

Transformações do Direito Administrativo

Controle de Administração Pública: diagnósticos e desafios

ORGANIZADORES

Fernando Leal

José Vicente Santos de Mendonça



 **FGV DIREITO RIO**

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/direito-rio

Transformações do Direito Administrativo
Controle de Administração Pública:
diagnósticos e desafios

Organizadores

Fernando Leal
José Vicente Santos de Mendonça

EDIÇÃO FGV Direito Rio

Obra Licenciada em Creative Commons

Atribuição — Uso Não Comercial — Não a Obras Derivadas



Impresso no Brasil

Fechamento da 1ª edição em fevereiro de 2023

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: Ludmilla Totinick, Christian Dannel e Victor Almeida

Capa: Estúdio Castellani

Diagramação: Estúdio Castellani

Revisão: Fernanda Barreto e Christian Dannel

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Mario Henrique Simonsen/FGV

Transformações do direito administrativo [recurso eletrônico] : controle de Administração Pública: diagnósticos e desafios / organizadores Fernando Leal, José Vicente Santos de Mendonça. – Rio de Janeiro : FGV Direito Rio, 2022.
1 recurso online (196 p.) : PDF

Dados eletrônicos

Inclui bibliografia.

ISBN: 978-65-5652-198-5

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

CDD – 341.3

Elaborada por Mariane Pantana Alabarce – CRB-7/6992

SUMÁRIO

Apresentação da obra <i>Transformações do Direito Administrativo – Controle de Administração Pública: diagnósticos e desafios</i>.....	7
<i>Fernando Leal</i> <i>José Vicente Santos de Mendonça</i>	
CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	9
1 A jurisprudência do Tribunal de contas da União sobre oportunidades de negócio por empresas estatais: Art. 28, §3º, II, da Lei nº 13.303/2016	10
<i>Heloisa Conrado Caggiano</i> <i>Matheus Ferri</i>	
2 Princípio da Segregação de Funções na Lei nº 14.133/2021: A apropriação legal distorcida do entendimento do Tribunal de Contas da União e os efeitos para o controle da administração	29
<i>Lunara Farias Lima</i> <i>Felipe Braga Albuquerque</i>	
3 Metarregulação responsiva: a supervisão regulatória do Tribunal de Contas da União.....	39
<i>Rosinaldo Sampaio Lobato Junior</i>	
ECONOMIA E REGULAÇÃO	61
4 Fundamentos para a regulação estatal do esporte de rendimento	62
<i>Cristiane Cardoso Avolio Gomes</i>	
5 O grupo de ação financeira e a regulação de ativos virtuais e prestadores de serviços no Brasil	80
<i>Júlia Dantas Saavedra</i>	
6 Microcrédito e gênero: perspectivas e desafios da legislação brasileira de acesso ao microcrédito para mulheres.....	95
<i>Paula da Cunha Duarte</i> <i>Anna Luiza Souza</i>	
7 O controle semiprocedimental da legislação: lineamentos introdutórios	107
<i>Roberta Simões Nascimento</i>	
NOVOS DESAFIOS DO ESTADO ADMINISTRATIVO.....	123
8 Os novos dispositivos da LINDB: entre o pragmatismo e o consequencialismo.....	124
<i>Braulio Campos Mattos</i>	

■■■ SUMÁRIO ■■■

9	O acervo patrimonial imobiliário do Estado e o aprimoramento de sua gestão: um estudo sobre a administração pública proprietária no âmbito da União.....	138
	<i>César Henrique Ferreira Lima</i>	
10	Limites constitucionais da automatização de emissão de licenças ambientais	153
	<i>Marcella Simões P. Meirelles</i>	
11	As recomendações expedidas pelos Tribunal de Contas da União: uma batalha reputacional camuflada de <i>soft law</i>?	172
	<i>Soraya Noura y Maurity</i>	

Apresentação da obra *Transformações do Direito Administrativo – Controle de Administração Pública: diagnósticos e desafios*

*Fernando Leal*¹

*José Vicente Santos de Mendonça*²

O Seminário de Integração entre os Programas de Pós-Graduação *stricto sensu* da FGV Direito Rio e da Faculdade de Direito da Uerj chegou à sua sétima edição com a retomada de encontros presenciais.

Seguindo o formato exitoso dos anos anteriores ao da pandemia da Covid-19, no dia 17 de novembro de 2022, 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 em torno de tema extremamente desafiador: o controle da administração pública. Como sempre, os professores apresentaram suas ideias e elas foram questionadas, com espaços para réplicas e tréplicas. Um diálogo, como indicado desde a apresentação da primeira obra da série “Transformações do Direito Administrativo”, 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. Com a consolidação do seminário, o número

1 Professor da FGV Direito Rio. Doutor em Direito pela Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, com apoio do serviço alemão de intercâmbio acadêmico (DAAD). Doutor e mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uerj). Realizou estágio pós-doutoral na condição de pesquisador visitante na Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. E-mail. fernando.leal@fgv.br.

2 Professor de Direito Administrativo da Uerj. Doutor e mestre em Direito Público pela Uerj. Master of Laws por Harvard. Coordenador do Laboratório de Regulação Econômica da Uerj. Procurador do estado e advogado no Rio de Janeiro. E- mail: jose.vicente@terra.com.br.

significativo de propostas enviadas foi distribuído em três grupos de trabalho: Controle da Administração Pública; Novos Desafios do Estado Administrativo; e Economia e Regulação. Participaram neste ano das atividades do seminário, além dos organizadores, as professoras Natasha Salinas (FGV Direito Rio), Patrícia Baptista (Uerj) e Patrícia Sampaio (FGV Direito Rio) e os professores Alexandre Aragão (Uerj), André Cyrino (Uerj), Eduardo Jordão (FGV Direito Rio) e Leandro Molhano Riberio (FGV Direito Rio). A todos somos imensamente gratos. Para os participantes, seguindo a tradição estabelecida nos seminários de integração, foi uma oportunidade singular de vivência no país de um tipo diferente de academia. O resultado dessas interações pode ser visto nas próximas páginas, que reúnem as versões finais dos resumos expandidos selecionados e discutidos nos GTs.

Assim como em todas as outras edições, a obra segue orientada no espírito crítico e, ao mesmo tempo, construtivo que deve nortear o desenvolvimento de trabalhos acadêmicos; nas relações de respeito, admiração e amizade que aproximam os docentes e discentes das duas instituições; e no enfrentamento de tema atual e relevante para a pesquisa em direito público no país.

CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Heloisa Conrado Caggiano
Matheus Ferri

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União sobre oportunidades de negócio por empresas estatais: Art. 28, §3º, II, da Lei nº 13.303/2016

1

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União sobre oportunidades de negócio por empresas estatais: Art. 28, §3º, II, da Lei nº 13.303/2016

*Heloisa Conrado Caggiano*¹

*Matheus Ferri*²

Palavras-chave: empresas estatais; oportunidade de negócio; controle; ausência de licitação; Tribunal de Contas da União.

Introdução

O objetivo deste artigo é analisar decisões do Tribunal de Contas da União que tratam de *oportunidades de negócios* firmadas por empresas estatais com base no art. 28, 3º, II, da Lei nº 13.303/2016. Mais especificamente, a análise recairá sobre eventuais pressupostos jurídicos considerados necessários pelo TCU para sua realização sem licitação.

A Lei nº 13.303/2016 foi editada para regulamentar o art. 173, §1º, da Constituição Federal, constituindo o estatuto jurídico das empresas estatais. Regulou, entre outros aspectos, sua sujeição ao regime de direito privado e a dinâmica para celebração de contratos.

Conforme consta da exposição de motivos da Lei nº 13.303/2016, o projeto de lei estabeleceu quatro eixos para a implementação de mecanismos de controle e transformação nas estatais: gestão, controles, prestação de contas e supervisão de condutas. Um

1 Mestre (2018) e doutoranda em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Formação em Direito Administrativo Contratual (2012) e em Arbitragem (2018) pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/SP); e em Finanças e Contabilidade pela *Lisbon School of Business and Economics* (2014). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2009). E-mail: heloisa@xvbm.com.br.

2 Pós-graduando em Direito Administrativo pela Escola de Direito de São Paulo (FGV Direito SP). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR).

dos pressupostos do projeto foi inserir na cultura da gestão das estatais o elemento de eficiência, em especial, no que respeita às suas limitações nos processos de contratação.

Diante desse contexto é que a Lei nº 13.303/2016 instituiu nova hipótese de contratação, por empresas estatais, que prescinde de licitação – as chamadas oportunidades de negócio, previstas no art. 28, §§3º e 4º.

Para este estudo, interessa a hipótese de oportunidades de negócio prevista no art. 28, §3º, II, qual seja, aquela em que a estatal contrata sem realizar licitação porque a escolha do *parceiro* está associada a “suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas”, a justificar a “inviabilidade de procedimento competitivo”. Conforme previsto no art. 28, §4º, essa contratação pode visar tanto à formação ou extinção de parcerias e de outras formas associativas, societárias ou contratuais, como aquisição e a alienação de participação societária e outras formas associativas, societárias ou contratuais, e operações realizadas no âmbito do mercado de capitais (conforme art. 28, §4º).

Haja vista a novidade do instituto, e a utilização de expressões abertas pela Lei para definir seus requisitos, tais como “características particulares” do parceiro, oportunidade “definida e específica”, e procedimento competitivo “inviável”, o objetivo dessa análise é verificar como o TCU vem interpretando cada um desses requisitos previstos na Lei para a espécie de oportunidade de negócio em questão. A hipótese a ser verificada é de que a jurisprudência do TCU tem interpretado o instituto de forma retrospectiva, associada à Lei nº 8.666/1993 e ao modo como as contratações das estatais foram regidas até a vigência da Lei nº 13.303/2016.

Metodologia

Para analisar a jurisprudência da Corte de Contas sobre o tema, foi realizada pesquisa na base de dados denominada “Acórdãos”, disponível no sítio eletrônico do TCU (<https://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/>).

Uma vez selecionada a base de dados, foram utilizadas as seguintes expressões no campo “Pesquisar por...”: (1) estatais E oportunidade E negócio; (2) “oportunidades de negócio” E estatais; (3) “oportunidades de negócio” E 13.303 e (4) “oportunidades de negócio” e 13.303; e (5) 13.303 E art. 28.

Haja vista que a hipótese em análise foi instituída pela Lei nº 13.303/2016, foi feito um recorte cronológico na busca, inserindo-se no campo “data de sessão” o período de 30/06/2016 (data de publicação da lei) a 14/10/2022 (data de realização da pesquisa). O resultado foi o seguinte:

- (i) *estatais E oportunidades E negócio*: retornaram 1.207 acórdãos;
- (ii) *“oportunidades de negócio” E estatais*: retornaram 96 acórdãos, dos quais 5 já haviam retornado na pesquisa (i);
- (iii) *“oportunidades de negócio” E 13.303*: retornaram 12 acórdãos, dos quais 5 já haviam retornado nas pesquisas (i) e (ii);
- (iv) *“oportunidades de negócio” E 13.303*: retornaram 12 acórdãos, dos quais 5 já haviam retornado nas pesquisas de (i) a (iii);
- (v) *13.303 E art. 28*: retornaram 32 acórdãos, dos quais apenas um não havia retornado nas pesquisas de (i) a (iv).

Tendo em vista o escopo desse estudo, os acórdãos relevantes que resultaram da pesquisa, ou seja, aqueles que tratam dos pressupostos para a celebração de oportunidades de negócios com base no art. 28, §3º, II, da Lei nº 13.303/2016, foram:

1. Acórdão 1.765/2018, Plenário, rel. min. Aroldo Cedraz;
2. Acórdão 2.488/2018, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler;
3. Acórdão 585/2019, Plenário, rel. min. Ana Arraes;
4. Acórdão 871/2020, Plenário, rel. min. Bruno Dantas;
5. Acórdão 1.744/2021, Plenário, rel. min. Walter Alencar Rodrigues;
6. Acórdão 1.579/2022, Plenário, rel. min. Antonio Anastasia.

Os demais acórdãos foram considerados irrelevantes para a pesquisa porque: (i) tratavam da hipótese prevista no inc. I, do art. 28, §3º da Lei nº 13.303/2016; (ii) não mencionavam a expressão “oportunidade” no contexto do instituto em questão; (iii) mencionavam oportunidade de negócio como sinônimo de *parceria estratégica* prevista no art. 2º, §3º da Lei nº 13.303/2016; (iv) mencionavam a expressão “oportunidade de negócio” apenas para diferenciá-la de outros institutos como desestatização, desinvestimento ou da parceria do art. 2º, §3º da Lei das Estatais, mas não se debruçavam sobre ela; ou (v) analisaram a legalidade da contratação em questão à luz da Lei nº 8.666/1993, mencionando o art. 28, §3º, II, da Lei das Estatais apenas como fundamento residual e sem adentrar aos seus requisitos legais, inviabilizando a análise.

1. A jurisprudência do TCU

Passa-se a análise dos seis acórdãos selecionados, do mais antigo para o mais recente.

1.1 Acórdão 1.765/2018

O caso envolveu o acompanhamento do processo de desinvestimento das Centrais Elétricas Brasileiras: Eletrobras em Sociedades de Propósito Específico – SPE (Eletrobras).

Segundo instrução do TCU, a licitação seria inaplicável às alienações de participação da Eletrobras consideradas “oportunidades de negócio”, e nos termos do art. 28, §3º, II, da Lei nº 13.303/2016, essa *dispensa* de licitação ficaria condicionada à demonstração de inviabilidade de procedimento competitivo.

Das transações inicialmente consideradas como oportunidades de negócio, por isso não levadas a leilão, restou apenas a venda de participação da Eletrobras na Integração Transmissora de Energia (Intesa). A análise foi centrada na efetiva configuração de hipótese de inviabilidade de competição, na definição do valor do ativo e em eventual conflito de interesse entre assessor financeiro e parceiro (no caso, o assessor que realizou a avaliação econômico-financeira do ativo da Intesa era acionista do comprador – Equatorial Energia S.A.).

Sobre a ausência de licitação, o TCU decidiu que a Lei nº 13.303/2016 não dispensou de forma incondicional as estatais de licitar nos casos considerados como “oportunidades de negócio”, e que a *dispensa* só se daria quando justificada a inviabilidade de procedimento competitivo. A licitação permaneceria como regra mesmo nos casos de oportunidades de negócio.

A Eletrobras entendeu haver inviabilidade fática de processo competitivo para a venda de participação na Intesa porque recebeu proposta de *tag along* da Equatorial, válida por 60 dias, para compra do ativo pelo mesmo valor pago na compra da participação do acionista majoritário da Intesa. Como o valor oferecido era superior ao preço mínimo avaliado pela Eletrobras, a estatal reputou configurada a oportunidade de negócio.

Ao analisar os valores do *valuation* da Intesa, o TCU não detectou evidência de que a negociação seria antieconômica para a estatal – o valor estava acima do mínimo estipulado pela própria estatal. Porém, atendo-se ao art. 28, inciso II, §4º, da Lei nº 13.303/2016, inferiu-se que o caso não era de inviabilidade de processo competitivo. Primeiro, porque não havia cláusula de *drag along* no acordo de acionista, que obrigasse a Eletrobras a comercializar sua participação em caso de venda pelo acionista majoritário. Segundo, porque o prazo de 60 dias ofertado pela Equatorial caracterizaria a atratividade do ativo, revelando a viabilidade da competição. Terceiro, e mais importante, porque a Eletrobras estava mobilizada na alienação de participação de empresas do Sistema Eletrobras, de modo que as ações da Intesa poderiam ser alienadas no próprio leilão (p. 93-94). Concluiu o TCU que:

Admitir que a mera existência de oferta por parte de um interessado em determinado ativo seja motivo para dispensa de licitação afrontaria diretamente os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo insculpidos no art. 31, *caput*, da própria Lei das Estatais (p. 94 do acórdão)

Destacando o risco de, não sendo submetido a leilão, não haver a revelação do valor do ativo pelo mercado na oportunidade de negócio, o TCU recomendou à estatal:

- (i) Aprimorar seus normativos internos a fim de assegurar a dupla avaliação independente do ativo para estipulação de preço mínimo de venda adequado, mesmo em caso de oportunidade de negócio;
- (ii) Prever a contratação de *fairness opinion* nos casos de alienações que se realizem por fora do leilão, com base na oportunidade de negócio;
- (iii) Que na hipótese de celebração de oportunidade de negócio, a pessoa jurídica que tenha atuado como assessor financeiro no processo (ou pessoas com ela relacionadas) não possa figurar como parceiro; e
- (iv) que a Eletrobras se abstenha de realizar a operação de venda bilateral da Intesa, por não se enquadrar em caso de dispensa do art. 28, inciso II, §4º, da Lei nº 13.303/2016, eis que essas ações poderiam ser incluídas no bojo do próprio leilão que a empresa pretende realizar.

A venda de participação da Eletrobras na Intesa, portanto, não foi levada adiante conforme o modelo de oportunidade de negócio pretendido pela estatal. Mesmo havendo proposta para compra do ativo com lance superior ao preço mínimo, o TCU determinou que o ativo fosse incluído no leilão de desestatização.

1.2 Acórdão 2.488/2018

O acórdão analisou negócio a ser firmado entre a Telecomunicações Brasileiras S.A. (Telebras) e a empresa Viasat Inc., com base no art. 28, §3º, II, da Lei das Estatais, para compartilhamento de receita decorrente do uso de capacidade de satélite.

Segundo indicado no acórdão, a Telebras já teria feito processo de chamamento público, que restou fracassado ante divergência significativa entre os modelos de negócios das empresas interessadas e o modelo proposto no edital. Daí a Telebras ter desenvolvido

trabalho de prospecção no mercado e identificado na empresa Viasat “um parceiro estratégico, apto para implementar uma oportunidade de negócio definida e específica, consistente no acordo de compartilhamento de capacidade satelital, nos moldes de uma parceria privada”.³ A estatal também teria feito estudo que indicou alta probabilidade de a repetição do chamamento fracassar, havendo parecer da área jurídica pela formalização do negócio.

A Telebras fundamentou a parceria com base em premiação da Viasat; nos dados de seu desempenho em outros países; nos contratos firmados com outros governos e parceria internacional com a Otan; na capacidade para prestação de serviços; em seu sistema ser maduro e estável para garantir o provimento dos serviços de banda larga; em seu modelo de serviço ser único e bem-sucedido, oferecendo conectividade por preço acessível a localidades de baixa renda; no fato de a Viasat não atuar no Brasil, de modo que a parceria promoveria a inclusão de novo concorrente, na contribuição para a redução dos preços e geração de empregos; no programa de transferência de conhecimento no plano de negócios; em ser a única que entendeu possível compatibilizar seu modelo de negócio com os objetivos estratégicos da Telebras.

Indicou também que as empresas privadas, aparentemente, resistem à ideia de revelar publicamente seus planos de negócios, o que aconteceria em procedimento competitivo.

A análise do caso foi feita pela TCU a partir dos seguintes requisitos legais: (i) configuração de uma oportunidade de negócio por meio dos mais variados modelos associativos, societários ou contratuais; (ii) demonstração da vantagem comercial para a empresa estatal; (iii) comprovação pelo administrador público de que o parceiro escolhido apresenta condições peculiares que demonstram sua superioridade em relação às demais empresas que atuam naquele mercado; e (iv) demonstração da inviabilidade de procedimento competitivo.

3 Conforme previsto na p. 165 do acórdão.

No caso, a Corte entendeu ter havido falhas, como a ausência de estudos detalhados e prévios que embasassem a parceria e permitissem verificar seus requisitos; a ausência de demonstração de vantagem comercial advinda do contrato, ligada a seus aspectos econômico-financeiros; e a ausência de documentos que comprovassem ter havido comparação entre propostas pela Telebras. De todo modo, foi possível perceber que houve análise da configuração de uma oportunidade de negócio e das características específicas da parceira que contribuíram de forma significativa para a escolha da estatal. Quanto à resistência das empresas privadas em apresentar plano de negócios, o TCU compreendeu que a estatal poderia ter solicitado propostas, sob determinadas diretrizes, conduzindo negociações simultâneas com empresas privadas e, a partir da comparação de modelos e ofertas, detectaria alternativas para uso do satélite.

Entretanto, o próprio TCU reconheceu que o procedimento causaria demora nas negociações, o que poderia ocasionar prejuízos diante da necessidade de tornar operacional o sistema no menor prazo possível. Também considerou relevante a alegação da Telebras de que a Lei nº 13.303/2016 submeteu a contratação associativa a um regime distinto da inviabilidade de competição propriamente, sendo possível afastar a licitação com base no sopesamento de fatores que variam nos casos concretos, como a pertinência e a compatibilidade de projetos de longo prazo, a comunhão de filosofias empresariais, a complementaridade das necessidades e a ausência de interesses conflitantes. A experiência da Viasat com o atendimento a clientes finais que moram em pequenas localidades era um diferencial relevante a favor da empresa.

Daí concluiu o TCU que a existência de possíveis concorrentes não necessariamente implica a necessidade de ser realizado processo competitivo, “Afim, consoante exposto acima, a escolha do parceiro pode decorrer de avaliações subjetivas, que devem estar embasadas em critérios bem definidos”.

Com base nessas considerações, a Corte entendeu estarem caracterizadas diversas falhas na oportunidade de negócio firmada,

ensejando determinações corretivas, mas não a anulação do contrato em tela, que causaria prejuízos à política pública.

1.3. Acórdão 585/2019 – Plenário

Analisou a regularidade de criação de empresa privada pela ECT, em parceria com a Azul, com base no art. 28, §3º, II, da Lei nº 13.303/2016. A *joint venture* substituiria a Rede Postal Noturna, sendo mais vantajosa do ponto de vista operacional e econômico.

Além da presença dos requisitos previstos no artigo da lei, o TCU analisou o caso a partir de dois outros requisitos: (i) se a ECT, por meio da parceria, estaria exercendo atividade relacionada ao seu objeto social, para se valer de normas de direito privado e poder concorrer em condições de igualdade com empresas privadas; (ii) se teria havido observância de princípios constitucionais e da obrigatoriedade de realização de processo competitivo pela estatal, em não havendo motivos a respaldar a escolha de um sujeito em detrimento de outro(s).

A instrução do processo revelou que a ECT contratou consultoria para analisar a companhia aérea que melhor atenderia aos objetivos, a partir de filtros que levaram à escolha da Azul (critérios excludores e critérios de priorização)⁴. O TCU averiguou a razoabilidade dos critérios utilizados pela consultoria; a fidedignidade dos dados apresentados; e a coerência da metodologia da consultoria, concluindo pela higidez da seleção da Azul, ante características particulares. Além disso, reconheceu a existência de indícios razoáveis de vantagem na oportunidade de negócio em tela, ante robustos benefícios econômico-financeiros do negócio, como o aumento da receita da estatal e significativa economia.

Quanto à inviabilidade de procedimento competitivo, a instrução reconheceu que “a existência de outras companhias, de per si, não

4 Conforme consta da p. 23 do Acórdão 585/2019, “Os critérios excludores levaram em consideração a disponibilidade de porão ‘barriga’ das aeronaves; capilaridade da cia. aérea, conforme a existência de rotas que atinjam o maior número de localidades (capilaridade nacional) e a capacidade de pagamento de dívidas. Os filtros de priorização consideraram fatores de atratividade e exequibilidade.”

é elemento suficiente para exigir um procedimento licitatório”, porque as características particulares da Azul tornavam única a parceria com ela firmada, que não poderia ser oferecida pelas outras companhias:

a parceria em tela não se revestiria de mero contrato de prestação de serviço, a respeito do qual se poderia coletar no mercado preços das diversas companhias, possuindo um caráter mais amplo e complexo, que não poderia ser mensurável por critérios objetivos em um procedimento licitatório.⁵

Entendeu-se que a inviabilidade da competição decorria das próprias características da Azul, que implicavam um modelo muito específico de negócio que outras empresas não conseguiriam atender, e que se revelaria vantajoso tanto pelo preço como por características que ao longo do tempo tenderiam a maior probabilidade de êxito econômico.

Nada obstante a instrução recomendar a aprovação do modelo, com parecer favorável do Ministério Público, o voto Relator teve por bem determinar diligências para análise aprofundada do mérito. Com o fim do prazo para a negociação, a ECT informou o seu encerramento, perdendo objeto a representação, então arquivada.

1.4. Acórdão 871/2019 - Plenário

Trata-se de acompanhamento dos desinvestimentos do conglomerado do Banco do Brasil, para avaliar a governança dos processos e sua aderência às normas e jurisprudência do TCU. O caso tangencia a hipótese prevista no art. 28, §3º, II, mas sem tratar de caso concreto.

A Instrução Normativa 941 do Banco foi analisada indicando que, embora se trate de uma série de operações societárias com requisitos distintos, prevê-se rito único para todas elas. Por isso, determinou que os procedimentos fossem melhor especificados.

5 P. 24 do Acórdão 585/2019.

Tratando das oportunidades de negócio da Lei nº 13.303, indicou-se a distinção entre desinvestimento e parcerias estratégicas, bem como seus fundamentos jurídicos:

63. Nesse contexto, registra-se que a Lei 13.303/2016 diferencia esses institutos e impõe requisitos distintos para essas operações, dispondo em seu art. 29 acerca da dispensa de licitação, aplicável ao caso de desinvestimentos, e no art. 28, §3º, inciso II, sobre as parcerias estratégicas.

64. Em um processo de alienação de ativos deve ser realizado obrigatoriamente processo competitivo público, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 5624 MC-REF, ao passo que um processo de aquisição vai depender do alinhamento com o plano de negócios da estatal ou de autorização legislativa, conforme o caso. Por outro lado, em uma parceria estratégica é necessário um processo competitivo na medida do possível, além do alinhamento estratégico.⁶

Nesse acórdão, pois, a parceria do art. 28, §3º, II, demandaria alinhamento estratégico e processo competitivo, “na medida do possível”. Não foram indicados contornos mais precisos sobre cada um desses itens. Aparentemente, houve confusão entre *oportunidade de negócio* e a previsão contida no art. 2º, §3º, da Lei.

O caso foi encerrado com determinações do TCU ao Banco para ajustes nas normas internas.

1.5. Acórdão 1.744/2021 – Plenário

Trata-se de análise de contratação direta de consultor especializado pelo BNDES, mediante processo competitivo, na desestatização do Serpro (Serviço Federal de Processamento de Dados) e possibilidade de formação de parceria via oportunidade de negócio – abarcando o art. 28, §3º, I e II e §4º.

6 P. 8-9 do Acórdão.

O BNDES fundamentou a contratação nos seguintes argumentos: (i) superação da controvérsia entre atividade-fim e meio, pois atividades relacionadas ao objeto social abarcariam tanto as de suporte quanto as finalísticas; (ii) que, com base na Lei, sempre que a realização da licitação for um empecilho para a execução do objeto social da estatal, a licitação não é aplicável, com fundamento no art. 28, §3º, I; (iii) inviabilidade de competição não envolveria a existência de apenas um profissional apto, mas também a dificuldade de se operacionalizar competição, sobretudo a avaliação técnica em licitação; (iv) o art. 18. IV, parágrafo único da Lei nº 9.491/1997⁷ deve ser interpretado à luz da EC 19/1998, que alterou o art. 173, §1º, da CF; (v) a modelagem dos contratos tem adquirido viés colaborativo, havendo compartilhamento de riscos e interesses convergentes, consubstanciando relação jurídica passível de enquadramento no art. 28, §§3º e 4º, que estabelece conceito amplo de parceria; e (vi) estabelecimento de forma de remuneração baseada em taxa de sucesso da operação.

A modelagem proposta apontou a possibilidade de realização de procedimento competitivo simplificado quando verificada a existência de dois ou mais parceiros em potencial, conforme Resolução BNDES nº 3.592/2020.

O TCU indicou a necessidade de observância dos seguintes requisitos para a oportunidades de negócios:

- i)* finalidade empresarial abarcada no objeto social da empresa estatal, em decorrência do princípio da subsidiariedade; *ii)* identificação da oportunidade de negócio – previamente à escolha do parceiro –, cujo escopo e objeto deve ser definido e específico, demonstrando-se as singularidades do empreendimento que sejam capazes de o diferenciar frente à generalidade das operações da empresa estatal; *iii)* descrição das características quantitativas

7 Na contratação dos serviços a que se refere o inciso IV deste artigo, poderá o gestor do fundo estabelecer, alternativa ou cumulativamente, na composição da remuneração dos contratados, pagamento a preço fixo ou comissionado, *sempre mediante licitação*.

e qualitativas utilizadas na escolha do parceiro e elaboração da análise de mercado para a identificação de potenciais interessados; *iv*) estudo de viabilidade técnica e econômica que contemple a análise de proporcionalidade da decisão, incluindo a ponderação da adequação, da necessidade e dos custos e benefícios da decisão associativa; *v*) motivação para a escolha do agente econômico privado, apresentando as razões de fato e de direito que fundamentam todas as suas decisões, em especial nos casos de ausência de mais de um agente econômico possível e *vi*) justificativa de impossibilidade de procedimento competitivo nos termos da Lei 13.303/2016, que não se restrinja a fundamentos derivados do princípio da *affectio societatis* – por potencial afronta ao princípio da impessoalidade.⁸

Indicou, ademais, a necessidade de observância dos princípios constitucionais, societários, de normas de governança privada e sistemática corporativa.

Acerca dos fundamentos apresentados pelo Banco para a oportunidade de negócio, o TCU consignou que a remuneração variável e a divisão de riscos, ainda que estimulem a eficiência, não são elementos diferenciadores aptos a transformar a relação contratual em parceria nos moldes da oportunidade de negócio – que não deve ser caracterizada somente por características contratuais, mas por “atributos singulares do potencial parceiro”.

Do cotejo da fundamentação com os requisitos, o TCU decidiu pela higidez de utilização da contratação direta de consultor financeiro, por inaplicabilidade de licitação (§3º, I), mas não pela oportunidade de negócio (§3º, II e §4º) ante os fundamentos apresentados (itens *v* e *vi* acima).

8 P. 28 do Acórdão.

1.6. Acórdão 1.579/2022 - Plenário

Tratou da viabilidade jurídica de cessão onerosa de uso da Fips (Ferrovia Interna do Porto de Santos), pela SPA (Santos Port Authority), à Associação sem fins lucrativos entre os operadores ferroviários com acesso ao Porto, para gestão e investimentos compartilhados, fundamentada no art. 28, §3º, II.

A SPA fundamentou a contratação nos seguintes elementos: i) inconveniência de processo competitivo, que levaria a maiores custos aos usuários finais; ii) a associação criada e gerida pelos operadores ferroviários que acessam a Fips, em regime de cooperação e por iniciativa voluntária, com repartição dos custos e investimentos, visaria a obtenção de ganhos de eficiência operacional, maior rapidez para a realização de obras essenciais ao Porto com investimentos privados, redução de custos logísticos e aplicação de boas práticas de transparência e governança.

O TCU indicou a necessidade de observância dos seguintes requisitos, extraídos do Acórdão 2.488/2018, utilizado como parâmetro:

A contratação direta da empresa parceira depende:

- a) da configuração de uma oportunidade de negócio, o qual pode ser estabelecido por meio dos mais variados modelos associativos, societários ou contratuais, nos moldes do estabelecido no §4º do art. 28 da Lei das Estatais; b) da demonstração da vantagem comercial que se espera advirá para a empresa estatal; e c) da comprovação pelo administrador público de que o parceiro escolhido apresenta condições peculiares que demonstram sua superioridade em relação às demais empresas que atuam naquele mercado; e d) da demonstração da inviabilidade de procedimento competitivo.⁹

Analisando a fundamentação, o TCU concluiu pelas vantagens do modelo associativo:

9 P. 13 do Acórdão.

(i) uma vantagem comercial, pela expectativa de ganhos de eficiência operacional, maior rapidez para a realização de investimentos essenciais, sem aporte de recursos públicos, e redução de custos logísticos, (ii) a superioridade dos parceiros escolhidos e a comunhão de filosofias empresariais, por se tratar dos próprios operadores ferroviários que acessam a Fips, (iii) a pertinência e compatibilidade de projetos de longo prazo, materializados nos investimentos mínimos, adicionais e complementares previstos, e (iv) a complementaridade das necessidades, já que os próprios interessados em acessar a Ferrovia interna, sob supervisão da Autoridade Portuária, serão responsáveis pela sua gestão, operação, manutenção e expansão.¹⁰

Daí a aprovação da modelagem com base no art. 28, §3º, II.

Conclusão

A leitura dos acórdãos do TCU confirma a hipótese da pesquisa, de que o TCU vem interpretando a oportunidade de negócio prevista no art. 28, §3º, II, da Lei nº 13.303/2016 com base na jurisprudência prévia a essa Lei, inclusive a partir da lógica da Lei nº 8.666/1993. Ao menos por ora, a jurisprudência não confere segurança aos gestores sobre como cumprir os requisitos para celebração da oportunidade de negócio – que dependerão muito especificamente do caso em concreto.

Ainda assim, os casos analisados podem servir de parâmetro aos gestores, mesmo quando não parecem adotar a nova lógica prevista na lei para esta nova hipótese de contratação.

A título de considerações finais, cabem alguns apontamentos acerca das decisões do TCU sobre a hipótese prevista no art. 28, §3º, II, da Lei nº 13.303/2016:

10 P. 14 do Acórdão.

- (i) É usual a referência do TCU a “oportunidades de negócio” como “parceria”, hipótese de *dispensa* de licitação ou de *contratação direta*. O uso destas expressões, que tratam de institutos distintos para as hipóteses de contratação previstas na Lei para as estatais, não contribuiu para a clareza terminológica, e permite que se cogite semelhanças entre os institutos que na verdade inexistem. Exceção se deu nos Acórdãos 585/2019 e 1.744/2021, em que se utilizou a expressão “inaplicabilidade” de licitação para referir à oportunidade de negócio – a diferenciá-la dos demais;
- (ii) Denota-se que é também usual a referência do TCU à sujeição das estatais aos princípios da Administração Pública, de modo que, mesmo em caso de oportunidades de negócio, a Corte entende que o gestor não tem discricionariedade irrestrita para “escolher parceiros”. Inclusive, reconhece em alguns casos que, mesmo dispensadas do procedimento licitatório, a estatal deveria realizar processo competitivo “isonômico, impessoal e transparente, com observância dos princípios constitucionais”. O entendimento do TCU, portanto, parece ser o de que oportunidades de negócio não implicam necessariamente inviabilidade de procedimento competitivo, o que destoaria da Lei, já que ela própria estabelece como requisito para a aplicação da hipótese a inviabilidade de procedimento competitivo – que lhe é inerente. A consideração parece revelar a dificuldade do TCU em reconhecer que a nova hipótese de contratação pelas estatais não se assemelha nem à licitação nem à contratação direta. Nesse sentido, vale a transcrição da declaração de voto do min. Raimundo Carreiro:

O aprofundamento do tema “oportunidades de negócio” é um assunto novo na legislação e, a meu ver, a jurisprudência do TCU não deve se encaminhar sem que a participação de parceiros seja a mais ampla possível, e o chamamento público é um caminho que contribui para a ampla competição. Daí a razão pela qual entendo importante, neste processo, o aprofundamento das análises, a fim de que a decisão

desta Corte sobre a dispensa de licitação defendida pelos Correios seja tomada com base em robustos elementos de convicção.¹¹

- (iii) Há acórdãos cuja conclusão excetua a consideração feita no item (ii) acima. No Acórdão nº 2.488/2018, o TCU concluiu que a existência de possíveis concorrentes não necessariamente implica a realização de processo competitivo. Uma alternativa, inclusive, seria a realização de negociações paralelas com empresas do mercado, comparando-se modelos de oferta de modo a facilitar a busca da melhor proposta. A conclusão parece alinhada ao propósito das oportunidades de negócio, que é precisamente o de conferir maior autonomia ao gestor para detectar oportunidades negociais que, se sujeitas a qualquer processo competitivo, seriam perdidas. A leitura alinha-se, inclusive, ao previsto no art. 90 da Lei das Estatais, que indica que atos de controle das estatais não podem interferir na sua gestão, nem implicar ingerência no exercício de suas competências ou definição de políticas públicas. A casuística inerente às situações que a Lei pretendeu abarcar sob o conceito “oportunidades de negócio” impõe desafios ao controle realizado pelo TCU sobre as contratações das estatais;
- (iv) Especialmente o Acórdão nº 2.488/2018 trouxe indicações de como as estatais podem comprovar os requisitos para a oportunidade de negócios, tal como: indicar a *vantagem comercial* para a empresa estatal; comprovar documentalmente que o parceiro escolhido apresenta condições peculiares que *demonstram sua superioridade em relação às demais empresas* que atuam no mercado; mostrar que a *demora na realização de procedimento* competitivo comprometeria o objetivo da estatal no negócio; demonstrar a pertinência e compatibilidade de projetos das empresas no longo prazo, a comunhão de filosofias empresariais, a complementaridade das necessidades e a ausência de interesses conflitantes; apontar robustos benefícios econômico-financeiros do negócio, como o *aumento da receita*

11 P. 35 do acórdão 585/2019.

da estatal e/ou significativa economia; indicar características quantitativas e qualitativas utilizadas na escolha do parceiro; elaborar a análise de mercado para identificar potenciais interessados; realizar estudo de viabilidade técnica e econômica que contemple a análise de proporcionalidade da decisão, incluindo a ponderação da adequação, da necessidade e dos custos e benefícios da decisão associativa. Esses indicativos já auxiliarão em alguma medida os gestores quando da análise de futuras oportunidades de negócio;

- (v) Os acórdãos revelaram a dificuldade, quiçá impossibilidade, de se estabelecer quais elementos são capazes de comprovar o preenchimento dos três requisitos previstos na lei. A conclusão que consta do Acórdão nº 2.488/2018 é relevante, quando reconhece que a Lei nº 13.303/2016 submeteu a contratação associativa a um regime distinto da inviabilidade de competição propriamente dita. Ela assegura que o instituto não deve ser lido a partir daqueles já conhecidos, como dispensa ou inexigibilidade de licitação – trata-se de uma hipótese nova, cujas características serão delineadas a partir da experiência das estatais – a demandar especial atenção sobre a atuação das esferas de controle, sobretudo no que respeita à aplicação do art. 22 da LINDB, quando da análise de legalidade das oportunidades de negócio;
- (vi) Por fim, verifica-se que o TCU considera como requisito para as oportunidades de negócios que, a partir dela, a estatal esteja atuando para prover ou explorar atividade econômica relativa ao seu objeto social, sujeitando-se por isso ao regime de direito privado. Entende-se que o TCU cria confusão entre as duas hipóteses de celebração de oportunidades de negócio previstas no art. 28, §3º, transformando em requisito para a hipótese prevista no art. 28, §3º, II, justamente a hipótese prevista no inciso I do artigo. Aliás, na justa medida em que o §4º do art. 28 da Lei amplia a aplicação da hipótese do inciso II, indiscriminadamente, inclusive para operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, a delimitação das oportunidades de negócio à execução de atividade-fim da estatal contraria o próprio sentido da Lei, restringindo o alcance do instituto por ela criado.

Lunara Farias Lima
Felipe Braga Albuquerque

**Princípio da Segregação de
Funções na Lei nº 14.133/2021:
A apropriação legal distorcida
do entendimento do Tribunal de
Contas da União e os efeitos para
o controle da administração**

2

Princípio da Segregação de Funções na Lei nº 14.133/2021: A apropriação legal distorcida do entendimento do Tribunal de Contas da União e os efeitos para o controle da administração

Lunara Farias Lima¹

Felipe Braga Albuquerque²

Palavras-chave: Lei nº 14.133/2021; agentes de licitação; agente de contratação.

Introdução

Desde 1º de abril de 2021, dois blocos legislativos atinentes às licitações e contratações públicas coexistem no ordenamento jurídico pátrio: de um lado, a Lei nº 8.666/1993, a Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão) e a Lei nº 12.462/2011 (RDC – Regime Diferenciado de Contratações Públicas); e de outro, a Nova Lei Geral de Licitações e Contratos Públicos, Lei nº 14.133/2021.

Entre semelhanças e diferenças, erros e acertos, repetidos ou novos, denota-se que, depois de um ano de vigência, poucas³ são as licitações e contratações realizadas aos moldes da nova legislação, em que pese sua promessa de desburocratização e modernização dos procedimentos. Pode ser justificada a tímida aplicação pela adaptação necessária neste momento de transição, por existir uma determinada dificuldade em implementar alguns requisitos e procedimentos ou pela própria margem de tempo que

1 Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Bolsista da Capes. Pesquisadora no Grupo NEPEDIPOL/Uerj. Professora de Direito Constitucional e Administrativo. E-mail: lima.lunara@gmail.com.

2 Professor adjunto da Universidade Federal do Ceará, lecionando na Graduação e Pós-Graduação em Direito. Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor). E-mail: felipe_direito@hotmail.com.

3 Conforme o Portal Nacional de Contratações Públicas, acessado no dia 26 de março de 2022, 2.994 contratos públicos foram celebrados sob a égide da nova legislação em todo o território brasileiro. Não há fontes oficiais do governo a indicar o número de contratos na perspectiva da Lei nº 8.666/93 de modo unificado, sendo a criação do PNCP, inclusive, uma das novidades da Lei nº 14.133/2011. Disponível em: <https://pncp.gov.br/>.

a Nova Lei inserta, como, por exemplo, o prazo de seis anos para municípios com menos de 20 mil habitantes⁴ e de dois anos para os demais casos.

Por conseguinte, ainda não há expressivas decisões no Tribunal de Contas da União (TCU) e Tribunais Superiores acerca de determinadas dubiedades, obscuridades e contradições da nova legislação aplicáveis ao caso concreto. Apenas para fins ilustrativos, em uma breve consulta ao site oficial do TCU, há apenas 48 acórdãos atinentes a contratações públicas realizadas já sob a égide da Lei nº 14.133/2021.

Dessa maneira, a Nova de Lei de Licitações e Contratos Públicos perfaz um campo fértil para digressões e debates necessários à melhor compreensão da norma. No mais, a Exposição de Motivos⁵ do Projeto de Lei que culminou com a nova lei apenas foi apresentada ao final pela Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos do Senado Federal, não abordando sobre diversos pontos, dentre os quais os que serão tratados no presente estudo.

I. Metodologia

Dentre os debates que se demonstram relevantes, o trabalho se aprofundou em algumas controvérsias e omissões pontuais que levam a interpretações e raciocínios jurídicos diametralmente opostas, ainda mais quando contrapostos aos preceitos principiológicos do regime jurídico-administrativo, com a impessoalidade, a moralidade e a segregação de funções, esse último, novidade na nova lei de licitações.

4 Art. 176. Os municípios com até 20.000 (vinte mil) habitantes terão o prazo de 6 (seis) anos, contado da data de publicação desta Lei, para cumprimento: I - dos requisitos estabelecidos no art. 7º e no caput do art. 8º desta Lei; II - da obrigatoriedade de realização da licitação sob a forma eletrônica a que se refere o §2º do art. 17 desta Lei; III - das regras relativas à divulgação em sítio eletrônico oficial.

5 A Exposição de Motivos ou Justificação, conforme a técnica legislativa dispõe, é realizada, comumente, ao início da propositura legislativa, momento em que o legislador exporá seus argumentos e as razões para o advento de uma nova lei. É crucial para que a lei que irá surgir possa ser interpretada conforme a *mens legislatoris*. No caso da Lei nº 14.133/21, ela é fruto do Projeto de Lei do Senado Federal de nº 559/2013, ficando sua justificação apenas no Relatório Final da Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos.

Nesse talante, o estudo, realiza apontamentos e reflexões acerca do entendimento do Princípio da Segregação de Funções no Tribunal de Contas da União e sua aplicação na lei; buscando, para tanto, se sedimentar na metodologia legislativo-comparativa, trazendo, sempre que pertinente, os dois blocos legislativos supracitados, assim como os entendimentos e construções do Tribunal de Contas da União e dos Tribunais Superiores.

II. Princípio da Segregação de Funções: compreensões, alternância e paradoxos diante da Lei nº 14.133/2021

Um dos pressupostos para a nomeação dos agentes de licitação é que eles não exerçam funções que gerem riscos à integridade da Administração Pública, de modo a reduzir as chances de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação.

A individualização de condutas dentro do serviço público, em especial no interior das comissões de licitação, realmente é fundamental para se evitar falhas e corrupção dentro de um setor tão falado na mídia como centralizador de condutas ilegais, muito em decorrência dos altos valores que envolvem as contratações públicas em boa parte das vezes.
(ALMEIDA, 2022, p. 924)

Insculpido no art. 7º, §1º, o Princípio da Segregação das Funções, novidade na Lei nº 14.133/2021, mas não tão novo no âmbito administrativo, é definido no Vocabulário de Controle Externo do Tribunal de Contas da União⁶ (2021) como:

Princípio básico de controle interno essencial para a sua efetividade. Consiste na separação de atribuições ou responsabilidades entre diferentes pessoas,

6 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Vocabulário de controle externo do Tribunal de Contas da União / Tribunal de Contas da União. - Brasília: TCU, Instituto Serzedello Corrêa, Centro de Documentação. Plataforma online: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/vocabulario-de-controle-externo-esta-disponivel-em-formatos-abertos.htm>.

especialmente as funções ou atividades-chave de autorização, execução, atesto/aprovação, registro e revisão ou auditoria.

No entanto, não só o documento manifesta as balizas necessárias à Administração Pública para a adequada vivência do princípio:

Implica que as decisões críticas que demandam segregação de funções estejam identificadas e as funções a elas relacionadas estejam segregadas, de modo que o poder para tais decisões não fique concentrado em uma única instância. Significa repartir funções entre os agentes públicos cuidando para que um mesmo indivíduo não exerça funções incompatíveis entre si, de modo a reduzir o risco de erro ou fraude. *Outrossim, pressupõe a noção de um limite de tempo para que o mesmo indivíduo exerça uma função ou papel associado a decisões críticas de negócio, e a implantação de controles destinados a reduzir o risco de que decisões críticas sejam tomadas sem garantia da segregação de funções.* (grifos nossos)

A Administração Pública deve, portanto, realizar a identificação das funções ínsitas ao procedimento licitatório, nomeando cada agente diante de suas aptidões e potenciais pela concepção da gestão por competências, visto anteriormente, a fim de separar as atividades, evitando que o mesmo agente detenha atribuições em que ele se autocontrole e, por conseguinte, oculte suas irregularidades. Chama atenção que, por mais que os agentes públicos estejam apartados em suas funções, não devem ser alheios ao que os outros estão fazendo, cabendo ao agente de contratação a responsabilidade por essa sincronia.

