº 388, de 26 de julho de 2016⁹ e da abordagem dada por eles à prestação temporária de serviço público de

8 “Art. 9º (...)”

§ 1º Caso não haja interesse do concessionário na continuidade da prestação do serviço nas condições estabelecidas nesta Lei, o serviço será explorado por meio de órgão ou entidade da administração pública federal, até que seja concluído o processo licitatório de que trata o art. 8º.

§ 6º O poder concedente poderá definir remuneração adequada ao órgão ou entidade de que trata o § 1º, em razão das atividades exercidas no período da ‘prestação temporária do serviço público de energia elétrica’.

Art.10º. O órgão ou entidade responsável pela ‘prestação temporária do serviço público de energia elétrica’ deverá:

I - manter registros contábeis próprios relativos à prestação do serviço; e

II - prestar contas à Aneel e efetuar acertos de contas com o poder concedente.”

9 A Portaria que regulamenta a prestação temporária de serviço de energia elétrica.

energia elétrica. Por fim, será feito o exame da questão à luz das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em dois casos paradigmáticos, o RE nº 599.628/DF e RE nº 220.906-9/DF, no intuito de se concluir a possibilidade, ou não, de atribuição às prestadoras temporárias de serviços, de tratamento análogo ao dado à Fazenda Pública e de conceder-lhes privilégios fiscais não extensivos às empresas do setor privado.

2. O SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA ELÉTRICA NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

O conceito de serviço público utilizado no direito administrativo brasileiro tem suas origens na escola francesa¹⁰ e, embora não haja consenso sobre sua definição, em sua acepção clássica entende-se que se caracteriza pela presença dos seguintes elementos: titularidade estatal, atendimento a uma necessidade de interesse geral¹¹ e submissão total ou parcial a um regime de direito público,¹² mesmo que seja prestado por particular.¹³

Em seu berço, considerava-se que o serviço público implicava a subtração de atividades do regime de concorrência, a interdição delas ao domínio privado, para serem atendidas exclusivamente pelo Estado. Entendia-se haver um antagonismo natural entre serviços públicos e atividades econômicas; serviço público e setor privado.

Entretanto, a realidade moderna que conduz a readequações na forma de atuação estatal determinadas por constantes mudanças nos modos de composição social por inovações tecnológicas, por intensa demanda de capital para satisfazer às necessidades de interesse geral e pelo influxo de diferentes culturas e intercâmbio de ideias e realidades decorrentes da globalização, impuseram, e ainda impõem, a imperatividade de se revisitar a forma como o direito aborda a teoria dos serviços públicos.

10 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques e GAROFANO, Rafael Roque mencionam também a influência, ainda que reduzida, do direito americano na formação do conceito de serviço público. (“Notas sobre o Conceito de Serviço Público e suas Configurações na Atualidade”. *Revista de Direito Público de Economia - RDPE*. Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 633-77, Abr./Jun. 2014, p. 65.

11 Segundo Duguit, atividade indispensável à realização e ao desenvolvimento da coesão social (*Las Transformaciones del Derecho Publico Y Privado*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1975).

12 Sobre a evolução do conceito de serviço público a partir da escola francesa, ver GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

13 O serviço público concedido à iniciativa privada não perde a natureza pública, pois apenas o exercício é transferido, e não a titularidade. Vide ARAGÃO, Alexandre Santos. “Delegações de Serviço Público”. In: LANDAU, Elena (coord.) *Regulação Jurídica do Setor Elétrico* – Tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

Como posto por SUNDFELD (1999), os velhos serviços públicos, de regime jurídico afrancesado, explorados diretamente pelo Estado estão desaparecendo frente a uma realidade em que as estatais atuam paralelamente a particulares e na qual se admite a exploração em regime privado, por meio de autorizações, além da competição entre prestadores.

Então, o regime adotado pela Constituição Federal de 1988 foi o da convivência, na prestação de serviços públicos, de prestadores públicos e privados, e de compreensão da atividade econômica como uma categoria geral que abrange também o serviço público.¹⁴ Não se trata, entretanto, da morte do serviço público, como chegou a afirmar ORTIZ (1999), mas de sua reconfiguração frente às exigências da atualidade.¹⁵

Importa também observar que, embora numa primeira vista a Constituição Federal possa fazer parecer face à fórmula adotada pelos artigos 173 e 175 que estabeleça uma oposição entre atividade econômica e serviço público, tal afastamento não é total. A separação entre ambos é mitigada pela compreensão de que não é possível segregar esses conceitos e que serviço público é também atividade econômica em sentido lato, na medida em que se presta à satisfação de necessidades, mediante a utilização de bens e serviços, tal como na execução de atividade econômica em sentido estrito, não havendo, portanto, antagonismo entre esses dois conceitos.¹⁶

Desse modo, é possível que a prestação do serviço público ocorra por um agente público mediante a aplicação conjugada dos artigos 173 e 175 da Constituição Federal, quando o ente paraestatal prestar serviço público em regime de competição com o setor privado, como no caso dos serviços de geração elétrica. Ocorrendo tal hipótese, deverá haver a submissão ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

14 Segundo Floriano de Azevedo Marques Neto, o fato de uma atividade ser considerada serviço público não extrai dela o seu conteúdo econômico, a possibilidade de ser esta atividade explorada em termos econômicos, com a possibilidade de geração de lucro (“A Nova Regulação dos Serviços Públicos”. IDAF nº 12. Julho/2002, p. 1044 pp. 1040-1053).

15 Cita o autor que “aunque los días del servicio público tradicional están contados, es necesario conocer su concepto y régimen jurídico no sólo porque es una página fundamental de la historia de nuestro derecho público económico sino porque todavía en determinados sectores económicos es un régimen vigente, aunque necesitado de revisión”. (*Principios de Derecho Público Económico: Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*. Tercera Edición, Granada: Comares, 1999, p.533). Monica Spezia Justen igualmente faz referência ao tema (*A Noção de Serviço Público Europeu*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 226).

16 ROLIM, Maria João C. Pereira, *Direito Econômico da Energia Elétrica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 122. Também GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 111.

Essa fórmula tem por objetivo evitar favorecimento ao ente paraestatal quando estiver atuando em regime de competição com o ente privado, não como delegatário, mas mediante contrato de concessão, tal qual um ente privado. Pretendeu-se, com isso, resguardar a igualdade de condições no mercado, protegendo a competição.¹⁷

Entretanto, cabe a ressalva de que a reconfiguração dos conceitos atinentes à prestação do serviço público, que viabilizam sua exploração por ente paraestatal em regime de competição com entes privados, não exclui a faculdade de o Poder Concedente explorá-lo diretamente, tal como previsto no artigo 175. Tampouco exclui a possibilidade de prestação indireta mediante outorga legal a entes paraestatais, podendo atrair regime diverso do aqui referido, como se verá adiante.

3. A NATUREZA JURÍDICA DA PRESTAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA ELÉTRICA

Inicialmente, cumpre registrar que o direito administrativo brasileiro reconhece o objeto do serviço público como uma escolha política realizada por via legislativa ou constitucional, sendo tal opção informada pelas forças sociais atuantes em um determinado momento.¹⁸ No caso em tela, a Constituição Federal Brasileira manifestou, em seu artigo 21, XII, b, a escolha política no sentido de reconhecer os serviços de energia elétrica como serviços públicos de titularidade da União, ao dispor que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços e instalações de energia elétrica. Paralelamente, o artigo 175 dita que incumbe ao Poder Público a prestação de serviços públicos, esclarecendo que poderá fazê-lo de forma direta ou indireta.

17 Importante observar que nessa hipótese o ente estatal estará inclusive sujeito ao sistema de proteção à concorrência instituído pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

18 Vide MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 314. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 45. Segundo JUSTEN FILHO, "discutir serviço público conduz a enfrentar questões políticas e jurídicas essenciais. Trata-se de definir a função do Estado, seus limites de atuação e o âmbito reservado à livre iniciativa dos particulares. Essa é uma questão histórica, e cada Estado desenvolve um modelo peculiar. O elenco de serviços públicos reflete determinada concepção política. A Constituição de cada país identifica a disciplina adotada para o serviço público e a atividade econômica." (*Curso de Direito Administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 729). No mesmo sentido LIMA, Ruy Cirne. *Pareceres (Direito Público)*. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1963, p. 122 *apud* GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 125 e o próprio GRAU (*op. cit.*, p. 136).