Outro aspecto salutar é que a segregação de funções imbuí uma noção de limite de tempo para que o mesmo indivíduo exerça uma função ou papel, como destacado anteriormente.

Na Lei nº 8.666/1993,⁷ tratando-se da comissão de licitação, havia, expressamente, a vedação de reconduções da totalidade de seus membros, em que sua investidura tinha período de um ano. Conforme Enunciado do TCU (Acórdão 2.910/2014),⁸ a Administração Pública deve adotar uma rotina de alternância dos integrantes da comissão de licitação para cumprir a finalidade da boa prática da gestão, em ênfase ao fortalecimento do controle interno.⁹

Assim, atrela-se o quesito da temporariedade na segregação de funções como um mecanismo de eficiência, otimização e oxigenação das atividades. Em uma obra de Mario S. Gerlero,¹⁰ na qual foi analisada a aplicação do Método de Gestão de Qualidade nos Tribunais Argentinos, o estudioso aduz que não é porque uma atividade é realizada há muito tempo por uma determinada pessoa ou grupo que ela é a melhor executada, sendo sempre possível, a partir da reconstrução do processo, melhoramentos significativos. Continua o autor que mexer com posições em uma organização implica em desagradar aqueles que estão em um status de poder. Na Administração Pública, pelo menos no âmbito licitatório, não é interessante – e por isso a inserção do quesito temporal no princípio – a manutenção de uma pessoa por muito tempo no desempenho das funções, carecendo de medidas a efetivar a persecução do controle

7 Art. 51, §4º A investidura dos membros das Comissões permanentes não excederá a 1 (um) ano, vedada a recondução da totalidade de seus membros para a mesma comissão no período subsequente.

8 Acórdão 2910/2014 - Plenário. Data da Sessão: 29 out. 2014. Relator Marcos Bemquerer.

9 Processo efetuado pela administração e por todo o corpo funcional, integrado ao processo de gestão em todas as áreas e todos os níveis de órgãos e entidades públicos, estruturado para enfrentar riscos e fornecer razoável segurança de que, na consecução da missão, dos objetivos e das metas institucionais, os princípios constitucionais da administração pública serão obedecidos e os seguintes objetivos gerais de controle serão atendidos: eficiência, eficácia e efetividade operacional, mediante execução ordenada, ética e econômica das operações; integridade e confiabilidade da informação produzida e sua disponibilidade para a tomada de decisões e para o cumprimento de obrigações de accountability; conformidade com leis e regulamentos aplicáveis, incluindo normas, políticas, programas, planos e procedimentos de governo e da própria instituição; adequada salvaguarda e proteção de bens, ativos e recursos públicos contra desperdício, perda, mau uso, dano, utilização não autorizada ou apropriação indevida. (Fonte: BRASIL. Glossário de Termos do Controle Externo. **Tribunal de Contas da União**, Brasília, DF, 2013).

10 GERLERO, Mario S. **Introducción a la Sociología Jurídica**: Actores, sistemas y Gestión judicial. Ed. David Grinber - Libros Jurídicos. Buenos Aires. 1ª ed. 2006.

interno por meio de cumprimento das diretrizes estabelecidas e a mitigação dos riscos à realização dos objetivos (BRASIL, 2013).¹¹

A nova legislação, todavia, não trouxe nenhuma estimativa de tempo na atuação dos agentes de licitação, nem parece que seja essa sua intenção, já que o legislador ordinário inseriu a gestão por competências com o ideal de capacitar e fomentar aptidões dos agentes públicos com o desiderato de formar uma base sólida, coesa e instruída para a realização das atividades.

Se foi a decisão mais acertada no campo da gestão pública, propriamente dita, ainda é cedo para afirmar, ficando a reflexão se o princípio em comento será experimentado em seu conceito próprio ou se será parcialmente suprimido pela determinação legal.

Por fim, o art. 7º, §1º, da Lei nº 14.133/2021 deixa bem claro que o Princípio da Segregação de Funções se aplica aos agentes de licitação, excluindo, por consequência, o agente de contratação. Desse modo, seja pela própria concepção do agente de contratação como agente unitário, seja pela imposição legal, não há aplicação da segregação de funções ao agente.

O paradoxo é que o princípio, junto ao conceito de controle interno, existe, justamente, para coibir práticas de riscos, ocultamento e corrupção, mas deixa nas mãos de um só indivíduo o papel de coordenar, dar impulso e executar todas as fases da licitação até a sua homologação.

Em cotejo ao Projeto de Lei nº 559/2013 do Senado Federal e do Projeto de Lei nº 6.814/2017, da Câmara dos Deputados, as proposições legislativas continuam a conceber a comissão de licitação como organismo condutor das atividades licitatórias, deixando apenas para as modalidades de maior simplicidade, a figura individual do agente público, como o pregoeiro e o leiloeiro. Apenas no Projeto Substitutivo da Câmara de Deputados (nº 4.253/2020) houve a inserção do agente de contratação como regra do âmbito licitatório.

11 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Glossário de termos do controle externo**. Disponível: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/glossario-de-terminos-do-controle-externo.htm>. Acesso em: 15 jun. 2022.

A comissão de licitação demonstra ser uma composição mais lógica e ideal para a efetivação do controle interno. Porém, é evidente que houve a preferência pela consagração da eficiência e celeridade das atividades que, como dito alhures, pode restar engessado pelo trabalho de uma comitiva, já em apreço às experiências exitosas advindas com a Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão).

Conclusão

O Novo Regime de Licitações e Contratos Públicos, condensado na Lei nº 14.133/2021, traz uma sistematização própria dos agentes públicos atuantes na referida esfera. Divididos entre agentes de licitação e agente de contratação, em substituição às comissões de licitação da Lei nº 8.666/1993, mas em apreço ao modelo insculpido na Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão) a nova lei captura as vivências positivas e inaugura a figura central e individual do agente público, como uma forma de empregar maior celeridade e eficiência aos procedimentos, deixando a comissão como uma possibilidade excepcional.

Invariavelmente, alguns questionamentos surgem e, ante a lacuna da lei, incita aos intérpretes da ciência jurídica a percepção dessas controvérsias e a tentativa de solucioná-las, em consonância com o regime jurídico-administrativo e seus princípios. Certamente, Tribunais de Contas e Tribunais Superiores irão enfrentar a temática daqui a algum tempo.

Sem saber se as omissões legislativas foram fruto da falta de tecnicidade do legislador ou são, simplesmente, silêncios eloquentes, a verdade é que conformam vazios e discussões sobre a melhor interpretação em que os preceitos basilares da Administração Pública devem ser, mais uma vez, o fio condutor para o desenvolvimento da hermenêutica administrativista, concebendo interpretações que consagrem as balizas principiológicas e coadunem com o interesse público, em especial, com a legalidade, a impessoalidade, moralidade e eficiência.

Em cotejo ao princípio da segregação de funções e da gestão por competências, em que pese o paradoxo apresentado entre o

primeiro e o agente de contratação, foi uma decisão do legislador em implantar uma mudança definitiva nos procedimentos licitatórios em busca de maior celeridade e desburocratização, pelas experiências passadas (Lei nº 10.520/2002): a substituição de uma comissão por um único agente. Não defende, este trabalho, uma modificação quanto a essa questão, nem sobre o aspecto temporal de permanência do agente de contratação, pelos Tribunais de Conta ou Tribunais Superiores, por nítida violação ao Princípio da Separação de Poderes.

Portanto, aos dilemas que foram expostos pelo trabalho, transparece, em maior ou menor medida, a *mens legis* consubstanciada em proteger a Administração Pública de condutas escusas que tiram a integridade, a boa-fé e a honestidade das relações das quais a Administração e seus agentes públicos fazem parte. Esse intuito não só está presente na concepção do artigo, mas na própria inauguração da ordem normativa que, de forma nítida e comprometida, busca criar mecanismos anticorrupção e antifraude, mantendo a higidez que a Administração Pública e a sociedade merecem.

Referências bibliográficas

- ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.
- BRANDÃO, Hugo Pena; GUIMARÃES, Tomás de Aquino. Gestão de competências e gestão de desempenho: tecnologias distintas ou instrumentos de um mesmo constructo? **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 41, n.1, p. 8-15, jan./mar. 2001.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Vocabulário de controle externo está disponível em formatos abertos**. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/vocabulario-de-controle-externo-esta-disponivel-em-formatos-abertos.htm>. Acesso em: 15 jun. de 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 910.552/MG. – Distrito Federal. Relator: ministro Dias Toffoli. **Pesquisa de Jurisprudência**, 6 junho 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=7131435>. Acesso em: 15 de jun. 2022.
- BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, ano 126, nº 191, p. 1-32, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jun. 2022.
- BRASIL. Lei 8.666/1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública

e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, p.8269, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. Lei 14.133/2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, ano 159, nº 61, p. 1, 1 abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. Lei 12.462/2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, ano 140, nº 150, p. 1, 5 ago. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. Lei 10.520/2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso xxi, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, p. 1, 18 jul. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 20 jun. 2022.

GERLERO, Mario S. **Introducción a la Sociología Jurídica - Actores, sistemas y Gestión judicial**. Ed. David Grinber - Libros Jurídicos. Buenos Aires. 1ª ed. 2006.

RANZINI, Milena de Senne; BRYAN, Newton Antonio Paciulli. Capacitação e formação para o setor público e os modelos de escola de governo no Brasil. **Revista Do Serviço Público**, São Paulo, v. 68, n. 2, junho/2017.

Rosinaldo Sampaio Lobato Junior

Metarregulação responsiva: a supervisão regulatória do Tribunal de Contas da União

3

Metarregulação responsiva: a supervisão regulatória do Tribunal de Contas da União¹

Rosinaldo Sampaio Lobato Junior²

Palavras-chave: metarregulação; supervisão regulatória; instituições; Tribunal de Contas da União; controle público.

Introdução

As democracias delegativas³ de países em desenvolvimento, como o Brasil, são reconhecidas por experimentarem dificuldades particulares em sua governança pública. É nessa perspectiva bastante realista que o Tribunal de Contas da União (TCU) vem ao longo dos anos assumindo um papel de destaque na supervisão das atividades do Estado. Com mais de 130 anos de existência, hoje o TCU possui ampla autorização constitucional para fiscalizar o emprego dos recursos públicos federais, tanto em uma perspectiva de verificação da regularidade jurídica quanto de avaliação do desempenho desses gastos.

Essa supervisão do TCU pode ser lida através de diferentes lentes teóricas, que serão brevemente abordadas. Mas o fato é que no Brasil a Corte de Contas possui um papel muito relevante na supervisão da regulação estatal. Na prática, a supervisão do TCU

1 Pesquisa realizada com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (Capes) – Código de Financiamento 001, sob o edital de financiamento vinculado ao PS-PPGD 2021 da FGV Direito Rio. Pesquisa realizada também com o apoio financeiro da Fundação Getúlio Vargas.

2 Advogado e pesquisador da FGV Direito Rio. Doutorando e mestre em Direito da Regulação no programa da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV Direito Rio). E-mail: r.sampaiolobato@gmail.com.

3 Guillermo O'Donnell foi o grande difusor do conceito de democracia delegativa: uma vez vencidas as eleições, os representantes tendem a se considerar a encarnação da nação, os próprios definidores do interesse nacional, detentores de plena autoridade. Após eleitos, sentem que não precisam mais se prender às expectativas dos eleitores, pois foram autorizados a governar como acharem oportuno e conveniente. Em circunstâncias nas quais há um hiato entre o governo e população, esse comportamento das elites políticas de supervalorização da posição de liderança tende a corromper o papel republicano de subserviência ao povo. Dessa forma, mesmo países com eleições ditas livres podem se afastar – e muito – dos ideais republicanos, na prática. O'DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, n. 31, p. 30-31, out. 1991.

tem se assimilado ao que a experiência internacional reconhece como “Entidades de Supervisão Regulatória” (*Regulatory Oversight Bodies*), que são estruturas de metarregulação com desenhos institucionais que variam de país para país.⁴ A missão dessas entidades é a de supervisionar, controlar e coordenar a atividade regulatória do Estado, impondo ônus de justificação para os atos ou omissões dos reguladores e questionando – ou em alguns casos vetando – as políticas das entidades que não cumprirem com os ônus pré-estabelecidos. As Entidades de Supervisão Regulatória estão diretamente relacionadas aos programas governamentais de melhoria regulatória. Por isso, podem também fornecer orientação, treinamento e suporte para as entidades controladas, fomentando a expertise administrativa.

Este artigo tem por objetivo apresentar a contribuição do Tribunal de Contas da União enquanto entidade de metarregulação, que é uma nova atribuição, complementar ao tradicional controle externo do Estado.⁵ O trabalho, que tem pretensão descritiva e não normativa, demonstrará ainda que as transformações ocorridas no Tribunal decorrem de demandas do próprio ambiente regulatório, de modo que a aprendizagem institucional se reporta às contribuições fornecidas pela comunidade internacional de especialistas em auditoria e controle público. Nesse sentido específico, o artigo demonstra que seria possível afirmar que o TCU tem exercido uma metarregulação responsiva, com aprimoramentos em sua estrutura e funcionamento.

O artigo está organizado em três capítulos. O primeiro aborda os fundamentos teóricos e apresenta alguns apontamentos empíricos a respeito do TCU. O segundo capítulo avança na justificativa de se abordar o TCU enquanto uma entidade de metarregulação. O terceiro capítulo apresenta a literatura sobre regulação responsiva. A estruturação do referencial teórico utilizado teve como base a literatura nacional e internacional sobre controle externo e

4 OCDE. **Oversight Bodies for Regulatory Reform**. Tunisia: OCDE, 2007. Disponível em: <http://www.oecd.org/mena/governance/38403668.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020.

5 OECD. **Supreme Audit Institutions and Good Governance: Oversight, Insight and Foresight. OECD Public Governance Reviews**, Paris, 2016.

supervisão regulatória. As plataformas virtuais utilizadas para a pesquisa foram: Scielo, Google Scholar, JStor, HeinOnline, Biblioteca da FGV, Biblioteca do Senado, e o portal virtual do TCU.

I. O Tribunal de Contas da União

Com mais de 130 anos de existência, o TCU tradicionalmente se voltava a fiscalizar e avaliar a regularidade financeira do Estado, coibindo ilegalidades afetas ao orçamento público. Apesar disso, a instituição não se manteve estanca com o passar dos anos. Hoje, o TCU é responsável por exercer o controle externo do Estado, possuindo ampla prerrogativa de fiscalizar todos os poderes e entidades da União.⁶ Sua missão institucional, ou sua razão de existir, segue sendo a *prestação de contas aos cidadãos*, mas agora essa prestação de contas possui uma acepção muito mais ampla. Não mais se refere somente aos balanços contábeis auferidos em verificações formais de planilhas numéricas. Agora, a atenção do TCU pode ser atraída por qualquer atividade com potencial de afetar o erário, seja direta ou indiretamente, e se desdobra em um plexo de competências específicas.

Inegavelmente a Constituição da República de 1988 trouxe transformações acentuadas, ampliando o controle externo sobre a Administração Pública. Isso se deve à inserção da fiscalização operacional nas atribuições do TCU, e à possibilidade de controle quanto aos parâmetros de *legalidade, legitimidade e economicidade* dos gastos públicos. Graças à essa ampla autorização constitucional para fiscalizar de modo independente todas as atividades do Estado que tenham impacto no Erário, o TCU encontra-se em posição altamente estratégica e privilegiada para processar informações que de outra forma estariam inacessíveis. Isso é particularmente relevante no caso de agências reguladoras independentes, uma vez que seus desenhos institucionais elevam os riscos de um déficit de legitimidade democrática.

6 Art. 71, IV da Constituição Federal. Ver ainda: MENDES, Conrado Hübner. TCU virou Tribunal de Controle Universal. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://folha.com/abim9524>. Acesso em: 29 maio 2020.

O fato é que os diagnósticos mais recentes – críticos ou entusiastas – apontam o TCU como um ente parcialmente responsável pelo ambiente regulatório brasileiro.⁷ A supervisão do TCU sobre as demais entidades do Estado pode ser compreendida através de diferentes lentes teóricas. Três são as correntes principais. A primeira corrente, de maior intensidade, entende que o controle externo pode se desenvolver de forma indistinta quanto aos parâmetros de legalidade, legitimidade e economicidade.⁸ Seja isso no controle de conformidade ou no controle de desempenho; seja em fiscalizações sobre matéria financeira (em sentido amplo) ou em fiscalizações sobre todas as demais matérias. O controle externo é, nesse viés, compreendido como uma competência monolítica que congrega a fiscalização conjunta de todos esses elementos. O grande risco dessa corrente é que, como resultado prático, transforma-se o TCU em uma entidade que combina controle de legalidade com controle operacional para ter poder total sobre qualquer ação ou programa do Estado.⁹

Uma segunda corrente teórica, mais moderada, entende que todas as atividades das agências reguladoras estão inequivocamente abarcadas pela fiscalização das Cortes de Contas. No entanto, só o controle sobre as atividades-meio incide de maneira ampla e irrestrita. Já sobre as atividades-fim haveria um princípio geral de autocontenção pelos Tribunais de Contas, com “fortíssima preferência *prima facie* pelas razões técnicas expendidas pela agência”.¹⁰ Essa autocontenção poderá ser superada nas hipóteses

7 BÓGEA, Daniel. Nas fronteiras do controle: deve o TCU abarcar o mundo com as mãos? **Jota**, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/36PQGHa>. Acesso em: 29 maio 2020.

8 FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção no Brasil**: estudo de casos e lições para o futuro. Belo Horizonte, Fórum, 2015, p. 84. GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da administração pública**. 2ª Edição. Fórum, Belo Horizonte, 2007, p. 130.

9 “O resultado é a criação de uma espécie de “controle total” pelo TCU. Todas as atividades da administração são controláveis pela Corte em qualquer das perspectivas indicadas pelo art. 70 da Constituição Federal (contábil, orçamentária, financeira, patrimonial e operacional) em qualquer dos parâmetros estabelecidos pelo mesmo artigo (legalidade, economicidade, legitimidade) e pelos outros mais designados pela Corte em seus normativos internos (eficiência, eficácia e efetividade)”. FERNANDES, Rafael Pereira. **Controle externo da atividade administrativa de fomento** – um estudo das relações entre TCU e BNDES. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 145.

10 MENDONÇA, José Vicente Santos de. A propósito do controle feito pelos Tribunais de Contas sobre as agências reguladoras: em busca de alguns standards possíveis. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v.10, n.38, p. 157, abr./jun. 2012.

de vícios procedimentais, de vícios de participação social, de clara e inequívoca omissão regulatória, ou de ilegalidade rigorosamente literal.

É um argumento que propugna a possibilidade de controle externo sobre as decisões regulatórias, contanto que exercido com alguma deferência às agências. Ainda assim, quem avaliaria o grau de deferência que o regulador merece seria o próprio TCU, que permaneceria como instância superior de controle. Essa segunda corrente parece ser acompanhada pela jurisprudência do TCU.¹¹ No momento, o Tribunal adota o conceito de *controle de segunda-ordem*: deve incidir sempre sobre as agências, mas nunca diretamente sobre o jogo regulatório em si mesmo considerado. Ou seja, no que concerne às atividades finalísticas das agências reguladoras, o TCU entendeu em abstrato que “não pode substituir o órgão regulador, sob pena de atuar de forma contrária à Constituição Federal”.

Uma terceira corrente teórica, que resulta em interferência mais restrita, entende que o movimento constituinte de 1988 ampliou as atribuições do controle externo, mas não transformou o TCU em instância de revisão geral da Administração Pública. Foi um Tribunal desenhado para deter jurisdição direta circunscrita ao exame da legalidade da execução do orçamento, ao passo que a nova autorização genérica para realizar fiscalização operacional em verdade está restrita ao âmbito de jurisdição indireta. Essa jurisdição indireta apenas culminaria em atos colaborativos ou em acionar outras instituições controladoras que, aí sim, poderiam agir de maneira coercitiva.

Essa terceira corrente teórica, mais cética e crítica quanto aos limites do TCU, afirma que o Tribunal utiliza de imprecisões nas normas que o regem para ampliar suas competências. Todavia, entendem que essa ampliação não significa um simples problema dogmático formal.¹² Tais autores alertam que a inexistência de disposições constitucionais ou legais que claramente autorizem

11 Acórdão 1.703/2004.

12 SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Limites da jurisdição dos tribunais de contas sobre particulares. **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 33, n. 2, mai./ago. 2019, p. 218.

o TCU a atuar significa ausência de respaldo democrático, posto que não há anuência das instituições responsáveis por modelar o exercício do poder. O fenômeno que se observaria hoje no TCU, portanto, seria a autoproclamação antidemocrática de competências altamente interventivas na esfera dos indivíduos. Seria uma atuação ilegítima e antijurídica, ainda que fundamentada em uma retórica de conveniência social relacionada à concretização de direitos fundamentais.

Seja qual for a lente teórica utilizada pelo intérprete das normas, pesquisas empíricas¹³ têm apontado que no Brasil a Corte de Contas possui um papel de supervisão já consolidado e muito relevante no dia a dia da regulação estatal. E mesmo o Tribunal manejando um discurso deferente (condizente com a segunda corrente teórica), em grande parte das vezes, o controle incidente aproxima-se mais da primeira corrente teórica, que aceita uma interferência intensa na Administração, mesmo diante de problemas operacionais. Ademais, a atuação do TCU tem sido ostensiva na busca por melhorias no ambiente regulatório brasileiro. A próxima seção avança em descrever com mais detalhes o fenômeno da metarregulação, ou supervisão regulatória (*regulatory oversight*).

II. Metarregulação: a supervisão regulatória

Embora exista farta literatura justificando a necessidade de regulação estatal, esse tipo de intervenção também pode impor seus próprios problemas. Mesmo regulações altamente sofisticadas podem impor altos custos de conformidade, inibir inovações, gerar barreiras à entrada, criar riscos acessórios e gerar renda a grupos de interesse mobilizados. Em um menor nível de sofisticação, reguladores podem cometer erros, optar por emitir regulações mal-elaboradas, dispor de pouco tempo e recursos para regular, e negligenciar determinados objetivos sociais importantes que não sejam claramente contemplados em sua própria missão restrita.

13 Por exemplo: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de; REHEM, Danilo; MERLOTTO, Nara; GABRIEL, Yasser. Reputação institucional e o controle das agências reguladoras pelo TCU. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 278, n. 2, p. 37-70, maio/ago. 2019.

Reguladores ainda podem ser capturados, optar por maximizar seus interesses pessoais em detrimento do benefício coletivo, não ter acesso a interesses sub-representados no processo regulatório, ou precisar realizar escolhas difíceis em *trade-offs* de risco versus risco em um mundo real de racionalidade limitada.

Isso significa que, invariavelmente, onde quer que exista regulação haverá necessidade de supervisão sobre o sistema regulatório. Essa necessidade deriva da demanda por reduzir os efeitos colaterais da intervenção, promover eficiência na definição e implementação de instrumentos, encorajar consistência e transparência, garantir a responsabilidade, sofisticar a cultura organizacional, e buscar a otimização de resultados gerais. A supervisão regulatória exercida por um órgão governamental centralizado e de alta hierarquia tem sido cada vez mais explorada pela comunidade internacional, particularmente dentre a OCDE, que se propõe a fomentar uma agenda de melhorias no ambiente regulatório das nações.

Desde 2008, a OCDE tem promovido debates a respeito das chamadas Entidades de Supervisão Regulatória (*Regulatory Oversight Bodies*), ROBs, na sigla em inglês. Em 2008, o debate ainda era incipiente, mas tomou cada vez mais fôlego com relatórios consistentes produzidos no transcorrer dos anos. Em 2012, o Conselho de Política Regulatória e Governança da OCDE emitiu uma Recomendação¹⁴ na qual o Princípio 3 requer que os países “estabeleçam mecanismos e instituições para supervisionar ativamente os procedimentos e objetivos da política regulatória, apoiar e implementar a política regulatória e, assim, promover a qualidade regulatória” (tradução livre).

Ademais, a Recomendação destacou a importância de se manter uma entidade permanente encarregada da supervisão regulatória, estabelecida em proximidade aos centros de poder, para que se possa garantir que a regulação seja realmente útil às políticas públicas como um todo. A alta hierarquia e a proximidade ao poder também se

14 OECD (2012), Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance, **OECD Publishing**, Paris, 2012. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264209022-en>. Acesso em: 20 nov. 2020.

justificam pela necessidade de deter autoridade sobre Ministérios ou demais órgãos que estejam submetidos à supervisão. A *accountability* política da ROB pode derivar de diferentes tipos de relações horizontais entre instituições do Estado, mas deve sempre respeitar a neutralidade e manter independência do ambiente político-partidário, que tem o potencial de minar os esforços em prol da expertise técnica.¹⁵ Além disso, entidades sem missões institucionais voltadas especificamente à supervisão regulatória, ou que só supervisionam em bases *ad hoc*, não podem ser enquadradas como ROBs.

As principais funções das Entidades de Supervisão Regulatória variam de país para país, não havendo uma fórmula única. Ainda assim, com o amadurecimento dos debates, em 2021, a OCDE tentou identificar quatro possíveis funções principais: (1) controle de qualidade dos instrumentos regulatórios (por exemplo, revisão da qualidade de instrumentos tais quais AIR e audiências públicas); (2) emissão de orientações relevantes sobre o uso de ferramentas de gestão regulatória (fomento da expertise administrativa); (3) coordenação da política regulatória (superação da miopia institucional); e (4) avaliação sistemática da política regulatória (avaliações mais amplas das estruturas, do funcionamento, e do próprio sistema regulatório).¹⁶

Os países-membros da OCDE têm investido continuamente na supervisão regulatória. Em 2014, eram 33 os países que possuíam ao menos uma instituição responsável por promover a política regulatória, bem como monitorar e relatar reformas regulatórias, e a qualidade regulatória na Administração nacional em uma perspectiva holística e constante. Em 2017, esse número chegou em todas as 39 jurisdições avaliadas. A maioria são instituições independentes dos tradicionais ramos de governo, e, portanto, não estão inseridas em ministérios ou secretarias. Ainda assim, a maioria admite o auxílio de servidores públicos do governo quando o suporte é estritamente necessário.

15 WIENER, Jonathan B.; ALEMANN, Alberto. Comparing Regulatory Oversight Bodies Across the Atlantic: the Office of Information and Regulatory Affairs in the US and the Impact Assessment Board in the EU. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter (eds). **Comparative Administrative Law**. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2011, p. 309-335.

16 OECD. OECD Regulatory Policy Outlook 2021, **OECD Publishing**, Paris, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/38b0fdb1-en>. Acesso em: 20 nov. 2020.

No geral, as ROBs possuem uma ancoragem jurídica muito sólida. Desde o começo de 2018, cinco jovens ROBs tiveram suas missões renovadas por novas normas, e mais sete se tornaram instituições permanentes. Outros tantos ampliaram suas normas de regência para abarcar aspectos mais detalhados das funções de supervisão. Além disso, em 2021, a maior parte das Entidades de Supervisão da OCDE relatou um aumento de seu quadro de pessoal, e um incremento de seu orçamento.¹⁷ Os países da OCDE têm apostado seus recursos na capacidade fiscalizatória e analítica dessas instituições como uma maneira de otimizar o funcionamento de todo o restante do aparato estatal através de evidências, o que acaba implicando em maior confiança geral nos representantes eleitos.

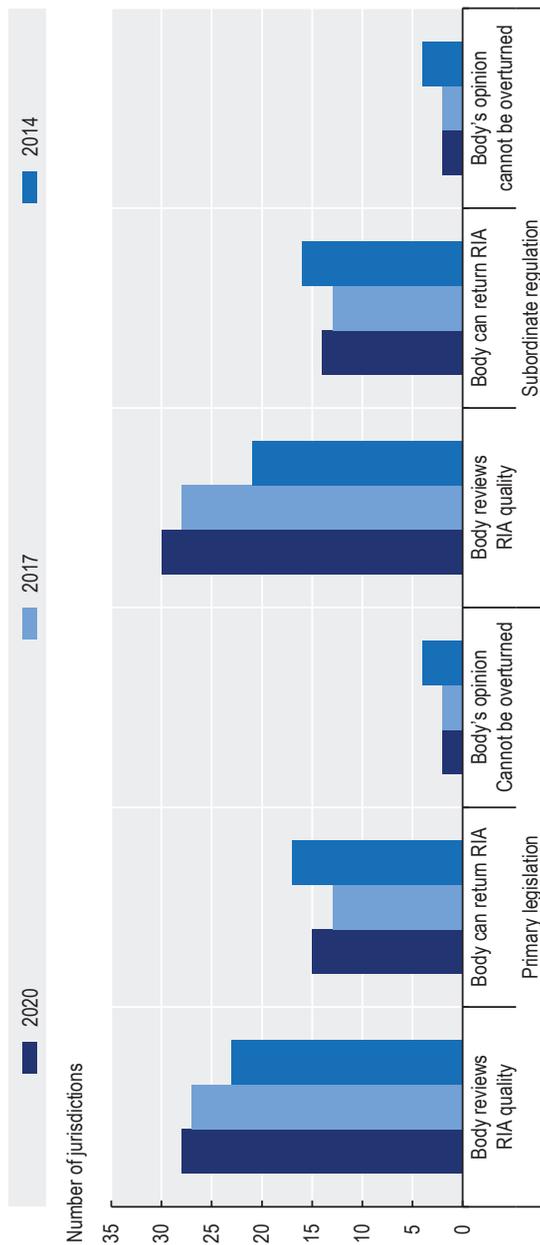
Entre as funções de supervisão centrais, a mais difundida é o controle de qualidade das Análises de Impacto Regulatório: cerca de 75% de todas as ROBs, em todas as jurisdições, exercem essa responsabilidade. O comprometimento com a melhoria sistemática da regulação através do aconselhamento ao governo, do fomento às boas práticas, da capacidade regulatória das instituições, e do diálogo interinstitucional compreende aproximadamente 70% das ROBs da OCDE. A orientação sobre o uso de instrumentos regulatórios está dentro da competência de cerca de 70%. A avaliação sistemática da política regulatória compreende por volta de 55% de todas as ROBs. Cerca de 45% de todas as ROBs são responsáveis pelo controle de qualidade das atividades de engajamento das partes interessadas. Em torno de 40% escrutinizam a regularidade jurídica da regulação. Por fim, apenas aproximadamente 30% são incumbidos da avaliação *ex post* da regulação.¹⁸

Para sintetizar, o Gráfico 1 a seguir demonstra a evolução dos poderes de veto ao longo dos anos, enquanto o Gráfico 2 apresenta as principais justificativas para tais vetos.

17 OECD. OECD Regulatory Policy Outlook 2021. **OECD Publishing**, Paris, p. 111, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/38b0fdb1-en>. Acesso em: 10 out. 2022.

18 OECD. OECD Regulatory Policy Outlook 2021. **OECD Publishing**, Paris, p. 111, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/38b0fdb1-en>. Acesso em: 10 out. 2022.

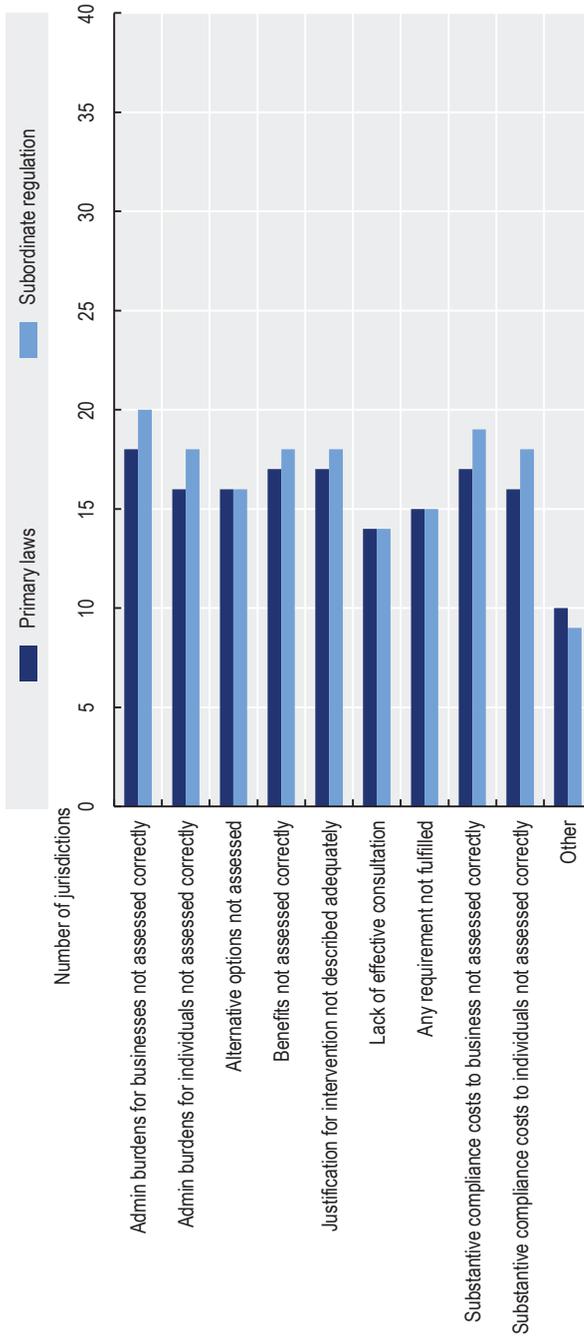
Gráfico 1.



Note: Data is based on 34 OECD member countries and the European Union.
 Source: Indicators of Regulatory Policy and Governance Surveys 2014, 2017 and 2021.

Fonte: OCDE.

Gráfico 2.



Note: Data is based on 38 OECD member countries and the European Union.
Source: Indicators of Regulatory Policy and Governance Survey 2021.

Fonte: OCDE.

Os Gráficos 1 e 2 indicam uma alta adesão dos países da OCDE à supervisão regulatória, com uma miríade de justificativas para tanto. No entanto, dentre os principais resultados do relatório de 2021 sobre supervisão regulatória, a OCDE ainda enfatiza a necessidade de reformas para o fortalecimento dessas instituições. Por exemplo, a OCDE enfatiza a necessidade de suas Entidades de Supervisão ampliarem a avaliação *ex post* das regulações existentes, que é uma taxa ainda em 30%.

Essas atribuições encontram sobreposições com atividades realizadas por instituições tradicionais, como ministérios e secretarias centrais aos governos, unidades de fiscalização próprias dos parlamentos, ou instituições superiores de auditoria. A última categoria compreende o Tribunal de Contas da União brasileiro, mas a experiência dos últimos 20 anos também tem demonstrado a criação de instituições menos tradicionais com atribuições específicas para a promoção da agenda de programas de melhoria regulatória (*better regulation*).¹⁹

Ainda assim, não há fórmula única, e a utilização de instituições tradicionais com sobreposições nas funções tem a vantagem de otimizar os recursos humanos, materiais e informacionais que já estão sendo empregados. No Reino Unido, por exemplo, as Entidades de Supervisão Regulatória são o National Audit Office e o Public Accounts Committee. São organizações de auditoria pública voltadas a promover *accountability* e otimizar o emprego dos recursos públicos, sendo possível traçar paralelos muito próximos com a Corte de Contas brasileira.

III. As balizas da regulação responsiva

As mudanças ou aprimoramentos pelos quais vários países da OCDE têm passado refletem programas para manter melhores sistemas regulatórios. Os esforços que hoje se centralizam sobre a supervisão regulatória (ou metarregulação) decorrem de diferentes correntes ou justificativas teóricas. No geral, são apelos para

19 OECD. "Case Studies of RegWatchEurope regulatory oversight bodies and of the European Union Regulatory Scrutiny Board". OECD, Paris, 2018.

estruturar melhor os procedimentos e organizações regulatórias; para fomentar a tecnicidade e o diálogo entre as comunidades regulatórias; para reduzir os ônus regulatórios através do incentivo a mecanismos mais inteligentes e alternativos ao comando e controle; ou mesmo para racionalizar a regulação ao indispensável e reduzir seus efeitos perversos.²⁰

Todas essas perspectivas têm em comum uma visão do Direito, de suas instituições e da regulação como *instrumentos* para atingir finalidades sociais perseguidas pelo sistema jurídico. Ou seja, um Direito responsivo às demandas e finalidades sociais. Essa visão funcional do Direito pode parecer trivial, mas não é.²¹ No entanto, cada vez mais existem pressões políticas para um sistema jurídico pragmático e que ofereça *justiça substantiva*, de modo que o Direito seja um verdadeiro facilitador das respostas às necessidades e finalidades sociais. É um momento da sociedade contemporânea que Philippe Nonet e Philip Selznick chamam de “transição ao sistema jurídico responsivo”.²²

A obra de Nonet e Selznick surge no contexto da percepção do esgotamento das possibilidades do Direito estritamente legalista, isto é, autônomo e formal. A obediência à regularidade jurídica parece não dar mais conta das demandas sociais. O ideal de legalidade passa a ser compreendido como a progressiva redução da *arbitrariedade* no direito positivo e em sua administração em função das finalidades sociais. E como já dito, o sistema jurídico deve ser um facilitador, sendo interpretado de modo coerente com seus fins. Assim, o Estado deve ser capaz de empregar poderes, recursos intelectuais e organizacionais de maneira suficientemente flexível para atender às

20 LODGE, Martin; WEGRICH, Kai. High-quality regulation: its popularity, its tools and its future. **Public Money & Management**, London, v. 29, n. 3, p. 145-152, 2009.

21 Para alguns, o Direito é acima de tudo repressão. Em sentido próximo, o Direito também é visto como regras que legitimam e protegem hierarquias políticas e sociais. Já para outros, o Direito é instrumento de libertação e progresso social, um ambiente em que as instituições jurídicas conseguem submeter até mesmo os poderosos ao crivo da lei e da justiça social. Ou, visto de forma mais cética, esse ambiente jurídico progressista e transformador pode ser entendido como uma forma de tirania antidemocrática de determinadas elites jurídicas. Na outra ponta, alguns entendem que um Direito não responsivo às demandas sociais se torna mera burocracia que atrapalha a vida cotidiana e soterra a inovação.

22 NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

demandas da realidade. Se o Direito ignorar a realidade, a realidade ignorará o Direito. É dizer que o Direito precisa receber inputs da realidade para guiar a sociedade aos seus fins.

Essa construção teórica tem implicações importantes no âmbito institucional. Especialmente quanto à dinâmica de controle público, que é objeto do presente artigo. Nessa nova ordem jurídica responsiva, mais flexível e proativa em todos os âmbitos da ação estatal, postula-se que “Poderes sem controles, e não a diluição da fronteira entre eles, constituem a verdadeira ameaça de tirania e injustiça”.²³ Em outras palavras, significa que “os perigos da arbitrariedade devem ser controlados de maneira a facilitar, em vez de atrapalhar, a ampliação das competências institucionais”.²⁴ Para os precursores do Direito Responsivo, em um mundo no qual o Direito assume cada vez mais responsabilidades, e novos núcleos decisórios são criados, a incompetência para intervir se torna fonte cada vez mais viva de poder arbitrário.

Não é dizer que o controle deve ser exercido sempre de maneira inadvertida. Não é possível ignorar que a atividade de controle também possui ônus, mas significa dizer que a interpretação das normas que permitem o controle público deve ser realizada de modo a permitir a ampliação das *possibilidades* de controle, ainda que este seja exercido com deferência às instâncias decisórias. A aplicação do Direito passa a ser a arte conferir legitimidade ao ato público, ou seja, de se assegurar que as finalidades sejam levadas a sério no funcionamento das instituições governamentais.

O Direito administrativo, como é conhecido no Brasil, possui mais características do tradicional direito *autônomo* (formalista) francês, que tem como base a limitação dos poderes administrativos. O novo Direito responsivo, por sua vez, tem por objetivo principal *capacitar e facilitar* o exercício do poder em função das finalidades. O controle público é chamado a avaliar problemas institucionais associados a diferentes contextos e mandatos administrativos,

23 DAVIS, Kenneth C. **Administrative Law Text**. St. Paul, Minnesota: West Publishing, 1959, p. 30.

24 NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 166.

e passa a indicar mecanismos aptos a corrigir ou moderar tais problemas.²⁵ As instâncias controladoras precisam se ajustar para determinar as técnicas de controle mais harmoniosas entre o problema posto e as finalidades perseguidas, evitando as soluções simplistas do Direito autônomo (legal/ilegal) para os problemas complexos da atualidade.²⁶ Há, por conseguinte, uma sofisticação das técnicas de controle.

O direito responsivo passa a estruturar soluções, mantendo a coerção como instância garantidora de suas estruturas. “Se é possível falar numa função paradigmática do direito responsivo, é a regulação, não a adjudicação”,²⁷ afirma a literatura. Isso porque a regulação é o processo de elaborar e corrigir políticas – ou ações – para concretizar finalidades jurídicas, o mesmo raciocínio é aplicável à metarregulação. Esta última pode ser definida como o processo de garantir que determinadas regulações atendam a alguns parâmetros mínimos em relação às finalidades que perseguem, bem como fomentar o engajamento e a capacidade regulatória a atingir parâmetros de qualidade para além do mínimo estabelecido pelas normas. Fomentar soluções para finalidades institucionais.

Esse cenário não é estranho à realidade dos Tribunais de Contas brasileiros. Desde a promulgação da Constituição de 1988 o parâmetro de controle não se encerra somente na *legalidade*, mas abarca também a avaliação da *legitimidade* e da *economicidade* dos atos da Administração Pública. Além disso, hoje os Tribunais de Contas também estão autorizados a realizar a fiscalização operacional, que é um método de avaliação do desempenho das estruturas e políticas públicas em relação às finalidades institucionais que perseguem.²⁸ Essa ampliação da dinâmica de controle público pelo TCU é condizente com a literatura de direito responsivo.

25 NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e sociedade**: a transição ao sistema jurídico responsivo. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 57 e 168.

26 STEWART, Richard. *The Reformation of American Administrative Law*. **Harvard Law Review**, Cambridge, p. 1810, 1915.

27 NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e sociedade**: a transição ao sistema jurídico responsivo. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 164.

28 “O exame independente e objetivo da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade de organizações, programas e atividades governamentais, com a finalidade de promover o aperfeiçoamento da gestão pública”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Manual de auditoria**

Em um nível menos abstrato e mais operacional, a literatura de direito responsivo tem se voltado especificamente a estabelecer um projeto de regulação responsiva. Esse projeto vem se consolidando cumulativamente desde a década de 1970 e se reporta a um conjunto de teorias que são responsivas às evidências e aos frutos do diálogo entre comunidades acadêmicas e regulatórias.²⁹ São teorias sensíveis aos limites da efetividade da regulação estatal, percepção impulsionada por um profundo reconhecimento dos problemas de complexidade social, multiplicidade normativa e escassez epistêmica.

Isso leva a uma busca por intervenções regulatórias que sejam ao mesmo tempo mais sofisticadas e menos demandantes do Estado tanto em relação a custos materiais, humanos e epistêmicos em comparação aos formatos regulatórios convencionais. Esse objetivo pretende ser atingido com o engajamento da comunidade envolvida no processo regulatório. Valendo-se da noção de reflexividade, a regulação responsiva enfatiza a importância da aprendizagem, alcançada por meio de um processo contínuo de observação e autocrítica.

Em uma contribuição para a teoria, Baldwin e Black apresentam o conceito de “regulação realmente responsiva”.³⁰ Os autores entendem que o regulador deve ser responsivo não apenas ao desempenho de conformidade do regulado, mas também a outras variáveis mais amplas: à real receptividade e engajamento perante o regulador;³¹ ao ambiente institucional do regime regulatório em uma perspectiva ampla, com questões históricas ou culturais; às diferentes lógicas de ferramentas e estratégias regulatórias; ao próprio desempenho do regime; e às possíveis mudanças em cada um desses elementos.

operacional. 3ª ed. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (SEPROG), 2010, p. 11.

29 Por todos, ver: AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate.** Oxford: Oxford University Press, 1992.

30 BALDWIN, R.; BLACK, J. Really Responsive Regulation. **The Modern Law Review**, London, vol. 71, n.1, p. 59-94, 2008.

31 A literatura distingue ao menos cinco posturas: engajamento ou acomodação à agenda regulatória; rendição à autoridade regulatória; resistência; competição (game playing); e desengajamento.

Como é possível perceber, o regulador realmente responsivo imaginado por Baldwin e Black é altamente sofisticado. Nesse sentido, Oren Perez³² realiza uma crítica feroz ao demonstrar que o regulador de Baldwin e Black acaba demandando mais informações que o clássico governante “onisciente” no qual se baseia em comando e controle. Isso porque o regulador precisaria compreender perfeitamente todas as múltiplas lógicas que povoam a arena regulatória, construir estratégias de intervenção sensíveis a tais lógicas peculiares, e ainda assim manter um programa geral coerente. Além disso, precisaria ter uma capacidade formidável de análise retrospectiva e prospectiva para redesenhar suas estratégias à luz de contingências constantes em desenvolvimento.

Todas essas dificuldades da regulação responsiva parecem levar a um paradoxo. Ela surge como um projeto pragmático que visa atingir as finalidades sociais a um menor custo possível, porém, os custos epistêmicos e operacionais parecem ser muito elevados, o que leva à necessidade de uma enorme mobilização de recursos. Oren Perez sugere em sua crítica que esses problemas podem ser resolvidos através de uma meta-análise da regulação responsiva, o que ele chama de “reflexividade de segunda-ordem”.³³ Essa meta-análise consiste em dar um passo para trás em debates substantivos, refletir sobre as implicações conceituais e práticas das teorias de responsividade de primeira ordem, e realizar comparações sobre as possibilidades de operacionalização desses projetos.

Ainda que apenas em um rol exemplificativo, Olsen menciona que a responsividade pode ser institucionalizada em um sistema jurídico tanto pela obrigação formal dos reguladores quanto por uma instituição metarreguladora central realizar a supervisão regulatória e servir como um *locus* de reflexividade e fomento à qualidade regulatória. A supervisão centralizada possuiria a vantagem de identificar falhas intrínsecas e inconsistências mútuas em regulamentos propostos que, presumivelmente, não poderiam

32 PEREZ, Oren. Responsive Regulation and Second-Order Reflexivity: on the limits of regulatory intervention. **University of British Columbia Law Review**, vol. 44, n.3, p. 743-778, 2011.

33 PEREZ, Oren. Responsive Regulation and Second-Order Reflexivity: on the limits of regulatory intervention. **University of British Columbia Law Review**, vol. 44, n.3, p. 759 e ss., 2011.

ter sido detectados pelas próprias agências devido a restrições institucionais, temporais e epistêmicas.

É dizer que tanto a teoria geral do Direito responsivo quanto o projeto de regulação responsiva (e reflexiva) são compatíveis e até recomendam a adoção de mecanismos institucionais de supervisão voltados à responsividade e reflexividade. Existem muitos desenhos institucionais diferentes aplicáveis às ROBs, e diversas instituições evoluíram ao redor do mundo para chegar ao estágio de sofisticação hoje apresentado por países da OCDE.³⁴ Dentre as diversas instituições que evoluíram para incorporar a função de supervisão regulatória estão as Instituições Superiores de Auditoria, como é o caso do Tribunal de Contas brasileiro.

Considerando que uma parcela dos críticos ainda julga o Tribunal de Contas da União como um grande desconhecido para a maioria dos contribuintes, da imprensa e da opinião pública,³⁵ um possível questionamento seria o seguinte: como um Tribunal altamente insulado e tecnocrático poderia ser chamado de uma instituição *responsiva*? A resposta para esse questionamento estaria

34 "In the past, countries with a Roman law tradition set up forms of ROBs, as part of Councils of State, as in France (Robineau and Truchet 2002) and Italy (Caretti and De Siervo 1996). These bodies served as advisors to the government on the legality of regulatory decisions. They were also the superior level of the administrative courts, so they also exercised an adjudicative role meant to protect governments and avoid litigation in the civil courts regarding specific regulations. For example, in France after the Revolution, the Conseil d'Etat and the system of administrative courts were designed to shield the administrative state from being unduly constrained by the separate system of civil courts; the civil court judges were viewed as more sympathetic to the monarchy, while the administrative courts were meant to be more sympathetic to the legislature and to its efforts to redistribute power and wealth in France after the Revolution. Today, the Conseil d'Etat, acting as both a court of appeals for the administrative courts and a supervisory body for the administrative state, brings significant expertise to bear on the legality of regulatory decisions (Breyer 1993, Part III). However, it does not review impact assessments of proposed new regulations prepared by regulatory agencies (Bouder 2008, Trosa 2008). Modern ROBs, established since the 1970s, especially in common law countries such as the USA and UK, but also in other countries such as the Netherlands, and in the European Union, have a different origin. They were mainly created in response to stagnating economic conditions; a rising tide of regulation of health, safety and environmental risks; an accumulated array of economic regulation of sectors such as banking, communications, and transportation; and an academic literature on both the need for and problems with regulation". (WIENER; ALEMANN, 2011, p. 313.). Ver em: WIENER, Jonathan B.; ALEMANN, Alberto. Comparing Regulatory Oversight Bodies Across the Atlantic: the Office of Information and Regulatory Affairs in the US and the Impact Assessment Board in the EU. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter (eds). **Comparative Administrative Law**. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2011, p. 309-335

35 MAHONEY, James; THELEN, Kathleen. Explaining Institutional Change: ambiguity, agency, and power. Cambridge: CUP, 2010, p.1-37 e 204-224.

basicamente na percepção de que as instituições contemporâneas sempre enfrentam tensões e *trade-offs* inevitáveis ao tentarem balancear legitimidade político-democrática, expertise técnica e controle público.³⁶ Nesse difícil equilíbrio, o contexto das instituições de controle e supervisão regulatória salientaria a dimensão técnica em prejuízo da legitimidade democrática.

Isso significaria que nem todas as opiniões seriam consideradas *qualificadas* pelo Tribunal para ter ingerência no desenvolvimento de suas atividades de fiscalização. Mesmo porque as críticas de seus fiscalizados devem ser lidas com cautela. E instituições de controle devem possuir resiliência contra investidas ocasionais que possam desqualificar seu processo decisório. Mas, de fato, *algum público, através de algum processo de tomada de opiniões*, deve ser considerado qualificado para afetar e moldar as transformações pelas quais o TCU vem passando.

É plausível que o TCU se considere responsivo às comunidades internacionais de especialistas em controle e *accountability* públicos. Nessa visão, o TCU não precisa se legitimar como se fosse uma instituição parlamentar, contabilizando votos e preferências agregadas. Somente precisaria justificar seus processos decisórios e transformações perante a sociedade, legitimando a própria autoridade primariamente através da especialização institucional que está a serviço do público em geral.³⁷ O escrutínio jurídico e retórico dos ambientes democráticos precisaria ter força o suficiente para reverter a autoridade oriunda da vagueza – e, portanto, possível permissividade – constitucional, do comportamento reiterado e da capacidade técnica. Essa seria uma visão problemática, mas possível. Realista, até, na medida em que buscaria respostas sobre mudança institucional no comportamento de agentes interessados e com limitações internas e externas.³⁸

36 VERMEULE, Adrian. The Administrative State: Law, Democracy, and Knowledge. **Harvard Public Law Working Paper**, n. 13-28, 2013.

37 Uma concepção de autoridade apresentada por: RAZ, Joseph. Authority, Law and Morality. **The Monist**, v. 68, n. 3, 1 July 1985, p. 295-324.

38 MAHONEY, James; THELEN, Kathleen. **Explaining Institutional Change**: ambiguity, agency, and power. Cambridge: CUP, 2010, p.1-37 e 204-224.

Conclusão

O presente artigo buscou demonstrar que existem diferentes lentes teóricas para abordar os limites da fiscalização exercida pelo Tribunal de Contas da União sobre a regulação estatal. Todos os pontos de vista teóricos admitem a abordagem do TCU enquanto uma importante entidade de supervisão regulatória, visto que nenhuma renega as amplas possibilidades de fiscalização e produção de dados pelo TCU. No entanto, somente duas dessas lentes teóricas conseguem se condicionar bem à abordagem do TCU enquanto uma entidade de supervisão regulatória com poder de vetos e interferência direta na regulação.

A terceira corrente teórica apresentada, altamente cética quanto à atuação do TCU, alega que a entidade só poderia intervir diretamente em assuntos bem mais estritos, como matéria financeira. Os principais argumentos dessa corrente são de que o legislador constituinte não concebia os Tribunais de Contas enquanto entidades de supervisão regulatória, e de que vê-lo deste modo incorreria em usurpação das competências do Judiciário. Essa visão não se sustenta com facilidade a partir do marco teórico do Direito responsivo, que entende que o contexto social e institucional de um país muda, e que as instituições precisam responder às demandas sociais com alguma flexibilidade.

Note-se que em nenhum momento a terceira corrente teórica alega que é impossível interpretar as normas constitucionais sobre o TCU abordando-o como uma entidade de supervisão regulatória. Pelo contrário, a corrente alega que é possível, visto que a redação dos artigos sobre controle externo deixa margem para tanto. Ao mesmo tempo, existe um imenso corpo de literatura sobre as desvantagens institucionais de se permitir ao Judiciário que exerça a supervisão regulatória.³⁹ Essas desvantagens poderiam ser parcialmente supridas pelas características proativas e voltadas à expertise técnica do TCU, ainda que aprimoramentos possam ser bem-vindos.

39 Por todos, ver: JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 51-280.

Na prática, o TCU já está bem consolidado como um supervisor importante do ambiente regulatório. As contribuições do Tribunal são reconhecidas mesmo pelos críticos. E qual a necessidade de um “by-pass” institucional *completo* quando o TCU já está bem consolidado na complexa dinâmica de supervisão regulatória? Aprimoramentos sempre são bem-vindos, mas uma abordagem que exclua o TCU dessa função precisaria de mais evidências quanto à disponibilidade de outras instituições para suprir a grave lacuna que restaria. Nesse sentido, a principal pergunta a se fazer seria: tomando o TCU enquanto supervisor regulatório relativamente bem consolidado, quais condições *incrementais* ele precisaria alcançar para manter o equilíbrio da arquitetura institucional?

Este artigo apresentou as circunstâncias que levam a pressões por um supervisor regulatório, e uma visão bastante realista das disputas dogmáticas quanto ao poder de supervisão do TCU. Não se defende necessariamente que o TCU seja escolhido como o supervisor da Administração Pública com poderes de intervenção e veto. Porém, a discussão, levada a sério, não pode ignorar que o Tribunal já tem ocupado este local institucional.

ECONOMIA E REGULAÇÃO

Cristiane Cardoso Avolio Gomes

Fundamentos para a regulação estatal do esporte de rendimento

4

Fundamentos para a regulação estatal do esporte de rendimento

Cristiane Cardoso Avolio Gomes¹

Palavras-chave: regulação; esporte de rendimento; intervenção estatal; fundamentos.

Introdução

O direito administrativo passa por transformações que demandam a inclusão de novos objetos que não figuravam entre as matérias classicamente estudadas nessa disciplina, a exemplo da regulação de atividades econômicas, que vem notadamente atraindo a atenção com os movimentos de reforma do Estado em meados da década de 1980.² Por sua vez, observa-se que o estudo da regulação também evolui e com o tempo se passa a cuidar de novos temas que não figuram entre aqueles que tradicionalmente são analisados quando se reflete sobre o assunto, como é o caso da regulação do esporte.

No âmbito econômico, é relevante a observação da doutrina de que, sempre que possível, deveria haver liberdade econômica e de escolhas dos consumidores, sendo a regulação uma alternativa secundária para a correção de falhas de mercado.³ No contexto da atividade econômica esportiva, essa observação ganha mais importância em razão da autonomia das entidades esportivas, conceito que pode ser compreendido em duas dimensões: (i) autonomia do ordenamento jurídico esportivo internacional (noção

1 Mestranda em Direito da Regulação pela Fundação Getulio Vargas. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Advogada da União. E-mail: cristiane.avoliogomes@gmail.com.

2 MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 330.

3 PROSSER, Tony. **Two visions of regulation. Regulation in the Age of Crisis**. University College. Dublin, June 2010. p. 1.

que inclui a “*lex sportiva*”);⁴ (ii) autonomia das organizações esportivas, que por sua vez se subdivide em autonomia (ii.1) para se autorregular e (ii.2) para regular a respectiva modalidade,⁵ ressaltando-se que as duas últimas subdivisões estão expressamente consagradas no art. 217, I, da Constituição Federal.⁶

Assim, partindo-se da compreensão de que a regulação é tradicionalmente entendida como “second best” e salientando-se que o esporte é um ambiente que se autoproclama autônomo, consagrou-se nos estudos de direito desportivo a noção de que a atividade esportiva é autorregulada e resistente à regulação estatal.⁷

No entanto, partindo dessa compreensão, surge a seguinte indagação: a autonomia esportiva significa imunidade à regulação estatal? Considerando a evolução dos estudos sobre o conceito de autonomia, a resposta é negativa, pois vem se firmando o entendimento de que tal autonomia não significa soberania ou imunidade à intervenção estatal, tampouco constitui óbice à possibilidade de regulação estatal.⁸ Portanto, a tese sustentada

4 NICOLAU, Jean Eduardo. **Direito internacional privado do esporte**. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 39.

5 NUNES, Tatiana Mesquita. **Olímpia e o Leviatã: a participação do Estado para garantia da integridade no esporte**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. p. 34.

6 Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um, observados: I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento (...).

7 Por todos, confira-se, na doutrina nacional, as palavras de Álvaro Melo Filho: “‘Un casu’, o que se pretende com este inc. I do art. 217 é a *autonomia* para que as entidades desportivas dirigentes e associações tenham *sua* (própria) forma de organização e funcionamento, sem nada de padronização ou feito estereotipado nos assuntos ‘interna corporis’. Vale dizer, afasta-se a autoritária e despropositada intromissão estatal nas questões internas da administração do desporto, pratica essa incompatível com o regime democrático. (...) É por intermédio do princípio constitucional da *autonomia desportiva* que o cenário desportivo do país haverá de transformar-se, pois o Estado passa a ter apenas a função de desempenhar aqueles papéis que não possam ser diretamente assumidos pelas entidades desportivas privadas” (MELO FILHO, Álvaro. **O desporto na ordem jurídico-constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 69-71). Na doutrina internacional, confira-se, ainda: GILES, Craig e TAYLOR, Jonathan. *Sports Governance*. In LEWIS, Adam e TAYLOR, Jonathan. **Sport: Law and Practice**. West Sussex: Bloomsbury, 2014. p. 66.

8 Nesse sentido, confira-se novo do ministro Celso de Mello no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3045 e ainda: FONSECA, Francisco José Defanti. **Autorregulação desportiva e autonomia constitucional**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. p. 70; NUNES, Tatiana Mesquita. **Olímpia e o Leviatã: a participação do Estado para garantia da integridade no esporte**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. p. 68.

neste artigo é de que, a despeito da consagrada autonomia esportiva, existem espaços para a regulação estatal do esporte de rendimento, a qual pode ser desempenhada com base em fundamentos identificados pela literatura de teoria da regulação e expostos a seguir.

1. Delimitações conceituais

Antes de adentrar no objeto específico do artigo, é necessário delimitar o que se entende por regulação do esporte de rendimento.

O estudo da regulação vem aumentando e se expandindo ao longo dos anos, sendo atualmente considerado um campo que engloba conhecimentos de diversas disciplinas, como direito, economia, ciência política, sociologia, psicologia, entre outros. A união de tantas áreas do conhecimento dificulta até mesmo a formulação de um conceito único de regulação, uma vez que o termo vem sendo utilizado em diferentes contextos e com significados e alcances distintos em cada um.⁹

A despeito das divergências conceituais, para a finalidade deste artigo, considera-se regulação a atividade realizada com objetivo de alterar o comportamento alheio para adequá-lo a padrões previamente definidos com a intenção de alcançar uma determinada finalidade.¹⁰ Nesse sentido, considera-se que a atividade regulatória almeja promover melhorias na sociedade, mudando comportamentos individuais ou organizacionais de forma a produzir resultados que signifiquem impactos positivos no desenvolvimento social e na solução de problemas econômicos.¹¹

9 É o que demonstra o estudo realizado por Martin Lodge e Christel Koop, que se propôs a identificar algum consenso na definição de regulação entre as diferentes disciplinas das ciências sociais (KOOB, Christel; LODGE, Martin. What is regulation? An interdisciplinary concept analysis. **Regulation and Governance**. 2015. Disponível em: <http://eprints.lse.ac.uk/62135/>. Acesso em: 30 nov. 2022).

10 Trata-se de uma noção de regulação baseada na definição de Julia Black: "regulation is the sustained and focused attempt to alter the behaviour of others according to defined standards or purposes with the intention of producing a broadly identified outcome or outcomes, which may involve mechanisms of standard-setting, information-gathering and behaviour-modification". (BLACK, Julia. Critical reflection on regulation. **Australian Journal of Legal Philosophy**. 2002).

11 COGLIANESE, Cary. Measuring regulatory performance. **Evaluating the Impact of Regulation and Regulatory Policy**. Expert paper, n. 1, 2012. p. 8.

Além disso, cumpre esclarecer o que se entende por esporte para fins legais e, mais precisamente, o que será compreendido como esporte de rendimento a ser regulado. Essa delimitação é feita com base na Lei nº 9.615/1998 (Lei Pelé), que dispõe sobre as manifestações do desporto educacional, de participação e de formação (que podem ser consideradas as manifestações sociais do esporte) e sobre o desporto de rendimento, organizado e praticado de forma profissional e não profissional,¹² ressaltando que a exploração e a gestão do desporto profissional constituem exercício de atividade econômica.¹³

Assim, apesar da natureza dúplice¹⁴ da atividade esportiva, este artigo analisará apenas a regulação estatal do esporte de rendimento, entendido, do ponto de vista esportivo, como atividade realizada com a finalidade de obter resultados e integrar pessoas e comunidades de diversos países e, do ponto de vista econômico, como atividade econômica sujeita à livre-iniciativa.

12 Art. 3º O desporto pode ser reconhecido em qualquer das seguintes manifestações: I - desporto educacional, praticado nos sistemas de ensino e em formas assistemáticas de educação, evitando-se a seletividade, a hipercompetitividade de seus praticantes, com a finalidade de alcançar o desenvolvimento integral do indivíduo e a sua formação para o exercício da cidadania e a prática do lazer; II - desporto de participação, de modo voluntário, compreendendo as modalidades desportivas praticadas com a finalidade de contribuir para a integração dos praticantes na plenitude da vida social, na promoção da saúde e educação e na preservação do meio ambiente; III - desporto de rendimento, praticado segundo normas gerais desta Lei e regras de prática desportiva, nacionais e internacionais, com a finalidade de obter resultados e integrar pessoas e comunidades do País e estas com as de outras nações. IV - desporto de formação, caracterizado pelo fomento e aquisição inicial dos conhecimentos desportivos que garantam competência técnica na intervenção desportiva, com o objetivo de promover o aperfeiçoamento qualitativo e quantitativo da prática desportiva em termos recreativos, competitivos ou de alta competição. §1º O desporto de rendimento pode ser organizado e praticado: I - de modo profissional, caracterizado pela remuneração pactuada em contrato formal de trabalho entre o atleta e a entidade de prática desportiva; II - de modo não profissional, identificado pela liberdade de prática e pela inexistência de contrato de trabalho, sendo permitido o recebimento de incentivos materiais e de patrocínio.

13 Art. 2º, Parágrafo único. A exploração e a gestão do desporto profissional constituem exercício de atividade econômica sujeitando-se, especificamente, à observância dos princípios (...).

14 "A duplicidade que passa a caracterizar o esporte, elemento poderoso de promoção tanto social quanto econômica, impõe, especialmente na atual quadra histórica do Brasil, ainda maiores cautelas na apreciação da atuação estatal no meio desportivo, já que, enquanto num campo é intervenção do Estado pode ser muito bem-vinda, na outra há preceitos constitucionais explícitos contendo a liberdade de ação administrativa." (MARTINS, Fernando Barbalho. O princípio da subsidiariedade e a atuação estatal no esporte. *In*: FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). **Direito administrativo e democracia econômica**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 24.

Essa ampla definição de esporte de rendimento permite que sejam estudados como objeto da regulação não só a competição esportiva em si, mas outros assuntos em princípio periféricos, mas que nela repercutem e que podem influenciar no seu potencial lucrativo, em razão dos diversos interesses envolvidos no desenvolvimento dessa atividade econômica.¹⁵

2. Razões para regular o esporte de rendimento

Primeiramente, a pergunta sobre por que regular um objeto pode ser respondida tanto pela explicitação das justificativas técnicas para regulação como pela análise dos motivos, ou seja, das forças sociais que deram ensejo à edição de determinado ato regulatório.¹⁶

Neste artigo, objetiva-se investigar as justificativas técnicas para regulação estatal do esporte de rendimento,¹⁷ as quais são identificadas com base nas teorias de interesse público da regulação.¹⁸ Portanto, parte-se do entendimento de que a regulação

15 “O processo de mercantilização do esporte transformou as federações internacionais e o Comitê Olímpico Internacional em grandes corporações financeiras transnacionais, que teceram uma rede de filiais por todo o mundo através dos Comitês Olímpicos nacionais e das confederações nacionais. Estas corporações esportivas mantêm relacionamentos comerciais com grandes empresas patrocinadoras, tais como a Coca Cola, a Nike e a Adidas. O volume de capital envolvido nas transações de patrocínio de eventos, de equipes e de venda de direitos de transmissão, gera interesses que ultrapassam as necessidades da prática esportiva. São interesses voltados ao mercado-alvo, horários de transmissão, locais-sede dos eventos, oportunidades comerciais. Estes interesses econômicos provenientes das relações entre as instituições esportivas, empresas patrocinadoras e corporações de mídia acabam por influenciar diretamente a realização esportiva, proporcionando mudanças nas regras dos jogos, horários de partidas desfavoráveis à prática esportiva, mas ideais para a audiência televisiva, valorização excessiva do espetáculo e do show em detrimento das características da modalidade esportiva” (SIGOLI, Mário A., DE ROSE JR., Dante. A história do uso político do esporte. **Revista Brasileira de Ciência e Movimento**. v. 12, n. 2, p. 111-119, 2004. Disponível em <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RBCM/article/view/566>. Acesso em: 30 nov. 2022.)

16 BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice**. 2ª ed. Oxford University Press, 2012. p. 15.

17 O art. 3º da Lei nº 9.615/1998 (Lei Pelé) prevê que o desporto pode ser reconhecido em suas manifestações de desporto educacional, de participação, de formação e de rendimento, mas este artigo será limitado à regulação do esporte de rendimento, definido pela lei como aquele “praticado segundo normas gerais desta Lei e regras de prática desportiva, nacionais e internacionais, com a finalidade de obter resultados e integrar pessoas e comunidades do País e estas com as de outras nações” (inciso III).

18 Conforme sumarizado por Othon de Azevedo Lopes, as teorias da regulação podem ser divididas em três grandes categorias: interesse público, interesse privado e institucionalistas. “As teorias do interesse público consideram que o legislador e os agentes reguladores buscam atingir fins coletivos e promover o bem-estar da comunidade, com ênfase em aspectos prescritivos. As

é tradicionalmente justificada para correção de falhas de mercado, mas os estudos do tema evoluíram para se admitir a regulação também para atingir outras finalidades sociais¹⁹ e atualmente se admite a regulação para corrigir o que se denomina de falhas de escolha dos indivíduos²⁰ a serem solucionadas pela aplicação de ensinamentos de teoria comportamental.

Assim, para fins didáticos, a análise deste artigo será dividida entre as justificativas econômicas, não econômicas, e de economia comportamental identificadas na literatura do direito da regulação, as quais serão aplicadas ao esporte de rendimento para evidenciar as razões técnicas para o Estado regular essa atividade.

2.1. Justificativas econômicas

As justificativas econômicas para regulação estão relacionadas a situações em que há falhas de mercado não solucionadas pelas regras privadas, hipóteses em que há possibilidade de intervenção regulatória para promoção do interesse público. Assim, a regulação existe para promover o bem-estar econômico em termos de alocação eficiente de recursos, ou seja, para fazer com que os recursos sejam direcionados para as situações em que serão utilizados da maneira mais valiosa.²¹

A doutrina identifica que os mercados podem falhar na teoria e na prática por quatro razões principais: problemas concorrenciais, externalidades, bens públicos e assimetria informacional.²²

teorias do interesse privado são céticas em relação ao 'interesse público', ressaltando que a regulação em geral atende grupos particulares, com ênfase em aspectos descritivos. As teorias institucionalistas enfatizam a interdependência do Estado e dos particulares na persecução conjunta de benefícios privados e públicos dentro do regime regulatório. Teorias institucionalistas mesclam elementos descritivos e prescritivos, enfocando a razão do surgimento da regulação e a explicação dos objetivos que ela deveria atingir". (LOPES, Othon de Azevedo. **Fundamentos da regulação**. Rio de Janeiro: Processo, 2018. p. 170)

19 BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice** 2ª ed. Oxford University Press, 2012. p. 15.

20 BINEMNBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 193 e 227.

21 OGUS, Anthony. **Regulation: legal form and economic theory**. Oregon: Hart Publishing, 2004. p. 2-3.

22 VELJANOVSKI, Cento. Economic Approaches to Regulation. in BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **The Oxford Handbook of Regulation**. New York: Oxford University Press, 2010. p. 3.

Os problemas concorrenciais ocorrem quando uma empresa (em caso de monopólio) ou conjunto de empresas (no caso de oligopólios, os cartéis) aumentam os preços de forma artificial, impedindo que haja a livre competição e gerando outros efeitos sociais adversos; como redução da qualidade dos produtos e serviços, e desestímulo à inovação.²³ Aqui também se inclui a noção de monopólio natural, em que apenas uma empresa presta o serviço devido aos altos custos de infraestrutura (como ocorre, por exemplo, no ramo de distribuição de água ou eletricidade).²⁴

No ponto, observa-se primeiramente que não há monopólios públicos²⁵ relacionados ao esporte de rendimento. Assim, seja na própria base constitucional do monopólio, seja nos demais dispositivos destinados ao tratamento do esporte, não há qualquer indicativo no texto constitucional de que o esporte possa ser considerado monopólio estatal²⁶ e, ainda que se admita a possibilidade de criação de monopólio público por lei ordinária,²⁷ a legislação esportiva em vigor não reflete essa opção.

Quanto à existência de monopólios privados, a doutrina de direito desportivo observa que a atuação das entidades desportivas pode ser considerada uma espécie de monopólio de fato, tendo em vista que não decorre de uma regra jurídica, mas da aplicação de critérios de efetividade e representatividade que se traduzem em um

23 VELJANOVSKI, Cento. *Economic Approaches to Regulation*. in BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **The Oxford Handbook of Regulation**. New York: Oxford University Press. 2010. p. 3.

24 VELJANOVSKI, Cento. *Economic Approaches to Regulation*. in BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **The Oxford Handbook of Regulation**. New York: Oxford University Press. 2010. p. 3.

25 O monopólio público ocorre pela atuação do Estado quando assume o exercício exclusivo de uma atividade econômica, sem admitir concorrentes ou investidores, o que, de acordo com o art. 177 da Constituição Federal, inclui diversas atividades envolvidas no ciclo econômico do petróleo e do gás natural e praticamente todas as atividades relacionadas a minérios e minerais nucleares (MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 286-287.)

26 Ao contrário, a autonomia das organizações esportivas inclusive afasta essa ideia.

27 Como defende MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 295-299.

poder de fato que elas exercem na coordenação da modalidade.²⁸ Assim, constatando-se que as federações esportivas funcionam em regime considerado de monopólio, ressalta-se que o poder de fato concentrado em uma federação internacional para sua organização e funcionamento tem efeito deletérios para o esporte de rendimento, tanto nas atividades das entidades como para os profissionais do esporte.

Quanto ao funcionamento das entidades, é notório que a concentração de poderes nas mãos dos poucos dirigentes das federações permite que as atividades esportivas sejam direcionadas para atingir interesses privados em detrimento da promoção dos valores esportivos,²⁹ de forma que o excesso de poder e/ou exercício abusivo pelas entidades esportivas deverá ser coibido pela regulação estatal para proteção do esporte.³⁰

O monopólio também tem efeitos negativos para os profissionais dos esportes, que na prática são obrigados a se associar à entidade esportiva detentora do monopólio para participar das competições esportivas oficiais, o que pode gerar abusos que justificam a intervenção estatal para proteção dos direitos trabalhistas desses profissionais.³¹ Aqui, observa-se que a imposição de regras trabalhistas abusivas é clássico caso que justifica a regulação para proteção de certos interesses, na medida em que a igualdade no poder de barganha é considerada uma condição essencial para a

-
- 28 MIRANDA, Martinho Neves. **O direito no desporto**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 42-43 e 45-46. Por outro lado, esse monopólio de fato também pode ser considerado um “quase monopólio” em razão da possibilidade de criação de ligas, que funcionam ao lado das federações e não podem sofrer interferência enquanto se mantiverem independentes (art. 20, §5º, da Lei nº 9.615/1998) (NUNES, Tatiana Mesquita. **Olímpia e o Leviatã**: a participação do Estado para garantia da integridade no esporte. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. p. 144).
- 29 Relatório produzido pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime expõe graves casos relacionados a corrupção, manipulação de resultados, apostas ilegais no esporte. Disponível em: <https://www.unodc.org/unodc/en/safeguardingsport/grcs/index.html>. Acesso em: 18 out. 2022.
- 30 NUNES, Tatiana Mesquita. **Olímpia e o Leviatã**: a participação do Estado para garantia da integridade no esporte. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. p. 145 e 148.
- 31 MIRANDA, Martinho Neves. **O direito no desporto**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 43.

alocação eficiente de recursos.³² Portanto, regras estatais trabalhistas diferenciadas para profissionais do esporte cumprem a função regulatória de reduzir os efeitos econômicos deletérios produzidos pela desigualdade nas condições de negociações entre trabalhadores e federações esportivas.

Outra justificativa técnica para a regulação é a presença de assimetria de informação em um determinado mercado, o que pode prejudicar a eficiência porque os consumidores não possuem informações suficientes para avaliar os produtos sob competição. A assimetria informacional pode ocorrer porque a produção da informação é custosa, porque não há incentivos para sua produção, porque os agentes são incentivados a disponibilizar informação falsa ou insuficiente para a correta compreensão dos consumidores, ou, ainda, porque a baixa competição em um mercado reduz o fluxo de informações que os destinatários podem desejar obter.³³

A assimetria de informação é justificativa tradicionalmente invocada para a regulação das relações de consumo, em que o Estado é considerado responsável pela correção desta falha de mercado em prol da satisfação do consumidor em mercados competitivos.³⁴ Assim, no âmbito do esporte de rendimento, a assimetria de informação resta evidenciada na relação estabelecida entre os torcedores/espectadores, equiparados aos consumidores, e às entidades responsáveis pela organização da competição e entidades de prática desportiva detentoras do mando de jogo, comparadas aos fornecedores pela Lei nº 10.671/2003 (Estatuto do Torcedor, arts. 2º e 3º). Desse modo, pode-se considerar que essa lei é uma regulação justificada pela necessidade de reduzir a assimetria de informação e corrigir os diversos problemas de falta de transparência na venda de ingressos, na organização,

32 BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice**. 2ª ed. Oxford University Press, 2012. p. 20.

33 BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice**. 2 ed. Oxford University Press, 2012. p. 18.

34 OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Reforma do direito do consumidor brasileiro a partir das lições de behavioral economics: uma agenda possível? In MAIOLINO, Isabela; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). **Direito do consumidor: novas tendências e perspectiva comparada**. Brasília, DF: Singular, 2019. p. 226-227.

na segurança do partícipe, entre outros, que comprometem a qualidade dos eventos esportivos de rendimento e a integridade das competições.

As externalidades são falhas de mercado que ocorrem quando uma atividade gera custos para terceiros não contabilizados nos preços dos produtos, de forma que os compradores não pagam por seu verdadeiro custo social. Portanto, a regulação se faz necessária para que a externalidade seja internalizada pelo efeito indesejável que causa para terceiros.³⁵

No caso do esporte de rendimento, é cediço que a má gestão de diversos clubes de futebol pode levá-los à situação limítrofe de declaração de falência,³⁶ situação que pode gerar externalidades negativas³⁷ no mercado esportivo, na medida em que aumentam os custos de transação para os credores terem suas dívidas saldadas. Por esse motivo, a regulação estatal se justifica para evitar a falência dos clubes por meio da criação de regimes diferenciados de pagamento de dívidas tributárias³⁸ e, mais recentemente, pela concessão de novos prazos e condições para pagamento de dívidas de clubes que optarem por se converter em Sociedade Anônima do Futebol (SAF),³⁹ evitando, assim, o encerramento das atividades dessas associações.

35 LOPES, Othon de Azevedo. **Fundamentos da regulação**. Rio de Janeiro: Processo, 2018. p. 173.

36 Sobre o assunto, ver: SÉRGIO, Paulo. Ipatinga pode encerrar atividades devido a crise: confira clubes que faliram e conseguiram ou não se reerguer. **Lance**. Rio de Janeiro, 2022. Disponível em: <https://www.lance.com.br/galerias/ipatinga-pode-encerrar-as-atividades-devido-a-crise-confira-clubes-que-faliram-e-conseguiram-ou-nao-se-reerguer/#foto=1>. Acesso em: 25 out. 2022.

37 SADDI, Jairo. Análise econômica da falência. **Direito e economia no Brasil**. Editora Foco. Edição do Kindle. p. 523 e 540.

38 Os clubes de futebol possuem regimes diferenciados de parcelamento tributário, como o parcelamento da Lei nº 11.345/2006 - Timemania, e o parcelamento da Lei nº 13.155/2015 - Profut (Programa de modernização da gestão e de responsabilidade fiscal do futebol brasileiro), além da possibilidade de adesão a regimes gerais de parcelamento fiscal. Sobre o assunto, ver: TRENGROUSE, Pedro; AFONSO, José Roberto; PORTO, Lais Khaled. Uma proposta de transação tributária para o futebol brasileiro. **Consultor Jurídico - Conjur**, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-11/opiniao-proposta-transacao-tributaria-futebol>. Acesso em: 25 out. 2022.

39 Trata-se do Regime Centralizado de Execuções previsto no art. 14 e seguintes da Lei nº 14.193/2021. Sobre o assunto, ver: FILARDI, Hugo; CASTRO, Juliana; MACHADO, Rafael Orazem Ramos Machado. Recuperação judicial de times de futebol e a SAF. **Migalhas**, Ribeirão Preto,

Por fim, bens públicos são aqueles que beneficiam uma comunidade indeterminada e que combinam duas características: são considerados não rivais (o consumo de uma pessoa não diminui sua disponibilidade) e não exclusivos (é impossível excluir da fruição aqueles que não pagaram pelo seu uso).⁴⁰ É importante destacar que devido às características do bem público, sua disponibilização acaba sendo assegurada pelo poder público, na medida em que não há incentivos para produção pelo mercado.⁴¹

A segurança nacional ou local é um clássico exemplo de bem público tipicamente assegurado pelo poder público, mas que pode ser compartilhada com setores privados, desde que uma autoridade pública arrecade os recursos necessários e profira as decisões relacionadas à qualidade e quantidade do bem.⁴² Portanto, esse caso também se aplica ao esporte de rendimento, na medida em que o Estatuto do Torcedor prevê que as ações destinadas à segurança dos eventos esportivos serão de responsabilidade compartilhada do poder público e de todos os demais agentes envolvidos no evento (art. 1º-A da Lei nº 10.671/2003).

2.2. Justificativas não econômicas

Como mencionado anteriormente, a doutrina passou a observar que a realidade da regulação não objetivava apenas a correção de falhas de mercado, havendo outras justificativas para a intervenção estatal em atividades econômicas.

Nesse sentido, Cass Sunstein identifica que a regulação também pode ser voltada para a redistribuição de recursos de um grupo para outro menos favorecido; para a promoção de valores coletivos que não seriam acolhidos em um contexto regido pelo mercado privado; para promover diversidade e formar preferências diversas

2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/357425/recuperacao-judicial-de-times-de-futebol-e-a-saf>. Acesso em: 25 out. 2022.

40 OGUS, Anthony. **Regulation: legal form and economic theory**. Oregon: Hart Publishing, 2004. p. 33

41 LOPES, Othon de Azevedo. **Fundamentos da regulação**. Rio de Janeiro: Processo, 2018. p. 172.

42 OGUS, Anthony. **Regulation: legal form and economic theory**. Oregon: Hart Publishing, 2004. p. 33.

em relação à padronização usualmente imposta pelo mercado; para eliminar ou reduzir a subordinação social de alguns grupos hipossuficientes; para alterar certas preferências endógenas que acarretam custos sociais e para o indivíduo; para assegurar a proteção de recursos naturais e de preservação de animais para gerações futuras.⁴³

Aplicando essas outras justificativas para a regulação ao esporte de rendimento, pode-se defender que, mesmo quando ausentes as falhas de mercado identificadas no item anterior, o Estado pode promover a regulação da atividade econômica para preservar valores como o ideal de integridade do esporte,⁴⁴ considerando que este é um importante elemento de tensão⁴⁵ apto a despertar os interesses e paixões que mantêm as competições esportivas de alto rendimento como atividades economicamente relevantes.⁴⁶

Em outras palavras, a defesa de integridade pelo Estado existe para assegurar que haverá a tensão necessária para que as competições esportivas sejam eventos economicamente relevantes e haverá adequada tutela da integridade do esporte sempre que for possível assegurar a observância das regras que garantem que as competições esportivas são limpas (pois os atletas não utilizam substâncias proibidas), que as instituições que as organizam são adequadamente geridas, seguindo padrões de boa governança

43 SUNSTEIN, Cass. **After the rights evolution**: reconceiving the regulatory state. Cambridge: Harvard University Press, 1990. p. 55-69.

44 “Concebe-se, assim, a integridade como um princípio orientador, relacionado à ideia de sinceridade, conformidade à realidade, honestidade e lealdade, cuja aplicação fática deverá ser apresentada sob a forma de visões diversas, necessariamente interconectadas. Especificamente sob a ótica desportiva, Simon Gardiner, Jim Parry e Simon Robinson apresentam quatro visões interconectadas de integridade, a saber: (i) a integridade do esporte em si mesmo; (ii) a integridade pessoal no esporte; (iii) a integridade organizacional do esporte; e (iv) a integridade procedimental em um evento esportivo”. NUNES, Tatiana Mesquita. **Olímpia e o Leviatã**: a participação do Estado para garantia da integridade no esporte. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. p. 51. Sobre as quatro visões de integridade mencionadas, ver: GARDINER, Simon; *et al.* **Integrity and the Corruption Debate in Sport** – Where is the Integrity? Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/16184742.2016.1259246>. Acesso em: 26 out. 2022.

45 HUIZINGA, Johan. **Homo ludens**: o jogo como elemento da cultura. 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2019. p. 13.

46 NUNES, Tatiana Mesquita. **Olímpia e o Leviatã**: a participação do Estado para garantia da integridade no esporte. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo – USP, São Paulo. p. 165.

(buscando afastar as possibilidades de fraude ou corrupção) e que não haverá manipulação dos resultados.

Assim, justificam-se, com base na defesa do valor da integridade, regulações estatais como o Código Brasileiro Antidopagem,⁴⁷ as normas de governança esportiva previstas no art. 18-A da Lei nº 9.615/1998 (Lei Pelé), a criação do Programa de Modernização da Gestão e da Responsabilidade Fiscal do Futebol (Profut) criado pela Lei nº 13.155/2015 e a iminente regulação da atividade de apostas esportivas, que deverá ser feita pelo Ministério da Economia até dezembro de 2022.⁴⁸

Ademais, as competições esportivas de rendimento podem também ser utilizadas para promover a redução das desigualdades sociais e regionais, tendo em vista o potencial da atividade para inclusão social, promovendo valores comuns de ética, solidariedade e cooperação, como também por seu potencial de geração de empregos e circulação de riquezas.⁴⁹ Essa foi, inclusive, a justificativa apresentada para a regulação estatal pela via do fomento quando houve autorização para o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) conceder linhas de crédito com condições especiais para construção de estádios e arenas para sediar a Copa do Mundo de 2014.⁵⁰

No mesmo sentido, resta justificado o fomento para atividades esportivas não profissionais previsto na Lei nº 11.438/2006 (Lei de Incentivo ao Esporte), considerando o interesse do Estado em fomentar a atividade econômica que promove inclusão social ao produzir riquezas diretas e indiretas, mediante a criação de

47 Resolução nº 64, de 30 de dezembro de 2020, do Conselho Nacional do Esporte, que aprova o Código Brasileiro Antidopagem nos moldes do Código Mundial Antidopagem 2021 da Agência Mundial Antidopagem - AMA.

48 Lei nº 13.756/2018, Art. 29. Fica criada a modalidade lotérica, sob a forma de serviço público exclusivo da União, denominada apostas de quota fixa, cuja exploração comercial ocorrerá em todo o território nacional. (...) §3º O Ministério da Fazenda regulamentará no prazo de até 2 (dois) anos, prorrogável por até igual período, a contar da data de publicação desta Lei, o disposto neste artigo.

49 MASSON, Aloisio. **O esporte como instrumento do direito econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 138.

50 MOCCIA, Maria Hermínia P. S. **Parâmetros para a utilização do fomento público econômico: empréstimos pelo BNDES em condições favoráveis**. 2014. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. p. 122-123.

empregos e manutenção de atividades econômicas relacionadas ao marketing esportivo, direitos de arena e de imagem, contratos de patrocínio e receitas de eventos.⁵¹

2.3. Justificativas de economia comportamental

A economia comportamental fundamenta-se em observações empíricas do comportamento humano que demonstram que as pessoas nem sempre tomam decisões ou fazem escolhas de maneira racional, mesmo que disponham das informações e ferramentas necessárias para assim proceder. Assim, questiona-se o pensamento tradicional de que o ser humano toma decisões de maneira racional, com autocontrole e sem perder de vista seus objetivos de longo prazo, e sugere-se que os indivíduos são sujeitos a emoções e à impulsividade e são influenciados pelo ambiente e por outras circunstâncias na tomada de decisão.⁵²

Os conhecimentos advindos da economia comportamental sobre as características do processo de decisão dos indivíduos foram utilizados por agentes públicos no desenho das políticas regulatórias, de modo a influenciar o comportamento dos cidadãos e fazê-los atingir as finalidades públicas almejadas pelos governos.⁵³

No âmbito do esporte de rendimento, a economia comportamental pode vir a ser importante no campo da regulação das apostas esportivas. Isso porque, para além das preocupações tributárias, criminais e de manipulação de resultados que atualmente dominam os debates sobre a regulação da atividade, deve haver especial atenção do Estado para minorar as demais consequências negativas que podem advir da prática legalizada dessa espécie

51 MASSON, Aloisio. **O desporto como instrumento do direito econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 152.

52 WITYNSKI, Max. Behavioral economics, explained. **Uchicago News**. Chicago, [20--]. Disponível em: <https://news.uchicago.edu/explainer/what-is-behavioral-economics#:~:text=Behavioral%20economics%20combines%20elements%20of,decisions%20based%20on%20those%20preferences>. Acesso em: 27 out. 2022.

53 Sobre o uso de arquiteturas de escolha pelos governos para influenciar comportamentos, ver: YEUNG, Karen. The Forms and Limits of Choice Architecture as a Tool of Government. **Law and Policy**. N. 3., p. 186-210, 2016.

de jogo de azar.⁵⁴ Assim, os ensinamentos advindos da economia comportamental podem servir de base para entender os padrões de comportamentos que levam a atitudes nocivas desse tipo de apostador e, assim, por meio da regulação, podem ser criadas medidas que inibam tais atitudes,⁵⁵ preservando a saúde física, mental e financeira dessas pessoas.

Conclusão

Diante dos argumentos expostos, restou confirmada a tese de que, a despeito da autonomia esportiva, é possível haver regulação estatal do esporte de rendimento, a qual é fundamentada nas justificativas oferecidas pela teoria da regulação. Demonstrou-se que existem problemas regulatórios no setor esportivo, os quais já estão sendo enfrentados pelo Estado para correção das falhas regulatórias identificadas no mercado esportivo e para promover valores essenciais ao esporte de rendimento. Verificou-se, também, que há justificativa para potencial intervenção regulatória estatal com uso de instrumentos de economia comportamental para inibir comportamentos nocivos dos indivíduos no âmbito das apostas esportivas.

Referências bibliográficas

- BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice**. 2ª ed. Oxford University Press, 2012.
- BINEMNBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

54 Ragazzo e Sampaio identificam alguns custos associados a jogos de azar, tais como os impactos sobre a criminalidade; o aumento de doenças como depressão, distúrbios de déficit de atenção e hiperatividade, e distúrbios de personalidade, além de outros quadros clínicos causados por estresse; o aumento do endividamento e os custos associados a processos produtivos, que incluem a perda de salário dos empregados, que faltam ao trabalho devido a problemas relacionados com jogos (tratamento, internação etc.), e/ou a redução da produtividade (RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo; RIBEIRO, Gustavo Sampaio de Abreu. O dobro ou nada: a regulação de jogos de azar. **Revista Direito GV**. São Paulo. v. 8. n 2. p. 631-634, 2012.)

55 A respeito das contribuições da economia comportamental na regulação de jogos de azar, ver: GAINSBURY, Sally M., TOBIAS-WEBB, Juliette, e SLONIM, Robert. Behavioral economics and gambling: a new paradigm for approaching harm-minimization. **Gaming Law Review**, New Rochelle, NY, p. 608-617, dec, 2018.

- COGLIANESE, Cary. Measuring regulatory performance. **Evaluating the impact of regulation and regulatory policy**. Expert paper, n. 1, 2012.
- FILARDI, Hugo; CASTRO, Juliana; MACHADO, Rafael Orazem Ramos Machado. Recuperação judicial de times de futebol e a SAF. **Migalhas**. Ribeirão Preto, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/357425/recuperacao-judicial-de-times-de-futebol-e-a-saf>. Acesso em: 25 out. 2022.
- FONSECA, Francisco José Defanti. **Autorregulação desportiva e autonomia constitucional**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas.
- AINSBURY, Sally M., TOBIAS-WEBB, Juliette, e SLONIM, Robert. Behavioral economics and gambling: a new paradigm for approaching harm-minimization. **Gaming Law Review**, New Rochelle, NY, p. 608-617, dec 2018.
- GILES, Craig e TAYLOR, Jonathan. *Sports Governance*. In LEWIS, Adam e TAYLOR, Jonathan. **Sport: Law and Practice**. West Sussex: Bloomsbury, 2014.
- HUIZINGA, Johan. **Homo ludens: o jogo como elemento da cultura**. 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2019.
- KOOP, Christel; LODGE, Martin. What is regulation? An interdisciplinary concept analysis. **Regulation and Governance**. 2015.
- LOPES, Othon de Azevedo. **Fundamentos da regulação**. Rio de Janeiro: Processo, 2018.
- MARTINS, Fernando Barbalho. O princípio da subsidiariedade e a atuação estatal no esporte. In: FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). **Direito administrativo e democracia econômica**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- MASSON, Aloisio. **O desporto como instrumento do direito econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, p. 330, 2017.
- MELO FILHO, Álvaro. **O desporto na ordem jurídico-constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- MIRANDA, Martinho Neves. **O direito no desporto**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MOCCIA, Maria Hermínia P. S. **Parâmetros para a utilização do fomento público econômico: empréstimos pelo BNDES em condições favoráveis**. 2014. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, 2014.
- NICOLAU, Jean Eduardo. **Direito internacional privado do esporte**. São Paulo: Quartier Latin, 2018.
- NUNES, Tatiana Mesquita. **Olímpia e o Leviatã: a participação do Estado para garantia da integridade no esporte**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, 2020.