A via indireta de prestação de serviço público, por sua vez, poderá ocorrer de duas formas: mediante outorga legal ou através de concessão ou permissão,¹⁹ obtida por meio de licitação para a prestação de serviços em regime de competição com entes privados.

Trazendo o foco para a figura da “prestação temporária de serviço público de energia elétrica”, instituída pela Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013, e regulamentada pela Portaria nº 388, de 26 de julho de 2016, do Ministério de Minas e Energia, vemos que aparenta consistir de figura peculiar, que impõe a necessidade de identificar, entre as vias mencionadas para a prestação estatal de serviço público, qual seja aquela à qual se amolda.

Classifica-se a prestação de serviços públicos como sendo direta, na hipótese em que é executada pelos entes administrativos políticos, e indireta ou descentralizada, quando é atribuída a um terceiro, por outorga legal ou por delegação. Segundo MOREIRA NETO (2003), entre as hipóteses de descentralização encontram-se: (1) a prestação paraestatal, mediante a qual a execução do serviço é conferida por outorga legal a empresas públicas e sociedades de economia mista ou suas subsidiárias²⁰ e (2) a prestação contratual, que é aquela em que a delegação ocorre mediante contrato, precedido de licitação, conforme o comando do artigo 175 da Constituição Federal.

Assim, uma vez que a Constituição Federal exige a realização de licitação para a concessão e para a permissão, e que ambas são outorgadas mediante contrato, certo é que a figura contemplada na Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013, e na Portaria nº 388, de 26 de julho de 2016, não se confunde com qualquer dessas. Desse modo, tendo a prestação temporária de serviço origem em uma autorização contida em Lei, e não em um contrato, e sendo a mesma conferida pelo próprio ente titular do serviço público, que é a União, para uma de suas entidades paraestatais, podemos concluir que se trata de uma outorga legal, modo de transferência do serviço a uma entidade da administração indireta.²¹

19 Não fazemos referência à autorização pois, como explorado por Alexandre dos Santos Aragão, os serviços sujeitos a autorização, previstos no artigo 21, XII, b da Constituição Federal, são atividades privadas de interesse público e tal distinção não se encontra no foco do presente artigo. (ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Direito dos Serviços Públicos*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 214 a 227). Sobre o tema, vide também FARIAS, Sara Jane Leite de. *Regulação Jurídica dos Serviços Autorizados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 104-105).

20 O autor fala ainda em outras três modalidades (autárquica, complexa e unilateral), as quais, todavia, não têm utilidade para o estudo. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: Parte Introdutória, Parte Geral, Parte Especial*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003. p.423.)

21 Vide SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro. “A Constituição de 1988 e a disciplina da participação direta do Estado na Ordem Econômica”. In: LANDAU, Elena (coord.).

Note-se que o fato de a delegação contida no artigo 9º, § 1º da Lei nº 12.783/13 ser genérica, dependendo de uma norma integradora que consiste nas portarias ministeriais de nomeação,²² não a descaracteriza como ato suficiente a promover a conferência da atribuição para a prestação do serviço. Vê-se, por analogia, o caso da autorização para a criação de subsidiárias de estatais, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal,²³ que entendeu bastar uma autorização genérica na Lei de criação da estatal matriz. Guardadas as distinções materiais entre os casos, não há porque ser dado tratamento diverso ao caso em exame, exigindo-se nesse caso que a Lei contenha uma delegação específica, uma vez que não há na Constituição Federal qualquer exigência de forma para a operacionalização da descentralização do serviço público para ente paraestatal.

Tampouco o fato de a Portaria nº 388/16 do Ministério de Minas e Energia chamar de responsável o órgão ou entidade da administração pública federal designado pelo Poder Concedente para a prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica até a assunção de novo concessionário implica a desnaturação da figura da outorga legal, uma vez que o *nomen juris* não tem o condão de alterar a natureza jurídica de um instituto.

Assim, superada a caracterização da prestação temporária de serviço público de energia elétrica como outorga legal, resta saber o regime jurídico aplicável às outorgadas (ou responsáveis), especificamente no que tange à dicotomia entre a aplicação dos artigos 173 e 175 da Constituição Federal e à possibilidade de ser conferido tratamento análogo ao dado à Fazenda Pública e de conceder, a esses entes, privilégios fiscais não extensíveis ao setor privado.

Regulação Jurídica do Setor Elétrico – Tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 430.