- OGUS, Anthony. **Regulation: Legal Form and Economic Theory**. Oregon: Hart Publishing. 2004.
- OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Reforma do direito do consumidor brasileiro a partir das lições de behavioral economics: uma agenda possível? In MAIOLINO, Isabela; PROSSER, Tony. Two visions of regulation. **Regulation in the Age of Crisis**. University College. Dublin, 2010.
- PORTO, Lais Khaled. Uma proposta de transação tributária para o futebol brasileiro. **Consultor Jurídico - Conjur**. São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-11/opiniao-proposta-transacao-tributaria-futebol>. Acesso em 25 out. 2022.
- RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo; RIBEIRO, Gustavo Sampaio de Abreu. O dobro ou nada: a regulação de jogos de azar. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 8. n 2. p. 625-650, 2012.
- SADDI, Jairo. Análise econômica da falência. **Direito e economia no Brasil**, Editora Foco: Indaiatuba, SP, p. 521-543, set. 2016. Edição do Kindle.
- SÉRGIO, Paulo. Ipatinga pode encerrar atividades devido a crise: confira clubes que faliram e conseguiram ou não se reerguer. **Lance**. Rio de Janeiro, 2022. Disponível em: <https://www.lance.com.br/galerias/ipatinga-pode-encerrar-as-atividades-devido-a-crise-confira-clubes-que-faliram-e-conseguiram-ou-nao-se-reerguer/#foto=1>. Acesso em: 25 out. 2022.
- SIGOLI, Mário André; DE ROSE JUNIOR, Dante. A história do uso político do esporte. **Revista Brasileira de Ciência e Movimento**. Brasília, DF, v. 12, n. 2, p. 111-119, 2004. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RBCM/article/view/566>. Acesso em: 15 nov. 2022.
- SUNSTEIN, Cass. **After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State**. Cambridge: Harvard University Press, 1990.
- TIMM, Luciano Benetti (Orgs). **Direito do consumidor: novas tendências e perspectiva comparada**. Singular – Brasília, 2019.
- VELJANOVSKI, Cento. Economic Approaches to Regulation. In BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **The Oxford Handbook of Regulation**. New York, Oxford University Press. 2010.
- WITYNSKI, Max. Behavioral Economics, Explained. **UChicago News**. Chicago, [20--]. Disponível em: <https://news.uchicago.edu/explainer/what-is-behavioral-economics#:~:text=Behavioral%20economics%20combines%20elements%20of,decisions%20based%20on%20those%20preferences>. Acesso em: 27 out. 2022.

Júlia Dantas Saavedra

O grupo de ação financeira e a regulação de ativos virtuais e prestadores de serviços no Brasil

5

O grupo de ação financeira e a regulação de ativos virtuais e prestadores de serviços no Brasil

Júlia Dantas Saavedra¹

Palavras-chave: ativos virtuais e prestadores de serviços; regulação; grupo de ação financeira; lavagem de dinheiro; financiamento do terrorismo.

Introdução

Inicialmente, tendo em vista que as chamadas criptomoedas² e a tecnologia por trás delas já representam, por si só, um objeto de estudo colossal, em virtude dos incontáveis diferentes tipos de arranjos existentes,³ faz-se importante delimitar o escopo do presente trabalho. Assim, cabe esclarecer que as terminologias “ativos virtuais” (AV) e “prestadores de serviços de ativos virtuais” foram adotadas, à luz do disposto nas Recomendações do Grupo de Ação Financeira (Gafi),⁴ abarcando, inclusive, o conceito de

1 Mestranda em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio. Foi *visiting scholar* no Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, em Heidelberg, na Alemanha, tendo recebido bolsa da Max-Planck-Gesellschaft. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (Unirio). Vencedora do XIII Prêmio Imprensa de Educação ao Investidor do Comitê Consultivo de Educação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), na categoria “revista”. Vencedora do XVII Prêmio ANBIMA de Mercado de Capitais. Advogada. E-mail: juliad.saavedra@gmail.com.

2 Terminologia originalmente adotada pelos autores em: Houben, Robby; Snyers, Alexander. **Cryptocurrencies and Blockchain:** Legal context and implications for financial crime, money laundering and tax evasion. Bruxelas: Departamento de Políticas Econômicas, Científicas e de Qualidade de Vida do Parlamento Europeu, 2018, p. 12. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/150761/TAX3%20Study%20on%20cryptocurrencies%20and%20blockchain.pdf>. Acesso em: 27 out. 2022.

3 *Ibidem*.

4 O Grupo de Ação Financeira foi criado em 1989, em Paris, no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), por influência do G7 e com a finalidade inicial de se implementar as deliberações decorrentes da Convenção de Viena Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 20 de dezembro de 1988. Ao longo do tempo, foi expandindo sua atuação. Há alguns anos, tal organismo internacional vem emitindo diretrizes para a regulação de ativos virtuais.

“criptomoedas” proposto por Robby Houben e Alexander Snyers.⁵ Tal opção foi adotada a fim de refletir o cenário regulatório que o Brasil está enfrentando internacionalmente, face a atual perspectiva de regulação proposta pelo Gafi, para, assim, se conseguir analisar como o país tem regulamentado tais assuntos, para fins de prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo (LDFT).

Dessa maneira, este trabalho tem como propósito verificar a capacidade de influência do Gafi na regulamentação de AV e de prestadores de serviços de AV no Brasil, com base na análise das iniciativas regulatórias já adotadas pelo país sobre tais temas, verificando eventuais reproduções de conteúdos constantes das diretrizes emanadas pelo Gafi e menções diretas e indiretas a tal organismo e às suas Recomendações em tais instrumentos. Nesse bojo, foi realizada uma pesquisa descritiva, por meio, sobretudo, da consulta e da análise documental de literatura jurídica e econômica, de artigos publicados em revistas científicas e técnicas, das Recomendações emanadas pelo Gafi, de pronunciamentos oficiais de autoridades, entidades e órgãos reguladores brasileiros e estrangeiros. Adicionalmente, algumas contribuições dispostas neste trabalho foram fruto de conversas e discussões tidas no âmbito da iniciativa “Ponte de Inovação” da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) em 2019.

A relevância do tema se justifica pelo fato de o Brasil, na qualidade de membro do Gafi e da Organização das Nações Unidas (ONU), ter se comprometido, internacionalmente, a cumprir determinados padrões de prevenção e combate à LDFT. Logo, a análise quanto à efetiva internalização dos anseios de regulamentação preceituados pelo Gafi faz-se necessária para verificar o papel que o Brasil vem exercendo nesse cenário.

5 *Ibidem*, p. 22. Segundo eles, uma “criptomoeda” é uma representação digital de valor que (i) se destina a constituir uma alternativa à moeda de curso legal emitida pelo governo, sem que haja a interveniência de terceiros, (ii) é usada como um meio de troca de uso geral (independente de qualquer banco central), (iii) é garantida por um mecanismo denominado de criptografia e (iv) pode ser convertida em uma moeda de curso legal e vice-versa.

I. Ativos virtuais

A terminologia neste campo ainda está evoluindo e definições universais ainda não foram formalizadas.⁶ Inclusive, verifica-se o uso de uma multiplicidade de diferentes termos entre as entidades reguladoras ao redor do mundo, que, atualmente, podem variar entre: moeda virtual, criptomoeda, moeda digital, ativo de *Distributed Ledger Technology* (DLT), ativo virtual, criptoativo, ativo financeiro digital e ativo digital.⁷

Alguns fatores ajudam a explicar este cenário de variedade de termos. Dentre eles, destacam-se, sobretudo, os seguintes: (i) as diferentes nuances que um mesmo instrumento pode ter; (ii) a aplicação de um mesmo termo para instrumentos de distintas naturezas; e (iii) o uso de termos com significados distintos, como sinônimos, acarretando divergências.⁸

Assim, os reguladores tendem a enfrentar diversos desafios, dentre eles, os seguintes: (i) compreender as nuances dos diferentes termos; (ii) identificar a terminologia mais adequada para os seus objetivos regulatórios; e (iii) definir claramente a terminologia e garantir que ela seja utilizada de forma consistente nas declarações oficiais.⁹

Essa pluralidade nas terminologias adotadas entre as mais de 23 jurisdições e organizações internacionais, conforme um estudo conduzido por pesquisadores da Universidade de

6 WORLD BANK GROUP. **Distributed Ledger Technology (DLT) and Blockchain**: FinTech Note | No. 1. International Bank for Reconstruction and Development, 2017, p. 2. Disponível em: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/177911513714062215/pdf/122140-WP-PUBLIC-Distributed-Ledger-Technology-and-Blockchain-Fintech-Notes.pdf>. Acesso em: 28 out. 2022.

7 BLANDIN, Apolline; CLOOTS, Ann Sofie; HUSSAIN, Hatim; RAUCHS, Michel; SALEUDDIN, Rasheed; ALLEN, Jason Grant; ZHANG, Bryan; CLOUD, Katherine. **Global Cryptoasset Regulatory Landscape Study**. Cambridge: Cambridge Centre for Alternative Finance, 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID3456540_code1562417.pdf?abstractid=3379219&mirid=1. Acesso em: 07 dez. 2022.

8 SCHECHTMAN, David Casz; SAAVEDRA, Júlia Dantas. Criptoativos, Lavagem de Dinheiro e Financiamento do Terrorismo: Perspectivas Regulatórias. In: HANSZMANN, Felipe. **Atualidades Em Direito Societário e Mercado de Capitais Vol. IV**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 177.

9 BLANDIN; CLOOTS; HUSSAIN; RAUCHS; SALEUDDIN; ALLEN; ZHANG; CLOUD, *op. cit.*, p. 15.

Cambridge,¹⁰ também é possível de verificar em esfera local. No Brasil, por exemplo, ao longo do tempo, foram adotadas diferentes nomenclaturas pelos reguladores, não havendo, até agora, um consenso sobre o assunto. Por outro lado, analisando os termos adotados pelo país, é possível identificar uma influência na evolução dos diferentes usos, de acordo com as distintas terminologias propostas pelo próprio Gafi com o passar dos anos.

Nesse quadro, a ausência de um consenso acerca da terminologia, das definições e da classificação pode se tornar uma barreira para o desenvolvimento de uma estrutura regulatória robusta, podendo dificultar uma posterior harmonização regulatória entre as jurisdições.¹¹ Em virtude da intrínseca natureza transfronteiriça das transações envolvendo ativos virtuais,¹² interpretações divergentes dos termos entre os órgãos reguladores podem facilitar eventual arbitragem regulatória. A fim de tentar mitigar isso, os reguladores podem tomar medidas para desenvolver definições e classificações mais adequadas e robustas, reunindo evidências empíricas e envolvendo as principais partes interessadas, incluindo outros reguladores.

A análise das definições elaboradas por essas mais de 23 jurisdições e organizações internacionais revelou que muitas delas tendem a compartilhar um conjunto comum de elementos e características.¹³ No caso, para o Gafi, um ativo virtual é uma representação digital de valor que pode ser transacionada ou transferida digitalmente e que pode ser utilizada para a realização de pagamentos ou de investimentos. O Gafi fez a ressalva de que este conceito não inclui representações digitais de moedas soberanas, valores mobiliários e outros ativos financeiros já abrangidos pelas suas demais Recomendações. Tal redação foi

10 *Ibidem*, p. 35.

11 *Ibidem*, p. 54.

12 *Ibidem*. Terminologia adaptada do original “criptoativos” para este trabalho.

13 *Ibidem*, p. 36.

endossada pela versão mais recente da minuta do Projeto de Lei (PL) Lei nº 14.478/2022.¹⁴

Ainda, consoante tal interpretação, verifica-se que, no Brasil, por exemplo, tais ativos, de fato, não possuem natureza jurídica de moeda, uma vez que a CRFB/1988 outorga, ao Estado, o monopólio sobre a sua emissão, não reconhecendo, portanto, a existência de “moedas” desenvolvidas por partes privadas. Nesse caso, o real é a única moeda admitida no Brasil e tais instrumentos possuem, em geral, a natureza jurídica de bens, podendo ser utilizados como meios de troca de bens e serviços.¹⁵ Todavia, tal posicionamento não é pacífico no âmbito internacional, havendo, inclusive, entendimentos conflitantes manifestados por autoridades de uma mesma jurisdição.¹⁶

No que diz respeito aos prestadores de serviços de ativos virtuais, o Gafi os definiu como qualquer pessoa natural ou jurídica que não esteja contemplada de outra forma em suas Recomendações, e que conduza, como parte de seus negócios, uma ou mais atividades ou operações para ou em nome de outra pessoa natural ou jurídica: (i) troca entre AV e moedas soberanas; (ii) troca entre uma ou mais formas de AV; (iii) transferência de AV; (iv) custódia e/ou administração de ativos virtuais ou instrumentos que possibilitam o controle sobre AV; e (v) participação em prestação de serviços financeiros relacionados à oferta por um emissor e/ou à venda de AV. Tal definição foi reproduzida pela Lei nº 14.478/2022.¹⁷

14 A definição de ativo virtual consta no seu artigo 3º. O respectivo Projeto de Lei nº 4.401/2021, cuja numeração anterior era 2.303/2015, foi sancionado em 21 de dezembro de 2022. Outros Projetos de Leis, como os de nº 3.825/2019, 3.949/2019 e de nº 4.207/2020, que tratavam sobre o mesmo tema já tinham sido arquivados.

15 TELLES, Christiana Mariani da Silva. **Sistema Bitcoin, lavagem de dinheiro e regulação**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) - Faculdade de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019, p. 45-49. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27350/DISSERTACAO-FINAL-13fev19-Christiana%20M%20S%20Telles.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28 out. 2022.

16 Para uma abordagem sistemática sobre a regulação em diferentes países, consultar: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Library of the Congress. **Regulation of Cryptocurrency around the World**. Disponível em: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/lglrd/2021687419/2021687419.pdf>. Acesso em: 28 out. 2022.

17 Artigo 5º.

II. Diretrizes emanadas pelo Gafi sobre ativos virtuais e seus prestadores de serviços

Visando a esclarecer que o escopo de sua atuação inclui AV, bem como a explicitar de que modo as suas Recomendações devem ser aplicadas ao tema, entre outubro de 2018 e outubro de 2021, o Gafi alterou o texto das suas Recomendações, da Nota Interpretativa, emitiu guias para aplicação das alterações e demais diretrizes. A importância das modificações introduzidas se justifica não só em virtude de tal medida ser aplicável às 37 jurisdições membros do Gafi, mas também por ter sido referendada pelo Conselho de Segurança da ONU, por meio da Resolução nº 2.462/2019, fazendo com que o seu escopo de abrangência, em termos globais, seja consideravelmente amplo.

Apesar de as suas diretrizes não serem absolutamente vinculantes e não prevalecerem face a competência das respectivas autoridades nacionais, restando a elas, portanto, a discricionariedade quanto à internalização das medidas ali previstas, entende-se pertinente a sua análise, em virtude: (i) da sua importância como fonte primária de definição de parâmetros e de critérios mínimos de prevenção à LDFT, em esfera global, envolvendo AV e prestadores de serviços relacionados; (ii) do seu caráter inovador e (iii) de diversos países terem firmado o compromisso de cumprir o previsto em suas Recomendações – inclusive, o Brasil –, o que, necessariamente, implica em uma análise sobre o eventual endossamento das diretrizes, por parte deles, a fim de que possam vir a ser bem avaliados,¹⁸ no âmbito do sistema de avaliação mútua deste organismo. Inclusive, o GAFI já vem avaliando a implementação de suas diretrizes sobre AV e prestadores de serviços de AV pelos países.¹⁹

O Gafi sugere que os países e suas respectivas autoridades devem tratar os AV de modo simétrico, em termos de regulação e de supervisão, a fim de buscar evitar a ocorrência do fenômeno da

18 SCHECHTMAN; SAAVEDRA, *op. cit.*

19 Conforme relatórios disponíveis em: <https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/targeted-update-virtual-assets-vasps.html>. Acesso em: 31 dez. 2022.

arbitragem regulatória. Isto é, caso jurisdições definam tratamentos diversos para AV, os usuários poderiam buscar se valer do alcance global, da velocidade das transações e, eventualmente, de supervisão considerada por eles como “inadequada” para os AV, a fim de escolherem operar apenas em países cujo ambiente regulatório fosse mais “benéfico”. O resultado desta disparidade seria que determinados países com menores exigências regulatórias receberiam atenção (e movimentação econômica) dos detentores de AV, o que poderia criar incentivos para uma “guerra regulatória” que abriria espaço para aproveitamentos de eventuais brechas normativas para as práticas de LDFT.²⁰ Ademais, prestadores de serviços de AV localizados em um país podem oferecer produtos e serviços para clientes situados em outro, em que possivelmente eles estejam submetidos a diferentes obrigações de prevenção e combate à LDFT e de supervisão. Assim, verifica-se a possibilidade de potenciais falhas relativas às informações de usuários e de suas respectivas transações.

O Gafi também apontou que os países devem requisitar que os prestadores de serviços de AV identifiquem, examinem e tomem ações efetivas, a fim de mitigar os seus riscos de LDFT e buscar identificar seus usuários. A sugestão elaborada foi no sentido de se desenvolver uma regulação específica e ajustada para cada um dos possíveis prestadores de serviços de AV, considerando o fator de risco pertinente a cada um. Do ponto de vista material, de acordo com o Gafi, prestadores de serviços de AV devem ser registrados. Esta obrigação não surpreende, uma vez que está em linha com as Recomendações de prevenção e combate à LDFT aplicáveis a outras atividades de risco. Tal medida foi refletida na Lei nº 14.478/2022.²¹

O Gafi defende diversas outras sugestões, tal como o monitoramento dos prestadores de serviços de AV por órgão independente e não autorregulatório, o que, mesmo de uma forma anômala, buscou ser refletido na Lei nº 14.478/2022.²²

20 *Ibidem*.

21 Artigo 2º.

22 Artigo 6º.

III. Iniciativas regulatórias no Brasil

Em virtude da limitação do escopo deste trabalho, nesta seção, foram analisados os seguintes instrumentos apenas no que diz respeito a questões de LDFT: (i) a Lei nº 14.478/2022 e os Projetos de Lei nº 3.825/2019, 3.949/2019, 4.207/2020 e de nº 4.401/2021 (PLs); (ii) Comunicados nº 25.306/2014 e nº 31.379/2017 do Banco Central do Brasil (Bacen); (iii) espécie de cartilha publicada pelo Bacen em seu *website*;²³ (iv) Comunicado Conjunto entre o Bacen, a Secretaria Especial de Fazenda do Ministério da Economia, a CVM e a Superintendência de Seguros Privados (Susep) de 13 de junho de 2019;²⁴ (v) Nota à Imprensa emitida pelo Bacen, em 26 de agosto de 2019, sobre as Estatísticas do Setor Externo;²⁵ (vi) Nota emitida pela CVM, em 11 de outubro de 2017, sobre as *Initial Coin Offerings* (ICOs)²⁶ e Cartilha emitida em 16 de novembro de 2017²⁷ sobre o mesmo tema; (vii) Ofícios Circulares nº 1/2018/CVM/SIN, nº 1/2018/CVM/SRE, nº 11/2018/CVM/SIN; (viii) Deliberações,²⁸ alertando os investidores sobre a colocação irregular de contratos de investimento coletivo no mercado de valores mobiliários envolvendo ativos virtuais, sem os competentes registros previstos na Lei nº 6.385/1976, nas Instruções da CVM; (ix) Audiência Pública SDM nº 05/2019 e Resolução CVM nº 29/2021;²⁹ (x) Parecer de Orientação CVM nº 40/2022;³⁰ (xi) Resolução CVM nº 175/2021;³¹ (xii) documentos referentes às Reuniões Plenárias da Enccla desde novembro de

23 Disponível em: https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/perguntasfrequentes-respostas/faq_moedavirtuais. Acesso em: 28 out. 2022.

24 Disponível em: <https://www.gov.br/cvm/pt-br/assuntos/noticias>. Acesso em: 28 out. 2022.

25 Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/ftp/notaecon/ni201908sep.zip>. Acesso em: 28 out. 2022.

26 Disponível em: <https://www.gov.br/cvm/pt-br/assuntos/noticias>. Acesso em: 28 out. 2022.

27 Disponível em: <https://www.gov.br/cvm/pt-br/assuntos/noticias>. Acesso em: 28 out. 2022.

28 Disponível em: http://www.cvm.gov.br/menu/investidor/alertas/alertas_deliberacoes_cvm.html. Acesso em: 28 out. 2022.

29 Disponíveis em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/resolucoes/resol029.html>. Acesso em: 28 out. 2022.

30 Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/resolucoes/resol175.html>. Acesso em: 31 dez. 2022.

31 Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/resolucoes/resol175.html>. Acesso em: 31 dez. 2022.

2015³² a novembro de 2022 e respectivas Ações;³³ (xiii) Manuais de Perguntas e Respostas relativas ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Físicas emitido pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) de 2017 a 2022; (xiv) Instrução Normativa RFB nº 1.888/2019 e respectivos documentos relativos à sua prévia consulta pública; (xv) Atos Declaratórios Executivos Copes nº 1, de 18 de junho de 2019, nº 2, de 18 de junho de 2019 e nº 5, de 30 de junho de 2019; e (xvi) Solução de Consulta nº 214 – Cosit da RFB de 20 de dezembro de 2021.

Em síntese, verificou-se que, em relação a:

(i) Lei nº 14.478/2022 e os PLs: no geral, as versões dos PLs endossavam diretrizes emanadas pelo Gafi. Em especial, a redação da Lei nº 14.478/2022 reflete diversas delas, conforme, inclusive detalhado neste trabalho, mas ela não está isenta de fundadas críticas;³⁴

(ii) Bacen: a utilização de ativos virtuais não afastaria a obrigatoriedade de observância às normas cambiais, sobretudo a relativa à necessidade de realização de transações exclusivamente por meio de instituições autorizadas pelo Bacen a operar no mercado de câmbio. Ademais, a própria autarquia ainda não unificou o uso de uma terminologia específica para tratar desses tipos de ativos. O posicionamento adotado quanto à sua natureza, sob o viés econômico, corrobora o apontamento sobre a natureza jurídica de “bem” que eles teriam. Haveria possibilidade de adoção de eventuais medidas pelo Bacen, caso seja necessário, conforme suas atribuições e competências

32 Quando foi feita a primeira menção formal aos ativos virtuais nos documentos das suas Reuniões Plenárias.

33 Disponíveis em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/resolucoes/resol029.html>. Acesso em: 28 out. 2022.

34 RENTERIA, Pablo. Uma falha grave na regulação dos criptoativos. **CAPITAL ABERTO**, 2022. Disponível em: <https://capitalaberto.com.br/secoes/colunistas/uma-falha-grave-na-regulacao-dos-criptoativos/>. Acesso em: 31 dez. 2022. COSTA, Isac. Regulação de ativos virtuais via PL nº 4.401/2021 é ruim, mas seria pior sem ela. **Conjur**, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-01/isac-costa-regulacao-ativos-virtuais-ruim-seria-pior-ela>. Acesso em: 09 dez. 2022.

legais já estabelecidas, não obstante a possibilidade de ele vir a ser apontado como o ente responsável pela competência prevista na Lei nº 14.478/2022;

(iii) CVM: as ICOs podem ser entendidas como captações públicas de recursos, tendo, como contrapartida, a emissão de ativos junto ao público investidor. Logo, a depender do contexto econômico de sua emissão e dos direitos conferidos aos investidores, tais ativos poderiam se enquadrar na definição ampla de valores mobiliários positivada no inciso IX do art. 2º, da Lei nº 6.385/1976, atraindo, necessariamente, a competência para a sua atuação. No que diz respeito aos títulos ou contratos de investimento coletivo que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros, a CVM esclareceu que somente podem ser ofertados publicamente mediante registro da oferta ou de sua dispensa na autarquia. Sobre as exchanges, ressaltou que não estariam sob a sua competência, na medida em que os AV geralmente transacionados por meio dessas plataformas não sejam caracterizados como valores mobiliários. Em relação ao investimento direto por fundos em “criptoativos”, anteriormente, a autarquia havia definido que ele seria vedado, dado que eles não seriam considerados ativos financeiros, nos termos do disposto no art. 2º, V, da antiga Instrução CVM nº 555/2014. Na época, o entendimento que vigorava era no sentido de que o investimento indireto de fundos brasileiros nesses ativos era autorizado já pela referida Instrução, desde que eles fossem admitidos e regulamentados nos respectivos mercados estrangeiros. Caso se decidisse por esse tipo de investimento, para fins de cumprimento dos deveres que são impostos pela regulamentação, a CVM havia explicitado que havia

determinadas diligências que deveriam ser observadas na sua aquisição. Com o advento da Resolução CVM nº 175/2022,³⁵ o posicionamento mudou e, a partir da sua entrada em vigor, será possível o investimento direto por fundos em “criptoativos” no país.³⁶ O art. 2º, II, d do seu Anexo Normativo I, inclui os chamados “criptoativos” no rol de “ativos financeiros, por natureza ou equiparação”, desde que: negociados em entidades autorizadas pelo Banco Central do Brasil ou pela CVM, ou, em caso de operações no exterior, por supervisor local, que possua competência legal para supervisionar e fiscalizar as operações realizadas, inclusive no que tange a coibir práticas abusivas no mercado, assim como a lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo e proliferação de armas de destruição em massa; Em síntese, quanto à atuação da CVM, verifica-se que a autarquia tem reafirmado a sua competência quando entende que determinados ativos se constituem como valores mobiliários ou ativos financeiros, tendo o entendimento sobre esses últimos sido modificado com o tempo. Além disso, identificou-se uma preocupação em adotar nomenclatura específica, diferente da definição sugerida pelo GAFI, para definir o escopo da atuação de sua regulação;

(iv) Enccla: A partir dos documentos analisados, foi possível verificar a influência dos pronunciamentos do Gafi na análise de perspectivas regulatórias para os ativos virtuais, no âmbito das discussões enfrentadas pelos entes governamentais e dos trabalhos desenvolvidos na Enccla;

35 Tal resolução inovou substancialmente no tema, de forma surpreendente, uma vez que não tinha sido objeto do escopo inicial da audiência pública para o desenvolvimento da referida norma.

36 Tal termo foi definido pelo art. 2º, X do Anexo Normativo I da Resolução CVM nº 75/2022 como: *“ativo representado digitalmente, devendo possuir no mínimo as seguintes características: a) sua existência, integridade e titularidade são protegidas por criptografia; e b) suas transações são executadas e armazenadas utilizando tecnologia de registro distribuído”*;

(v) RFB: o tema tem especial relevância, em virtude de as operações com tais ativos estarem sujeitas à incidência do imposto de renda sobre o ganho de capital porventura auferido e os demais riscos eventualmente atrelados, como os de sonegação, evasão, corrupção e lavagem de dinheiro. Nesse quadro, verifica-se que as disposições previstas na Instrução Normativa da RFB representam um avanço, especialmente no que diz respeito à coleta de informações cadastrais dos titulares envolvidos nessas transações e estão em sintonia com as diretrizes emitidas pelo Gafi. Todavia, faz-se oportuno ressaltar que, ao depender de formulários de autodeclaração, o usuário que não deseje ser identificado poderá permanecer operando de modo anônimo, evidentemente em desacordo com a regulação, mas sem formas eficazes de identificá-lo³⁷, sobretudo caso não realize operações por meio das chamadas *exchanges*.

Conclusão

Ao longo do trabalho, foram abordados os seguintes temas: (i) o conceito e a estrutura de funcionamento dos AV e dos prestadores de serviços de AV; (ii) as disposições aplicáveis a AV e a prestadores de serviços de AV emitidas pelo Gafi e os seus possíveis reflexos; (iii) as iniciativas que estão sendo adotadas no Brasil que, direta ou indiretamente, estão relacionadas com a prevenção e o combate à LDFT; (iv) a possível influência do Gafi na atuação dos entes governamentais responsáveis por regular os VA e os prestadores de serviços de VA no Brasil.

Em síntese, percebeu-se a relevância de sopesar o papel da Enccla no contexto de regulação desses ativos no Brasil, para fins de LDFT, cuja atuação sofreu influência direta de pronunciamentos

37 Crítica semelhante também foi realizada em relação à opção adotada pela União Europeia, por meio da Diretiva 2018/843 do Parlamento Europeu. Houben; Snyers, Op. cit., p. 12.

emitidos pelo Gafi, conforme se extrai da análise de seus documentos, sobretudo, por meio de diversas menções diretas a este organismo. Nos últimos anos, percebe-se que a Enccla tem servido como um verdadeiro fórum de discussões, somatização de esforços e alinhamento de estratégias regulatórias entre os entes governamentais, de acordo com a competência de cada um, face um cenário de incertezas.

Pela ausência de um marco legal que disciplinasse os aspectos de LDFT inerentes à utilização de AV e ao funcionamento dos prestadores de serviços de AV durante os últimos anos, percebeu-se que os resultados advindos das ações da Enccla vinham servindo como verdadeira bússola para os entes reguladores. Apesar disso, ainda se verificam algumas diferenças de interpretação entre eles, como, por exemplo, quanto à terminologia adotada em normativos e pronunciamentos oficiais: ainda não houve uma unificação entre eles.

Assim, enquanto ainda não é definido o ente da administração pública responsável pelo exercício da competência prevista na Lei nº 14.478/2022, cada um vem atuando de acordo com os limites de sua competência legalmente já estabelecida, emitindo, conforme o caso, normas e pronunciamentos de caráter infralegal que vinculam as ações das pessoas naturais e jurídicas que já estão submetidas à sua supervisão e fiscalização. Nesse caso, aplicam-se, muitas vezes, as normas referentes à prevenção e ao combate à LDFT já vigentes.

Dessa maneira, a competência quanto à regulação, à supervisão e à fiscalização de tais ativos virtuais encontra-se pulverizada entre os diferentes entes governamentais, de acordo com a natureza jurídica que eles podem assumir em cada contexto (tais como: ora a de bem, ora a de valor mobiliário) e dos reflexos que podem gerar em cada esfera (ex.: no mercado de capitais, na seara tributária etc.).

Como passo relevante para fins de identificação dos titulares envolvidos em operações com ativos virtuais, aponta-se a Instrução Normativa RFB nº 1.888/2019, a qual instituiu e disciplinou a obrigatoriedade de prestação de tais informações à RFB, em sintonia com as Recomendações emitidas pelo Gafi. Todavia, faz-se oportuno ressaltar que, ao se depender de formulários de autodeclaração,

o usuário que não deseje ser identificado poderá permanecer operando de modo anônimo, evidentemente em desacordo com a regulação, mas sem formas eficazes de identificá-lo, sobretudo caso não realize operações por meio de *exchanges*. De todo modo, após a implementação da obrigação de prestação de informações, em 2020, foi identificado um montante de mais de R\$ 127 bilhões envolvendo operações com ativos virtuais.³⁸ Assim, é evidente que, apesar de eventuais críticas – as quais, ressalta-se que são extremamente relevantes para o ambiente regulatório brasileiro –, a norma tem contribuído para mapear este mercado no Brasil.

A partir da análise sobre a efetiva internalização dos anseios de regulamentação preceituados pelo Gafi, pôde-se verificar que o Brasil vem desenvolvendo esforços coordenados nesse sentido, os quais, por ainda serem historicamente recentes, ainda não foi possível averiguar, de fato, a sua eficiência em termos substanciais. Apenas agora, após passados mais de 10 (dez) anos desde o surgimento do primeiro ativo virtual, o Bitcoin, verifica-se o surgimento, no Brasil, de um arcabouço legal que busca endereçar o impacto do uso de AV para fins de LDFT. Resta-nos acompanhar quais serão os próximos passos regulatórios que serão adotados pelo Brasil para cumprir os padrões de prevenção e combate à LDFT a que está sujeito como membro do Gafi que, atualmente, requerem níveis mais elevados de diligência do que o país vem adotando.

A Lei nº 14.478/2022 parece se mostrar como uma tentativa de dar um passo nessa direção. De todo modo, faz-se necessário ressaltar que o caminho para um mercado seguro e eficiente, geralmente, requer a efetiva implementação da regulação proposta. A reprodução de redações elaboradas por um organismo internacional pode ser um indicativo capaz de denotar a sua influência nos movimentos regulatórios de um país, mas eventuais efeitos benéficos possíveis – se houverem – só poderão, de fato, se manifestar, mediante uma regulação eficiente, a qual não será possível somente por meio da promulgação de uma lei. É preciso que outros passos sejam dados.

38 Conforme notícia disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/821381-receita-diz-que-brasileiros-movimentaram-r-127-bilhoes-em-criptomoedas-em-2020/>. Acesso em: 28 out. 2022.

Paula da Cunha Duarte
Anna Luíza Souza

Microcrédito e gênero: perspectivas e desafios da legislação brasileira de acesso ao microcrédito para mulheres

6

Microcrédito e gênero: perspectivas e desafios da legislação brasileira de acesso ao microcrédito para mulheres

Paula da Cunha Duarte¹

Anna Luiza Souza²

Palavras-chave: acesso a microcrédito; desigualdade de gênero; regulação; mulher.

Introdução

Políticas de acesso a crédito são essenciais para o desenvolvimento social e econômico de um país. A possibilidade de contrair empréstimo viabiliza a manutenção ou abertura de um negócio, impulsiona o setor de consumo, além de promover a criação de empregos. Nesse contexto, merece destaque o conceito de microcrédito, que pode ser definido como empréstimos de baixo valor, concedidos a pequenos empreendedores informais e microempresas que não possuem acesso ao sistema financeiro tradicional, sobretudo pela impossibilidade de oferecerem garantias reais.³

Um levantamento feito pela Associação Brasileira de Entidades Operadoras de Microcrédito e Microfinanças (Abcred) sobre o primeiro semestre de 2022 revela que seus associados emprestaram R\$ 431.671.822,67 no período mencionado, valor maior do que o crédito concedido no mesmo período de 2021 – R\$ 414.485.563,18.⁴

1 Graduação em Direito pela Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio). Mestrado em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutoranda em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio). E-mail: pcduarte12@gmail.com.

2 Graduação em Direito pela Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio). Mestranda em Direito pela Unesa. Especialista em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e em Direito Contemporâneo pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: aluizaas@hotmail.com.

3 BARONE, Francisco Marcelo; LIMA, Paulo Fernando; DANTAS, Valdi; REZENDE, Valéria Rezende. **Introdução ao microcrédito**. Banco Central do Brasil. Brasília: Conselho da Comunidade Solidária, 2002. p. 11.

4 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ENTIDADES OPERADORAS DE MICROCRÉDITO E MICROFINANÇAS (ABCRED). **Relatório Associadas** – 1º Semestre de 2022. ABCRED, São

A quantidade de clientes ativos também aumentou – de janeiro a junho de 2021 foram contabilizados 130.067 clientes ativos, contra 136.733 no primeiro semestre de 2022.⁵

A concessão de microcrédito no Brasil é importante sobretudo para determinados grupos que, historicamente, possuem mais dificuldade de adquirir empréstimos junto às instituições financeiras tradicionais. É o caso, por exemplo, de agricultores familiares, refugiados e imigrantes, além de mulheres empreendedoras de baixa renda. O último grupo é o foco do presente trabalho.

Estudos sobre o tema revelam que a obtenção de microcrédito é uma forma de emancipação e empoderamento feminino em diversos países, além de auxiliar na redução da situação de pobreza e da exclusão financeira das mulheres. Em pesquisa sobre mulheres no Paquistão, Hussain *et al*/ apresentam evidências acerca do impacto positivo da microfinança (sobretudo microempréstimos) para mulheres empreendedoras em distritos rurais e urbanos no país.⁶ Situação semelhante se verifica na Índia, em que a obtenção de microempréstimos (em sua maioria por mulheres) teve um aumento de 900% de 2012 a 2018 (de 2 bilhões para 20 bilhões neste intervalo de seis anos).⁷

Diante dessas experiências internacionais, objetiva-se o estudo do tema no âmbito brasileiro, a partir da análise do arcabouço legislativo sobre a concessão de microcrédito para mulheres (em especial aquelas em situação de vulnerabilidade).

O trabalho parte de pesquisa bibliográfica e documental sobre o tema, para fazer uma breve análise do arcabouço legal brasileiro de acesso a microcrédito sob uma perspectiva de gênero. Os resultados

Paulo, 28p., 2022. Disponível em: <https://abcred.org.br/documentos/relatorio-associadas-lo- semestre-de-2022/>. Acesso em: 10 out. 2022.

5 *Ibidem*, p. 9.

6 HUSSAIN, Javed, MAHMOOD, Samia; SCOTT, Jonathan. Gender, Microcredit and Poverty Alleviation in a Developing Country: The Case of Women Entrepreneurs in Pakistan. **Journal of International Development**, Hoboken, v. 31, n. 3 p. 247-270,

7 INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION. For Women in India, Small Loans Have a Big Impact. **World Bank Group**, Washington, DC, 2018. Disponível em: https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/news_ext_content/ifc_external_corporate_site/news+and+events/news/india-microfinance-loans-rural-women. Acesso em: 10 out. 2022.

encontrados demonstram que existem instrumentos legais sobre o assunto, mas não há dados oficiais para melhor balizar tais políticas, o que pode se tornar um obstáculo para a formulação de um arcabouço regulatório mais adequado a lidar com a realidade brasileira.

Para isso, o texto está dividido em duas seções, além da introdução. A primeira seção apresenta alguns aspectos gerais sobre a temática do microcrédito e gênero; a segunda expõe uma breve análise dos instrumentos regulatórios com objetivo de promover a facilitação de microcrédito para mulheres. Por fim, são tecidas considerações finais sobre o tema.

I. Acesso a microcrédito e gênero: perspectivas gerais

A Organização das Nações Unidas (ONU) estabelece como um de seus Objetivos do Desenvolvimento Sustentável a Igualdade de Gênero (ODS 5). Para isso, uma das metas estabelecidas foi a de “empreender reformas para dar às mulheres direitos iguais aos recursos econômicos, bem como o acesso à propriedade e controle sobre a terra e outras formas de propriedade, serviços financeiros, (...) de acordo com as leis nacionais”.⁸ Esse é, portanto, um objetivo a ser perseguido pelos países que se comprometeram com a Agenda 2030 da ONU, dentre eles o Brasil.

Segundo dados do Banco Mundial, no ano de 2021, 74% dos homens e 68% das mulheres em países em desenvolvimento eram bancarizados.⁹ Essa informação revela uma redução na lacuna entre homens e mulheres no acesso a crédito em tais países – de nove pontos percentuais em 2017, para seis pontos percentuais em 2021.¹⁰ A diminuição é notável, à medida que o acesso a crédito

8 Esta meta é a 5ª. Seu texto na íntegra é o seguinte: “5ª empreender reformas para dar às mulheres direitos iguais aos recursos econômicos, bem como o acesso a propriedade e controle sobre a terra e outras formas de propriedade, serviços financeiros, herança e os recursos naturais, de acordo com as leis nacionais”. ESTRATÉGIA ODS. **ODS 5**. Disponível em: <https://www.estrategiaods.org.br/os-ods/ods5/>.

9 DEMIRGÜÇ-KUNT, Asli; KLAPPER, Leora; SINGER, Dorothe; ANSAR, Saniya. **The Global Findex Database 2021**: Financial Inclusion, Digital Payments in the Age of Covid-19. Washington, DC: World Bank, 2021. p. 21.

10 *Ibidem*. p. 21.

possibilita a independência financeira e reforça o empoderamento (sobretudo econômico) das mulheres.¹¹

No entanto, a disparidade de gênero no acesso a crédito não apenas é evidente, mas relevante, e deve ser enfrentada pelos formuladores de política. Na África, por exemplo, estudo revela que mulheres empreendedoras não buscam créditos em instituições por acharem, de antemão, que seu pedido será negado. Em outras palavras, não acreditam que são “merecedoras” de tais créditos.¹²

Revisão de literatura feita por Gichuru *et al* sobre pesquisas relacionadas ao impacto das microfinanças no bem-estar de mulheres na Ásia, África e América Latina¹³⁻¹⁴ identificou alguns resultados relevantes a partir dos trabalhos analisados: maior uso de contraceptivos por mulheres que participavam de esquemas de microfinança e empoderamento feminino; sobre violência conjugal, os resultados foram conflitantes, foram observados tanto o aumento quanto a diminuição da violência doméstica entre mulheres que obtinham microcrédito e maior habilidade de tomar decisões.

Promover o acesso ao microcrédito é uma forma de garantir a independência financeira de mulheres, conforme demonstrado pela experiência em países como Índia¹⁵ e Bangladesh.¹⁶ Além disso, há evidências de que mulheres empreendedoras com acesso a microcrédito investem melhor seus recursos para o bem-estar

11 DEMIRGÜÇ-KUNT, Asli; KLAPPER, Leora; SINGER, Dorothe; ANSAR, Saniya. **The Global Findex Database 2021: Financial Inclusion, Digital Payments in the Age of Covid-19.** Washington, DC: World Bank, 2021, p. 21.

12 MORSY, Hanan. Access to Finance: Why Aren't Women Leaning In? **Finance & Development**, Washington, DC, p. 52, mar 2020.

13 GICHURU, Wanjiku; OJHA, Shalini; SMITH, Sherie; SMYTH, Alan Roberto; SZATKOWSKI, Lisa. Is microfinance associated with changes in women's well-being and children's nutrition? A systematic review and meta-analysis. **BMJ Open** 2019, London, 2019.

14 O estudo de Gichuru *et al* também abordou o impacto de microfinanças na nutrição de crianças. GICHURU, Wanjiku; OJHA, Shalini; SMITH, Sherie; SMYTH, Alan Roberto; SZATKOWSKI, Lisa. Is microfinance associated with changes in women's well-being and children's nutrition? A systematic review and meta-analysis. **BMJ Open** 2019.

15 PREMA, Basargekar. Microcredit and a Macro Leap: An Impact Analysis of Annapurna Mahila Mandal (ANM), an Urban Microfinance Institution in India. **IUP Journal of Financial Economics**, India, v. 7, n. 3-4, p. 105-120. 16p, set. 2009.

16 HABIB, Mohshin; JUBB, Christine. Role of Microfinance in Political Empowerment of Women: Bangladesh Experience. **OIDA International Journal of Sustainable Development**, vol. 5, nº. 5, p. 99-110, 2012.

de suas famílias do que os homens.¹⁷ Trata-se, ainda, de uma ferramenta capaz de incentivar o empoderamento feminino e ampliar a participação política e social da mulher na sociedade.¹⁸

Portanto, formular um arcabouço legal com o propósito de facilitar a obtenção de crédito por mulheres, sobretudo àquelas em situação de maior vulnerabilidade social, é essencial para diminuir a desigualdade de gênero, promover o desenvolvimento social e garantir o bem-estar desse grupo.

II. Legislação brasileira de acesso a microcrédito para mulheres

A Lei nº 10.735, de 11 de setembro de 2003,¹⁹ é a principal lei sobre microcrédito no Brasil. O objetivo é estimular a bancarização da população de baixa renda ao determinar que os bancos comerciais e a Caixa Econômica Federal mantenham operações de crédito destinadas à população de baixa renda e a microempreendedores. Tais operações são provenientes de parcela dos recursos oriundos dos depósitos captados por tais instituições.²⁰ Em nenhuma passagem há a expressão “mulher”/“mulheres” ou alguma previsão normativa com foco em gênero. É, portanto, uma lei que não evidencia uma política pública em favor de um grupo já estigmatizado pela sociedade, configurando-se, assim, uma lei de caráter genérico.

Especificamente sob a ótica de gênero na temática da concessão de microcrédito, foram identificadas três iniciativas no âmbito

17 MAYOUX, Linda. Micro-finance and the empowerment of women: a review of the key issues. **ILO Working Paper**. Genebra, p. 12, 2000

18 HABIB, Mohshin; JUBB, Christine. Role of Microfinance in Political Empowerment of Women: Bangladesh Experience. **OIDA International Journal of Sustainable Development**, Ontario, vol. 5, n. 5, p. 99-110, 2012.; CYDRAS, Jonathan. Empowering women through microfinance. **Draft, Opportunity International**, Carol Stream, 2002.

19 BRASIL. Lei nº 10.735, de 11 de setembro de 2003. Dispõe sobre o direcionamento de depósitos à vista captados pelas instituições financeiras para operações de crédito destinadas à população de baixa renda e a microempreendedores, autoriza o Poder Executivo a instituir o Programa de Incentivo à Implementação de Projetos de Interesse Social - PIPS, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, p. 8, 12 set. 2003.

20 Artigo 1º: “Art. 1º Os bancos comerciais, os bancos múltiplos com carteira comercial e a Caixa Econômica Federal manterão aplicada em operações de crédito destinadas à população de baixa renda e a microempreendedores parcela dos recursos oriundos dos depósitos a vista por eles captados, observadas as seguintes condições: (Redação dada pela Lei nº 11.110, de 2005)”.

federal: (1) Projeto de Lei nº 1.629/2021;²¹ (2) Projeto de Lei nº 4.360/2021;²² (3) Lei nº 14.438/2022.²³

O Projeto de Lei nº 1.629 foi proposto em 21 de abril de 2021 pela ex-deputada federal Tia Eron (Republicanos/BA). O projeto visa a alteração da Lei 10.735, de 11 de setembro de 2003, para instituir prioridade de mulheres responsáveis pelo núcleo familiar na tomada de recursos destinados ao microcrédito.

O Projeto de Lei nº 4.360 é o segundo localizado. Foi proposto em 08 de dezembro de 2021 pelo deputado federal Pedro Augusto Bezerra (PTB/CE) e tem como objetivo instituir o Programa de Microcrédito para Mulheres a fim de conceder prioridade e incentivo a mulheres de baixa renda, responsáveis pelo núcleo familiar, que tenham sofrido algum tipo de violência doméstica ou àquelas que demonstrem estado de vulnerabilidade perante a União.²⁴ Até o fechamento deste artigo, ambos os projetos estavam em trâmite na Câmara dos Deputados.²⁵

O terceiro instrumento é a Lei nº 14.438,²⁶ promulgada em 24 de agosto de 2022, que institui o Programa de Simplificação do

21 Para ter acesso ao inteiro teor do projeto, acessar: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2001301&filename=PL+1629/2021.

22 Para ter acesso ao inteiro teor do projeto, acessar: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node08tq4dmdh105eluzvw8yn2irvp11408642.node0?codteor=2121093&filename=PL+4360/2021.

23 BRASIL. Lei nº 14.438, de 24 de agosto de 2022. Institui o Programa de Simplificação do Microcrédito Digital para Empreendedores (SIM Digital); promove alterações na gestão e nos procedimentos de recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 8.212, de 24 de julho de 1991, 11.196, de 21 de novembro de 2005, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.636, de 20 de março de 2018, e 14.118, de 12 de janeiro de 2021; e revoga dispositivo da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, nº162, p.1, 25 ago. 2022.

24 CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto institui programa de microcrédito para mulheres**. Câmara dos Deputados. Brasília, DF, 2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/849828-projeto-institui-programa-de-microcredito-para-mulheres>.

25 Para acessar a tramitação dos projetos: Projeto de lei 1.629/2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2279772>. Projeto de lei 4.360/2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2311442>.

26 BRASIL. Lei nº 14.438, de 24 de agosto de 2022. Institui o Programa de Simplificação do Microcrédito Digital para Empreendedores (SIM Digital); promove alterações na gestão e nos procedimentos de recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 8.212, de 24 de julho de 1991, 11.196, de 21 de novembro de 2005, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.636, de 20 de março de 2018, e 14.118, de 12 de janeiro

Microcrédito Digital para Empreendedores (SIM Digital). Essa norma apresenta três objetivos: (i) a criação de incentivos à formalização do trabalho e ao empreendedorismo; (ii) o incentivo à inclusão financeira e o acesso ao crédito para empreendedores excluídos do sistema financeiro; e (iii) a ampliação dos mecanismos de garantia para a concessão de microcrédito produtivo para empreendedores, inclusive por meio do Programa Nacional de Microcrédito Produtivo Orientado (PNMPO). Não obstante seu caráter mais geral, a norma possui expressa previsão com foco em mulheres, ao determinar que as operações de microcrédito concedidas no âmbito do SIM Digital sejam destinadas em caráter preferencial para mulheres.²⁷

Percebe-se que o país está caminhando, ainda que em lentos passos, para a construção de um arcabouço normativo sobre a temática da concessão de microcrédito para mulheres. No entanto, uma questão salta aos olhos: a ausência de dados oficiais sobre concessão de microcrédito para mulheres de baixa renda (o que também se observa na concessão de crédito para mulheres em geral).²⁸

Não obstante a importância de iniciativas legislativas para a concessão de microcrédito para mulheres, a edição desses instrumentos regulatórios precisa vir acompanhada da coleta e produção de dados sobre o tema. É possível localizar dados esparsos de algumas instituições, como Banco do Nordeste,²⁹

de 2021; e revoga dispositivo da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. **Diário Oficial da União:** Seção 1, Brasília, DF, nº 162, p.1, 25 ago. 2022.

27 A previsão está no artigo 3º, §1º, inciso III, da Lei nº 14.438/2022.

28 Em busca nos sites oficiais de instituições como Banco Central do Brasil e Febraban não foram localizados dados sobre a disparidade de gênero na concessão de acesso ao crédito, em especial microcrédito. Este fato corrobora o noticiado pelos jornalistas Naiara Bertão, do Valor Investe, e por Julia Dias e Fabio Pasin, advogados do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. BERTÃO, Naiara. Elefante na sala: por que não temos dados sobre concessão de crédito para mulheres?. **Valor Investe**. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/blogs/naiara-bertao/post/2021/06/elefante-na-sala-por-que-nao-temos-dados-sobre-concessao-de-credito-para-mulheres.ghtml>. DIAS, Julia; PASIN, Fabio. Como evitar a desigualdade de gênero no acesso aos serviços financeiros de crédito?. **Guia dos bancos responsáveis**. São Paulo, 2022. Disponível em: <https://guiadosbancosresponsaveis.org.br/noticias/2022/dia-da-mulher-2022/>.

29 O Banco do Nordeste é uma das principais instituições de concessão de microcrédito no Brasil.

os quais revelam, por exemplo, que o público feminino é o mais empreendedor, representando 68% de seus clientes. Mulheres de 35 a 44 anos, com 9 a 12 anos de estudo, são as que mais investem em comércio.³⁰

O levantamento de dados oficiais sobre gênero na concessão de crédito é fundamental para balizar os instrumentos regulatórios que se pretende criar ou adaptar aqueles que já estão em vigor.

Considerando este cenário, pretende-se, com o presente trabalho, estimular novas pesquisas por gestores e interessados na temática, sobretudo com a produção de tais dados, para que leis e políticas públicas efetivamente reflitam o ferramental para solucionar o problema que se pretende endereçar em relação à concessão de microcrédito sob uma perspectiva de gênero.

Conclusão

As iniciativas legislativas brasileiras expostas no presente trabalho são fundamentais para facilitar a inclusão econômica das mulheres, promover sua emancipação e, ainda, a igualdade de gênero. Aliado a isso, é importante que o Estado desenvolva e execute políticas públicas para a inclusão financeira de mulheres.

Contudo, a edição de leis deve vir acompanhada do levantamento de dados sobre o público-alvo que se pretende atingir – no caso, mulheres empreendedoras que buscam microfinanciamento. Sem a real dimensão do cenário regulatório que se pretende intervir e suas principais características, as leis e políticas existentes (ou em vias de elaboração) podem se tornar inócuas, pois não será possível traçar o real diagnóstico e as raízes do problema que se pretende enfrentar.

30 BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S.A. (BNB). Microcrédito do BNB para mulheres já liberou R\$ 500 milhões em 2022. **Banco do Nordeste**. Fortaleza, 2022. Disponível em: https://www.bnb.gov.br/web/guest/imprensa/noticias/-/asset_publisher/QGdgGhxvRtMv/content/microcr%C3%A9dito-do-bnb-para-mulheres-j%C3%A1-liberou-r-500-milh%C3%B5es-em-2022/44540.

Referências bibliográficas

- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ENTIDADES OPERADORAS DE MICROCRÉDITO E MICROFINANÇAS (ABCRED). **Relatório Associadas**: 1º Semestre de 2022. ABCRED. São Paulo, 28p., 2022. Disponível em: <https://abcred.org.br/documentos/relatorio-associadas-1o-semester-de-2022/>. Acesso em: 10 out. 2022.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ENTIDADES OPERADORAS DE MICROCRÉDITO E MICROFINANÇAS (ABCRED). **Relatório Associadas**: 1º Semestre de 2022. ABCRED. São Paulo, 28p., 2022. Disponível em: <https://abcred.org.br/documentos/relatorio-associadas-1o-semester-de-2022/>. Acesso em: 10 out. 2022.
- BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S.A. (BNB). Microcrédito do BNB para mulheres já liberou R\$ 500 milhões em 2022. **Banco do Nordeste**. Fortaleza, 2022. Disponível em: https://www.bnb.gov.br/web/guest/imprensa/noticias/-/asset_publisher/QGdgGhxvRtMv/content/microcr%C3%A9dito-do-bnb-para-mulheres-j%C3%A1-liberou-r-500-milh%C3%B5es-em-2022/44540. Acesso em: 10 out. 2022.
- BARONE, Francisco Marcelo; LIMA, Paulo Fernando; DANTAS, Valdi; REZENDE, Valéria. **Introdução ao microcrédito**. Brasília: Conselho da Comunidade Solidária, 2002. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/publicacoes/outras_pub_alfa/microcredito.pdf. Acesso em: 10 out. 2022.
- BERTÃO, Naiara. Elefante na sala: por que não temos dados sobre concessão de crédito para mulheres?. **Valor Investe**. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/blogs/naiara-bertao/post/2021/06/elefante-na-sala-por-que-nao-temos-dados-sobre-concessao-de-credito-para-mulheres.ghtml>. Acesso em: 10 out. 2022.
- BRASIL. Lei nº 10.735, de 11 de setembro de 2003. Dispõe sobre o direcionamento de depósitos à vista captados pelas instituições financeiras para operações de crédito destinadas à população de baixa renda e a microempreendedores, autoriza o Poder Executivo a instituir o Programa de Incentivo à Implementação de Projetos de Interesse Social - PIPS, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, p. 8, 12 set. 2003. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.735.htm. Acesso em: 10 out. 2022.
- BRASIL. Lei nº 14.438, de 24 de agosto de 2022. Institui o Programa de Simplificação do Microcrédito Digital para Empreendedores (SIM Digital); promove alterações na gestão e nos procedimentos de recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 8.212, de 24 de julho de 1991, 11.196, de 21 de novembro de 2005, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.636, de 20 de março de 2018, e 14.118, de 12 de janeiro de 2021; e revoga dispositivo da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, nº162, p.3, 25 ago. 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14438.htm. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.629, de 29 de abril de 2021.**

Institui, no âmbito nacional, o Programa de Microcrédito para Mulheres e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node08tq4dmdh105e1uzvw8yn2irvp11408642.node0?codteor=2121093&filename=PL+4360/2021. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.360, de 08 de dezembro de 2021.**

Institui, no âmbito nacional, o Programa de Microcrédito para Mulheres e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node08tq4dmdh105e1uzvw8yn2irvp11408642.node0?codteor=2121093&filename=PL+4360/2021. Acesso em: 10 out. 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto institui programa de microcrédito para mulheres.**

Câmara dos Deputados. Brasília, DF, 2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/849828-projeto-institui-programa-de-microcredito-para-mulheres>. Acesso em: 10 out. 2022.

CYDRAS, Jonathan. Empowering women through microfinance. Draft, **Opportunity International**, Carol Stream, 2002.

DEMIRGÜÇ-KUNT, Asli; KLAPPER, Leora; SINGER, Dorothe; ANSAR, Saniya. **The Global Findex Database: Financial Inclusion, Digital Payments in the Age of Covid-19.**

Washington, DC: World Bank, 2021. Disponível em: <https://www.worldbank.org/en/publication/globalindex/Report>. Acesso em: 10 out. 2022.

DIAS, Julia; PASIN, Fabio. Como evitar a desigualdade de gênero no acesso aos serviços financeiros de crédito?. **Guia dos bancos responsáveis.**

São Paulo, 2022. Disponível em: <https://guiadosbancosresponsaveis.org.br/noticias/2022/dia-da-mulher-2022/>.

ESTRATÉGIA ODS. **ODS 5. Estratégia ODS.** São Paulo, [20--]. Disponível em: <https://www.estrategiaods.org.br/os-ods/ods5/>.

GICHURU, Wanjiku; OJHA, Shalini; SMITH, Sherie; SMYTH, Alan Roberto; SZATKOWSKI, Lisa. Is microfinance associated with changes in women's well-being and children's nutrition? A systematic review and meta-analysis.

BMJ Open 2019. London, 2019. Disponível em: <https://bmjopen.bmj.com/content/bmjopen/9/1/e023658.full.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

HABIB, Mohshin; JUBB, Christine. Role of Microfinance in Political Empowerment of Women: Bangladesh Experience. **OIDA International Journal of Sustainable Development**, Ontari, vol. 5, n. 5, p. 99-110, 2012.

HUSSAIN, Javed, MAHMOOD, Samia; SCOTT, Jonathan. Gender, Microcredit and Poverty Alleviation in a Developing Country: The Case of Women Entrepreneurs in Pakistan. **Journal of International Development**. v. 31, n. 3 p. 247-270, 2018. Disponível em: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/jid.3403?casa_token=1M8oj0sXjk4AAAAA%3AdkEQxd9a8dMaFZ_7Ndyoqbh9S_GvhYpG6PqDB1QNsO3ubOUJKZUHrzruq6BuQnHnh10gEgiVIGktPiXF.

. Acesso em: 10 out. 2022.

INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION. For Women in India, Small Loans Have a Big Impact. **World Bank Group**, Washington, DC, 2018.

Disponível em: https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/news_ext_content/ifc_external_corporate_site/news+and+events/news/india-microfinance-loans-rural-women. Acesso em: 10 out. 2022.

MAYOUX, Linda. Micro-finance and the empowerment of women: a review of the key issues. **International Labour Organization**, Geneva, 2000. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_emp/documents/publication/wcms_117993.pdf. Acesso em: 10 out. 2022.

MORSY, Hanan. Access to Finance: Why Aren't Women Leaning **Finance & Development.**, Washington, DC 2020.

PREMA, Basargekar. Microcredit and a Macro Leap: An Impact Analysis of Annapurna Mahila Mandal (AMM), an Urban Microfinance Institution in India. **IUP Journal of Financial Economics**, India, v. 7, n. 3-4, p. 105-120. 16p, set. 2009. Disponível em: <https://web.s.ebscohost.com/ehost/detail/detail?vid=0&sid=88c7ab39-1f03-4aa9-8d37-d9cb687fe40d%40redis&bdata=Jmxhbm9cHQYnImc2lOZT1laG9zdC1saXZlJnNjb3BIPXNpdGU%3d#AN=47531154&db=bth>. Acesso em: 10 out. 2022.

Roberta Simões Nascimento

**O controle
semiprocedimental da
legislação: lineamentos
introdutórios**

7

O controle semiprocedimental da legislação: lineamentos introdutórios

Roberta Simões Nascimento¹

Palavras-chave: controle semiprocedimental; controle do processo legislativo; processo legislativo; devido processo legislativo; formalismo.

Introdução²

O foco do presente trabalho será apresentar (o que aqui se prefere chamar de) uma tendência de mudança no perfil do controle de constitucionalidade, em direção ao que já é realidade em outros países como Alemanha, Bélgica, Colômbia, Estados Unidos, Israel e Peru, além do Tribunal de Justiça da União Europeia e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos,³ e vem sendo mapeado na literatura internacional como controle “procedimental”, “semiprocedimental”, “semissubstantivo”, “regulatório”, “de racionalidade”, “de devido processo legal”, “da qualidade da deliberação legislativa” ou “subconstitucional”.

Para os fins deste artigo, adota-se a expressão “controle semiprocedimental”. A denominação, no entanto, não conta com uma clara demarcação na literatura, pois os diversos autores acabam incluindo nela aspectos diferentes, diversos níveis de intensidade, e

1 Professora adjunta na Universidade de Brasília (UnB). Doutora em Direito pela Universidade de Alicante, Espanha. Doutora e mestre em Direito pela UnB. Advogada do Senado Federal desde 2009. E-mail: bertasimoes@hotmail.com.

2 Uma versão anterior deste trabalho foi apresentada no VII Seminário de Integração FGV Direito Rio e Faculdade de Direito da UERJ – “Transformações do Direito Administrativo – Controle da Administração Pública: diagnósticos e desafios”, no dia 14 de novembro de 2022. Agradeço aos participantes do seminário pelo produtivo debate e, de forma especial, aos professores Natasha Schmitt Caccia Salinas e José Vicente Santos de Mendonça, pelos comentários à versão anterior deste trabalho.

3 Cf. NASCIMENTO, Roberta Simões. Devido processo legislativo e qualidade da deliberação legislativa. **Revista da Advocacia do Poder Legislativo**, v. 2, p. 141-170, 2021.; e NASCIMENTO, Roberta Simões. Cabe controle de constitucionalidade quanto à qualidade da deliberação legislativa? **Jota**, 14/10/2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/defensor-legis/control-de-constitucionalidade-qualidade-deliberacao-legislativa-14102020>. Acesso em: 21 out. 2022.

hierarquias distintas em relação aos controles tradicionais, sem um consenso. A expressão também costuma receber críticas, na medida em que o prefixo “semi” remete à ideia enganosa de um controle “menor”, “pela metade” ou de “menos” que o procedimento. Ainda assim, optou-se pela expressão semiprocedimental sobretudo em razão do texto de referência de Ittai Bar-Siman-Tov, um dos mais citados sobre o assunto na literatura consultada.⁴

Trata-se de um *tertium genus* de controle de constitucionalidade, ao lado das tradicionais modalidades formal e material, que se volta para a maneira como a legislação foi gestada, elaborada, deliberada e justificada; ou seja, uma revisão que alcança o chamado processo legislativo “interno”, não coberto pelas normas constitucionais (do contrário, o controle seria formal), regulado só por normas regimentais das Casas Legislativas ou nem sequer isso: a partir de meras pautas oriundas das boas práticas para legislar melhor elaboradas no âmbito da literatura sobre teoria da legislação, da *legisprudence*, da noção de um modelo ideal de legislador prudente, racional etc. A etiqueta do controle semiprocedimental abarca uma variedade de aspectos, os quais podem ser reunidos em dois grupos: o controle voltado para a qualidade da deliberação legislativa e o controle da racionalidade do processo decisório subjacente à aprovação da lei.

O controle semiprocedimental, como se vê, avança em alguma medida sobre o que tradicionalmente se denomina questões *interna corporis* às Casas Legislativas.

Não é novidade que no Brasil – de modo especial, mas não exclusivo – a ideia de uma “soberania parlamentar” tem fraca influência na medida em que o argumento das questões *interna corporis* é usado pelo STF de forma inconsistente, não para concluir pela impossibilidade da revisão judicial de modo absoluto, mas quase

4 Cf. BAR-SIMAN-TOV, Ittai. Semiprocedural Judicial Review. *Legisprudence*, v. 6, n. 3, p. 271-300, 2012. Talvez fossem preferíveis as denominações “controle de racionalidade” ou “controle do devido processo legislativo”, mas essas expressões acabaram não se consolidando na literatura. Assim, como pareceu ser necessário uniformizar, utiliza-se aqui controle semiprocedimental para fazer referência ao caráter desse tipo de controle – como ficará mais claro ao longo do texto – como uma interseção entre os controles material e formal (nas referências das palavras em inglês usadas para se referir a esses dois controles: *substantive* e *procedural*).

sempre para justificar a razoabilidade do *modus operandi* legislativo *in concreto* (diante do respectivo contexto fático subjacente) e, assim, “respeitar” o caráter *interna corporis* de algumas questões na prática, sem descartar o exame em casos futuros, ou seja, com critérios relativamente opacos. Não que deva existir uma imunidade total de decisões *interna corporis*, mas uma teoria normativa sobre a fiscalização desses atos deve ficar para outra oportunidade.

O que, sim, é novidade – e que interessa ao presente texto – é que o STF incorpore uma consideração sobre o “método da tomada de decisão legislativa”, como ocorreu na decisão monocrática do ministro Luís Roberto Barroso, no dia 4 de setembro de 2022, na medida cautelar na ADI nº 7.222, envolvendo o piso da enfermagem.⁵

Como amplamente noticiado,⁶ o ministro acolheu a argumentação da petição inicial no sentido de que o processo legislativo que deu origem à Lei nº 14.434/2022, que instituiu o piso salarial nacional do enfermeiro, do técnico de enfermagem, do auxiliar de enfermagem e da parteira, teria se baseado em estudo de impacto financeiro “inadequado”, pois estimou o custo direto dos novos pisos salariais, mas “não comprovou a viabilidade econômica de sua implementação”, ou seja, os efeitos econômicos da adoção do piso. Subjaz à decisão em comento que o estudo econômico desenvolvido pelo grupo de trabalho parlamentar⁷ teria sido inadequado.

Ao mesmo tempo, na referida decisão, encampou-se uma objeção quanto à “dificuldade de implementação dos pisos” (§53 do *decisum*) – que nada tem a ver com a constitucionalidade do procedimento ou conteúdo da lei – a partir da “unanimidade” das entidades representativas do setor de hospitais ouvidas em entrevistas mencionadas na petição inicial da ação (e referidas no

5 Comentada com mais detalhes em: NASCIMENTO, Roberta Simões; SALINAS, Natasha. Piso da enfermagem: legisladores contadores?. **Jota**, São Paulo, 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/defensor-legis/piso-salarial-da-enfermagem-legisladores-contadores-14092022>. Acesso em: 21 out. 2022.

6 RECONDO, Felipe. Barroso suspende piso salarial da enfermagem. **Jota**, São Paulo, 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/saude/barroso-suspende-piso-salarial-da-enfermagem-04092022>. Acesso em: 21 out. 2022.

7 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/853079-relator-de-grupo-de-trabalho-aponta-impacto-de-r-163-bi-com-novo-piso-da-enfermagem/>.

§48 da decisão). Com isso, vê-se uma discordância sobre o mérito da decisão legislativa disfarçada sob o manto de uma dúvida ou desconfiança quanto à falta de fiabilidade do método de avaliação do impacto legislativo adotado pelos parlamentares.

Trata-se, sem dúvida, de uma forma sofisticada para intensificar o controle sobre os atos legislativos, a partir do manejo de noções vagas (como princípios implícitos extraíveis a partir de métodos duvidosos como o devido processo legislativo, a deliberação suficiente etc.),⁸ acionadas precisamente pela impossibilidade de revisar materialmente o ato legislativo atacado, pois seu conteúdo ou sua finalidade não são inconstitucionais (ou envolvem um elevado grau de complexidade que dificulta o exame da matéria do ponto de vista substantivo).

De certa forma, é como se as formas tradicionais do controle de constitucionalidade tradicional já não fossem o suficiente para o escrutínio das decisões legislativas, na medida em que, como indicado acima, a maioria das leis aprovadas (e atos normativos em geral) de fato respeita a Constituição. O controle semiprocedimental viria, então, expandir o controle, quando não caberia uma revisão material, servindo para “substituí-la”,⁹ ou quando os magistrados, mesmo entendendo que a lei é materialmente inconstitucional, preferem não assumir isso publicamente, como forma de não arcar com o ônus político da decisão, que poderia ser incômoda ou indesejável por algum outro motivo.

8 Cf. NASCIMENTO, Roberta Simões. Devido processo legislativo e qualidade da deliberação legislativa. **Revista da Advocacia do Poder Legislativo**, v. 2, p. 141-170, 2021. E NASCIMENTO, Roberta Simões. Cabe controle de constitucionalidade quanto à qualidade da deliberação legislativa? **Jota**, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/defensor-legis/control-de-constitucionalidade-qualidade-deliberacao-legislativa-14102020>. Acesso em: 21 out. 2022.

9 Nos comentários mais detalhados à decisão, foram feitas as seguintes perguntas: “1) tribunais constitucionais podem declarar inconstitucionais leis cujos processos legislativos não foram devidamente instruídos por estudos que analisam seus impactos econômicos e sociais? 2) juízes possuem condições institucionais e materiais para avaliar estudos de impacto legislativo realizados no curso dos processos legislativos? 3) quais os desafios, ou problemas práticos, envolvidos em um eventual reconhecimento do controle judicial sobre as escolhas metodológicas adotadas nos processos de formação da lei?”. Cf. NASCIMENTO, Roberta Simões; SALINAS, Natasha. Piso da enfermagem: legisladores contadores? **Jota**, São Paulo, 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/defensor-legis/piso-salarial-da-enfermagem-legisladores-contadores-14092022>. Acesso em: 21 out. 2022.

Nesse contexto, considerando: 1) que o controle semiprocedimental já é uma realidade no Direito estrangeiro e tenderá a ser incorporado também no Brasil; 2) que sua incorporação pode conduzir a resultados conflitantes com as modalidades de controle já existentes (por exemplo: a lei é materialmente constitucional, mas o procedimento parlamentar interno para sua adoção foi sofrível, embora sem quaisquer vícios de inconstitucionalidade formal); 3) que não existem parâmetros seguros que indiquem quando essa modalidade de controle será ativada, apontando para problemas de segurança jurídica a ele relacionados; 4) que essa modalidade impinge maiores restrições externas sobre os legisladores, não previstas na Constituição ou outras normas jurídicas escritas; e 5) que há escassas referências nacionais se debruçando sobre a matéria, o artigo procede a uma breve revisão sistemática da literatura (predominantemente estrangeira) sobre o controle semiprocedimental, buscando apresentar o estado da arte sobre o tema, esquematizando os argumentos favoráveis, os contrários e os problemas do controle semiprocedimental. A revisão da literatura proporciona a organização dos argumentos encontrados, os quais são analisados, de modo exploratório e descritivo.

Para isso, o trabalho conta com a seção a seguir destinada a delimitar conceitualmente o controle semiprocedimental voltado para as leis aprovadas pelos parlamentos, com seus prós e contras,¹⁰ abordando-se também algumas das dificuldades e questões em aberto. Por fim, o artigo encerra com uma conclusão, onde são retomados os principais pontos tratados ao longo do texto.

I. A ideia e os contornos de um controle semiprocedimental

Como indicado na introdução, a noção de um controle semiprocedimental orienta não só o mérito (controle material), nem

10 Com isso, enfatiza-se que fica de fora do presente trabalho a análise do controle semiprocedimental que tem por objeto as decisões das agências reguladoras. Embora igualmente importante, a abordagem exigiria mais tempo e espaço do que os disponíveis na presente ocasião. Em todo caso, para o aprofundamento dos aspectos especiais do controle das agências, recomenda-se: GERSEN, Jacob, VERMEULE, Adrian. *Thin Rationality Review*. **Michigan Law Review**, v. 114, issue 8, p. 1355-1412, 2016.

os requisitos formais explicitamente estabelecidos na Constituição (controle formal), mas a revisão do “processo deliberativo” adotado no seio das Casas Legislativas. A rigor, esse controle não pretende substituir os modelos tradicionais de controle de constitucionalidade, mas, sim, como explica Klaus Meßerschmidt,¹¹ complementá-los com critérios adicionais, preocupados com a legitimidade pública da legislação, notadamente a transparência, a inclusividade do processo legislativo, a utilização de dados (elementos informacionais e fáticos) atuais, e a elaboração de textos consistentes e coerentes.

Além disso, como destaca o mesmo autor, o controle semiprocedimental difere das modalidades já existentes porque não se baseia em disposições normativas precisas, sobretudo de ordem constitucional, estando assentado em exigências criadas pelos próprios tribunais. Para Meßerschmidt, esse elemento é ao mesmo tempo a força e a fraqueza deste novo tipo de controle. De um lado, a fraqueza, porque o controle judicial deveria ser construído sobre bases normativas rígidas; do outro lado, a força, porque esse controle viria acompanhado de uma onda do pensamento jurídico internacional que o endossaria. O alcance do controle semiprocedimental também vai além do tradicional policiamento dos poderes legislativos, para incluir a noção de qualidade deliberativa da legislação, em homenagem à crescente atenção dada à racionalidade no processo legislativo.

O controle semiprocedimental emerge com a promessa de conciliar a deliberação democrática e a teoria do discurso. Como aponta Patricia Popelier,¹² sua lógica funciona como uma limitação do primado da política, ao mesmo tempo em que respeita o equilíbrio político de interesses. Baseia-se na ideia de que a discricionariedade

11 MEßERSCHMIDT, Klaus. The Procedural Review of Legislation and the Substantive Review of Legislation: Opponents or Allies? *In*: MEßERSCHMIDT, Klaus; OLIVER-LALANA, A. Daniel (Eds.). **Rational Lawmaking under Review**: Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court. Switzerland: Springer, 2016, p. 373-403, p. 377.

12 POPELIER, Patricia. The Court as Regulatory Watchdog. The Procedural Approach in The Case Law of the European Court of Human Rights. *In*: POPELIER, Patricia; MAZMANYAN, Armen; VANDENBRUWAENE, Werner (Eds.). **The role of constitutional courts in multilevel governance**. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 249-267, p. 252.

não dispensa o legislador do dever de agir racionalmente.¹³ Dessa forma, o controle semiprocedimental permitiria às Cortes avaliar a racionalidade da decisão legislativa evitando que se sobreponham com uma ponderação substantiva a respeito dos interesses em conflito. A autora ilustra seu argumento citando diversas decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) que, com frequência, procede desse tipo de controle.

Na síntese de Marisa Iglesias Vila,¹⁴ esse “giro procedimental” tem como resultado prático incorporar o respeito a certas exigências processuais como respeitar ao próprio direito substantivo em questão. O problema disso – indica Iglesias Vila – é que não se dispõe de uma doutrina clara em torno de quais elementos do processo legislativo interno devem ser considerados relevantes, em que medida devem ser cumpridos e o que conta como um bom debate legislativo. Sem isso, o “giro procedimental” pode gerar muita insegurança jurídica e duplos padrões.¹⁵ A conclusão da autora em relação ao TEDH, no entanto, é no sentido de que o controle semiprocedimental deveria ser usado com cautela, como um recurso complementar, sempre combinado com outras razões substantivas e sistêmicas, precisamente para evitar que se converta em uma forma de deferência que contribua para o retrocesso de direitos humanos na Europa.¹⁶

A preocupação de Iglesias Vila está diretamente relacionada à problematização feita por Klaus Meßerschmidt quanto ao potencial

13 No original: “Procedural rationality review operates as a limitation to the claimed primacy of politics while respecting the political balance of interests. It rests on the idea that discretion does not dispense the lawmaker from the duty to act rationally.”. POPELIER, Patricia. *The Court as Regulatory Watchdog. The Procedural Approach in The Case Law of the European Court of Human Rights*. In: POPELIER, Patricia; MAZMANYAN, Armen; VANDENBRUWAENE, Werner (Eds.). **The role of constitutional courts in multilevel governance**. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 249-267, p. 252.

14 IGLESIAS VILA, Marisa. ¿El Control de Racionalidad Procedimental como Forma de Deferencia? Proceso y Contenido en la Jurisprudencia Reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. **Revista de Derecho Político**, n. 114, p. 215-244, 2022, p. 220.

15 IGLESIAS VILA, Marisa. ¿El Control de Racionalidad Procedimental como Forma de Deferencia? Proceso y Contenido en la Jurisprudencia Reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. **Revista de Derecho Político**, n. 114, p. 215-244, 2022, p. 238-239.

16 IGLESIAS VILA, Marisa. ¿El Control de Racionalidad Procedimental como Forma de Deferencia? Proceso y Contenido en la Jurisprudencia Reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. **Revista de Derecho Político**, n. 114, p. 215-244, 2022, p. 243.

impacto que este controle pode acarretar nos modelos já existentes de controle de constitucionalidade. Como ressalta Klaus Meßerschmidt,¹⁷ o controle semiprocedimental exigiria uma regra de preferência que informasse o Judiciário sobre como lidar com resultados conflitantes. É dizer: o que os tribunais devem fazer se uma lei sob exame for materialmente boa (do ponto de vista substantivo), enquanto o procedimento parlamentar interno respectivo for sofrível? Qual dos dois tipos de controle deveria prevalecer? Para o autor, mesmo ao reconhecer o controle semiprocedimental como tarefa legítima, se não necessária, dos tribunais constitucionais, não é fácil responder a essas perguntas. Na visão tradicional, o conteúdo (controle material) prevaleceria sobre o procedimento interno, caso o último não atenda aos padrões sofisticados da elaboração legislativa.

O autor explica que, para fugir dessa dificuldade (substância versus procedimento), a Corte alemã vem ativando essa modalidade de controle de constitucionalidade somente quando o mérito (conteúdo substantivo) de uma lei é difícil de avaliar devido à complexidade do assunto. Nada obstante, Meßerschmidt sugere que a emergência do controle semiprocedimental provocaria uma possível flexibilização dos padrões do controle de constitucionalidade material e poderia ser até “mais benéfico”, isto é, uma forma de deferência aos legisladores.¹⁸ O mesmo autor esclarece, no entanto, que, ao menos conceitualmente, o controle semiprocedimental não se destina a conferir liberdade de escolha aos tribunais. Isso porque o controle material se baseia em direitos constitucionais, ao passo que o controle procedimental está relacionado ao perfil democrático

17 MEßERSCHMIDT, Klaus. The Procedural Review of Legislation and the Substantive Review of Legislation: Opponents or Allies? *In*: MEßERSCHMIDT, Klaus; OLIVER-LALANA, A. Daniel (Eds.). **Rational Lawmaking under Review**. Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court. Switzerland: Springer, 2016, p. 373-403.

18 Também concorda com o raciocínio do autor Daniel Oliver-Lalana, cujo argumento é o seguinte “(...) en democracias constitucionales donde los tribunales revisen la compatibilidad de las leyes con los derechos fundamentales, y que se encuentren insertas en una cultura de justificación, el “argumento de la calidad del debate legislativo” es perfectamente válido para ajustar la debida deferencia judicial a los parlamentos e a sus leyes”. OLIVER-LALANA, A. Daniel. Deliberación legislativa y control judicial de las leyes: entre el respeto y la desconsideración por los legisladores electos. *In*: OLIVER-LALANA, A. Daniel (Ed.). **La legislación en serio**: estudios sobre derecho y jurisprudencia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 397-465. Essa lógica é a que desperta preocupação por parte de Marisa Iglesias Vila, como já indicado antes no corpo do texto.

do processo decisório. Apesar disso, o próprio Meßerschmidt reconhece que ainda é necessário definir cuidadosamente o objetivo e a amplitude do controle semiprocedimental.¹⁹ Em uma versão “fraca”, por exemplo, só a legislação flagrantemente “irracional” seria declarada inconstitucional.

Meßerschmidt insiste que o controle semiprocedimental não é contraditório com o controle material, e, na verdade, serve para reforçá-lo. Nada obstante, por mais que o controle semiprocedimental seja um “caminho do meio”, nas palavras de Patricia Popelier,²⁰ entre a deferência às autoridades nacionais e a proteção dos direitos individuais, o fato é que permanece em aberto a questão sobre até que ponto parlamentos democraticamente eleitos podem ser obrigados a decidir como resultado de um “processo decisório racional” e quais seriam os seus termos. Daí que o controle semiprocedimental não vem sendo (e não poderia ser) realizado à moda “tudo ou nada”, de forma conclusiva, permitindo um tipo de solução não disponível nos modelos tradicionais, consistente na reavaliação do assunto após o parlamento igualmente visitar a questão.

Como explica Dan T. Coenen,²¹ só se pode reverter uma declaração de inconstitucionalidade do ponto de vista material com a aprovação de uma emenda à Constituição, ao passo que nesse outro tipo de controle (que o advogado chama de semissubstantivo) isso não seria necessário, bastaria o chamado *second-look*. Dessa forma, os juízes estariam apenas dando um “empurrãozinho” a que os atores democraticamente mais legitimados melhorem a qualidade de seus processos de tomada de decisão.

19 MEßERSCHMIDT, Klaus. The Procedural Review of Legislation and the Substantive Review of Legislation: Opponents or Allies? *In*: MEßERSCHMIDT, Klaus; OLIVER-LALANA, A. Daniel (Eds.). **Rational Lawmaking under Review**: Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court. Switzerland: Springer, 2016, p. 373-403, p. 397.

20 POPELIER, Patricia. The Court as Regulatory Watchdog. The Procedural Approach in The Case Law of the European Court of Human Rights. *In*: POPELIER, Patricia; MAZMANYAN, Armen; VANDENBRUWAENE, Werner (Eds.). **The role of constitutional courts in multilevel governance**. Cambridge: Intersentia, 2013, p. 249-267, p. 254.

21 COENEN, Dan T. The Pros and Cons of Politically Reversible “Semisubstantive” Constitutional Rules. **Fordham Law Review**, v. 77, p. 2835-2891, 2009.

Olhando para o sistema dos Estados Unidos, Coenen esquematiza dez pontos-chave sobre os méritos e críticas envolvendo esse controle: 1) não há fonte constitucional legítima para regras semissubstantivas; 2) no mínimo, essas regras estão em desacordo com uma metodologia “originalista”; 3) essas regras não são confiáveis porque carecem de um princípio limitador; 4) as regras semissubstantivas ameaçam os processos legislativos de forma inconsistente com a separação de poderes e as tradições legais; 5) tais regras encorajam o ativismo judicial sob uma falsa impressão de contenção judicial; 6) essas regras convidam à “corrupção judicial” de restrições úteis, como a doutrina da vagueza; 7) o emprego de regras semissubstantivas é inerentemente fútil; 8) o uso dessas regras corre o risco de “subexecução” (*underenforcement*) das normas constitucionais; 9) as regras semissubstantivas refletem suposições irrealistas sobre processos políticos; e 10) as regras semissubstantivas, de qualquer forma, carecem de um pedigree de precedente adequado.²² O autor, então, dedica-se a avaliar cada uma dessas asserções, o que não será possível fazer neste trabalho.

A literatura norte-americana tende a apontar que esse tipo de controle gera expectativas irrealistas por parte dos tribunais em relação ao Congresso Nacional. Como argumentam Philip P. Frickey e Steven S. Smith,²³ o controle semiprocedimental acaba forçando o Congresso a se comportar como uma agência, apesar de sua composição, estrutura e objetivos extremamente diferentes. A conclusão desses autores é a de que, a teoria da devida deliberação legislativa carece de uma conceituação adequada dos fatores legislativos e reflete uma visão imprecisa da deliberação e do processo legislativo. Daí que, para eles, embora tenha a capacidade de atender às expectativas da Corte para a coleta de provas (leia-se, dados e elementos informacionais), o Congresso não pode e não atenderá às suposições implícitas da Corte sobre a deliberação.

22 COENEN, Dan T. The Pros and Cons of Politically Reversible “Semissubstantive” Constitutional Rules. **Fordham Law Review**, v. 77, p. 2835-2891, 2009, p. 2853.

23 FRICKEY, Philip P.; SMITH, Steven S. Judicial Review, the Congressional Process, and the Federalism Cases: an Interdisciplinary Critique. **The Yale Law Journal**, v. 111, n. 7, p. 1707-1756, 2002, p. 1751.

Esse equívoco institucional da premissa que subjaz ao controle semiprocedimental, que acaba subestimando as capacidades institucionais e deliberativas do Congresso, é importante e merece um estudo específico, mas isso ficará para outra oportunidade.

Conclusão

O trabalho apresentou uma revisão sistemática da literatura estrangeira sobre o controle semiprocedimental, a partir disso foi possível chegar a algumas conclusões, a seguir esquematizadas: 1) essa nova modalidade de controle de constitucionalidade, que se volta para aspectos (não necessariamente regulados do ponto de vista jurídico) do processo deliberativo parlamentar interno às Casas Legislativas, parece ter chegado para ficar, contando com inúmeros casos na jurisprudência de tribunais internacionais; 2) a etiqueta do controle semiprocedimental vem sendo usada para abarcar o escrutínio de dois aspectos bastante diferentes: de um lado, o controle da qualidade da deliberação, a partir de aspectos como a realização de audiências públicas, o estrito cumprimento dos prazos e previsões regimentais etc.; e, do outro lado, o controle da racionalidade do processo decisório prévio à aprovação da lei, ou seja, se foram consideradas alternativas, estimados os impactos, o caráter instrumental da medida legislativa, se da definição do problema a ser resolvido decorre a decisão finalmente tomada etc.; 3) trata-se de uma expansão do controle judicial sobre os aspectos do processo legislativo que vem sendo adotada preponderantemente em duas situações: quando incabível o controle material da lei, servindo para “substituir” essa modalidade de controle, ou quando os julgadores não desejam arcar com o ônus político de declarar a lei materialmente inconstitucional; 4) a partir da literatura, observa-se que controle semiprocedimental puro, ou seja, de forma exclusiva, tem sido (e assim deve ser) raro (a maioria das cortes o combina com aspectos materiais);²⁴ 5) ainda não se

24 Todas as referências apontam para essa mesma conclusão. Por todos: BAR-SIMAN-TOV, Ittai. Semiprocedural Judicial Review. **Legisprudence**, v. 6, i. 3, 2012, p. 271-300; OLIVER-LALANA, A. Daniel. On the (judicial) method to review the (legislative) method, **The Theory and Practice of Legislation**, v. 4, n. 2, p. 135-153, 2016.; MEßERSCHMIDT, Klaus. The Procedural Review of Legislation and the Substantive Review of Legislation: Opponents or Allies?

dispõe de critérios que indiquem como os tribunais devem lidar com resultados conflitantes entre o controle semiprocedimental e as demais modalidades já existentes (pois há leis constitucionais desde um ponto de vista substantivo que podem ter sido aprovadas sob um procedimento interno de má qualidade, bem como existem leis cujo conteúdo é de constitucionalidade duvidosa aprovadas à luz de um procedimento impecável); 6) há vários aspectos problemáticos relacionados a esse tipo de controle, especialmente a falta de parâmetros constitucionais ou normativos sólidos e conhecíveis *ex ante*, de modo que o controle semiprocedimental, mesmo bem intencionado, provoca insegurança jurídica; 7) por todos os aspectos problemáticos indicados, esse novo tipo de controle deve ser acionado em caráter excepcional e com uma versão “fraca”, ou seja, só a legislação flagrantemente “irracional” seria declarada inconstitucional; 8) como consequência do anterior, o controle semiprocedimental não deveria servir para o escrutínio da “qualidade deliberativa” nos parlamentos, a partir de marcadores como a realização de audiências públicas, tempo de tramitação etc.; 9) o controle semiprocedimental tampouco deveria induzir parlamentos a se comportarem como agências reguladoras, até mesmo pela falta de capacidade de os legisladores conseguirem atender na prática às expectativas deliberativas impostas pelo Poder Judiciário; e 10) por conta do anterior, é possível que o controle semiprocedimental tenha lógica e funcionamento diferentes quando aplicado às decisões de agências, muito embora esse aspecto não tenha sido o foco do presente trabalho.

Referências bibliográficas

BAR-SIMAN-TOV, Ittai. Semiprocedural Judicial Review. **Legisprudence**, v. 6, i. 3, p 271-300, 2012.

COENEN, Dan T. The Pros and Cons of Politically Reversible “Semisubstantive” Constitutional Rules. **Fordham Law Review**, v. 77, p. 2835-2891, 2009. Disponível em: https://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/731. Acesso em: 21 out. 2022.

In: MEßERSCHMIDT, Klaus; OLIVER-LALANA, A. Daniel (Eds.). **Rational Lawmaking under Review**: Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court. Switzerland: Springer, 2016, p. 373-403.

- FRICKEY, Philip P.; SMITH, Steven S. Judicial Review, the Congressional Process, and the Federalism Cases: An Interdisciplinary Critique. **The Yale Law Journal**, v. 111, n. 7, p. 1707-1756, 2002. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/797535?origin=crossref>. Acesso em: 21 out. 2022.
- GERSEN, Jacob, VERMEULE, Adrian. Thin Rationality Review, **Michigan Law Review**, v. 114, issue 8, p. 1355-1412, 2016.
- IGLESIAS VILA, Marisa. ¿El Control de Racionalidad Procedimental como Forma de Deferencia? Proceso y Contenido en la Jurisprudencia Reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. **Revista de Derecho Político**, n. 114, mayo-agosto, p. 215-244, 2022.
- KAVANAGH, Aileen. Proportionality and Parliamentary Debates: Exploring Some Forbidden Territory. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 34, n. 3, p. 443-479, 2014.
- LANDAU, Joseph. Process Scrutiny. **Motivational Inquiry and Constitutional Rights. Columbia Law Review**, v. 119, n. 8, p. 2.147-2.204, 2019.
- LAZARUS, Liora; SIMONSEN, Natasha. Judicial Review and Parliamentary Debate: Enriching the Doctrine of Due Deference. In: HUNT, Murray; HOOPER, Hayley J; YOWELL, Paul. **Parliaments and Human Rights: Redressing the Democratic Deficit**. Oxford: Hart Publishing, p. 385-403, 2017.
- MEBERSCHMIDT, Klaus. The Procedural Review of Legislation and the Substantive Review of Legislation: Opponents or Allies? In: MEBERSCHMIDT, Klaus; OLIVER-LALANA, A. Daniel (Eds.). **Rational Lawmaking under Review: Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court**. Switzerland: Springer, p. 373-403, 2016.
- MEBERSCHMIDT, Klaus. The good shepherd of Karlsruhe. The 'Hartz IV' decision: a good example of regulatory review by the German federal constitutional court? In: POPELIER, Patricia; MAZMANYAN, Armen; VANDENBRUWAENE, Werner (Eds.). **The role of constitutional courts in multilevel governance**. Cambridge: Intersentia, p. 235-267, 2013.
- NASCIMENTO, Roberta Simões. Devido processo legislativo e qualidade da deliberação legislativa. **Revista da Advocacia do Poder Legislativo**, v. 2, p. 141-170, 2021.
- NASCIMENTO, Roberta Simões. Cabe controle de constitucionalidade quanto à qualidade da deliberação legislativa? **Jota**, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/defensor-legis/control-de-constitucionalidade-qualidade-deliberacao-legislativa-14102020>. Acesso em: 21 out. 2022.
- NASCIMENTO, Roberta Simões; SALINAS, Natasha. Piso da enfermagem: legisladores contadores? **Jota**, São Paulo, 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/defensor-legis/piso-salarial-da-enfermagem-legisladores-contadores-14092022>. Acesso em: 21 out. 2022.
- OLIVER-LALANA, A. Daniel. Deliberación legislativa y control judicial de las leyes: entre el respeto y la desconsideración por los legisladores electos. In: OLIVER-LALANA, A. Daniel (Ed.). **La legislación en serio. Estudios sobre derecho y jurisprudencia**. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 397-465, 2019.

- OLIVER-LALANA, A. Daniel. On the (judicial) method to review the (legislative) method, **The Theory and Practice of Legislation**, v. 4, n. 2, p. 135-153, 2016.
- POPELIER, Patricia. Procedural Rationality Review after Animal Defenders International: A Constructively Critical Approach. **European Constitutional Law Review**, v. 15, i. 2, p. 272-93, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/S157401961900021X>. Acesso em: 21 out. 2022.
- POPELIER, Patricia. The Court as Regulatory Watchdog. The Procedural Approach in The Case Law of the European Court of Human Rights. *In*: POPELIER, Patricia; MAZMANYAN, Armen; VANDENBRUWAENE, Werner (Eds.). **The role of constitutional courts in multilevel governance**. Cambridge: Intersentia, p. 249-267, 2013.
- POPELIER, Patricia; VAN DE HEYNING, Catherine. Procedural Rationality: Giving Teeth to the Proportionality Analysis. **European Constitutional Law Review**, v. 9, i. 2, p. 230-262. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/S1574019612001137>. Acesso em: 21 out. 2022.
- RECONDO, Felipe. Barroso suspende piso salarial da enfermagem. **Jota**, São Paulo, 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/saude/barroso-suspende-piso-salarial-da-enfermagem-04092022>. Acesso em: 21 out. 2022.

NOVOS DESAFIOS DO ESTADO ADMINISTRATIVO

Braulio Campos Mattos

Os novos dispositivos da LINDB: entre o pragmatismo e o consequencialismo

8

Os novos dispositivos da LINDB: entre o pragmatismo e o consequencialismo

Braulio Campos Mattos¹

Palavras-chave: Consequencialismo; pragmatismo; argumentação; lei de introdução.

Introdução

Os novos dispositivos da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB) geraram diversas discussões acerca da consagração, no ordenamento jurídico, do pragmatismo e do consequencialismo. Com o presente trabalho, objetiva-se elucidar, com breves comentários, pontos de dissonância provenientes de algumas posições acerca da discussão.

O tema é relevante porque os novos dispositivos da LINDB são cânones interpretativos para a aplicação de todo o Direito Público (também para o Direito Processual, aí incluído), sendo imprescindível perquirir, ainda que de forma inicial, as potenciais interpretações extraíveis dos enunciados normativos em alusão, assim como os limites impostos pela redação dos dispositivos. Para tanto, a investigação se vale de metodologia descritiva e de revisão da literatura acerca dos temas correlatos.

O texto, em um primeiro momento, apresenta os enunciados normativos constantes dos arts. 20, 21 e 22 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942, doravante LINDB), bem como interpretações citadas na literatura sobre as normas extraíveis dos dispositivos em referência (item II), em especial uma suposta consagração legal do método pragmático no Direito. Em consonância com o afirmado, e de modo a averiguar se teria

1 Mestrando pela FGV Direito-Rio. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduado em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes. Graduado bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense. E-mail: braulio.mattos@fgv.edu.br.

havido tal incorporação do método pragmático, o trabalho pretende apresentar, de forma breve, as matrizes filosóficas do pragmatismo, assim como os aspectos nucleares de sua correspondente versão no Direito, qual seja o pragmatismo jurídico, para concluir ser discutível (pelo menos, pela literalidade do texto legal) a interpretação que extrai a consagração do método pragmático dos arts. 20 e 21 da LINDB (que apontam para um viés consequencialista na tomada de decisão estatal). Em seguida, trabalha-se com a utilização de argumentos consequencialistas na justificação em processos decisórios, bem como se (e em que medida) tais dispositivos preceituam a obrigatoriedade de o julgador considerar o contexto fático e potenciais consequências na justificação de decisões, assim como uma certa rejeição a “conceitualismos”, encerrando-se com uma proposta conclusiva.