22 No caso, as Portarias do Ministério de Minas e Energia nº 420, 421, 422, 423, 424 e 425, de 03 de agosto de 2016.

23 Trata-se do acórdão proferido na ADI 1649/DF, que, tratando da Lei nº 9.478/97, concluiu ser dispensável a autorização legislativa para a criação de empresas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa de economia mista matriz, tendo em vista que a lei criadora é a própria medida autorizadora. (Relator min. Maurício Correa, Julgamento: 24/03/2004, Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

4. DO REGIME JURÍDICO APLICÁVEL ÀS PRESTADORAS TEMPORÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA ELÉTRICA OU RESPONSÁVEIS

Como visto, as entidades responsáveis pela prestação temporária do serviço público de energia elétrica recebem outorga legal, funcionando como *longa manus* do Estado na atuação indireta na prestação do serviço público de sua titularidade.

O artigo 175 da Constituição Federal dispõe sobre a possibilidade de atuação direta ou indireta do Estado na prestação de serviço público. Na prestação indireta por ente estatal, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem entendido que deve ser dado tratamento diverso quando tal prestação ocorrer em regime de concorrência com ente privado ou em regime monopolístico pela entidade pública prestadora de serviço, tendo sido essa a conclusão em dois casos emblemáticos: os Recursos Extraordinários nº 220.906-9/DF e nº 599.628/DF.

Nos precedentes citados, foi realizada análise da aplicação do regime de precatórios aos pagamentos de execuções judiciais promovidas em face de, respectivamente, Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT e Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A – Eletronorte, tendo o Supremo Tribunal Federal decidido pela possibilidade no primeiro caso e pela impossibilidade no segundo.

Cabe, portanto, identificar as similitudes e distinções entre os paradigmas trazidos e a situação da prestadora temporária de serviço ou responsável, instituída pelos artigos 9º, § 1º e 10º da Lei nº 12.738/13 e pela Portaria MME nº 388/2016.

Tomando a decisão proferida no RE nº 220.906-9/DF como ponto de partida, temos, em apertada síntese, que o Supremo Tribunal Federal entendeu que a ECT é uma pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, tendo concluído que não exerce atividade econômica, mas, antes, presta serviço público de titularidade da União Federal mediante outorga legal e em regime monopolístico, devendo observar o regime de precatório nas execuções que forem ajuizadas contra si.

Das razões dos votos vencedores constam muito claros dois elementos que são os vetores da conclusão produzida: (1) que a ECT não exerce atividade econômica, sendo prestadora de serviço público; e (2) que o serviço é prestado em regime monopolístico, não havendo competição com a iniciativa privada capaz de atrair a incidência do artigo 173 da Constituição Federal.

É a cumulação dessas duas premissas que conduz à conclusão do Supremo Tribunal Federal. Nenhuma das duas seria capaz de, isoladamente, produzir o entendimento alcançado e, por isso, por exemplo, a despeito de a Petrobras ser monopolista, pelo fato de exercer atividade econômica, a ela não poderiam ser concedidos os mesmos benefícios estendidos à ECT.

Sobre o caso da Eletronorte, objeto do RE nº 599.628/DF, é pertinente tecer mais comentários. Como dito brevemente no início, nas reformas introduzidas no setor elétrico privilegiou-se a desverticalização, ou seja, a segregação de atividades de geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia. Cabe agora acrescentar que, nos setores de geração e comercialização de energia, inseriu-se o regime de competição **no** mercado: geradoras e comercializadoras competem entre si por clientes, pela venda da energia que produzem. Quanto aos setores de transmissão e distribuição, por serem caracterizados como monopólios naturais, neles a competição é feita **pelo** mercado: em conformidade com a previsão constitucional, é realizada licitação para a outorga de concessão, mas há um único agente prestador de serviço para uma área de concessão designada, não havendo competição no mercado.²⁴

A *ratio* da restrição contida no artigo 173, § 2º e do regime previsto no artigo 173, § 1º, inciso II da Constituição Federal é evitar conceder privilégios para a entidade da administração indireta que promovam desequilíbrio na competição com o ente privado. Como a Eletronorte presta serviços de geração de energia elétrica, os quais, em linhas gerais,²⁵ são prestados em regime de competição, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, atuando aquela paraestatal em um mercado competitivo, juntamente com entes privados, não poderia ser destinatária de um benefício que a colocasse em um nicho que pudesse lhe favorecer.