I. Os dispositivos legais em comento

Com a promulgação da Lei nº. 13.655 de 2018, foram incluídos diversos dispositivos na chamada LINDB. Nessa linha, vozes repercutiram sobre esses novos dispositivos terem consagrado a adoção do pragmatismo² ou do consequencialismo³ no

2 O *caput* do art. 20 inaugura, em termos dogmáticos, o postulado hermenêutico do pragmatismo, segundo o qual as consequências práticas devem ser consideradas no momento da valoração e da escolha de um dos sentidos possíveis do texto normativo de conteúdo semântico aberto (DIDIER, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 73, p. 115-132, jul./set. 2019, p. 122.) Cf. BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação e regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2020. Em especial o item 2.2.1, intitulado “A LINDB e a confirmação da inclinação pragmática do Direito Administrativo no Brasil” (p. 63 *et. seq.*); ver também JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. ver. **Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição especial: direito público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 63-92, nov. 2018.

3 Cf. MENDONÇA, José Vicente Santos de. Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de (Coord.); LEAL, Fernando (Coord.). **Transformações do Direito Administrativo**: consequencialismo e estratégias regulatórias. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017, p. 31-34. Cf. VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo. ver. **Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 79-112, maio/ago. 2020. Destaco a seguinte passagem, indicativa da importância dada pelo autor às alterações realizadas na LINDB: “O novo texto da LINDB configura a mais profunda restrição à discricionariedade administrativa já editada no Brasil, estendendo vastamente os deveres administrativos de motivação

ordenamento brasileiro. Pelo escopo do trabalho, destacam-se seus arts. 20, *caput*, 21, *caput*, 22, *caput* e §1º, os quais denotam a preocupação do legislador quanto à necessidade de observância das *consequências* e *circunstâncias práticas* (contexto fático) no processo de tomada de decisão por órgãos estatais. Abaixo, transcrevem-se os dispositivos:

Art. 20, *caput*, da LINDB: Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as *consequências práticas* da decisão (grifou-se). **Art. 21, *caput*, da LINDB:** A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas **consequências jurídicas e administrativas** (grifou-se). **Art. 22, *caput*, da LINDB:** Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. **Art. 22, §1º, da LINDB:** Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

Cabe salientar que o projeto de lei apresentado pelo senador Antonio Anastasia, que resultou na promulgação da Lei nº 13.655/2018, decorreu de sugestão dos professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto.⁴ Assim, importante

e de planejamento das atividades públicas, pela integração de um novo elemento: as consequências práticas da decisão” (p. 81-82).

4 MENDONÇA, José Vicente Santos de. Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de (Coord.); LEAL, Fernando (Coord.). **Transformações do Direito Administrativo: consequentialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017, p. 31.

trazer as impressões do próprio Carlos Ari Sundfeld, a respeito das orientações dos novos artigos da LINDB:

Tudo a ver com tendências atuais, realistas e pragmáticas do direito público. Garantem-se direitos e mecanismos para evitar as consequências não avaliadas nas intervenções jurídicas, para garantir transições jurídicas adequadas em caso de mudanças, para estabilizar relações jurídicas que já se consolidaram, para diminuir incertezas jurídicas, para viabilizar a solução consensual de dificuldades ou conflitos e para induzir a participação da sociedade na produção de normas administrativas.

(...) Um direito público realista e pragmático, baseado em normas e evidências, e não em idealizações retóricas, e que leve em conta o mundo concreto da gestão pública brasileira: é esta a visão embutida nos novos dispositivos, também para a luta contra a violação sistemática do Direito e contra a corrupção.⁵

Observe-se o entendimento do autor, exposto acima, sobre o Direito Público “realista e pragmático”⁶ integrar a “visão embutida nos novos dispositivos”. Mas qual pragmatismo seria esse? O texto constante dos dispositivos permite a interpretação de adoção do método pragmático? E o que seria pragmatismo? São sobre essas questões que o próximo tópico se debruça.

5 SUNDFELD, Carlos Ari. **O novo olhar da LINDB**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 42.

6 O professor Gustavo Binenbojm chega inclusive a afirmar que o Direito Administrativo passaria por um “giro pragmático” (Cf. BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação e regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2020.) O professor Fernando Leal trabalha com a expressão *inclinações pragmáticas do Direito Administrativo*. (Cf. LEAL, Fernando, *Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas*. O caso do PL 349/15. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de. (Org.). **Transformações do Direito Administrativo**: consequentialismo e estratégias regulatórias. Rio de Janeiro: FGV, 2017. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10438/18009>.

II. A matriz filosófica do pragmatismo e o método pragmatista

A síntese do que seria a matriz do pragmatismo filosófico foi exposta na deveras citada obra da professora Thamy Pogrebinschi, intitulada “*Pragmatismo: teoria social e política*”.⁷ Assevera a autora que, apesar das peculiaridades e diferenças presentes nas obras dos chamados pragmatistas originais (Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey), é possível se inferir um núcleo comum da matriz pragmatista, composta de três ideias principais:⁸ o antifundacionalismo,⁹ o consequencialismo¹⁰ e o contextualismo.¹¹ O mais importante para o presente trabalho é a explicação fornecida pela professora acerca do método pragmatista de análise:

Com efeito, se hoje podemos definir o pragmatismo a partir daquelas suas três características nucleares – o antifundacionalismo, o consequencialismo

7 POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo: teoria social e política**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

8 *Ibidem*, p. 24.

9 “Trata-se, afinal, de negar que o pensamento seja passível de uma fundação estática, perpétua, imutável. O antifundacionalismo pragmatista se exerce também na recusa à ideia de certeza e aos tradicionais conceitos filosóficos de verdade e realidade; não se trata de negar a existência da verdade e da realidade, mas sim de submeter seus conceitos tradicionais a um novo método. Por fim, o antifundacionalismo pragmatista se apresenta ainda sob a forma de uma crítica incessante; não se trata de uma crítica determinada e direcionada a um objeto concreto, mas de um desejo permanente de crítica, da crítica enquanto método de pensamento” (*ibidem*, p. 26).

10 “O consequencialismo, ou instrumentalismo, representa a característica talvez mais conhecida do pragmatismo. Trata-se da insistência de olhar para o futuro, e não para o passado. A referência ao passado não é um dever para o pragmatista, ela deve ser feita apenas quando for metodologicamente interessante ao próprio estabelecimento do futuro. É para o futuro que o pragmatista olha e é para lá que ele se direciona. Disto decorre que a teoria da significação, como a teoria da verdade, levadas a cabo pelo pragmatismo, caracterizam-se pela submissão permanente ao ‘teste’ consequencialista: o significado de uma proposição, bem como a sua verdade, apenas podem ser conhecidos se forem verificados a partir do teste de suas consequências. É aqui que entra em jogo a famosa questão pragmatista, aquela que não cessa sua indagação: quais as diferenças que as consequências disto ou daquilo podem acarretar? É, portanto, antecipando consequências futuras que se produz conhecimento no âmbito do pragmatismo. E estas consequências futuras devem ser permanentemente antecipadas para que se possa conhecer qual delas é melhor, a mais satisfatória, a mais útil e a mais benéfica” (*ibidem*, p. 38-39).

11 O contextualismo consiste na importância de que as investigações estejam atentas ao papel do contexto no seu desenvolvimento, considerando o corpo de crenças, a cultura da sociedade e as relações mantidas com as instituições e práticas sociais. “A este corpo de crenças, o pragmatismo chama de experiência” (*ibidem*, p. 49).

e o contextualismo –, isto decorre da própria aplicação do método pragmatista de análise. Em outras palavras, pragmaticamente, o significado do pragmatismo, como o de qualquer outra teoria, só poderia ser conhecido através do teste de suas consequências, isto é, por meio da perspectiva de um futuro ainda em formação. Por conseguinte, as três características que aqui apresentamos como constituintes da definição – e, portanto, do significado – do pragmatismo consistem na resposta à famosa pergunta que substancia o método pragmatista: quais as diferenças práticas que o pragmatismo acarretou para a filosofia?¹²

Para os fins almejados pelo trabalho, não caberia detalhar as três características da matriz pragmatista. Importa mais ao presente resumo ressaltar a utilização de tal matriz filosófica pela literatura (inclusive com a citação da obra da professora Thamy Pogrebinschi, mencionada anteriormente), objetivando delinear a noção de pragmatismo para o Direito.¹³ Nessa esteira, tendo em vista as ideias principais do pragmatismo filosófico, cabe perquirir se os novos dispositivos da LINDB teriam consagrado a matriz filosófica do pragmatismo e seus correspondentes *vetores* (antifundacionalismo, consequentialismo e contextualismo). Da simples interpretação dos enunciados normativos, parece audaciosa a afirmação de

12 *Ibidem*, p. 25.

13 Cf. BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação e regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 54-56. Ver também MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 31-32. Bem verdade que o professor José Vicente Santos de Mendonça trabalha com a diferente noção sobre o pragmatismo jurídico, distintamente das bases do pragmatismo filosófico. Sobre a utilidade do estudo do pragmatismo filosófico no debate sobre o pragmatismo jurídico, em passagem um tanto quanto jocosa, indaga o autor: "Ora, por que investir tanta energia na comprovação de que uma coisa não é útil? Por que não gastar esse tempo, em vez de afirmar que o filho não é o pai – coisa com a qual todos estamos de acordo –, para descobrir em que pontos o filho parece com o pai, e em que medida essa carga genética pode significar algo de bom ou de ruim para o mundo?" (*op. cit.*, p. 43). Na mesma linha, sobre a "limitada relevância do pragmatismo filosófico". (Cf. ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações. In: SARMENTO, Daniel; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. (Orgs.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2009, p. 176-181.)

que teria sido legalmente adotado o viés antifundacionalista (o mesmo se poderia afirmar da adoção do contextualismo, pelo menos se enxergado no sentido que lhe fornece a matriz filosófica do pragmatismo, apresentada *retro*). Parece seguro, contudo, afirmar que foi almejado pelo legislador a estipulação de (algum) viés consequencialista pela lei de introdução. É sobre o conteúdo desse viés que se ocupa o próximo tópico.

III. Consequencialismo e pragmatismo jurídico: a consideração das consequências na tomada de decisão

O sentido comumente atribuído à expressão “pragmatismo jurídico” não reflete a matriz filosófica do pragmatismo, possuindo na literatura significado distinto do apresentado anteriormente:

(...) o sentido que intuitivamente se atribui à expressão “pragmatismo jurídico” parece com frequência girar em torno da importância das ideias (típicas do pragmatismo filosófico clássico) de “consequências” e de “resultado prático” na orientação do pensamento humano. Assim, no campo do Direito, o critério confiável para adotar certas doutrinas jurídicas e abandonar outras deveria ser baseado no resultado prático da adoção de cada uma delas; as decisões judiciais devem ser tomadas levando-se em consideração as suas consequências; e o próprio direito não deve ser visto como um fim em si, mas sim como uma ferramenta possivelmente útil para resolver os conflitos entre os cidadãos e fornecer pautas de conduta para a atuação privada e estatal.¹⁴

14 ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta]Teoria da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações. *In*: SARMENTO, Daniel; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Orgs.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 185.

A noção de pragmatismo jurídico é recorrentemente trabalhada na literatura a partir da visão do juiz Richard Posner.¹⁵ Posner trata o pragmatismo jurídico como um “pragmatismo cotidiano”,¹⁶ como uma rejeição de considerações morais abstratas.¹⁷ Para os professores Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal¹⁸ o pragmatismo jurídico de Posner teria alguns elementos centrais, expostos a seguir. “Pragmatismo jurídico” não é um termo “chique” para decisões judiciais *ad hoc*; envolveria a consideração de consequências sistêmicas (ainda que apenas em circunstâncias excepcionais) e não somente consequências específicas do caso.¹⁹ De outro giro, o pragmatismo jurídico possui um olhar prospectivo, na medida em que se volta para o futuro, mantendo aderência às decisões passadas mais por necessidade do que por um dever ético de consistência.²⁰ Por um outro viés de análise, o pragmatismo jurídico é empírico, quer ver resultados,²¹ encoraja o juiz a recorrer a teorias que tragam

-
- 15 Apesar da importância de outros autores, atrelados ao chamado pragmatismo jurídico, como David Luban e Thomas Grey, pelo escopo reduzido deste trabalho, optou-se por pautar a análise do pragmatismo jurídico pelas ideias atribuídas a Richard Posner. Para uma breve síntese das semelhanças e diferenças entre os autores citados (Cf. MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 39-43.)
- 16 POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism, and Democracy**. London: Harvard University Press, 2003, p. 49.
- 17 MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 48.
- 18 ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta]Teoria da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações. In: SARMENTO, Daniel; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Orgs.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 186-188.
- 19 POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism, and Democracy**. London: Harvard University Press, 2003, p. 59. No original: *1. Legal pragmatism is not just a fancy term for ad hoc adjudication; it involves consideration of systemic and not just case-specific consequences. 2. Only in exceptional circumstances, however, will the pragmatic judge give controlling weight to systemic consequences, as legal formalism does; that is, only rarely will legal formalism be a pragmatic strategy. And sometimes case-specific circumstances will completely dominate the decisional process.*
- 20 POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism, and Democracy**. London: Harvard University Press, 2003, p. 60. No original: *Legal pragmatism is forward-looking, regarding adherence to past decisions as a (qualified) necessity rather than as an ethical duty.*
- 21 MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 53.

o debate judicial para perto de discussões e problemas empíricos.²² Ademais, prosseguem os autores, aduzindo que, a partir de Posner, as decisões judiciais que se pretendam pragmáticas necessariamente levariam em conta duas etapas:²³

1) *Individualização* de pares de decisões possíveis e os estados de coisas associados a cada uma delas (ou seja, determinar quais serão as consequências esperadas com a tomada de cada uma das decisões entre as quais o juiz pode optar); 2) *Ordenação* desses pares com base em algum critério pelo qual se estabeleçam relações de preferência entre os estados de coisas possíveis (que não precisa necessariamente ser a maximização do bem-estar).

Independente da adoção ou não do pragmatismo jurídico pelo ordenamento pátrio, fato é que os novos dispositivos da LINDB preceituam a consideração das consequências pelo órgão decisor, o que reforça o argumento de um atual viés de *consequencialismo*²⁴ do Direito Público brasileiro. Aliás, a preocupação do pragmatismo jurídico de Posner com as consequências sistêmicas parece se coadunar com o reconhecimento de que a sociedade é complexa e as consequências dentro de cada sistema devem ser ponderadas

22 ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta]Teoria da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações. In: SARMENTO, Daniel; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Orgs.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2009, p. 187.

23 ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta]Teoria da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações. In: SARMENTO, Daniel; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Orgs.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 190.

24 "No âmbito deste artigo, a expressão *consequencialismo jurídico* será utilizada em um sentido extremamente amplo, i. e., como qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à valoração das consequências associadas à mesma e às suas alternativas" (SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, 2008, p. 131.) Para uma análise de teorias a respeito da justificação consequencialista (Cf. CARBONELL, Flavia, Reasoning by Consequences: Applying Different Argumentation Structures to the Analysis of Consequentialist Reasoning in Judicial Decisions. In: DAHLMAN, Christian; FETERIS, Eveline (eds.). *Legal Argumentation Theory: Cross-Disciplinary Perspectives*. Dordrecht: Springer, 2013.)

pelo julgador,²⁵ sendo que, ainda que não se adote alguma vertente filosófica do consequencialismo propriamente dita, algum elemento de argumentação consequencialista há de estar presente no processo de tomada de decisão em qualquer forma satisfatória de “deliberação prática”.²⁶

De outro giro, há ainda de ser salientado um outro vetor hermenêutico passível de extração do texto do art. 20 da LINDB, qual seja uma certa rejeição a decisões calcadas em “valores jurídicos abstratos”.²⁷ No mínimo, a imposição de um ônus argumentativo qualificado ao órgão decisor nas esferas administrativa, controladora e judicial – a consideração das “consequências práticas da decisão” (tema abordado *retro*) – indica a necessidade de cautela, por parte do decisor, ao alicerçar sua decisão apenas em princípios jurídicos ou conceitos vagos. A redação do dispositivo (combinada com a do art. 22) parece indicar que é preferível que se decida com base em fatos e em consequências em vez de se pautar a decisão em “conceitualizações” e “generalidades”, como Posner defende.²⁸ Aliás, a rejeição a um “conceitualismo” (tão enraizado na cultura jurídica de países com ordenamentos de tradição romano-germânica),²⁹ quando interpretada conjuntamente com o

25 Para uma análise sobre o tema (Cf. LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**, tradução Saulo Krieger, tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.)

26 *So I reject both extremes and entertain only the middle view that some kinds and some ranges of consequences must be relevant to the justification of decisions. While not accepting out-and-out consequentialism as a sufficient or acceptable practical philosophy in itself, I conclude that some element of consequentialist reasoning must be present in any sound decisionmaking process, in any satisfactory mode of practical deliberation* (MACCORMICK, Neil. On Legal Decisions and Their Consequences: From Dewey to Dworkin, **New York University Law Review**, New York, v. 58, p. 239-258, 1983, p. 240.) Foge ao escopo deste trabalho trabalhar com as vertentes do consequencialismo.

27 Com a expressão, parece que o legislador quis abarcar decisões fundamentadas em princípios, cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados.

28 Cf. POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism, and Democracy**. London: Harvard University Press, 2003, p. 85. Notar também a seguinte passagem, na qual Posner indica a ausência de preocupação, por parte do pragmatismo jurídico, com pretensões formalistas e com se manter a autonomia conceitual do Direito: *If anything, the pragmatist, being unconcerned with maintaining law's conceptual autonomy and formalist pretensions, is more open to invasions of law from other provinces of thought than a more conventional legal thinker would be* (p. 77).

29 “O estilo tradicional de direito administrativo apresenta quatro características. Ele é (i) europeizante, (ii) conceitualista, (iii) sistematizador, e (iv) crente na centralidade do direito como explicação da vida econômica e social. É o estilo com base no qual se deu a formação histórica dos juristas e advogados publicistas em nosso país. Quando, hoje, lê-se um manual

viés consequencialista presente nos dispositivos apontados, pode sugerir que foi do intuito do legislador que os julgadores adotassem posturas mais “pragmáticas”³⁰ ao decidir. Todavia, tal afirmação não permitiria concluir que tais dispositivos da LINDB consagraram uma determinada teoria do pragmatismo jurídico (como a de Richard Posner)³¹ no ordenamento brasileiro.

Assim sendo, percebe-se que os novos dispositivos da LINDB – ainda que não seja possível concluir pela adoção estrita de uma vertente do pragmatismo (ou até mesmo de uma vertente de rígida de consequencialismo) – apontam para a rejeição a decisões pautadas em princípios jurídicos e conceitos vagos, guiadas pelo “conceitualismo” enraizado em nossa cultura jurídica, bem como para a necessidade de o julgador levar em consideração as consequências geradas pela sua decisão no mundo real.

de direito administrativo, está-se passando os olhos em narrativas construídas provavelmente a partir e sobre o estilo tradicional. Discussões sobre o conceito de serviço público, as espécies de regulamentos, ou os elementos do ato administrativo, são exemplos de uma abordagem que busca em conjecturas de escritores de direito ou em decisões administrativas ou judiciais uma resposta que vá, em maior ou menor grau, integrar certo dispositivo legal ou prática numa tradição” (MENDONÇA, José Vicente Santos de. A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 265, jan/abr, p. 179-195, 2014, p. 183.)
Prossigue o autor: “O estilo tradicional é (ii) conceitualista. Ele quer entender a essência conceitual dos institutos. Sua pergunta quintessencial é: qual é a natureza jurídica de X? A resposta à pergunta, quase sempre, é buscada em opiniões de escritores de livros jurídicos, antigos ou novos, as quais, por sua vez, ou são construídas de modo relativamente livre – é a intuição da ‘melhor doutrina’, reconstruída a partir de experiências práticas, ‘bom senso’, e fragmentos mnemônicos –, ou derivam de dispositivos legais ou narrativas de tradição” (*ibidem*, p. 184).

- 30 “O julgador pragmático não se detém perante textos normativos, não aceita restrições no universo dos insumos disponíveis para a justificação das decisões, e faz do direito positivo, da dogmática jurídica, bem como das teorias e estratégias gerais de aplicação do direito (e. g., do formalismo), eles próprios, objetos de sua escolha, convertendo-os em ‘fontes de informação’ e em ferramentas cujo emprego apenas deverá justificar-se instrumentalmente, vale dizer, em função da sua maior ou menor contribuição para a produção pontual da consequência tratada como a melhor do ponto de vista social. No pragmatismo jurídico, portanto, a reconciliação entre dogmática e consequencialismo é opcional e se subordina à visão do decisor sobre os interesses sociais relevantes para o caso” (SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, 2008, p. 149.)
- 31 Seria difícil, por exemplo, encontrar referência textual sólida que fundamentasse, nos termos do pragmatismo jurídico defendido por Posner, a *razoabilidade* como critério derradeiro de julgamento (Cf. POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism, and Democracy**. London: Harvard University Press, 2003, p. 64).

Conclusão

O presente trabalho buscou resumir as posições acerca da interpretação dos novos dispositivos da LINDB, no que toca à consagração ou não do método pragmatista, do pragmatismo jurídico e do consequencialismo. A conclusão a que se chega é no sentido de que, apesar de ser discutível (e até audacioso) afirmar que os novos dispositivos adotam o pragmatismo (ainda que o pragmatismo jurídico de Posner, cujas nuances o escopo deste trabalho não permitiria trabalhar com profundidade), a alteração da LINDB, no mínimo, consagrou alguma espécie de vetor hermenêutico consequencialista, no que tange à inviabilidade de se extrair algumas das vertentes do consequencialismo a partir da mera interpretação do texto legal. Além disso, tais dispositivos repudiam decisões descoladas do mundo real (sem considerar o contexto fático da conduta ou as consequências que seriam geradas caso a decisão fosse tomada), assim como decisões guiadas apenas por princípios jurídicos ou pela construção de regras a partir de conceitos vagos. Tais características seriam suficientes para se propugnar pela consagração do pragmatismo jurídico no ordenamento? Pragmatistas responderão que sim. A resposta, contudo, parece ser negativa.

Referências bibliográficas

- ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações. *In*: SARMENTO, Daniel; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. (Orgs.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 171-211, 2009.
- BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação e regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2020.
- CARBONELL, Flavia. Reasoning by Consequences: Applying Different Argumentati on Structures to the Analysis of Consequentialist Reasoning in Judicial Decisions. *In*: DAHLMAN, Christian; FETERIS, Eveline (eds.). *Legal Argumentation Theory: Cross-Disciplinary Perspectives*. Dordrecht: Springer, 2013.
- DIDIER, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **A&C - Revista de Direito**

Administrativo & Constitucional. Belo Horizonte, ano 19, n. 73, p. 115-132, jul./set. 2019.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Rev. Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 63-92, nov. 2018.

LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. *In*: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de. (Org.). **Transformações do Direito Administrativo: consequentialismo e estratégias regulatórias.** Rio de Janeiro: FGV, 2017.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**, tradução Saulo Krieger, tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MACCORMICK, Neil. On Legal Decisions and Their Consequences: From Dewey to Dworkin. **New York University Law Review**, New York, v. 58, p. 239-258, 1983.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 265, jan/abr, p. 179-195, 2014.

_____. **Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo.** Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari. *In*: MENDONÇA, José Vicente Santos de (Coord.); LEAL, Fernando (Coord.). **Transformações do Direito Administrativo: consequentialismo e estratégias regulatórias.** Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, p. 31-34, 2017.

PETTIT, Philip. Consequentialism. *In*: SINGER, Peter (Org.), **A Companion to Ethics.** Cambridge: Oxford, 1991.

POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo: teoria social e política.** Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism, and Democracy.** London: Havard University Press, 2003.

RORTY, Richard. The Banality of Pragmatism and the Poetry of Justice. **Southern California Law Review.** California, v. 63, p. 1811-1819, 1990.

SCHWARTZ, Luis Fernando. Consequentialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. **O novo olhar da LINDB.** Belo Horizonte: Fórum, 2022.

VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequentialismo. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 79-112, maio/ago. 2020.

César Henrique Ferreira Lima

O acervo patrimonial imobiliário do Estado e o aprimoramento de sua gestão: um estudo sobre a administração pública proprietária no âmbito da União

9

O acervo patrimonial imobiliário do Estado e o aprimoramento de sua gestão: um estudo sobre a administração pública proprietária no âmbito da União

*César Henrique Ferreira Lima*¹

Palavras-chave: bens públicos; ociosidade; aprimoramento da gestão; gestão pública; medidas jurídicas e operacionais.

Introdução

Há muito, a literatura do direito administrativo tem se dedicado a discutir o tema dos bens públicos, especialmente em razão do fato de tais bens “serem meios de que dispõe a Administração para atendimento de seus fins e por serem elementos fundamentais na vida dos indivíduos em coletividade”.² Os debates têm envolvido, por exemplo, as suas classificações (bens federais, estaduais ou municipais, nos termos da Constituição da República,³ e de uso comum, de uso especial e dominicais, conforme a legislação civil), as suas principais características (inalienabilidade/alienabilidade condicionada, impenhorabilidade; imprescritibilidade e impossibilidade de oneração, nos termos sustentados por parcela expressiva da doutrina)⁴ e o seu regime jurídico.⁵ Contudo, como

1 Mestrando em Direito Público na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduado em Direito pela Uerj. Advogado. E-mail: cesarhenriquefl@gmail.com.

2 MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 247.

3 Sobre o tema, ver: MARRARA, Thiago. Bens públicos na Constituição de 1988: repartição federativa, monopolização e classificação. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 125-146, out./dez. 2018.

4 CRETELLA JUNIOR, José. **Bens públicos**. 2. ed. aument. e atual. São Paulo: Leud, 1975, p. 340-358; RAMOS, Elival da Silva. Aspectos gerais do patrimônio imobiliário do poder público. *Cadernos FUNDAP*, ano 9, n. 17, p. 16-31, dez. 1989. ATALIBA, Geraldo. Patrimônio Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 7, p. 21-40, 1994.

5 Floriano de Azevedo Marques Neto, ao tratar do assunto, sustenta que lhe parece “não existir um único regime de direito público aplicável a todos os bens. Existem vários matizes do direito público que variarão conforme o tipo de bem, sua essencialidade, seu domínio ou a espécie de uso ao qual ele é afetado”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos**. 1ª. ed.

apontado por Patrícia Ferreira Baptista, “tão numerosa quanto a produção acadêmica a respeito [do tema dos bens públicos] é a quantidade de questões práticas ainda problemáticas e que demandam discussão quando se trata da gestão jurídica do patrimônio público”.⁶

Muitas das questões práticas batem à nossa porta cotidianamente. Não raro, a realidade calamitosa da gestão dos bens públicos imóveis verificada ao redor de todo o país ganha amplo espaço nos meios de comunicação, com destaque para os inúmeros casos de abandono, depredações, invasões e apropriação privada irregular de tais bens imóveis.⁷ A título ilustrativo, recentemente, noticiou-se a existência de um ferro-velho ilegal ocupando terreno pertencente ao Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro na região central da capital fluminense.⁸

O presente trabalho busca justamente se aprofundar sobre questões práticas relevantes relacionadas ao acervo patrimonial imobiliário da União, quais sejam: (i) o déficit de publicidade/transparência quanto às informações relativas ao seu acervo de bens imóveis; e (ii) o (relevante) nível de ociosidade de seus bens públicos imóveis. À luz dessas informações, pretende-se tratar de medidas (jurídicas e operacionais) que possam sanar – ou, ao menos, remediar – os problemas apontados, em linha com as ideias de que os administradores públicos devem atuar em prol da maximização da publicidade das informações relativas aos seus

Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 249. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1235>. Acesso em: 10 out. 2022.)

- 6 BAPTISTA, Patrícia. A funcionalização da propriedade pública: problemas da perspectiva civilista sobre o regime jurídico dos bens públicos. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 31 (2017). Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/29251>. Acesso em: 10 out. 2022, p. 247.
- 7 Selma Schmidt, em reportagem do jornal *O Globo*, apresenta detalhes quanto a esse panorama no âmbito do estado e do município do Rio de Janeiro. Ver: SCHMIDT, Selma. Sem controle, imóveis do estado e da prefeitura são invadidos até pelo tráfico. **O Globo**. Disponível em: <http://glo.bo/3VXwPID>. Acesso em: 10 out. 2022.
- 8 REDAÇÃO DIÁRIO DO RIO. **Ferro-velho ilegal ocupa imóvel do governo do estado no Centro e tem “seguranças” policiais civis**. Rio de Janeiro, 2022. Disponível em: <https://diariodorio.com/ferro-velho-ilegal-ocupa-imovel-do-governo-do-estado-no-centro-e-tem-seguranças-policiais-civis/>. Acesso em: 10 out. 2022.

respectivos acervos de bens públicos⁹ e que possuem o dever de dar destinação aos imóveis públicos.¹⁰

Para se debruçar sobre as aludidas questões, o resumo está dividido em duas partes mais amplas. Na primeira parte, o que se busca é realizar um diagnóstico acerca da realidade da gestão patrimonial imobiliária realizada pela União. Na segunda parte do texto, por sua vez, serão apresentadas algumas medidas jurídicas e operacionais, que, tomadas em conjunto ou separadamente, podem se apresentar como ferramentas – nos dizeres de Leonardo Coelho Ribeiro¹¹ – aptas a contribuir para o aprimoramento da gestão dos bens públicos imóveis de titularidade da União.

I. Um diagnóstico a respeito da gestão dos bens públicos imóveis da União

No âmbito da União, a administração do patrimônio imobiliário é de competência da Secretaria de Coordenação e Governança do Patrimônio da União (SPU), nos termos do Decreto Federal

9 Como explicita Floriano de Azevedo Marques Neto, “o respeito à publicidade nestas sendas se traduz em duas aplicações específicas. A primeira diz respeito ao dever de transparência no tocante ao conhecimento do rol de bens que constituem o patrimônio público, medida a nosso ver necessária para o controle do uso do patrimônio público e para evitar que o particular de boa-fé se utilize do bem sem saber que o mesmo é submetido a um regime jurídico especial, derogatório do direito privado”. (*Ibidem*, p. 276-277.)

10 Como afirma Nilma de Castro Abe, “Na Administração Pública, os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição do administrador. Para este coloca-se o dever de curá-los nos termos das finalidades predeterminadas legalmente. Entre esses deveres destaca-se o de dar destinação aos imóveis públicos, em especial os incluídos na categoria dos imóveis dominicais, que estão no aguardo de um destino por parte da Administração Pública”. (ABE, Nilma de Castro. **Gestão do Patrimônio Público Imobiliário**: aspectos jurídicos da destinação, delimitação, fiscalização e responsabilidade. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1164>. Acesso em: 10 out. 2022, p. 83.)

11 Adota-se aqui a perspectiva de que é necessário “perceber o direito administrativo como uma tecnologia social, que deve cumprir uma função prática e dinâmica, a fim de dar conta de impasses e objetivos concretos”. (RIBEIRO, Leonardo Coelho. **O direito como “caixa de ferramentas”**: uma nova abordagem da ação pública. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 31.) Esse ponto de vista que ilumina o direito administrativo e contribui para a sua reconfiguração não afasta a necessidade de que ferramentas jurídicas sejam associadas a ferramentas de ordem operacional, especialmente quando se está diante de um tema como os bens públicos, em que os problemas reais e os desafios de ordem prática são enormes, o que leva a crer que o direito sozinho não é capaz de resolver tudo isso (ainda que seja apreendido sob o prisma da caixa de ferramentas/como uma ferramenta social).

nº 9.745/2019.¹² Cabe à referida Secretaria, vinculada à Secretaria Especial de Desestatização, Desinvestimentos e Mercados do Ministério da Economia, dentre outras tarefas, “administrar o patrimônio imobiliário da União e zelar por sua conservação” (inciso I do art. 102 do Decreto), bem como “formular, propor, acompanhar e avaliar a Política Nacional de Gestão do Patrimônio da União e os instrumentos necessários à sua implementação” (inciso VI do art. 102 do Decreto).

De acordo com planilha disponibilizada pela SPU no Portal Brasileiro de Dados Abertos do Governo Federal,¹³ atualizada em 1º de fevereiro de 2022, a União conta com um total de 738.989 bens imóveis em seu acervo. Desse total, 678.915 são bens imóveis classificados como dominiais/dominicais, 52.937 são listados como imóveis de uso especial e 7.137 são categorizados como imóveis de uso funcional.

Especificamente quanto ao regime de utilização, consta da referida planilha que 318.803 bens imóveis da União encontram-se ocupados, 310.895 estão submetidos ao regime de aforamento, 25.942 estão submetidos a termos de autorização de uso sustentável (TAUs),¹⁴ 17.215 estão categorizados como “*sem registro de utilização*”, 5.069 tiveram o respectivo direito real de uso concedido a agentes privados, 1.995 estão enquadrados na categoria “*vagos para uso*”, 1.291 estão disponíveis para alienação e os demais, que perfazem um total de 57.779, estão organizados em categorias diversas, tais quais “*em regularização – Reforma Agrária*”; “*usufruto indígena*”; “*uso em serviço público*”; “*arrendamento*” e “*cessão para prefeituras, estados e outras entidades sem fins lucrativos*”. Há,

12 BRASIL. Decreto nº 9.745, de 8 de abril de 2019. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão da Funções de Confiança do Ministério da Economia. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, n. 68, p. 2, 9 abr. 2019.

13 PORTAL BRASILEIRO DE DADOS ABERTOS. **Bens imóveis da União**. Disponível em: <https://dados.gov.br/dados/conjuntos-dados/imoveis-da-uniao>. Acesso em: 10 out. 2022.

14 Nos termos do aludido glossário, “O TAUS é conferido em caráter transitório e precário, para comunidades tradicionais, com o objetivo de possibilitar a ordenação do uso racional e sustentável dos recursos naturais disponíveis na orla marítima e fluvial, voltados à subsistência dessa população. A autorização compreenderá áreas utilizadas tradicionalmente para fins de moradia e uso sustentável dos recursos naturais”. (BRASIL. Ministério da Economia. Instrumentos de destinação: formas de transferência de direitos. **Governo Federal do Brasil**. Brasília, DF, 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3VYRIIE>. Acesso em: 10 out. 2022.)

portanto, quase 20 mil imóveis públicos de titularidade da União que não estão sendo utilizados no momento ou estão subutilizados (à luz das categorias “*sem registro de utilização*”; “*vagos para uso*” e “*disponíveis para alienação*”).

Ainda no que diz respeito à referida planilha disponibilizada pela SPU, constam no documento outras informações genéricas quanto aos imóveis públicos de titularidade da União, dentre elas, a data de início da utilização de cada bem público, a área total do terreno em que se situa o bem e a área do aludido terreno que pertence à União. Há, ainda, outra planilha disponibilizada no site da SPU na qual constam informações mais detalhadas a respeito dos bens públicos de titularidade da Administração Pública federal (tais quais os endereços dos bens, a natureza dos terrenos – se rurais ou urbanos –, qual a unidade gestora responsável por cada bem, a área dos terrenos e a área construída, dentre outras informações), mas tal documento se restringe apenas a tratar dos imóveis classificados como de uso especial,¹⁵ que são aqueles “utilizados para execução de serviços públicos, destinados ao uso exclusivo do Poder Público (repartições públicas) ou ao uso geral (museus, universidades públicas, parques, entre outros)”.¹⁶

Observe-se, ainda, que, diferentemente do que se vê quanto aos imóveis públicos federais destinados à alienação – para os quais a União criou uma plataforma própria de venda desses imóveis, a VendasGov, que conta com informações detalhadas a respeito dos imóveis, inclusive com fotografias desses bens –, não há no site da SPU qualquer plataforma em que constem informações detalhadas a respeito do acervo patrimonial imobiliário da União como um todo. As informações a respeito dos bens públicos imóveis da União estão dispersas nas planilhas mencionadas anteriormente, que, saliente-se, contam com informações de teor mais genérico

15 BRASIL. Ministério da Economia. Dados abertos. **Governo Federal do Brasil**. Brasília, DF, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/patrimonio-da-uniao/transparencia/dados-abertos>. Acesso em: 05 dez. 2022.

16 BRASIL. Ministério da Economia. Glossário: patrimônio da União. **Governo Federal do Brasil**. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/patrimonio-da-uniao/glossario>. Acesso em: 05 dez. 2022.

(sem qualquer menção ou evidência relacionada, por exemplo, ao estado atual desses bens públicos imóveis).

Voltando-se os olhos para a arrecadação patrimonial auferida em razão da exploração econômica dos bens imóveis, conforme dados também disponibilizados pelo referido ente federativo, arrecadou-se no ano de 2021 um total de R\$ 1.063.198.980,96.¹⁷ Desse montante, R\$ 240.843.605,65 foram arrecadados em razão de alienação de bens imóveis e um total de R\$ 11.589.336,61 foram angariados em decorrência do pagamento de aluguéis.

Apenas nos seis primeiros meses desse ano, a União arrecadou o montante total de R\$ 1.012.768.814,19. Observe-se que no primeiro semestre desse ano arrecadou-se quantitativo de recursos muito próximo do que se obteve ao longo de todo o ano passado. Em comparação com os seis primeiros meses de 2021 (quando se arrecadou um total de R\$ 537.854.922,44), houve um crescimento de cerca de 88%.

Esmiuçando-se os dados disponibilizados pela União, é possível constatar ainda que o crescimento exponencial das receitas narrado anteriormente se explica especialmente em razão da evolução dos recursos auferidos por meio da alienação de bens, que parece ser fruto, essencialmente, da implementação do Plano Nacional de Alienação de imóveis públicos, lançado em abril de 2017,¹⁸ bem como da criação do site VendasGov, plataforma online de vendas de imóveis públicos da União que passou a funcionar em maio de 2021.¹⁹⁻²⁰ Especificamente nessa frente, houve um crescimento de 291% no montante de recursos angariados pela União (nos seis

17 BRASIL. Ministério da Economia. Arrecadação patrimonial **Governo Federal do Brasil**. Brasília, DF, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3QcQlno>. Acesso em: 10 out. 2022.

18 INSTITUTO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO DO BRASIL. Governo Federal lança plano para venda de imóveis da União em abril. **IRIB**. São Paulo, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3f8f3IA>. Acesso em: 26 out. 2022.

19 Na plataforma, consta espaço dedicado à formulação de proposta de aquisição de imóveis por particulares, constam as licitações em curso para fins de alienações dos imóveis públicos, aqueles que estão autorizados para venda, além da relação de bens imóveis públicos da União que foram vendidos. Disponível em: BRASIL, Ministério da Economia. VendasGov. **Governo Federal do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <https://imoveis.economia.gov.br/>. Acesso em: 10 out. 2022.

20 AGÊNCIA BRASIL. Site de venda de imóveis públicos entra em funcionamento. **IstoÉ**. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3sz95Um>. Acesso em: 26 out. 2022.

primeiros meses de 2021, arrecadou-se R\$ 58.580.338,22; nos seis primeiros meses desse ano, por sua vez, a União arrecadou R\$ 229.104.340,67).

Ainda a respeito dos dados em destaque, saliente-se que, em termos percentuais, os valores alcançados em razão da locação de bens públicos por parte da União representam parcela bastante reduzida do montante total de recursos. No ano de 2021, os valores auferidos pela União nessa frente representaram pouco mais de 1% do total de recursos. Tendo como referência o primeiro semestre desse ano, em que se arrecadou um total de R\$ 1.012.768.814,19, os recursos colhidos a título de aluguel, que somam o montante de R\$ 13.774.093,46, perfazem patamar semelhante ao que se arrecadou no ano passado, qual seja, 1,3% do total.

À luz dos dados ora apresentados, o que se constata é que (i) a expressiva maioria dos bens imóveis de propriedade da União está enquadrada na categoria de “bem dominial/dominical”; (ii) há quantitativo relevante de bens públicos federais que podem ser considerados ociosos, perfazendo-se um total de aproximadamente 20 mil imóveis (que estão enquadrados nas categorias de “*sem registro de utilização*”, “*vagos para uso*” e “*disponíveis para alienação*”, nos termos da planilha disponibilizada no Portal Dados Abertos), o que retrata certo grau de dissonância com o princípio constitucional da eficiência administrativa; (iii) há déficit de publicidade/transparência quanto aos dados relativos aos imóveis públicos de titularidade da União, visto que tais informações estão dispersas em planilhas disponibilizadas pela SPU em seu site e tais dados possuem teor mais genérico, em certo descompasso com o princípio constitucional da publicidade (diferentemente do que se vê na plataforma VendasGov, em que há informações mais detalhadas e que fazem referência, inclusive, ao estado atual desses bens públicos); e (iv) quanto à arrecadação patrimonial, chama atenção o crescimento relevante de recursos financeiros arrecadados pela União em razão da alienação de bens de seu acervo patrimonial imobiliário, bem como a pouca expressão dos recursos auferidos em razão da locação.

II. Um exercício de prognose: algumas ferramentas jurídicas e operacionais que podem contribuir para o aprimoramento da gestão dos bens públicos da União

Considerando-se o panorama verificado no âmbito da União, é possível cogitar algumas medidas operacionais e jurídicas que podem contribuir para o aprimoramento da gestão dos bens públicos imóveis do referido ente federativo.

É de suma relevância destacar, desde logo, que as medidas jurídicas e não jurídicas aventadas no presente trabalho não se excluem. Em verdade, elas podem – quando, não, devem – ser implementadas de forma combinada pelos gestores públicos responsáveis pela administração do acervo patrimonial público da União. Essas medidas funcionam como verdadeiras ferramentas à disposição do gestor público, para que, ele, na prática e à luz da realidade que o circunda, decida quais delas têm aptidão para solucionar ou remediar os problemas do déficit de informações acerca do acervo de bens e da ociosidade.

É fundamental salientar, ainda, que grande parte das medidas aqui aventadas não é essencialmente jurídica. Há uma crença de que é preciso conjugar medidas de cunho operacional e jurídico, em linha com uma perspectiva interdisciplinar do direito administrativo (e sua estreita conexão com a gestão pública²¹). Em nosso ver, as medidas jurídicas, embora relevantes, não devem caminhar sozinhas na busca pelo aperfeiçoamento da gestão dos bens públicos imóveis, que é um tema, por si só, multidisciplinar. Esse cenário passa, necessariamente, pela compreensão de que o direito administrativo é uma caixa de ferramentas, pretendendo-se, assim, uma “aplicação instrumental do direito administrativo com o propósito orientativo de encontrar, à luz da realidade, a eficiência de meios para melhor realização de fins substantivamente definidos”.²² Essa caixa de

21 Para um panorama integrado do direito administrativo e da gestão pública, ver: MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru; NOHARA, Irene Patrícia. **Gestão pública**: abordagem integrada da Administração e do Direito Administrativo. 1ª ed. [3. Reimpr.]. São Paulo: Atlas, 2021.

22 RIBEIRO, Leonardo Coelho. **O direito como “caixa de ferramentas”**: uma nova abordagem da ação pública São Paulo: Malheiros, 2017, p. 131.

ferramentas jurídicas deve se associar a ferramentas de ordem operacional para permitir que as soluções imaginadas pelos gestores resolvam, de fato, os inúmeros problemas práticos existentes no que diz respeito ao acervo de bens públicos imóveis (alguns deles apresentados anteriormente).

Um primeiro bloco de medidas que se apresenta como relevante para fins de aprimorar a gestão do acervo patrimonial de imóveis por parte da União, especialmente no que tange ao combate ao déficit de transparência relatado previamente, consiste na realização de inventário detalhado do respectivo acervo de bens imóveis, acompanhado do desenvolvimento de plataforma online para o armazenamento concentrado das principais informações relativas a esses bens, tais quais a sua localização exata, as suas dimensões e o seu estado atual de conservação (conjugados com evidências como fotografias atualizadas de tais bens), em linha com o que se fez quando houve a implementação do VendasGov. Essas iniciativas estão alinhadas com a premissa de que a transparência deve guiar a atuação dos administradores públicos, inclusive quanto aos bens imóveis de sua titularidade.²³ Mostra-se relevante, ainda, que se centrem esforços no sentido de se manterem atualizadas as informações contidas na referida plataforma, para que o mapeamento dos bens imóveis seja o mais fidedigno possível à realidade.

É fundamental que a estruturação de plataforma desse tipo esteja acompanhada de investimentos na capacitação dos servidores públicos que têm por atribuição atuar na área de gestão do patrimônio público imobiliário. Além disso, iniciativas nessa direção devem ser adotadas em conjunto com a realização de

23 Floriano de Azevedo Marques Neto sustenta que “o respeito à publicidade nestas sendas [da gestão dos bens públicos] se traduz em duas aplicações específicas. A primeira diz respeito ao dever de transparência no tocante ao conhecimento do rol de bens que constituem o patrimônio público, medida a nosso ver necessária para o controle do uso do patrimônio público e para evitar que o particular de boa-fé se utilize do bem sem saber que o mesmo é submetido a um regime jurídico especial, derogatório do direito privado. A segunda, decorrente da primeira, cuida do tema do registro dos bens públicos imóveis. Como anteriormente asseveramos, temos conosco que o dever de submeter ao registro imobiliário os bens públicos adquiridos pelo ente estatal, mesmo mediante ato expropriatório, é uma imposição que é fruto do próprio princípio da publicidade aplicado à gestão destes bens”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos**. 1ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1235>. Acesso em: 10 out. 2022, p. 276-277.

visitas técnicas aos bens públicos imóveis e de entrevistas com habitantes do entorno desses bens (a fim de ampliar as ferramentas de fiscalização manejadas pelos Poderes Públicos, a partir de uma lógica de diálogo com os administrados) para fins de catalogação adequada da realidade da gestão (ou da não gestão) dos bens de titularidade da União.

Um segundo bloco de medidas apto a aperfeiçoar a gestão dos bens imóveis de titularidade da União consiste na implementação de plataformas de economia compartilhada pela Administração Pública federal com a finalidade de viabilizar o procedimento de cessão de bens públicos imóveis entre repartições públicas da aludida Administração, otimizando-se a utilização do acervo patrimonial. Pretende-se, com a implementação de tais ferramentas de gestão, dar novos usos a bens públicos imóveis de titularidade da União,²⁴ visando conter o cenário de ociosidade descrito anteriormente. Busca-se, também, que a Administração oriente a gestão de seu acervo de bens públicos imóveis sob o prisma do princípio constitucional da eficiência administrativa, conforme art. 37, *caput*, da CRFB.