Entendidos os fundamentos para os casos trazidos como paradigma, cabe indagar se a situação que é objeto da pesquisa se enquadra perfeitamente em um dos casos ou se exige uma solução diversa. Também é preciso verificar se, a despeito de não figurar como hipótese idêntica às duas anteriores, pode atrair conclusão similar à de um dos casos.

Primeiramente, cumpre distinguir a situação em estudo daquela apresentada pela Eletronorte. A respeito desta última, a despeito de ser um ente integrante da administração pública indireta federal e de prestar serviço público, entendeu o Supremo Tribunal Federal que suas atividades de

24 <http://www.abradee.com.br/setor-eletrico/visao-geral-do-setor>. Acesso em: 30 out. 2016. Sobre o tema, vide também GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 325.

25 Ressalvamos, por exemplo, a parcela de energia negociada por cotas alocadas na forma do artigo 1º, II da Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013, que não é vendida em regime de competição.

geração são conduzidas mediante concessão, em mercado competitivo e em igualdade de condições com o setor privado.

Por outro lado, as responsáveis por prestação temporária de serviço de energia elétrica, designadas pelas Portarias MME nº 420, 421, 422, 423, 424 e 425, de 03 de agosto de 2016, emitidas em conformidade com a Portaria MME nº 388/2016 e com o artigo 9, 1º e 10º da Lei nº 12.783/13, têm o dever de prestar o serviço público de distribuição de energia elétrica com vistas a garantir a continuidade do serviço nas áreas estabelecidas nas respectivas até a assunção por um novo concessionário.

Como já visto, a exploração do serviço pelas responsáveis se dá por outorga legal. Some-se a isso que, como já referido, o serviço de distribuição, diferentemente do de geração, não é prestado em regime de competição no mercado. Os serviços de distribuição, tal como os serviços de transmissão, são reconhecidos por caracterizarem monopólio natural.²⁶ Nesse setor, diferentemente do que ocorre com a geração, não há competição e os preços não são livres; consistem em tarifas reguladas pela Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel.

Os serviços de distribuição, tanto em caráter definitivo quanto na prestação temporária, são realizados com exclusividade na área de prestação. Não havendo competição com o setor privado, está afastada a premissa outrora utilizada pelo STF, no RE nº 599.628/DF, para a extensão da restrição contida nos parágrafos 1º e 2º do artigo 173 à Eletronorte e para a denegação a esta da possibilidade de ter aplicado o regime de precatórios nas suas execuções.

Resta saber, então, se estão presentes os elementos ponderados no RE nº 220.906-9/DF, que reconheceu a adequação do pagamentos de execuções por precatório pela ECT e, para tanto, há que se analisar três particularidades da ECT não extensíveis às responsáveis regradas pela Portaria nº 388/2016: (1) sua delegação decorre de lei, enquanto a das segundas têm origem em Portaria; (2) seu monopólio tem origem legal,

26 “Baumol & Willig (1981) definem um monopólio natural, no qual um único produtor apresentará maior eficiência econômica. Segundo Shirota (1996), no caso de produto único, a economia de escala existirá quando uma unidade de custo de produção diminuir de acordo com o aumento no nível de produção.” In Turolla, Frederico Araujo; OHIRA, Thelma Harumi. *A Economia do Saneamento Básico*, p.4. Disponível em: http://www.pucsp.br/eitt/downloads/III_CicloPUCSP_TurollaeOhira.pdf. Acesso em: 30 out. 2016. Segundo os autores, quando a maior eficiência de um setor exigir um provedor único, caberá ao Estado controlar os preços para que o provedor não obtenha lucro excessivo, assim como regular a quantidade e qualidade do produto. Ver também COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5ª Edição. Porto Alegre: Bookman. 2010.

Na Lei nº 9.074/95, os indicativos de que a distribuição de energia elétrica seja monopólio natural e designados a um único prestador de serviços estão contidos nos artigos 4-B, 23.

enquanto o das segundas decorre de uma realidade econômica verificável, ratificada pela regulação setorial; e (3) sua atuação não tem termo, enquanto a das segundas tem prazo determinável.

A primeira distinção já foi explorada na Seção 2 do presente artigo, tendo ficado assentada sua irrelevância, pois ambas redundam na prestação do serviço por uma das entidades do titular do serviço, no caso a União.

Quanto ao monopólio dos serviços postais, tem origem legal, constante da lei de criação da ECT.²⁷ Trata-se de uma ficção jurídica, uma opção do legislador por retirar uma determinada atividade do domínio econômico para explorá-la em caráter de exclusividade. No caso do monopólio natural, este não decorre de uma mera ficção jurídica, mas de uma realidade econômica.²⁸

O monopólio natural se caracteriza por uma situação em que a totalidade da demanda em um mercado relevante pode ser atendida pelo menor custo por um único provedor, em vez de vários. Nessa situação, havendo mais de um prestador, a produção consumirá maior quantidade de recursos para se realizar.

Esse tipo de monopólio usualmente se apresenta em indústrias que demandam investimentos excessivamente altos para o fornecimento do serviço, como as indústrias de rede (distribuição e transmissão de energia

27 Decorre do artigo 2º, I do Decreto-lei nº 509, de 20 de março de 1969, *in verbis*: “Art. 2º - A ECT compete:

I - executar e controlar, em regime de monopólio, os serviços postais em todo o território nacional”.

28 Floriano de Azevedo Marques Neto coloca o monopólio natural como causa para a interdição à exploração do serviço por particular, ao expor que “i) sua prestação dependia de uma infraestrutura (redes) demandante de vultosos investimentos, o que tornava o detentor destas redes naturalmente explorador único do serviço delas dependentes; ii) os investimentos necessários para oferecer o serviço eram de tal ordem vultosos que seria implausível (se não impossível) o seu retorno pela exploração do serviço em competição; iii) por fim (e, muita vez, esta razão pautava primordialmente as teses ainda atreladas à teoria do monopólio natural), havia o argumento de que a essencialidade da atividade guinada à condição de serviço público interditava a sua prestação por outrem que não o agente estatal” (SUNFELD, Carlos Ari (org.). *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002, pp.73-74). Marçal Justen Filho esclarece que no caso do monopólio natural a duplicação das infraestruturas conduz a preços unitários mais elevados do que a exploração por um único agente, indicando que o custo da prestação é reduzido à medida que o número de usuários aumenta, de modo que a exploração econômica nesse caso é mais eficiente quando realizada por um único agente. (*Curso de Direito Administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 742). São medidas regulatórias usualmente utilizadas para mitigar o monopólio natural o controle de preço, a imposição de livre acesso à rede (art. 11, § único da Lei nº 9.074/95), entre outras. Sobre o assunto, vide também Flávio Amaral Garcia em “Os Monopólios Naturais e sua Regulação” *In*: SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHAL, Carla C. (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002).

elétrica, saneamento básico e telecomunicações, por exemplo). A competição nesses casos, se existente, será prejudicial ao mercado, razão pela qual esses mercados usualmente sofrem regulação estatal, que impõe barreiras de entrada, determinando a atuação de um único prestador em uma área determinada, em regime de exclusividade.

O resultado produzido pelo monopólio natural, portanto, é o mesmo que aquele imposto pelo monopólio legal, qual seja a exploração da atividade por um único agente em um determinado mercado.

A despeito da diversidade de origens, não é possível vislumbrar uma causa para que seja dado tratamento diverso a ambos, uma vez que a consequência é a mesma: excluir a concorrência que seria enfrentada pelo ente público que presta serviço público em regime concorrencial. Seja na hipótese do monopólio constitucional, legal ou natural, a decorrência é a inexistência de competição, atuando o monopolista de maneira isolada. Não se justificaria, portanto, diversidade de tratamento.

Quanto à temporariedade da delegação, embora tal aspecto não tenha sido objeto de consideração nos julgamentos adotados como paradigma, importa analisá-lo no caso concreto, tendo em vista essa peculiaridade.

Sobre a questão da temporariedade, GROTTI (2003, p. 318), citando MEIRELLES (2001), ao tratar das hipóteses de prestação descentralizada do serviço público, coloca que a outorga legal pressupõe definitividade e, de fato, historicamente as outorgas legais são feitas por prazo indeterminado. As sociedades de economia mista e empresas públicas criadas para explorar determinado serviço público são constituídas em caráter definitivo, sem previsão de provisoriedade. A definitividade, entretanto, não é característica essencial à outorga legal; o que a caracteriza é: (1) a outorga ser realizada por ato normativo, e não por contrato e (2) o outorgado ser ente integrante da administração pública outorgante.