Como pontuado por Pedro de Hollanda Dionísio, “uma ideia é a criação de plataforma tecnológica em que seriam inventariados os bens públicos ociosos. Diante dessa informação, outros órgãos ou entidades da Administração poderiam requerê-los para suprir suas demandas, sem que seja necessário adquiri-los ou alugá-los de particulares”.²⁵ A respeito do tema, Maria Isabel Pomaroli, em dissertação de mestrado dedicada ao tema da aplicação de ferramentas de economia compartilhada aos bens públicos, defende que:²⁶

24 As plataformas de economia compartilhada têm sido implementadas especialmente para fins de aprimoramento da governança pública, contribuindo, em muitos casos, para facilitar o acesso dos cidadãos aos bens e serviços públicos. GIOVANINNI, Adilson. Economia compartilhada e governança pública. *Revista de Administração Pública (RAP)*. Rio de Janeiro, n. 54, v. 5, pp. 1207-1238, set./out. 2020, pp. 1.223-1.224.

25 DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. Economia colaborativa e ociosidade dos bens públicos. **Portal Jota**. Disponível em: <https://bit.ly/3sqrlW1>. Acesso em: 10 out. 2022.

26 POMAROLI, Maria Isabel Santana. **A aplicabilidade da economia de compartilhamento sobre bens imóveis públicos ociosos**. Dissertação (Mestrado em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro), 2020, p. 135.

No âmbito dos imóveis públicos ociosos, a economia de compartilhamento se apresenta sustentável já pela possibilidade de aproveitamento da infraestrutura existente. Nesse sentido, o emprego do bem e uma utilidade abre espaço para uma nova perspectiva do uso: o reuso.

Indica a autora, ainda, que “estimular novos usos de edificações públicas ociosas é um meio eficiente de se preservar o patrimônio público, reinserindo-o na paisagem da cidade sob um viés funcional”,²⁷ por meio de uma “*reutilização adaptativa*”²⁸ dos imóveis.

Um terceiro bloco de medidas – que também se volta a diminuir ou solucionar a ociosidade dos bens imóveis da União – centra-se na criação e no desenvolvimento de programas voltados à locação desses bens. Não se comunga da visão de que se impõe a “necessidade de alienação ou justificação funcionalizada da condição de bem dominical”²⁹ por parte dos administradores públicos. A acumulação de bens imóveis por parte da Administração Pública – para fins de locação dos mesmos, por exemplo – pode ser uma estratégia legítima e viável a ser adotada pelos gestores públicos com a finalidade de gerar recursos para financiar a máquina estatal da União, considerando-se o amplamente noticiado cenário de escassez de recursos públicos.

Nessa direção, a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) desenvolveu a plataforma “Uerj Imóveis”,³⁰ na qual estão documentados os bens de titularidade da Universidade que estão disponíveis para serem locados. Na página, constam fotos e informações relativas aos imóveis disponíveis, além de espaço específico que viabiliza que se faça agendamento junto à

27 *Idem.*

28 *Idem.*

29 BAPTISTA, Patrícia. A funcionalização da propriedade pública: problemas da perspectiva civilista sobre o regime jurídico dos bens públicos. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 31, p. 262, (2017.) Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/29251>. Acesso em: 10 out. 2022.

30 UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Patrimônio Imobiliário. **UERJ**. Rio de Janeiro, [20-]. Disponível em: <https://www.uerjimoveis.com.br/>. Acesso em: 10 out. 2022.

Universidade para a realização de visita ao espaço que se pretende locar ou mesmo para que se formule manifestação de interesse para fins de locação do imóvel.

Conclusão

De todo o exposto, fica claro que o déficit de informações relativas aos imóveis públicos de titularidade da União e o (relevante) nível de ociosidade dos bens públicos que pertencem ao aludido ente federativo são problemas que demandam uma atuação concentrada dos gestores públicos da União em prol de saná-los. Isso deve ocorrer tendo em vista especialmente a necessidade de que se observem os princípios constitucionais da publicidade/transparência e da eficiência administrativa, que, à luz do art. 37 da CRFB, devem guiar a atuação dos gestores públicos, inclusive no que tange à gestão do acervo patrimonial imobiliário.

Como visto, dentre as medidas aventadas no presente trabalho para sanar e/ou remediar os problemas relatados estão: (i) a realização de inventário detalhado do respectivo acervo de bens imóveis, acompanhado do desenvolvimento de plataforma online para o armazenamento concentrado das principais informações relativas a esses bens; (ii) a implementação de plataformas de economia compartilhada pela Administração Pública federal com a finalidade de viabilizar o procedimento de cessão de bens públicos imóveis entre repartições públicas da aludida Administração; e (iii) a criação e o desenvolvimento de programas voltados à locação dos imóveis públicos de titularidade da União.

Referências bibliográficas

- ABE, Nilma de Castro. **Gestão do patrimônio público imobiliário**: aspectos jurídicos da destinação, delimitação, fiscalização e responsabilidade. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1164>. Acesso em: 10 out. 2022.
- AGÊNCIA BRASIL. Site de venda de imóveis públicos entra em funcionamento. **IstoÉ**. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3sz95Um>. Acesso em: 26 out. 2022.

- ATALIBA, Geraldo. Patrimônio Administrativo: Empresas estatais delegadas de serviço público: regime de seus bens: execução de suas dívidas. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 7, p. 21-40, 1994.
- BAPTISTA, Patrícia. A funcionalização da propriedade pública: problemas da perspectiva civilista sobre o regime jurídico dos bens públicos. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 31 (2017). Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/29251>. Acesso em: 10 out. 2022.
- BRASIL. Decreto nº 9.745, de 8 de abril de 2019. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão da Funções de Confiança do Ministério da Economia. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, n. 68, p. 2, 9 abr. 2019.
- BRASIL. Ministério Da Economia. Arrecadação patrimonial. **Governo Federal do Brasil**. Brasília, DF, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3QcQlno>. Acesso em: 10 out. 2022.
- BRASIL. Ministério da Economia. Dados abertos. **Governo Federal do Brasil**. Brasília, DF, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/patrimonio-da-uniao/transparencia/dados-abertos>. Acesso em: 05 dez. 2022.
- BRASIL. Ministério da Economia. Glossário: patrimônio da União. **Governo Federal do Brasil**. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/patrimonio-da-uniao/glossario>. Acesso em: 05 dez. 2022.
- BRASIL. Ministério da Economia. Instrumentos de destinação: formas de transferência de direitos. **Governo Federal do Brasil**. Brasília, DF, 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3VYRIIE>. Acesso em: 10 out. 2022
- BRASIL. Ministério da Economia. VendasGov. **Governo Federal do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <https://imoveis.economia.gov.br/>. Acesso em: 10 out. 2022.
- CRETELLA JUNIOR, José. **Bens públicos**. 2. ed. aument. e atual. São Paulo: Leud, 1975.
- DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. Economia colaborativa e ociosidade dos bens públicos. **Portal Jota**. Disponível em: <https://bit.ly/3eY6EY4>. Acesso em: 10 out. 2022.
- GIOVANINNI, Adilson. Economia compartilhada e governança pública. **Revista de Administração Pública (RAP)**. Rio de Janeiro, n. 54, v. 5, p. 1207-1238, set./out. 2020.
- INSTITUTO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO DO BRASIL. Governo Federal lança plano para venda de imóveis da União em abril. **IRIB**. São Paulo, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3f8f3IA>. Acesso em: 26 out. 2022.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos**. 1ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1235>. Acesso em: 10 out. 2022.

- MARRARA, Thiago. Bens públicos na Constituição de 1988: repartição federativa, monopolização e classificação. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 125-146, out./dez. 2018.
- MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru; NOHARA, Irene Patrícia. **Gestão pública: abordagem integrada da Administração e do Direito Administrativo**. 1ª ed. [3. Reimpr.]. São Paulo: Atlas, 2021.
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- POMAROLI, Maria Isabel Santana. **A aplicabilidade da economia de compartilhamento sobre bens imóveis públicos ociosos**. Dissertação (Mestrado em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro), 2020.
- PORTAL BRASILEIRO DE DADOS ABERTOS. **Bens imóveis da União**. Disponível em: <https://dados.gov.br/dataset/imoveis-da-uniao>. Acesso em: 10 out. 2022.
- RAMOS, Elival da Silva. Aspectos gerais do patrimônio imobiliário do poder público. **Cadernos FUNDAP**, ano 9, n. 17, p. 16-31, dez. 1989.
- REDAÇÃO DIÁRIO DO RIO. **Ferro-velho ilegal ocupa imóvel do Governo do Estado no Centro e tem ‘seguranças’ policiais civis**. Rio de Janeiro, 2022. Disponível em: <https://diariodorio.com/ferro-velho-ilegal-ocupa-imovel-do-governo-do-estado-no-centro-e-tem-seguranças-policiais-civis/>. Acesso em: 10 out. 2022.
- RIBEIRO, Leonardo Coelho. **O direito como “caixa de ferramentas”**: uma nova abordagem da ação pública. São Paulo: Malheiros, 2017.
- SCHMIDT, Selma. Sem controle, imóveis do estado e da prefeitura são invadidos até pelo tráfico. **O Globo**. Disponível em: <http://glo.bo/3MZjaTV>. Acesso em: 10 out. 2022.
- UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Patrimônio Imobiliário. **UERJ**. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.uerjimoveis.com.br/>. Acesso em: 10 out. 2022.

Marcella Simões P. Meirelles

Limites constitucionais da automatização de emissão de licenças ambientais

10

Limites constitucionais da automatização de emissão de licenças ambientais

Marcella Simões P. Meirelles¹

Palavras-chave: licença ambiental; novas tecnologias; ADI nº 6.808; automatização.

Introdução

A disponibilidade de tecnologias capazes de automatizar procedimentos antes impensáveis e a emergência de inovações disruptivas² levam ao Direito Administrativo o desafio de como equacionar os limites e as potencialidades da utilização dessas ferramentas na Administração Pública. A Transparência Brasil, em mapeamento da utilização de inteligência artificial pelo Poder Público publicado em 2020, identificou 44 ferramentas que se valem de IA sendo empregadas em órgãos dos três poderes.³ A adoção de inovações no Direito, no entanto, há de ser vista com certa cautela,⁴ especialmente quando se trata da adoção de inovações em procedimentos que estão diretamente relacionados à garantia de direitos fundamentais.⁵

1 Mestranda em Direito Público na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), com ênfase em Gestão e Avaliação de Políticas Públicas. Advogada. E-mail: marcella.s.p.meirelles@gmail.com.

2 Patrícia Baptista e Clara Keller classificam tecnologias como inteligência artificial, big data, deep learning e de machine learning como formas de “inovação disruptiva” (BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 273, p. 130, set. 2016.). Sobre o tema: ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Efeitos da inovação no direito administrativo brasileiro: queremos saber o que vão fazer com as novas invenções. **Quaestio Iuris**, v. 11, n. 3, Rio de Janeiro, p. 1.687, 2018.

3 SAKAI, Juliana et al. **Recomendações de governança: uso de inteligência artificial pelo poder público**. São Paulo: Transparência Brasil, 2020. Disponível em: <https://abrir.link/9TuDr>. Acesso em: 09 ago. 2022.

4 MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito administrativo e inovação: limites e possibilidades. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, nº 69, p. 172, jul./set. 2017.

5 TOMAZ, Dante et al. Inteligência artificial, big data e os novos limites da discricionariedade administrativa. In: DE ARAÚJO, Valter Shuenquener; GOMES, Marcus Livino (coord.).

A emissão de licenças ambientais é um dos tópicos nos quais a atuação da Administração possui relação direta com efetivação de um direito fundamental: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. No ordenamento brasileiro, o licenciamento ambiental encontra, inclusive, parâmetro constitucional a ser seguido no artigo 225 da CRFB. Contudo, apesar de se estar diante de ato umbilicalmente relacionado à garantia de direito fundamental, há elementos que corroboram com a defesa de haver a adoção de novas tecnologias que agilizem a sua prática, como a observância do princípio da eficiência, o fato de se tratar de ato praticado em larga escala ou, ainda, por se afigurar como licença – o que, pela concepção tradicional do Direito Administrativo, levaria a crer que se trata de ato vinculado.

Não por outro motivo, a discussão sobre a automatização do licenciamento ambiental chegou ao Supremo Tribunal Federal. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.808, a Corte Suprema foi chamada a julgar a constitucionalidade do art. 6º e o inc. II do art. 11-A da Lei nº 11.598/2007, com as alterações promovidas pelo art. 2º da Medida Provisória nº 1.040/2021, que buscavam simplificar a emissão de todas as licenças necessárias para o funcionamento de atividades econômica de risco médio, inclusive as ambientais, permitindo que os referidos atos fossem praticados de forma automática e sem análise humana.

O plenário do STF entendeu, por maioria, que “a obtenção de licença simplificada pelo ato normativo abrangendo situações gerais desobedece aos cuidados constitucionais com o tema, não se podendo ter como conforme aos princípios que regem o sistema jurídico-ambiental”.⁶ Assim, a Corte determinou a leitura conforme a Constituição dos dispositivos impugnados para excluir a sua aplicação às licenças em matéria ambiental por entender que a garantia ao meio ambiente ecologicamente equilibrado vedava o tipo

Inteligência artificial e aplicabilidade prática no Direito. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2022, p. 61-62.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 6.808/DF** – Distrito Federal. Relatora: ministra Cármen Lúcia. Acórdão, 4 mai. 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=761916033> . Acesso em: 05 ago. 2022.

de automatização proposta. O posicionamento adotado não apenas traz à tona a discussão sobre a impossibilidade de se interpretar as licenças ambientais como atos vinculados, mas também evidencia parâmetros para a utilização de inovações e novas tecnologias no âmbito da proteção ambiental.

O presente artigo objetiva, a partir da constatação de que licenças ambientais não podem ser compreendidas como meros atos vinculados, discutir os limites e as possibilidades da utilização de novas tecnologias na emissão dessas licenças à luz do entendimento firmado pelo STF no julgamento da ADI nº 6.808. Para tal, a metodologia adotada é a realização de revisão bibliográfica da literatura sobre (i) a natureza jurídica das licenças ambientais e (ii) a utilização de novas tecnologias pela Administração Pública em questões afeitas a direitos fundamentais, bem como (iii) a análise dos fundamentos utilizados pela Suprema Corte ao tratar da matéria no julgamento da referida ação direta de inconstitucionalidade.

I. Discricionário ou vinculado: há um juízo efetivo pelo administrador para emissão de licenças ambientais?

A literatura especializada do Direito Administrativo dividiu, historicamente, os atos administrativos em discricionários e vinculados, sendo as licenças administrativas classificadas como atos vinculados⁷ e as autorizações administrativas como atos de natureza discricionária.⁸ Dessa forma, ao contrário do ocorrido na autorização administrativa, os pedidos de licenças administrativas não poderiam ser rejeitados caso verificado que o administrado

7 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 170; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2015, p. 432. Dentre autores mais recentes, ver DI PIETRO, Maria Sylvania. **Direito administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012, p. 235.

8 BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 560-561; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2015, p. 448. Dentre autores mais recentes, ver DI PIETRO, Maria Sylvania. **Direito administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012, p. 234.

preenche todas as exigências legais, sob pena de correção judicial. É dizer: não haveria margem para uma apreciação discricionária da Administração, devendo ser concedida automaticamente quando presentes os pressupostos. Essa seria uma das grandes diferenças em relação à autorização administrativa, a qual é concedida a título precário e não gera direito subjetivo.⁹

A classificação de atos como discricionários e vinculados, bem como a associação das licenças e autorizações a essa divisão tornaram-se, contudo, progressivamente rejeitadas pela doutrina,¹⁰ que passou a admitir que um ato administrativo dificilmente será completamente vinculado ou discricionário, mas terá diferentes graus de vinculação à juridicidade.¹¹ Quanto às licenças ambientais, a associação de licenças administrativas a atos vinculados e de autorizações administrativas a atos discricionários gerou grandes controvérsias doutrinárias. Por mais que seu *nome iuris* seja *licença*, atribuir-lhe como característica a vinculação parece descolado do tratamento do ordenamento jurídico pátrio à matéria.

A própria Constituição prevê a necessidade de realização de estudo de impacto ambiental para a instalação de atividade “potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente”. A utilização de conceito jurídico indeterminado evidencia a necessidade de valorações dos administradores como condição para a sua concretização, isso a distancia da concepção clássica de vinculação na qual não há margem para valoração. Além disso, muitas vezes as normas ambientais não discriminam as exigências que deveriam ser preenchidas para a concessão da licença,¹² limitando a ideia tradicional de vinculação.

9 DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012, p. 262.

10 SUNDFELD, Carlos Ari. Licenças e autorizações no Direito Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, nº 3, 1994; BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 243; KRELL, Andreas. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 53 e ss.

11 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 243. KRELL, Andreas. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 53 e ss.

12 MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente** (E-book). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

Esse cenário de incompatibilidade das definições, classicamente atribuídas à licença e à autorização com a realidade do licenciamento ambiental, levou a um amplo debate sobre a natureza da licença ambiental. Alguns autores entendem tais atos como efetivamente licenças,¹³ outros veem os atos como, na verdade, uma autorização.¹⁴ Há, ainda, uma terceira corrente doutrinária que considera a licença ambiental ora com natureza de licença, ora com natureza de autorização.¹⁵ Por fim, há aqueles que refutam por completo a própria existência do referido debate por entenderem a discussão sendo fundada em uma falsa concepção de que há uma distinção qualitativa entre atos discricionários e vinculados.¹⁶

Em todas as correntes, no entanto, há o reconhecimento de que a prática desses atos possui certa margem para valorização por parte do administrador – a qual será mais ou menos vinculada à juridicidade a depender da complexidade do procedimento previsto legalmente e do tipo de atividade que se busca licenciar. Assim, independente da classificação atribuída às licenças ambientais ou do posicionamento de que essa discussão é pouco relevante, o fato é: a maior parcela da literatura especializada admite que as licenças ambientais pressupõem, grande parte das vezes, uma análise com certo grau de complexidade envolvendo juízos técnicos e, até mesmo, a solução concreta do conflito de valores constitucionais.

13 A título de exemplo: OLIVEIRA, Antonio Inagê de A. **O licenciamento ambiental**. São Paulo: Iglu, 1999, p. 28. FINK, Daniel Roberto e al. **Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 9-12; FULDAUER, Bernard Anton. A natureza jurídica das licenças ambientais e urbanísticas. **Revista de Direitos Difusos**, v. 27, p. 3789, set./out. 2004.

14 MACHADO, Paulo. **Direito ambiental brasileiro**. 11ª ed. São Paulo, Malheiros, 2003, p. 258-259; FREITAS, Vladimir. **Direito administrativo e meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 63; MELO, João. O licenciamento no direito administrativo-ambiental brasileiro. **Temas de direito ambiental e urbanístico**, ano II, nº 3, 1998, p. 185-188; CRUZ, Ana. Licenciamento ambiental irregular em área de preservação permanente. **Revista de Direitos Difusos**, v. 27, p. 3.761, set./out. 2004.

15 SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 193; DAWALIBI, Marcelo. Licença ambiental ou autorização ambiental? **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, v. 17, n. 5, p. 179-187, jan - mar/ 2000; TRENNEPOHL, Curt. **Licenciamento ambiental**. Niterói: Editora Impetus, 2013, p. 35.

16 KRELL, Andreas. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 167.

A licença ambiental não pode ser compreendida como um simples ato vinculado. Assim, as inovações no âmbito da emissão de licença ambiental devem considerar a peculiar complexidade desse ato, notadamente os valores constitucionais envolvidos.

II. A alegação de esvaziamento de direitos fundamentais no julgamento da ADI nº 6.808

Os artigos 6º e 11-A, II, da Lei nº 11.598/2007, com as alterações promovidas pelo art. 2º da Medida Provisória nº 1.040/2021, esbarraram na complexidade da automatização da emissão de licenças ambientais. A MP, posteriormente convertida na Lei nº 14.195/2021 com mudanças pontuais, alterou a Lei nº 11.598/2007, que regula a Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (“Redesim”), a fim de permitir a concessão automática, sem análise humana, de alvará de funcionamento e licenças, inclusive licença ambiental, para empresas enquadradas em atividade de grau de risco médio.

Com a redação dada pela nova norma, a Lei nº 11.598/2007 passou a prever que “nos casos em que o grau de risco da atividade seja considerado médio, (...) o alvará de funcionamento e as licenças serão emitidos automaticamente, sem análise humana”.¹⁷ Assim, caberia ao empresário apenas assinar um termo reconhecendo que seu empreendimento observou todos os requisitos para efeito de cumprimento das normas de segurança sanitária, ambientais e de prevenção contra incêndio. A emissão automática, contudo, não geraria óbices a fiscalizações posteriores pelos órgãos responsáveis. Além das supracitadas alterações no art. 6º da Lei nº 11.598/2007, a MP também incluiu o artigo 11-A na Lei nº 11.598/2007, o qual veda a solicitação de informações adicionais pelas autoridades responsáveis.

Em face da referida MP, o Partido Socialista Brasileiro ajuizou a ADI nº 6.808 ao argumento de que os dispositivos violam aos art. 37, *caput*, art. 62, inc. IV do art. 170, IV, art. 196, art. 225, *caput*, inciso

17 Art. 6º-A da Lei nº 11.598/2007, com redação dada pela Lei nº 14.195/2021.

IV, da Constituição. O STF, por maioria, acompanhando o voto da ministra relatora Cármen Lúcia, julgou parcialmente procedente a ADI para dar interpretação conforme à Constituição ao art. 6º-A e ao inc. III do art. 11-A da Lei n. 14.195/2021 no sentido de excluir a aplicação desses dispositivos às licenças em matéria ambiental. Algumas das ponderações trazidas à tona pelo Plenário da Corte naquela assentada dão pistas do entendimento do STF acerca dos limites à automatização da emissão de licenças ambientais.

O voto vencedor da ministra Cármen Lúcia aponta ao menos quatro argumentos relevantes. O primeiro diz respeito à ofensa aos princípios da prevenção e da precaução. De acordo com a ministra, a limitação da análise prévia dos impactos antes da emissão da licença violaria os referidos princípios e seria capaz de ensejar danos ambientais irreversíveis. A simplificação das licenças ambientais para uma gama ampla de hipóteses iria de encontro à Constituição, uma vez que apenas seria possível a concessão de licença em matéria ambiental após o estudo de cada caso e por meio de decisão tecnicamente fundamentada do órgão competente.

O segundo se refere à diversidade de classificações que podem ser consideradas para determinar se uma atividade é de médio risco. Para a ministra, o fato de uma atividade ter sido enquadrada desse modo não seria suficiente para a certeza quanto à efetiva deferência aos princípios constitucionais sem que haja uma análise efetiva do caso concreto.

O terceiro fundamento se reporta ao status constitucional do licenciamento ambiental. O licenciamento ambiental é um procedimento administrativo que possui assento constitucional e pode incluir a necessidade de realização de estudo de impacto ambiental (art. 225, §1º, IV da CRFB). Assim, a lei que busca suprimi-lo por vias transversas é incompatível com a Constituição.

O último ponto trazido pelo voto da min. Cármen Lúcia foi o conflito entre os valores constitucionais em jogo: de um lado, a proteção ao direito ecologicamente equilibrado e, de outro, o desenvolvimento econômico promovido pela desburocratização. A ministra entendeu que a simplificação de procedimentos sob o

argumento de desburocratização não pode significar retrocesso institucional sob pena de encontrar óbice na proibição do retrocesso, como no caso em análise.

Apenas o ministro André Mendonça divergiu da relatora quanto ao mérito para votar pela improcedência da ação. A divergência foi respaldada em quatro argumentos centrais. O primeiro diz respeito ao fato de que, na conversão da MP em Lei, houve o acréscimo do §6º no art. 6º-A, que apresenta: “[a]s disposições deste artigo não afastam as regras de licenças ambientais e outros atos autorizativos previstos na Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011”. Assim, segundo o vogal, a lei de conversão teria excluído a aplicação da norma às licenças ambientais, mesmo que o §1º do art. 6º seguisse mencionando-as expressamente.

O segundo, de maior interesse no presente estudo, defendeu que não é inconstitucional a ausência de análise humana em “procedimentos administrativos corriqueiros, sobretudo em quadro de notória morosidade”. De acordo com o ministro, não há limite na Constituição à automação em matéria ambiental e o art. 37, *caput*, CRFB, exige eficiência nos atos estatais, assim, a automatização está “no âmbito da discricionariedade técnica da Administração”.

O terceiro argumento foi no sentido de que, à luz da jurisprudência do STF, o critério para avaliação da constitucionalidade de automatização de procedimentos de licenciamento ambiental “consiste na efetividade lograda em matéria de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, de forma que “a inexistência da figura humana no exercício de parcela do poder de polícia ambiental não configura vício de inconstitucionalidade”. Já o quarto argumento diz respeito à existência de um complexo sistema que leva à classificação do risco das atividades, o qual seria capaz de afastar os temores de alterações artificiosas na tipologia classificatória do risco das atividades causadoras de danos ambientais.

A partir da leitura dos votos, é possível extrair alguns parâmetros constitucionais relevantes a serem considerados acerca da automatização dos procedimentos de licenciamento ambiental

– os três primeiros extraíveis do voto vencedor e o último presente também no voto do ministro André Mendonça –: (i) a impossibilidade de utilização de meios de automatização que concedam a licenças de forma instantânea sem uma análise prévia efetiva dos impactos ambientais gerados no caso concreto; (ii) a inviabilidade de se elencar um parâmetro genérico e abstrato – tal qual o grau de risco da atividade – como fundamento para o afastamento de uma análise efetiva do dano gerado; (iii) a vedação de que a automação signifique, na prática, o esvaziamento da análise que deve ser realizada pelos órgãos ambientais; e, por fim, em um aspecto consequencialista, (iv) a proibição de que a adoção das medidas de automatização gere retrocesso no atual estágio de proteção garantido pelo sistema de licenciamento ambiental.

Um ponto que não ficou solucionado pelo acórdão foi se a ausência de análise humana na emissão de licença ambiental seria incompatível com a Constituição. No voto da ministra Relatora, a menção à ausência de análise humana vem sempre acompanhada do fato de a licença ser expedida automaticamente. Assim, não é possível afirmar se haveria contrariedade à Constituição e aos princípios próprios do sistema ambiental em um cenário no qual a emissão de licença, apesar de não conter revisão humana, não fosse automática. O ministro André Mendonça, por sua vez, foi claro no sentido da impossibilidade de a simples ausência de revisão humana ser considerada inconstitucional e defendeu que o verdadeiro parâmetro imposto pela Constituição consiste na efetividade da proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Dessa forma, o julgamento do STF deixa espaço para o debate sobre formas diversas de automação do licenciamento ambiental, até mesmo sem análise humana, desde que atendidos os parâmetros extraíveis do acórdão. Afinal, o caso analisado pelo STF naquela assentada envolvia não só a emissão de licença sem análise humana, mas também sem qualquer tipo de análise por meio de inovações disruptivas, tais como inteligência artificial ou *big data*. Há, portanto, um amplo espaço para debate que vai além daquele proposto nos autos da ADI nº 6.808.

III. É possível uma automatização das licenças ambientais à luz da Constituição?

Diante do exposto, pode-se extrair ao menos duas conclusões parciais que devem nortear a adoção de novas tecnologias para a emissão de licenças ambientais. A primeira é a de que as licenças ambientais apresentam peculiaridades em relação às licenças administrativas e, longe de serem atos vinculados, podem apresentar significativa margem para apreciação. A segunda diz respeito à presença de diversos mandamentos constitucionais que informam a prática desse ato administrativo em virtude de possuir previsão constitucional e está diretamente relacionado com a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Observadas essas constatações, a adoção de novas tecnologias a fim de otimizar a emissão de licenças ambientais não deve ser rejeitada aprioristicamente. A utilização de tecnologias disruptivas – como IA e *machine learning* – poderia ser um caminho para que houvesse a análise efetiva do caso concreto, de forma a evitar grande parte dos óbices constitucionais encontrados pelo STF ao julgar as mudanças promovidas pela Lei nº 14.195/2021. Afinal, as restrições extraíveis do acórdão podem ser solucionadas com a análise individualizada dos requerimentos para que se verifiquem os impactos ambientais efetivamente gerados por cada empreendimento. Tal análise, no entanto, não precisa ser humana.

À luz da decisão do STF, não há óbices para que a análise inicial da documentação submetida pelos administrados seja realizada por inteligência artificial – que pode se valer de *big data* e *machine learning* – e que um programa emita um parecer no sentido da concessão ou não da licença, ou ainda, da necessidade de mais documentos ou até mesmo diligências para que se chegue a uma conclusão. Isso porque, nesse modelo, haveria uma análise prévia e individualizada dos impactos ambientais. Há, portanto, uma tentativa de melhor equilíbrio dos valores constitucionais em conflito: tanto a garantia ao meio ambiente ecologicamente equilibrado quanto a do princípio da eficiência e da proteção à liberdade econômica.

Para estarem em conformidade com a CRFB, os softwares deverão observar (i) parâmetros próprios do Direito Ambiental e (ii) diretrizes de transparência, publicidade e procedimentalidade. Quanto às peculiaridades do Direito Ambiental, é necessário que as tecnologias estejam em consonância com os princípios da prevenção e da precaução e sejam programadas para seguir a lógica *in dubio pro natura*.¹⁸ É dizer: em casos em que não se esteja diante de zona de certeza positiva,¹⁹ essa dúvida deve ser exposta para análise humana.

Outro parâmetro a ser cogitado à luz do tratamento dado ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pela Constituição é a imposição de limites em relação ao tipo de atividade que poderá se valer da utilização de tecnologia. Tal restrição se justificaria devido ao enviesamento dos próprios gestores em relação às sugestões feitas por inteligência artificial (*automation bias*).²⁰ Diversos estudos têm demonstrado que os revisores de informações geradas por AI tendem a confiar ou desconfiar excessivamente na análise realizada pelo uso de tecnologia e acabam enviesados pelo resultado encontrado em vez de analisá-lo de maneira autônoma.²¹ Assim, evitar o uso de inteligência artificial por completo na análise de determinadas atividades pode ser uma forma de evitar que o risco de *automation bias* afete o licenciamento de atividades mais sensíveis e danosas, garantindo-se, assim, o cumprimento

18 Sobre o tema: SADELEER, Nicolas de. **Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

19 Sobre zonas de certeza positiva e negativa: BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 250-252.

20 BAHNER, E.; HUPER A-D.; MANZEY, D. Misuse of automated decision aids: Complacency, automation bias and the impact of training experience. In: **International Journal of Human Computer Studies**, 2008, 66, p. 688-699. Disponível em: <https://abrir.link/pB5e0>. Acesso em: 15 ago. 2022.

21 NUNES, Dierle. A supervisão humana das decisões de inteligência artificial reduz os riscos? **Conjur**, 25 jun. 2021. Disponível em: <https://abrir.link/ddezn>. Acesso em: 15 ago. 2021. GREEN, Ben; KAK, Amba. The False Comfort of Human Oversight as an Antidote to A.I. Harm. **Slate**, 15 jun. 2021. Disponível em: <https://abrir.link/QtjJQ>. Acesso em: 15 ago. 2022. MEDON, Filipe; CARNEIRO, Giovana. **Inteligência artificial e discricionariedade nas escolhas do administrador público** (no prelo).

dos princípios que regem o Direito Ambiental e dos parâmetros extraíveis da ADI nº 6.808.

Quanto às diretrizes gerais de transparência, publicidade e procedimentalidade, alguns pontos devem ser observados. Primeiro, a transparência algorítmica, ou seja, a necessidade de haver clareza quanto ao tratamento de dados de entrada e a lógica na sua conversão para os dados de saída.²² O algoritmo deve ser acessível, inclusive quanto à forma de funcionamento do *machine learning*,²³ para que seja possível realizar controle externo das suas decisões. Segundo, a necessidade de a decisão algorítmica ser devidamente motivada, em qualquer etapa que a IA possa cumprir no procedimento de emissão de licença ambiental.²⁴ Terceiro, a imperiosidade de que a elaboração de softwares seja feita com ampla participação social. Tal participação deve ainda ser combinada com o chamado “desenvolvimento com diversidade”²⁵ a fim de diminuir a possibilidade de discriminação algorítmica e enviesamento. Tratando-se de Direito Ambiental, a diversidade deve considerar a participação de representantes da sociedade civil ligados ao meio ambiente, cientistas da área ambiental e, se aplicável, representantes de populações vulneráveis impactadas, como quilombolas e indígenas.

Quarto, a necessidade de cooperação entre diferentes órgãos dos três níveis da federação, que deverão participar ativamente da construção dos meios de automatização do licenciamento. Como a

22 FERRARI, Isabela. **Discriminação algorítmica e Poder Judiciário: limites à adoção de sistemas de decisões algorítmicas no judiciário brasileiro**. 2022. 318. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Programa de Pós-Graduação, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022. p. 17.

23 RESTREPO-AMARILES, D. Algorithmic Decision Systems: Automation and Machine Learning in the Public Administration. In: BARFIELD, W. (Ed.), **The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms**. Cambridge: Cambridge Law Handbooks, 2020. p. 273-300.

24 O Enunciado nº 12 da I Jornada de Direito Administrativo do Conselho de Justiça Federal dispõe que “[a] decisão administrativa robótica deve ser suficientemente motivada, sendo a opacidade motivo de invalidação”.

25 Esse parâmetro foi incorporado, no âmbito das tecnologias adotadas pelo Poder Judiciário, no art. 20 da Resolução nº 332 do Conselho Nacional de Justiça [MEDON, Filipe; CARNEIRO, Giovana. **Inteligência artificial e discricionariedade nas escolhas do administrador público** (no prelo)].

emissão de licença ambiental é matéria comum a órgãos dos três níveis da federação, o diálogo e a construção conjunta das formas de implementação de novas tecnologias são relevantes para o funcionamento apropriado dos mecanismos propostos.

Além do atendimento a esses parâmetros, é aconselhável, à luz da proibição do retrocesso, que a implementação dessas tecnologias seja realizada em etapas com o propósito de verificar que a adoção das medidas não gera um retrocesso no estágio de proteção garantido pelo sistema de licenciamento ambiental. Nesse contexto, a adoção de uma perspectiva experimentalista na qual se opta por inovação incremental pode ser um caminho.²⁶

Todos os parâmetros expostos se aplicam à utilização de IA em etapas prévias ao licenciamento sem que a decisão seja tomada automaticamente. A dúvida remanescente, portanto, diz respeito à possibilidade de a decisão final sobre a emissão da licença ser realizada por IA, sem análise humana. Tendo em vista a necessidade de haver muitas vezes uma ponderação entre valores constitucionais na emissão da licença, bem como a existência de diversas normas com baixa densidade normativa, parece que o mais aconselhável é que a adoção de IA ocorra apenas para uma análise inicial do preenchimento dos requisitos e para emissão de parecer no sentido da aprovação, rejeição ou insuficiência de elementos. Assim, a prática do ato administrativo que emite efetivamente a licença fica reservada aos humanos. O referido entendimento se coaduna com a constatação de que as complexidades envolvidas na emissão de licença ambiental trazem aspectos discricionários na atuação do administrador na prática deste ato administrativo que podem ser de difícil delegação à IA.

Além disso, o simples avanço na utilização de tecnologias em uma análise preliminar já pode ser capaz de dar maior eficiência ao licenciamento ambiental, sem que haja risco acentuado de ofensa

26 MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito administrativo e inovação: limites e possibilidades. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 169-189, jul./set. 2017.

aos princípios da precaução e da prevenção. Há de se ressaltar, contudo, que ainda nessa aplicação limitada é necessário que se esteja atento a *automation bias* e a outros riscos que possam gerar impactos negativos no atual estágio de proteção ao meio ambiente e, assim, tornar a utilização das novas tecnologias incompatível com a vedação ao retrocesso. Exatamente por esse motivo é importante que a aplicação dessas tecnologias se dê de forma incremental e com avaliações dos impactos que possuem no direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Conclusão

O presente artigo busca trazer reflexões iniciais sobre potenciais parâmetros que possam ajudar na equação entre a proteção ambiental e a utilização de novas tecnologias. A partir do posicionamento adotado pelo STF, quatro diretrizes devem ser observadas: (i) impossibilidade de emissão de licenças de forma automática e mecânica sem uma análise prévia dos impactos ambientais gerados; (ii) inviabilidade de se elencar um parâmetro genérico e abstrato como fundamento para o afastamento de uma análise efetiva do dano causado; (iii) vedação de que a automação signifique o esvaziamento da análise que deve ser realizada pelos órgãos ambientais; e (iv) proibição de que a adoção das medidas de automatização não gere um retrocesso no atual estágio de proteção garantido pelo sistema de licenciamento ambiental.

Indo além, propomos que se somem a eles outros parâmetros. No que diz respeito às peculiaridades do Direito Ambiental, entende-se que (i) é necessário que as tecnologias adotadas estejam em consonância com os princípios da prevenção e da precaução; e (ii) haja a imposição de limites no tipo de atividade que poderá se valer da utilização de tecnologia. Quanto à transparência, publicidade e procedimentalidade, destaca-se a necessidade de (i) transparência algorítmica, (ii) motivação da decisão, (iii) elaboração de softwares com ampla participação e (iv) cooperação dos órgãos dos três níveis da federação.

Além do atendimento a esses dois grupos de parâmetros, é aconselhável ainda, à luz da proibição do retrocesso, que a implementação dessas tecnologias seja realizada em etapas com a intenção de verificar que a adoção das medidas de automatização não gere um retrocesso em matéria ambiental. O uso de novas tecnologias não deve ser vedado aprioristicamente do licenciamento ambiental devido ao fato de se tratar de um tema intimamente relacionado à concretização de direitos fundamentais. No entanto, é necessário que, ao optar pela sua adoção, a Administração esteja atenta à concretização dos valores do sistema constitucional-ambiental e à preservação do atual estágio de proteção que o sistema de licenciamento concede.

Referências bibliográficas

- ANTUNES, Paulo Bessa. **Direito ambiental**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- ARAGÃO, Alexandre. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda., 2013.
- ARAGÃO, Alexandre. O Princípio da Eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador nº 4, nov./dez. 2005.
- ARAÚJO, Valter Shuenquener de. Efeitos da inovação no direito administrativo brasileiro: queremos saber o que vão fazer com as novas invenções. **Quaestio Iuris**, v. 11, nº 3, Rio de Janeiro, p. 1687-1703, 2018.
- BAHNER, E.; HUPER A-D.; MANZEY, D. Misuse of automated decision aids: Complacency, automation bias and the impact of training experience. **International Journal of Human Computer Studies**, 66, p. 688-699, 2008. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1071581908000724>. Acesso em: 15 ago. 2022.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2015.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, set. 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. Revolução tecnológica, crise da democracia e mudança climática: limites do Direito num mundo em transformação. **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, p. 1.234-1.313, dez. 2019.

- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 6.808/DF** – Distrito Federal. Relatora: ministra Cármen Lúcia. Acórdão, 4 mai. 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=761916033> . Acesso em: 05 ago. 2022.
- CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira. Licenciamento ambiental irregular em área de preservação permanente. **Revista de Direitos Difusos**, v. 27, set./out. 2004.
- DAWALIBI, Marcelo. Licença ambiental ou autorização ambiental? **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, nº 17, ano 5, p. 179-187, jan-mar/ 2000.
- DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012.
- FERRARI, Isabela. **Discriminação algorítmica e Poder Judiciário: limites à adoção de sistemas de decisões algorítmicas no judiciário brasileiro**. 2022. 318. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Programa de Pós-Graduação, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Discriminação constitucional das competências ambientais. Aspectos pontuais do regime jurídico das licenças ambientais. **Revista de direito ambiental**. São Paulo: Ed. RT, v. 35. p. 53., 2004.
- FINK, Daniel Roberto e al. **Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003
- FREITAS, Vladimir Passos. **Direito administrativo e meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2003.
- FULDAUER, Bernard Anton. A natureza jurídica das licenças ambientais e urbanísticas. **Revista de Direitos Difusos**, v. 27, set./out. 2004.
- GERÔNIMO, Gabrielly Pena. A natureza jurídica da licença ambiental. **Revista de Direitos Difusos**, v. 27, set./out. 2004.
- GREEN, na; KAK, Amba. The False Comfort of Human Oversight as an Antidote to A.I. Harm. **Slate**, 15 jun. 2021. Disponível em: <https://slate.com/technology/2021/06/human-oversight-artificial-intelligence-laws.html>. Acesso em: 15 ago. 2022.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- KRELL, Andreas. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

- KRELL, Andreas. Licença ou autorização ambiental? muita discussão em torno de um falso dilema. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 49, p. 56 – 72, jan./mar. 2008.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 11ª ed. São Paulo, Malheiros, 2003.
- MEDON, Filipe; CARNEIRO, Giovana. **Inteligência Artificial e discricionariedade nas escolhas do administrador público** (no prelo).
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MELO, João Alfredo Telles. O licenciamento no direito administrativo-ambiental brasileiro: os requisitos procedimentais da avaliação de impacto ambiental. **Temas de direito ambiental e urbanístico**, ano II, nº 3, 1998.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito administrativo e inovação: limites e possibilidades. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n.º 69, p. 172, jul./set. 2017.
- MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente** (E-book). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- MODESTO, Paulo. O silêncio administrativo como técnica de experimentação. **Conjur**, 27 jan. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-27/interesse-publico-silencio-administrativo-tecnica-experimentacao>. Acesso em: 14 ago. 2022.
- NUNES, Dierle. A supervisão humana das decisões de inteligência artificial reduz os riscos? **Conjur**, 25 jun. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-25/nunes-supervisao-humana-decisoes-ia-reduz-riscos>. Acesso em: 15 ago. 2021.
- OLIVEIRA, Antonio Inagê de A. **O licenciamento ambiental**. São Paulo: Iglu, 1999.
- RESTREPO-AMARILES, D. Algorithmic Decision Systems: Automation and Machine Learning in the Public Administration. In: BARFIELD, W. (Ed.), **The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms**. Cambridge: Cambridge Law Handbooks, 2020.
- SADELEER, Nicolas de. **Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules**. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- SAKAI, Juliana; GALDINO, Manoel; BURG, Tamara. **Recomendações de governança: Uso de Inteligência Artificial pelo Poder Público**. Transparência Brasil, 2020. Disponível em: https://www.transparencia.org.br/downloads/publicacoes/Recomendacoes_Governanca_Uso_IA_PoderPublico.pdf. Acesso em: 09 ago. 2022.
- SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1994.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Licenças e autorizações no Direito Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, nº 3, 1994.

TOMAZ, Dante; NETTO, Leonardo; DE ARAÚJO, Valter Shuenquener. Inteligência Artificial, Big Data e os novos limites da discricionariedade administrativa. *In*: DE ARAÚJO, Valter Shuenquener; GOMES, Marcus Livino (coord.). **Inteligência artificial e aplicabilidade prática no Direito**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2022.

TRENNEPOHL, Curt; TRENNEPOHL, Terrence. **Licenciamento ambiental**. Niterói: Editora Impetus, 2013.

Soraya Noura y Maurity

As recomendações expedidas pelos Tribunal de Contas da União: uma batalha reputacional camuflada de *soft law*?

11

As recomendações expedidas pelos Tribunal de Contas da União: uma batalha reputacional camuflada de *soft law*?

Soraya Noura y Maurity¹

Palavras-chave: direito da regulação; *soft law*; recomendação; tribunal de contas; efetividade.

Introdução

O dia a dia do gestor público é marcado pelo recrudescimento da expedição de “recomendações” pelos mais diversos órgãos de controle. Essas recomendações, *a priori* não cogentes e prenunciadoras de um ordenamento jurídico mais flexível, encontram-se por toda a parte. Elas servem para o enfrentamento das questões mais simples às extremamente complexas. Nesse cenário, é comum que o Tribunal de Contas da União (TCU), no âmbito de uma atuação fiscalizatória operacional advinda de uma interpretação ampla do cabeçalho do art. 70, da Constituição da República, *recomende* práticas de gestão regulatória, contratual e administrativa, que, pretensamente, possam alavancar o desempenho institucional e finalístico dos entes envolvidos.

Entre outros exemplos, durante a pandemia do coronavírus, o TCU e a Transparência Internacional lançaram um guia de recomendações para contratações emergenciais em razão da Covid-19.² *No campo regulatório das telecomunicações*, no bojo do Acórdão nº 2.032/2021-TCU-Plenário,³ o TCU proferiu recomendações acerca

-
- 1 Graduada e mestre em Direito Público e em Direito Público Internacional pela Université Jean Moulin Lyon III e pós-graduada em Direito Público pela Universidade Candido Mendes. Cursando o mestrado de Direito da Regulação na FGV Direito Rio. E-mail: soraya.nym@gmail.com.
 - 2 Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-e-transparencia-internacional-lancam-guia-de-recomendacoes-para-contratacoes-emergenciais-em-razao-da-covid-19.htm>.
 - 3 Disponível em: <https://www.tcu.gov.br/acordaoslegados/2005/2a-camara/AC-2005-002048-LMR-2C.pdf>

da redação das minutas dos editais elaboradas pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e orientou que se considere, na estimativa do número de beneficiários do kit de migração para a banda Ku, à espera da queda do número de usuários do serviço de TVRO ao longo do tempo. *Na área petroquímica*, o TCU expediu recomendação à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) para que se aparelhasse adequadamente para realizar a fiscalização da indústria do petróleo, inclusive com o dimensionamento do quadro de pessoal necessário (Decisão TCU nº 981/2000 - Plenário).⁴ *Quanto à desestatização de portos do Espírito Santo*, o TCU recomendou ao Ministério da Infraestrutura uma série de alterações na redação do edital para transferência do controle acionário associada à concessão do serviço público de administração dos portos organizados.⁵ Ainda, no recente caso da *desestatização da Eletrobrás*, o TCU elaborou recomendações ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) quanto à promoção de ajustes nos referenciais de preços de longo prazo utilizados para a projeção das receitas de geração da Eletrobrás.⁶

Os exemplos são numerosos, quase diários, e alcançam diversas arenas de controle, sobre os assuntos mais variados, de forma ampla e transversal ou com foco em minúcias regulatórias ou administrativas. Não há critérios procedimentais definidos ou regras balizadoras do conteúdo que essas recomendações podem revestir.