O fato de no caso concreto haver a previsão de temporariedade não desnatura a circunstância de tratar-se de uma outorga legal, até porque, apesar de serem temporárias, não há prazo determinado para a extinção da prestação, mas apenas determinável,²⁹ razão pela qual o aspecto da temporariedade não deve ser tido como fator relevante na análise da

29 Nesse sentido, interessa trazer um dado histórico a respeito dos agentes designados como responsáveis pelas Portarias citadas: tais empresas foram transferidas para o governo federal ou criadas a partir de empresa federal já existente, na década de 1990 para serem privatizadas. A pretensão era de que a venda de seus controles acionários ocorresse ainda naquela década, porém, cerca de vinte anos depois, todas permanecem sob controle federal. Tal observação, embora de natureza histórica, e não jurídica, informa a solução do problema no sentido de reforçar o argumento de que a temporariedade não pode ser tomada com o argumento jurídico para a solução do caso concreto.

questão, uma vez que não modifica sua essência: a de que, durante a prestação temporária do serviço, qualquer que seja sua duração, haverá uma entidade atuando em nome do próprio poder concedente e, nos casos de distribuição e transmissão, em regime de monopólio.

Assim, havendo a prestação de serviços em nome do próprio poder concedente em regime de monopólio natural, e não o exercício de atividade econômica em ambiente competitivo, não há que se falar em aplicação das restrições contidas no artigo 173, §§ 1º e 2º da Constituição Federal, sendo facultada, portanto, a concessão a elas de benefícios não extensíveis às empresas privadas e de tratamento análogo ao da Fazenda Pública no que tange ao regime de pagamento de execuções judiciais mediante precatório.

A esse respeito, entretanto, o artigo 7º, § 1º do anexo da Portaria MME nº 388/16 dispõe que “as prerrogativas decorrentes da prestação de serviço não conferem à responsável imunidade ou isenção tributárias, ressalvadas as situações expressamente indicadas em lei”.

Tal disposição, contudo, é totalmente inócua, pois a via da Portaria não pode ser utilizada para instituir tributo ou conceder isenção, não lhe cabendo, portanto, tratar dessa matéria.³⁰ Assim, a despeito do contido na Portaria, às prestadoras temporárias de serviços de distribuição e transmissão de energia elétrica poderiam, em tese, ser concedidos benefícios fiscais não extensíveis ao setor privado e caberia ser aplicado o regime de pagamento por precatórios, posto que sua atuação ocorre em nome do próprio poder concedente, fora de regime de concorrência com o setor privado.

No entanto, importa registrar que essa conclusão é aplicável à prestação temporária que se verifica atualmente de serviços de distribuição³¹ e pode ser estendida a uma eventual prestação temporária de serviços de transmissão, uma vez que essa atividade é igualmente executada em regime de monopólio natural. Não seria pertinente, porém, a extensão desse mesmo entendimento a uma eventual prestação temporária de serviços de geração, em razão de tratar-se de serviço público prestado em regime de competição, juntamente com o setor privado.

30 O artigo 150, § 6º da Constituição Federal estabelece que qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule o correspondente tributo ou contribuição.

31 Designadas pelas Portarias do Ministério de Minas e Energia nº 420, 421, 422, 423, 424 e 425, de 03 de agosto de 2016.

5. CONCLUSÃO

O setor elétrico brasileiro sofreu mudanças significativas em sua estrutura desde a década de 1990, entre elas a contratualização da outorga, a desverticalização de serviços, a privatização de empresas estatais e a criação de um ambiente de livre competição nos mercados de geração e comercialização de energia, com a participação de empresas estatais em regime competitivo juntamente com o setor privado.

Apesar de ter sido criado espaço para a redução de atuação direta do estado nessa indústria, a participação da União Federal ainda é expressiva no setor, inclusive na distribuição de energia elétrica.

Recentemente, no âmbito do processo de decisão dos agentes quanto à prorrogação de concessões de distribuição, a União Federal, na qualidade de controladora indireta de Amazonas Energia, Eletroacre, Ceron, Cepisa, Ceal e Boa Vista Energia, decidiu não prorrogar suas concessões, tendo sido invocada, em consequência, a figura da prestadora temporária de serviços de energia elétrica, contemplada nos artigos 9º, §§1º e 10º da Lei nº 12.783/13 e na Portaria MME nº 388/2016.

A despeito de a delegação contida nesses instrumentos ser genérica, dependendo de uma norma integradora que consiste nas portarias ministeriais de nomeação específicas, sua natureza jurídica consiste em outorga legal, não tendo impacto sobre essa conclusão o fato de serem temporárias, pois o que efetivamente as caracteriza como tal é (1) a outorga ser realizada por ato normativo, e não por contrato e (2) o outorgado ser ente integrante da administração pública outorgante, não sendo a definitividade de uma característica essencial à outorga legal.

Com esteio nos precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, representados pelo RE nº 599.628/DF e pelo RE nº 220.906-9/DF, é possível concluir que, tratando-se de delegação conferida para a prestação de serviço público em regime de exclusividade, fora de competição com o setor privado, aí não importando a natureza do monopólio, se legal ou natural, poderiam, em tese, ser concedidos benefícios fiscais não extensíveis ao setor privado e caberia a aplicação do regime de pagamento por precatórios.

Tal conclusão, entretanto, somente é aplicável aos serviços de distribuição e de transmissão de energia elétrica, prestados em regime de monopólio natural, e não aos serviços de geração, que se desenvolvem em regime de competição no mercado, devendo o ente paraestatal atuar em igualdade de condições com o setor privado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos. “Delegações de Serviço Público”. In LANDAU, Elena (coord.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico* – Tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Direito dos Serviços Públicos*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

Cooter, Robert; Ulen, Thomas. *Direito & Economia*. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DUTRA, Joísa Campanher. “Regulação do Setor Elétrico no Brasil”. In GUERRA, Sergio (org.). *Regulação no Brasil: Uma Visão Multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

FARIAS, Sara Jane Leite de. *Regulação Jurídica dos Serviços Autorizados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARCIA, Flávio Amaral. “Os Monopólios Naturais e sua Regulação”. In SOUTO, Marcos Jurueña Villela e MARSHAL, Carla C. (orgs.). *Direito Empresarial Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *Ordem Econômica na Constituição Brasileira de 1988*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. “Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação”. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

JUSTEN, Monica Spezia. *A Noção de Serviço Público Europeu*. São Paulo: Dialética, 2003.

Landau, Elena; Dutra, Joísa; Sampaio, Patricia. “O Estado e a Iniciativa Privada no Setor Elétrico: Uma Análise das Duas Últimas Décadas (1992-2012)”. In OLIVEIRA, Gesner; OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo (Orgs.). *Parcerias Público-Privadas: experiências, desafios e propostas*. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques e GAROFANO, Rafael Roque. “Notas sobre o Conceito de Serviço Público e suas Configurações na Atualidade”. *Revista de Direito Público de Economia - RDPE*. Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 633-77, abr./jun. 2014.

_____. “A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes”. In SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. “Nova Regulação dos Serviços Públicos”. *IDAF* nº 12. jul./2002, pp. 1040-1053.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: Parte Introdutória, Parte Geral, Parte Especial*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.

ORITZ, ARIÑO. *Principios de Derecho Público Económico: Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*. Tercera Edición, Granada: Comares, 1999.

ROLIM, Maria João C. Pereira. *Direito Econômico da Energia Elétrica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SAMPAIO, Patricia Regina Pinheiro. “A Constituição de 1988 e a disciplina da participação direta do Estado na Ordem Econômica”. In LANDAU, Elena (coord.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico – Tomo II*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SUNDEFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999, pp. 161-2. *Apud* FARIAS, Sara Jane Leite de. *Regulação Jurídica dos Serviços Autorizados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Turolla, Frederico Araujo; OHIRA, Thelma Harumi. *A Economia do Saneamento Básico*. p. 4. In http://www.pucsp.br/eitt/downloads/III_CicloPUC-SP_TurollaeOhira.pdf. Acesso em 30 out. 2016.

Este livro foi produzido pela FGV Direito Rio,
composto com a família tipográfica Gotham,
no ano de 2016.

ISBN 978-85-63265-78-4



9 788563 265784