À primeira vista, a ausência de quadrantes procedimentais ou materiais para a adoção de recomendações se deve ao simples fato destas se cingirem a *sugerir* certo comportamento, essencialmente quando o órgão carece de competência decisória constitucionalmente estabelecida para proferir uma *determinação*.⁷

4 Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/regulacao-de-servicos-publicos-e-controle-externo.htm>

5 TCU Acórdão 2.931/2021.

6 Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-autoriza-desestatizacao-da-eletobras-8A81881F7FF0EFD20180FD22810E2B83.htm>

7 Nesse sentido: André Rosilho (2016) diz, “Como visto anteriormente, atos de comando (determinações) só podem ser licitamente produzidos pelo Tribunal se resultarem de controle de legalidade em matéria que lhe seja própria (financeira, em sentido amplo). À luz do quadro de competências previsto pela Constituição para o TCU, fiscalizações realizadas em outros domínios ou baseadas em outros parâmetros de controle não podem licitamente

As recomendações, portanto, retratam – *ou deveriam retratar* – atos que veiculam orientações desprovidas de vinculatividade imediata (*binding effect*) e dispensam a força organizada do Estado para aplicar sanção em caso de inobservância. São articulados de modo flexível (*soft law*). Apesar disso, na prática, constata-se ampla adesão ao conteúdo prescrito na recomendação pelos seus destinatários. Não há administrador que as ignore. Sendo assim, por que esses atos, aparentemente anódinos, ganham *enforcement*? E seriam esses *realmente* mansos?

Diante desse questionamento propedêutico, o presente artigo se propõe a lançar as bases de uma discussão, de forma teórica, por meio de abordagem qualitativa, acerca do (necessário) enquadramento das recomendações como *soft law* e do potencial desvirtuamento de seu uso pelo TCU para ampliar suas competências institucionais.

Para tanto, parte-se da premissa de que as recomendações deveriam funcionar, prescritivamente, como *soft law*, a qual, apesar de desprovida de força cogente, possui elementos de juridicidade e consubstancia uma técnica normativa. Com fulcro nessa premissa, defendem-se duas hipóteses. A primeira é de que as recomendações têm sua efetividade extraída da reputação institucional do Tribunal de Contas da União, da ampliação de suas competências no plano normativo e por meio do emprego da técnica do *comply or explain*. Aqui, porque a *soft law* alcança seus objetivos

dar ensejo a ordens pela Corte de Contas. Nessas hipóteses, só lhe caberia mesmo orientar ou recomendar”. (ROSILHO, André Janjácomo. **Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas da União**. 2016. 358 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 223.) “. Ver também: “Em síntese, o TCU criou um padrão no qual se admitem as seguintes possibilidades: 1) atos vinculados tidos por irregulares produzirão “determinações”; 2) atos discricionários eivados de vício de legalidade produzirão “determinações”, e 3) atos discricionários não eivados de vício de legalidade poderão, no máximo, gerar “recomendações”. Este “padrão” está escorado em duas premissas. A primeira delas é a de que recomendar não seria a mesma coisa que determinar em tese, recomendações seriam menos interventivas (ou invasivas) do que determinações. A segunda premissa é a de que ao TCU seria vedado impor às agências reguladoras medidas que interferissem na discricionariedade técnica delimitada por suas leis de criação”. ROSILHO, André; CÂMARA, Jacintho Arruda; MONTEIRO, Vera. **TCU: chegou a hora de respeitar a autonomia regulatória da ANTT e Antaq?** In: TOJAL, Sebastião Botto de Barros; SOUZA, Jorge Henrique de Oliveira (Coord.). *Direito e infraestrutura: portos e transporte aquaviário – 20 anos da Lei nº 10.233/2001*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. v. 1, p.73-89.

quando suas prescrições são seguidas, a sua eficácia equivale a sua efetividade. A segunda é que, em razão desse potencial de eficácia, atos de *soft law* podem vir a ser abusivamente empregados a serviço de uma ampliação das competências normativas e institucionais do Tribunal de Contas da União.

Em um primeiro momento, será analisado o conceito normativo de recomendação e a necessidade de enquadrá-lo como *soft law*. *Em seguida*, será apresentada, descritivamente, a prática das recomendações no TCU, serão abordados os motivos pelos quais as recomendações ganham *enforcement*, pela sua reputação institucional, ausência de balizas procedimentais e materiais e o uso da técnica do *comply or explain*. *Por fim*, serão trabalhadas as razões do desvirtuamento do instituto das recomendações a deflagrar o uso abusivo das recomendações.

A pesquisa abrange uma análise bibliográfica e teórica no direito interno e no direito comparado, porquanto, nesta, a abordagem calcada na distinção entre *hard law* e *soft law* é mais comum. Ainda, foi realizada uma análise da jurisprudência dos Tribunais de Contas, por meio das seguintes palavras-chaves: “não vinculatividade”, “não cogente”, “*soft law*”, “direito flexível”, “recomendações”.

I. À busca de um conceito normativo de recomendação

A forma mais comum de manifestação de *soft law* é a “recomendação”.⁸ A escolha do vocábulo tem por intuito ideal tranquilizar os seus destinatários ao sugerir uma orientação com vagueza ou imprecisão. Geralmente, um *standard*.⁹ Contudo, chama

8 A escolha do termo “recomendação” não é anódina nem aleatória. Modernamente, as recomendações, antes mesmo do seu amplo uso pelos organismos internacionais, são oriundas das “práticas de conferências diplomáticas”. VIRALLY, Michel. La Valeur Juridique des Recommendations des Organisations Internationales. **Annuaire Français de Droit International**, v 2, p. 66-96. p. 66, 1956.

9 O *standard*, aqui, é entendido como uma referência comum e recomendável, porque é desenvolvido ao longo do tempo, mas da qual é possível desviar se necessário. Esse desvio do padrão técnico se inspira numa compreensão de razoabilidade como equidade, para adaptação de generalização probabilística da norma às especificidades do caso, e de razoabilidade como congruência, para adaptação do direito à realidade social. Por isso, a resistência ao *standard* não se mostra oportuna nem útil. Nesse sentido, ver: (Conseil d'État,

a atenção o uso cada vez mais recorrente do termo “recomendação” pelos órgãos de controle. A princípio, servem para formular orientações não cogentes na ausência de referência normativa, todavia, possuem alto grau de convencimento, e são lidas, muitas vezes, como determinações.¹⁰

No que pertine ao conteúdo que veiculam, para o Ministério Público Federal (MPF), as recomendações¹¹ seriam “documentos emitidos (...) a órgãos públicos, para que cumpram determinados dispositivos constitucionais ou legais”,¹² ou seja, seriam “expedidas para orientar sobre a necessidade de observar as normas e visam a adoção de medidas práticas para sanar questões pelo órgão competente.” A definição se encerra com o seguinte alerta: “A adoção da recomendação pelo seu destinatário pode evitar que ele seja acionado judicialmente.”

Para o MPF, portanto, a recomendação seria um *signal vermelho* voltado a orientar e reforçar o cumprimento da Lei (*hard law*) quando não se possui meios diretos (competência) para *enforcement*. Veja-se que não é a recomendação, por si só, que gera a sanção, mas a norma que a recomendação vem *complementar* ou *relembrar*. A recomendação, nesse caso, cumpre duas funções: uma, *informativa*, pelo que recorda a seus destinatários a vigência e plena aplicabilidade de uma norma cogente, torna mais explícita as consequências práticas de uma norma; outra, *pedagógica*, porquanto desvela um

Rapport, 2013, p. 8.). Também: KAPLOW, Louis. Rules Vs. Standards: And Economics Analysis, *Duke Law Journal*, Durham, v. 42, 557, 1992. p. 598. Sobre o tema, remete-se, ademais, à ressalva acerca da imprecisão conceitual da taxinomia entre regras e standard. SCHAUER, Frederick. The Tyranny of Choice and the Rulification of Standards, *Journal of Contemporary Legal Issues*, v. 14, n. 2, p.803-816, 2005.

10 MARQUES Neto, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de; REHEM, Danilo; MERLOTTO, Nara; GABRIEL, Yasser. Reputação institucional e o controle das Agências Reguladoras pelo TCU. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 278, n.2, p. 37-70. <https://doi.org/10.12660/rda.v278.2019.80048>. Acesso em 24/10/2022.

11 Expedidas com fulcro no art. 27, parágrafo único, inc. IV, da Lei 8.625/1993. Art. 27, parágrafo único. No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências: (...) IV – promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e *recomendações* dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no *caput* deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito

12 Disponível em: <http://www.transparencia.mpf.mp.br/conteudo/atividade-fim/recomendacoes-expedidas#:~:text=As%20recomenda%C3%A7%C3%B5es%20s%C3%A3o%20documentos%20emitidos,sanar%20quest%C3%B5es%20pelo%20%C3%B3rg%C3%A3o%20competente.>

constrangimento normativo para seus destinatários, funcionando como verdadeiro “*instrumento de pressão política e psicológica*”.

Para o Tribunal de Contas da União (TCU), noutra vertente, ao cabo de sua atuação, o órgão pode expedir *determinações administrativas*, com função corretiva e força cogente, porquanto passíveis de sanções por eventual descumprimento, ou *recomendações*, para aprimorar a gestão pública,¹³ no bojo de seu dever de fiscalização operacional,¹⁴ essencialmente na ausência de referência normativa.¹⁵ Essa ressalva revestiria certa *deferência* às competências discricionárias da Administração, sem prejuízo de *cooperar* para seu contínuo aperfeiçoamento.

Na Teoria do Direito, por outro lado, é comum que a recomendação seja qualificada como um *não direito* ou um *conselho*, isto é, um ato jurídico não obrigatório que expõe uma opinião, uma orientação, uma sugestão ou um padrão em vista a direcionar um comportamento. A recomendação gozaria de menor prestígio no ordenamento jurídico, porquanto desprovida de cogência e obrigatoriedade.¹⁶ Sua eficácia dependeria mais da racionalidade

13 Para Bruno Dantas a recomendação é resultado de uma avaliação realizada no bojo de uma fiscalização operacional em vista à melhoria, aperfeiçoamento da gestão e da política. DANTAS, Bruno; DIAS, Frederico. Análise crítica da transformação do controle externo a cargo do TCU: o paradigma constitucional de 1988. **Revista do Procuradoria do Tribunal de Contas do Estado do Pará**, Belo Horizonte, ano 02, n. 02, p. 11-31, jan./jun. 2022. p. 18.

14 Nesse sentido, por exemplo: Acórdão 2.242/2019. Plenário. “É cabível a oposição de embargos de declaração contra acórdão do TCU que proferiu recomendações, pois, a despeito de não possuírem natureza cogente, o órgão destinatário é detentor do interesse de agir para esclarecer eventual omissão, obscuridade ou contradição, de forma a obter as informações necessárias à sua avaliação sobre as medidas preconizadas pelo Tribunal”. Ver também: Acórdão 8.528/2017. “As recomendações expedidas pelo TCU têm caráter informativo, colaborativo e não coercitivo, não impõem qualquer sucumbência aos seus destinatários, razão por que inexistente interesse recursal em desconstituí-las”.

15 Acórdão 600/2019 Plenário. “Medidas afetas à discricionariedade do gestor ou que impõem ao órgão público obrigações não previstas na legislação não podem ser objeto de determinação do TCU, e sim de recomendação”.

16 Para Frederick Schauer seria impossível estabelecer uma compreensão adequada do direito e como funcionam se a sua dimensão coercitiva for negligenciada. SCHAUER, Frederick F. **The Force of Law**. Cambridge Massachusetts: Harvard University Press; 2015, p. 23. Kenneth Himma reafirma, na sua “Coercion Thesis”, que a coerção é uma condição conceitualmente necessária para que algo seja propriamente caracterizado como um sistema de direito que respalda certas normas legais mandatórias que regem o comportamento não oficial com a ameaça de uma sanção. HIMMA, Kenneth Einar. **Coercion and the Nature of Law**. Oxford United Kingdom: Oxford University Press; 2020, p. 2. <http://public.eblib.com/choice/PublicFullRecord.aspx?p=6187399>. 03/12/2022. Ver também: BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2ª ed. São Paulo, Editora Edipro. 2003. Versão eletrônica. p. 78; 88; 99 e 102-104.

do *conteúdo* do que foi aconselhado do que da *autoridade* ou *órgão* de que emana. Em razão disso, a recomendação integraria o conceito mais amplo de *soft law*, o qual é identificado, para fins deste trabalho, por três elementos essenciais.¹⁷

Primeiro, o ato deve ter por objeto modificar ou orientar os comportamentos de seus destinatários, suscitando, na medida do possível, a sua adesão. Esse critério alija, por exemplo, os atos preparatórios para elaboração de uma norma, cujo objetivo é orientar a redação da norma em si e não, própria e diretamente, orientar comportamentos. *Segundo*, os atos não podem criar, por si só, direitos ou obrigações vinculantes para os seus destinatários. Esse critério diferencia a *soft law* da *hard law* (leis e regulamentos), como também dos contratos. A *soft law* não tem o potencial para inovar no ordenamento jurídico e *impor* comportamentos,¹⁸ justamente porque não segue critérios materiais e procedimentais para tornar-se vinculante. *Por fim*, os atos devem apresentar, pelo seu conteúdo e modo de elaboração, certo grau de formalização e estruturação que os aproximam das regras de direito. Esse critério tem por objetivo diferenciar a *soft law* de todo e qualquer ato declaratório, sem efeito cogente, que possa influenciar comportamento (como religião, moral, exortação política, doutrina etc.).

De modo ideal, portanto, a *soft law* não se vincula pelo medo da sanção formal do Estado, mas pelo grau de adesão voluntária que seu conteúdo veicula.¹⁹ A ausência de sanção formal, no entanto,

17 Esses elementos são extraídos da Seção de Relatórios e Estudos do Conselho de Estado, o qual propôs um conceito normativo de “droit souple”, elaborando, para tanto, três parâmetros cumulativos de identificação. Rapport, Conseil d’État, 2013. Disponível em: <https://www.google.com/search?q=conseil+detat+rapport+droit+suople&oq=conseil+de&aqs=chrome.0.69i59j0i512j0i10i512j46i512j69i57j0i512j46i199i465i512j69i60.1963j0j9&sourceid=chrome&ie=UTF-8>.

18 Em complemento, vale mencionar a definição trazida por Jacob Gersen e Eric Posner, segundo os quais a *soft law* é uma regra emitida por uma autoridade que não cumpre as formalidades ou os procedimentos constitucionais para que a regra seja juridicamente vinculativa. Assim sendo, a *soft law* suscitaria uma dinâmica pelos seus destinatários por uma adesão voluntária ou porque se torna um standard, não porque pode gerar uma coação do Estado. GERSEN, Jacob E.; POSNER Eric A. *Soft Law: Lessons from Congressional Practice*. **Stanford Law Review**, v. 61, n. 3, 2008, p. 573-627. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/40379694>. Acesso em 26 out. 2022.

19 É dizer, os motivos pelos quais se respeita uma determinada regra não se encerram na sua imperatividade ou coercitividade; são outros. Nessa linha, remete-se a: TAYLOR, Tom R. *The Social Psychology of Authority: Why do People Obey an Order to Harm Others?*. **The University of Chicago Press Journal - Law & Society Review**, Chicago, v. 24, n. 4, 1990,

não descarta a possibilidade de existir uma consequência jurídica oriunda da ausência de adesão de uma prescrição.²⁰ Estabelecida a divergência da função prescritiva da *recomendação*, na prática, as recomendações do TCU assim se desenham.

II. A efetividade das recomendações na prática do TCU

Em primeiro lugar, o grau reputacional alcançado pelo TCU²¹ é elemento essencial a conferir coalescência às recomendações que formula, seja esse decorrente de sua expertise técnica²² ou de uma avaliação positiva da opinião pública,²³ seja resultante de uma ampliação não digladiada do objeto do controle,²⁴ ou, ainda, derivado da simples existência, embora potencial, de meios diretos de *enforcement*.²⁵ Nessa linha, há uma pesquisa empírica,

p. 1089-1102. Disponível: <https://www.jstor.org/stable/3053620>. Acesso em: 22 nov. 2022.; TYRAN, Jean-Robert; FELD, Lars P. Why People Obey the Law: experimental evidence from the provision of public goods. CESifo Working Paper, Munich, v. 2, n. 651, jan. 2002. Disponível em: <https://www.cesifo.org/DocDL/651.PDF>. Acesso em: 22 nov. 2022.

- 20 Para Hart, o direito, a coerção e a moralidade são fenômenos diferentes, a despeito de socialmente relacionados. É possível existir norma obrigatória sem sanção externa e organizada. A sanção seria necessária não para conferir validade à norma, mas para lhe conferir eficácia. HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Concept of Law**. 3 ed. Oxford: Oxford University Press; 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/he/9780199644704.001.0001> Acesso em: 22 nov. 2022.
- 21 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PAMA, Juliana Bonacorsi de. Diálogos fora de esquadro: o controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte. n. 120, p. 203-236.
- 22 Sobre a evolução do órgão DANTAS, Bruno; DIAS, Frederico. A evolução do controle externo e o Tribunal de Contas da União nos 30 anos da Constituição Federal de 1988. *In*: TOFFOLI, Dias (Org.). **30 anos da Constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 401-423. DANTAS, Bruno; GUERRA, Sérgio. **Direito da infraestrutura: regulação e controle do TCU**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.; E: OLIVEIRA, Deise Souza de. A Atuação dos Tribunais de Contas no Controle da Exploração de Rodovias Federais Delegadas aos Entes Federados. *In*: BRASIL. **Tribunal de Contas da União. Regulação de serviços públicos e controle externo/Tribunal de Contas da União**. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008.
- 23 O controle é visto como necessário e imprescindível para combater a suposta imoralidade generalizada da Administração Pública. Para Floriano Marques Neto e Juliana Bonacorsi, “de um modo geral, as instituições que se arvoram no discurso do combate à corrupção tendem a gozar de maior reputação institucional”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Op.cit.** p. 231.
- 24 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Op.cit.** p. 230-231.
- 25 Explica-se: a despeito das recomendações não gerarem, em tese, consequências jurídicas, o Tribunal de Contas da União é competente para aplicação sanções pessoais e multas, de modo que os seus destinatários podem reear discordar ou agir em sentido contrário àquele formulado pelo órgão.

realizada em 2019, com recorte para as Agências Reguladoras, que aponta que as recomendações e as determinações se equivalem em termos de cumprimento. Ambas constroem.²⁶ Para os autores da pesquisa, o TCU possuiria a expectativa de que sejam igualmente observadas pelas Agências, as quais, por sua vez, propenderiam à deferência para as recomendações do TCU, o que é explicado pela teoria da reputação institucional do órgão. Assim, a recomendação revela, em verdade, a intenção da Corte de que haja efetiva implementação, cujo monitoramento se volta a auscultar deferência e ultrapassa a finalidade meramente informativa ou pedagógica da recomendação.

Em segundo lugar, no plano textual, o TCU edita normas próprias ampliando suas competências para a adoção de recomendações sem restrições materiais ou procedimentais. O Regimento Interno do TCU (RITCU), por exemplo, desvela uma contradição em termos. O art. 250, inciso III, estabelece que, no bojo do seu processo fiscalizatório, o relator ou o Tribunal: “recomendará a adoção de providências quando verificadas oportunidades de melhoria de desempenho, encaminhando os autos à unidade técnica competente, para fins de monitoramento do cumprimento das determinações”. O inciso inicia com o verbo “recomendar” e encerra com o substantivo derivado de “determinar”,²⁷ no que parece confundir, lexicalmente, conceitos, a sinalizar uma força mandatária decorrente do monitoramento do *cumprimento* da recomendação. A diferença não é claramente estabelecida e o medo do *porrete* (*big stick*), decorrente da

26 MARQUES Neto, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de; REHEM, Danilo; MERLOTTO, Nara; GABRIEL, Yasser. Reputação institucional e o controle das Agências Reguladoras pelo TCU. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 278, p. 37-70, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v278.2019.80048>. Acesso em: 18 out. 2022.

27 Para André Rosilho: “As respostas a essas indagações devem levar em consideração que, no caso do dispositivo em comento, seria impertinente falar em determinações (ordens cogentes). Isso porque a norma vincula o agir do TCU à constatação de oportunidades de melhoria de desempenho, isto é, à elaboração de diagnóstico construído a partir dos parâmetros de controle legitimidade e economicidade em matéria típica de fiscalização operacional (por meio da qual, entre outras coisas, se afere o desempenho de instituições). Noutras palavras, o dispositivo não envolve controle de legalidade em matéria financeira (requisitos obrigatórios para a emissão de ato de comando pelo Tribunal)”. ROSILHO, André Janjácómo. **Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas da União**. 2016. 358 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 54.

assimilação das recomendações e determinações, em termos consequenciais, transmuda a atuação cooperativa do Tribunal em um fator decisivo para a tomada de decisão administrativa e regulatória, à semelhança de um agente que retorque por *benign big gun*²⁸.

Ainda decorrente da competência normativa do órgão, a recente Resolução-TCU nº 344/2022, que regulamenta a prescrição, estabeleceu, no seu art. 12,²⁹ que a edição de recomendações não se submete a prazo prescricional. Com isso, o TCU reconhece a inviabilidade de impor uma sanção formal, imediata e direta, mas se permite orientar condutas a seu bel-prazer, ou seja, indeterminadamente e sobre qualquer tema.³⁰

Em terceiro lugar, consolida-se jurisprudência do Tribunal em prol de maior *enforcement* indireto das recomendações por meio do uso da técnica do *comply or explain*. Após realizar pesquisa no site do TCU, as posições do órgão sobre a recomendação podem, sem pretender exauri-las, assim ser sumarizadas: (i) não possui força cogente, nem há necessidade de cumprimento;³¹ (ii) não possui força cogente, mas deve haver monitoramento de seu cumprimento

28 Se refere a instituições que aplicam medidas flexíveis ou *soft* enquanto possuem poder de *enforcement* coercitivo e direto. Vale dizer, o Tribunal de Contas, que possui competência legal para aplicação de sanções e multas, confunde os destinatários da recomendação que podem acreditar estarem igualmente submetidos ao poder sancionatório da Corte, seja no caso de determinações, seja no caso de recomendações. Ver sobre "grandes armas benignas": BRAITHWAITE, John; WALKER, John; GRABOSKY, Peter. *An Enforcement Taxonomy of Regulatory Agencies*. **Law & Policy**, Denver, v. 9, n. 3, 1987. Ver também: AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive Regulation**. New York Oxford: Oup, 1992. p. 19-53.

29 Art. 12. O reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva e da pretensão ressarcitória, a despeito de obstar a imposição de sanção e de reparação do dano, não impede o julgamento das contas, a adoção de determinações, recomendações ou outras providências motivadas por esses fatos, destinadas a reorientar a atuação administrativa.

30 Como contraponto, para Eduardo Jordão, essa competência recomendatória do TCU poderia sempre se dar, inclusive na atuação preventiva do órgão. Essa conclusão, no entanto, não parte da permissão de que uma teoria normativa da *soft law* deveria JORDÃO, Eduardo. **Estudos antirromânticos sobre controle da administração pública**. São Paulo: Editora JusPodivum, 2022, p.547;563-564.

31 Acórdão 2.989/2016 Plenário (Auditoria, relator ministro Walton Alencar Rodrigues). "A inobservância de recomendação do TCU não autoriza a intervenção do Tribunal no conteúdo do contrato celebrado entre as partes, tampouco a cominação de sanção, em razão do caráter meramente colaborativo do julgado". Ainda: Acórdão 3.130/2013 Plenário. "A implementação das recomendações expedidas pelo Tribunal é da estrita conveniência dos órgãos e das entidades, cabendo a eles avaliar a pertinência das providências sugeridas, uma vez que estas se constituem em oportunidades de melhoria da atuação governamental. Ao contrário, as determinações têm natureza cogente e são de cumprimento obrigatório pelos jurisdicionados".

para fins informativos;³² (iii) deve haver monitoramento de seu cumprimento, sob a ótica da técnica do *comply or explain*³³ e/ou pela verificação do alcance da finalidade almejada, não dos meios;³⁴ e (iv) deve haver monitoramento e, se não cumprida, é necessário proceder à conversão em determinação.³⁵

-
- 32 Acórdão 2.242/2019 Plenário (Embargos de Declaração, relator ministro Augusto Nardes) “É cabível a oposição de embargos de declaração contra acórdão do TCU que proferiu recomendações, pois, a despeito de não possuírem natureza cogente, o órgão destinatário é detentor do interesse de agir para esclarecer eventual omissão, obscuridade ou contradição, de forma a obter as informações necessárias à sua avaliação sobre as medidas preconizadas pelo Tribunal”. Visa-se auscultar o grau reputacional. Acórdão 8.528/2017. Primeira Câmara (Recurso de Reconsideração, relator ministro Bruno Dantas). “As recomendações expedidas pelo TCU têm caráter informativo, colaborativo e não coercitivo, não impõem qualquer sucumbência aos seus destinatários, razão por que inexistente interesse recursal em desconstituí-las.”
- 33 Nesse sentido: Acórdão 1.913/2019 Plenário (Embargos de Declaração, relator ministro Vital do Rêgo) Direito Processual. Acórdão. Cumprimento. Recomendação. Prazo. Justificativa. “É pertinente o estabelecimento de prazo para o cumprimento de recomendação do TCU, pois, apesar de não possuir força cogente, a recomendação visa o aprimoramento da gestão pública, razão pela qual, se for o caso, a não implementação da medida no limite temporal estabelecido deve ser devidamente justificada mediante a apresentação de razões circunstanciais e específicas”. Outro exemplo: Acórdão 1.913/2019 Plenário (Embargos de Declaração, relator ministro Vital do Rêgo) Direito Processual. Acórdão. Cumprimento. Recomendação. Prazo. Justificativa. “É pertinente o estabelecimento de prazo para o cumprimento de recomendação do TCU, pois, apesar de não possuir força cogente, a recomendação visa o aprimoramento da gestão pública, razão pela qual, se for o caso, a não implementação da medida no limite temporal estabelecido deve ser devidamente justificada mediante a apresentação de razões circunstanciais e específicas”. E: Acórdão TCU 1.103/2022. nº 275. “Entretanto, por ocasião dos comentários dos gestores, o BNDES manifestou-se acerca da proposta de determinação (peça 380, p. 23-28), apresentando diversas considerações, para ao fim concluir que ‘a melhor forma de endereçamento da questão é convolá-la em recomendação, posto estarmos diante de oportunidade de melhoria e não de irregularidade’. Por fim: Acórdão 3.467/2014 Plenário (Auditoria, relator ministro Bruno Dantas). As recomendações expedidas pelo TCU, embora despidas de caráter cogente, têm como objetivo fomentar o aprimoramento da gestão pública. “Apesar de tais deliberações não vincularem a ação do gestor, devem por ele ser implementadas, salvo por razões devidamente motivadas. O gestor está impedido de modificar unilateralmente o teor de contrato fiscalizado, legitimamente celebrado, para dar cumprimento a recomendação, que não tem caráter coativo”.
- 34 Acórdão 73/2014 Plenário (Monitoramento, relator ministro-substituto Augusto Sherman Cavalcanti). Competência do TCU. Recomendação. Natureza. “A recomendação emanada do Tribunal de Contas da União não representa mera sugestão, cuja implementação é deixada ao alvedrio do gestor destinatário da medida, pois tem como objetivo buscar o aprimoramento da gestão pública. Contudo, admite-se certa flexibilidade na sua implementação. Pode o administrador público atendê-la por meios diferentes daqueles recomendados, desde que demonstre o atingimento dos mesmos objetivos, ou, até mesmo, deixar de cumpri-la em razão de circunstâncias específicas devidamente motivadas. A regra, entretanto, é a implementação da recomendação, razão por que deve ser monitorada”.
- 35 Acórdão TCU 1.103/2022. “31. Nessas circunstâncias, considerando ter restado sem justificativa o não atendimento à recomendação em comento (subitem 9.3.7.2 do Acórdão 296/2022-TCU-Plenário), cogitei a possibilidade de replicá-la na presente assentada, dessa feita, porém, sob a forma de determinação, tendo em vista o risco de iminente e provável prejuízo aos cofres públicos em decorrência de subavaliação do valor que será adicionado às novas outorgas da Eletrobras, risco esse cuja assunção não se mostra admissível no caso em estudo. Acórdão TCU 1.103/2022”.

A posição mais recorrente³⁶ é a terceira (iii). Assim, a desconsideração ou os erros de aplicação da recomendação impõem um ônus argumentativo maior ao destinatário. Já que a recomendação visaria ao aprimoramento da gestão pública, a não implementação da medida, no limite temporal estabelecido para o TCU, deve ser “devidamente justificada mediante a apresentação de razões circunstanciais e específicas”. O método lembra a técnica de *comply or explain*, usual no mundo dos negócios, e da *accountability* privada, nas quais se predica que as empresas se conformem a códigos de governança e garantam obrigações de transparência ou expliquem por quais motivos estimaram necessário não se conformar.³⁷ O ônus probatório se inverte: ou se conforma ou se justifica o desvio do padrão.³⁸ Contudo, nem sempre está claro se algum conjunto de padrões de governança pode representar as melhores práticas em todas as situações, por isso se permite um desvio. A pressão para declarar o cumprimento à recomendação pode, de fato, levar a uma adoção conformista de práticas, mesmo quando não são ideais para um determinado órgão ou entidade pública.³⁹

Dessa sorte, pelo grau de minúcias em que as recomendações se estendem e pelo seu potencial de convencimento,⁴⁰ há razões que indicam um desvirtuamento do instituto a merecer reflexão quanto à formulação de balizas de controle.

36 Acórdãos relacionados nas notas de rodapé.

37 O *comply or explain* surgiu no Reino Unido em 1992, no caso do “Relatório Cadbury”, em resposta a escândalos financeiros e troca de favores de grandes corporações ocorridos naquela época. FIGUEROA, Ana Sílvia Falcão Mestre. O princípio “*comply or explain*” e a “*soft law*”. *Revista Eletrônica de Direito*. nº 1, p.13-14, fev. 2015. Em seguida, a Diretiva 2.006/46 do Parlamento Europeu e do Conselho encamparam a regra.

38 BONCORI, Anne-Laur; CADET; Isabelle. **Le Comply or Explain, Un Avatar De L'accountability**. *Lavoisier: revue française de gestion*, França, v. 8, n. 237, p. 35-55, 2013. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-gestion-2013-8-page-35.htm>. Acesso em: 22 nov. 2022.

39 FASTERLING Bjorn, DUHAMEL Jean-Christophe. *Le Comply or explain: la transparence conformiste en droit des sociétés*. **Revue Internationale de Droit Économique**, v. 2, n. 23, p. 129-157, 2009. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2009-2-page-129.htm>. Acesso em: 22 nov. 2022.

40 Vale citar, nessa linha: ZAMBROTA, Luciano. O caráter vinculativo das recomendações do TCU, proferidas em decisão de tomada de contas: condição de efetividade do controle externo dos gastos públicos. **Interesse público**. Porto Alegre, ano 6, n. 28, nov./dez. 2004.

III. Razões do desvirtuamento do instituto

A prática da deflagração de recomendações de forma ampla, incondicional e irrestrita pode se tornar um desvirtuamento institucional por uma série de fatores. *Primeiro*, em contrariedade ao que exigiria uma teoria normativa de *soft law*,⁴¹ o conteúdo veiculado pela recomendação nem sempre galga um grau de standardização, padronização, consenso ou indicação de uma interpretação perene do órgão. Isso porque padrões técnicos, bem como interpretações consolidadas, demoram a se estabelecer e o TCU reflete uma jurisprudência cambiante, a qual, naturalmente, não se vincula,⁴² desassociada de uma função informativa ou pedagógica. Vale dizer, para vislumbrar uma adesão *voluntária* às recomendações, o TCU deveria, antes, gozar de capacitação institucional para formulação de referências técnico-normativas ou para orientar boas práticas de políticas públicas. Poderíamos, então, conceber o TCU como regulador da gestão pública?

O assunto não é imune a polêmicas. Por um lado, alguns autores, como Philip Selznick, estremam os conceitos de *controle* e de *regulação* no que pertine à relação com os seus destinatários. O *controle* seria indiferente (até hostil) à atividade *controlada* e, portanto, não teria estímulos para aprender com seus erros, enquanto a *regulação* implicaria respeito e deferência para o sistema

41 Conforme detalhado nos tópicos 1 e 2. A standardização de comportamentos pode ser alcançada por meio de saudáveis incentivos reputacionais (*market based incentive*) e ou mecanismos de *accountability*, como pelo recurso a certificações de entidades privadas renomadas ou à conformação de códigos de condutas e boas práticas nacional ou internacionalmente reconhecidas. A persuasão encontra base no medo da degradação da imagem, da desafetação dos investidores e consumidores ou da reprovação dos pares. Funciona em paralelo com a reputação institucional ou mercadológica do certificador e grau de persuasão dos mecanismos, geralmente alcançados por consenso com o tempo.

42 Não raro, emite orientações pontuais, sem previsibilidade normativa e carentes de referência legal. Por exemplo, a recente fiscalização operacional da Agência Nacional de Mineração levou o TCU a apontar a falta de estrutura da Agência e, em razão disso, recomendou que esta avalie seus processos internos para identificar otimizações em vista a incorporar o uso de tecnologias que reduzam a necessidade de capital humano, quando a Constituição resguarda ao legislador a competência para conformar a proteção dos trabalhadores em face da automação (art. 7º, XXVII, da CRFB/88). Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-aponta-falta-de-estrutura-na-agencia-nacional-de-mineracao.htm>. Acesso em: 17 nov. 2022.

regulado.⁴³ Por outro lado, membros do TCU vislumbram a Corte de Contas como uma espécie de *agência de accountability horizontal* das finanças públicas.⁴⁴ Seja como for, caso se entenda um papel de *agência* ao TCU, há uma dificuldade de avaliação a ser enfrentada. A Corte deveria se subsumir a parâmetros de avaliação regulatória, como promover a eficiência e qualidade da intervenção estatal ou possuir legitimidade democrática por meio de autorização legislativa.⁴⁵⁻⁴⁶

Segundo, o convencimento não deveria ser gerado pelo *medo*⁴⁷ da sanção formal do aparato institucional – o que é absolutamente impróprio e estranho ao *soft law*, bem como à técnica do *comply or explain*, cuja consequência jurídica do desvio ao padrão estabelecido é extrajurídica, referente a saudáveis desincentivos reputacionais. Nesta dianteira, vale notar que, para o TCU, “as recomendações, embora não sejam de cumprimento obrigatório, não podem ser desconsideradas pelo gestor, sem justificativas adequadas, também sob pena de responsabilização”.⁴⁸ O risco de responsabilização denota que o instrumento passa a ter natureza

43 SELZNICK, Philip. **Focusing Organizational Research On Regulation, In R. G. Noll (Ed.), Regulatory Policy And The Social Sciences**, Berkeley, University Of California Press, 1985, p. 2-3.

44 Nessa linha: DANTAS, Bruno; DIAS, Frederico. Análise crítica da transformação do controle externo a cargo do TCU: o paradigma constitucional de 1988. **Revista da Procuradoria do Tribunal de Contas do Estado do Pará**. Belo Horizonte, ano 02, n. 02, p. 11-31, p. 15, jan./jun. 2022.

45 O TCU atua como gestor público; tratemo-lo como tal! Para os autores, é preciso trazer à luz os erros e acertos das opções administrativas realizadas pelo Tribunal de Contas. JORDÃO, Eduardo. **Estudos antirromânticos sobre controle da administração pública**. São Paulo: Editora JusPodivum, 2022. p.651-654.

46 Para Baldwin et al., uma boa e legítima regulação não poderia prescindir dos seguintes conjuntos de elementos: (i) supedâneo em autorização legislativa (*legislative mandate*); (ii) esquema apropriado de prestação de contas da regulação enveredada (*accountability*); (iii) respeito ao devido processo (*due process*) justo, acessível e aberto aos destinatários da regulação; (iv) expertise do regulador sobre aquele tema especificamente regulador; e (v) eficiência, no sentido de alcançar melhores objetivos com menores custos. Esses critérios não são aplicados ou considerados para fins de controle ou balizamento das recomendações emanadas do órgão. BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice**. 2. Ed. Oxford, Oup, 2013. p. 25-39.

47 Ver: VALGAS, Rodrigo dos Santos. **Direito administrativo do medo risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. Thomson Reuters, Revista dos Tribunais. 2ª Edição. 2022.

48 Trecho do (Acórdão 1.171/2014 – Plenário).

vinculativa-normativa,⁴⁹ enquanto a *soft law*, prescritivamente, deveria gerar coalescência *voluntária* pelo grau convencimento e tecnicidade argumentativa do TCU. Assim, a lógica da *soft law*, de persuasão por adesão ou pelo desenvolvimento de *standard*, se queda vilipendiada pela extensão normativa do TCU. A adesão à recomendação tende a decorrer de um constrangimento advindo do medo generalizado da punição⁵⁰ (*benign big gun*), sem limite procedimental ou material.

Terceiro, o método empregado de *comply or explain* se tornou, no particular, um avatar de *accountability* para orientar o comportamento de seus destinatários, sem base legal, à diferença de demais ordenamentos que positivaram a técnica⁵¹ ou em que se tornou prática consuetudinária comercial.⁵² O ônus argumentativo, em rigor, refletiria a mera emanção dos motivos determinantes, previamente estabelecidos pela Administração, para a tomada de toda e qualquer decisão administrativa. A princípio, portanto, a técnica do *comply or explain*, como paradigma de *accountability*, valeria para dar transparência às fundamentações de um ato administrativo, o que já seria naturalmente esperado dentro de um espaço republicano. Nesse aspecto, combina-se a ausência de base normativa para o órgão de controle tomar decisões finalísticas (uso da *soft law*) com o dever de motivação de todo ato administrativo (uso do *comply or explain*), tudo em vista a aperfeiçoar o desempenho público. Entretanto, a técnica não permite que se inverta o polo decisório a tornar a Administração uma mera apresentadora de justificativas de uma não decisão para rebater ímpetus gerenciais de uma Corte de Contas. Não se nega que grande número das recomendações reflete acertadas posições, cujas adesões podem gerar, efetivamente, melhoria no desempenho da função pública. Assim, valer-se do *comply*

49 ZAMBROTA, Luciano. *Op. cit.*

50 VALGAS, Rodrigo dos Santos. **Direito administrativo do medo risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos.** Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2ª edição. 2022.

51 A União Europeia adotou a Diretiva 2006/46/EC. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32006L0046>. Na França, por exemplo, foi positivado no "Code de Commerce", arts. L. 225-68, alinéa 2 et L. 225-37, alinéa, loi du 3 juillet 2008, e Code Afep-Medef.

52 Como é o caso na Grã-Bretanha.

or explain, quando pautado na expertise técnica do Tribunal e em convergência com as escolhas discricionárias da Administração, pode ser uma ideia bem-sucedida e profícua para o diálogo institucional. No entanto, muitas vezes, as recomendações retratam um meio de ampliação das competências institucionais do TCU, monitoradas e assimiladas como determinações,⁵³ que não se circunscrevem a prazo prescricional ou a limites materiais e, que, pelo que (ou quando) não ensejam sanção, não são sujeitas a um contracontrole. Isso pode ferir, ainda, a pretensão de neutralidade dos servidores do TCU,⁵⁴ já que se imiscuem em matérias que não lhes são próprias, de cunho político ou, eventualmente, ideológico. Essa atuação expansiva não tem paralelo no direito comparado.

Vale dizer que, a despeito dos potenciais de efetividade da *soft law* para induzir comportamentos de forma tão ou mais efetiva que a *hard law*, lançar mão da *soft law* não substitui, nem pode servir de subterfúgio para que o órgão ou a entidade pública se despeça das regras de competência e/ou dos procedimentos formais de criação de normas jurídicas fundamentais para gerar vinculatividade. Como lembra Bernardo Sordi, os conceitos de “*Rechtsstaat*”, “*État de droit*” e “*Rule of Law*” se desenvolveram no pensamento político-jurídico não só para descrever, de forma imediata, as estruturas do Poder, mas também para descrever o modo como é legitimamente exercido.⁵⁵ O TCU não pode tudo só porque o manto formal é de recomendação. Embora se reconheça o potencial positivo da adesão sistêmica e sistemática de uma recomendação para a melhoria da gestão pública, não se deve cair em falácia naturalística. Não é porque são, na prática, seguidas, que assim deve ser. Afinal, qualquer usurpação de poder, abuso ou desvio de finalidade, em um Estado de Direito, precisa

53 No sentido de ampliação de seus poderes, além da leitura das recomendações como determinações pelos controlados, cita-se a Resolução-TCU Nº 344/2022, que regulamenta a prescrição no órgão, estabeleceu, no seu art. 12, que as recomendações não se submetem a prazo prescricional.

54 Art. 2º, VII - a neutralidade político-partidária, religiosa e ideológica. Código de Conduta Ética dos Servidores do TCU.

55 SORDI, Bernardo. *Révolution, Rechtsstaat and the Rule of Law: historical reflections on the emergence and development of administrative law*. In: ROSE-ACKERMAN, Susan, LINDSETH, Peter; EMERSON, Blake. **Comparative Administrative Law**. research handbooks.in comparative law series. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2017, p.25-35.

ser contido. Por isso, as recomendações dos órgãos de controle, individualmente prescritivas, deveriam ser balizadas e, assim, objeto de controle jurisdicional ou, eventualmente, recurso no próprio Tribunal.⁵⁶

Conclusão

Não seria razoável ignorar a *soft law* a pretexto de ser um “não direito”, desprovida de vinculatividade imediata. Sua efetividade, na prática, pode engendrar incentivos virtuosos para o aperfeiçoamento do diálogo institucional, todavia abre um flanco para que os órgãos controladores desenvolvam e expandam poderes para além das suas competências institucionais. Isso porque, embora pretenda formular orientações não cogentes na ausência de referência normativa, a *soft law* possui alto grau de convencimento, em razão do grau reputacional alcançado pelo controlador, seja essa decorrente de sua expertise técnica, da ampliação não digladiada do objeto do controle ou devida à simples existência, apesar de indiretos ou potenciais, de meios de *enforcement*. Assim, as recomendações, individualmente prescritivas, produzem efeitos jurídicos e extrajurídicos de forma tão ou mais eficiente do que determinações, de sorte que deveriam estar submetidas a balizas ou ser objeto de controle jurisdicional⁵⁷ e, eventualmente, recurso no próprio Tribunal.⁵⁸ Em contrapartida, não se ignora que a judicialização desses atos enseja, naturalmente, um *custo reputacional* ao seu destinatário, o que tem o potencial de exacerbar relações já desgastadas com o seu controlador, a quem permanece submetido. A discussão acerca da escorreita atribuição constitucional de competências é, então, desfocada para uma guerra reputacional, em que a estratégia vencedora reside na ampliação das competências institucionais do Tribunal de Contas por meio de recomendações.

56 Admitindo a possibilidade: Acórdão 2.533/2015 Plenário. “Em regra, as recomendações expedidas pelo TCU não geram sucumbência à parte e não ensejam pretensão recursal. Contudo, a aplicabilidade desse entendimento deve ser analisada em cada caso concreto”.

57 Por exemplo, MS. 21683-2/RJ, rel. min. Moreira Alves.

58 TCU ainda não admite. TCU ainda não admite. Acórdão 8528/2017 Primeira Câmara (Recurso de Reconsideração, relator ministro Bruno Dantas). Direito processual. Recurso. Recomendação. Sucumbência. Inexistência. “As recomendações expedidas pelo TCU têm caráter informativo, colaborativo e não coercitivo, não impõem qualquer sucumbência aos seus destinatários, razão por que inexistente interesse recursal em desconstituí-las”.

Referências bibliográficas

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.
- AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive Regulation**. Oxford: Oup, 1992.
- BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation: Theory, Strategy And Practice**. Oxford: Oup, 2013.
- BEZEMEK, Christoph; LADAVAC, Nicoletta Bersier. **The Force of Law Reaffirmed: Frederick Schauer Meets the Critics**. Switzerland: Springer; 2016. Disponível em: <http://public.ebookcentral.proquest.com/choice/publicfullrecord.aspx?p=4654002>. Acesso em: 22 nov. 2022.
- BEZEMEK, Christoph, LADAVAC, Nicoletta Bersier; Schauer Frederick F. **The Normative Force of the factual: legal Philosophy between Is and Ought**. Cham Switzerland: Springer; 2019.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista & Ariani Bueno Sudatti. 2ª ed. São Paulo: Editora Edipro, 2003.
- BONCORI, Anne-Laur; CADET, Isabelle. Le Comply or Explain, un Avatar de l'Accountability. **Lavoisier: Revue française de gestion**, França, v.8, n. 237. p. 35-55, 2013.
- BRAITHWAITE, John; WALKER, John; GRABOSKY, Peter. An Enforcement Taxonomy of Regulatory Agencies. **Law & Policy**, Denver, v. 9, n. 3, 1987.
- BRASIL. Ministério Público Federal. Portal da Transparência e Prestação de Contas. **Recomendações expedidas**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.transparencia.mpf.mp.br/conteudo/atividade-fim/recomendacoes-expedidas#:~:text=As%20recomenda%C3%A7%C3%B5es%20s%C3%A3o%20documentos%20emitidos,sanar%20quest%C3%B5es%20pelo%20C3%B3rg%C3%A3o%20competente>. Acesso em: 13 out. 2022.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2047/2005 - Segunda Câmara - TCU. Relator: ministro Lincoln Magalhães da Rocha. Acórdão 20 out. 2005. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, n. 207, p. 334, 27 out. 2005. Disponível em: <https://www.tcu.gov.br/acordaoslegados/2005/2a-camara/AC-2005-002048-LMR-2C.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2022.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão De Relação 73/2014 - Primeira Câmara. Relator: ministro Augusto Sherman. Acórdão 28 jan. 2014. **Ata Primeira Câmara**: Brasília DF, n. 01, 28 jan. 2014. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-1300611/NUMACORDAOINT%20asc/0. Acesso em: 24 nov. 2022.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 3467/2014 - Plenário. Relator: ministro Bruno Dantas. Acórdão 03 dez. 2014. **Ata Plenário**: Brasília DF, n. 48, 3 dez. 2014. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-1337692/NUMACORDAOINT%20asc/0. Acesso em: 24 nov. 2022.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 240/2015 - Plenário. Presidência da República. Relator: ministro Raimundo Carreiro. Acórdão, 11 fev. 2015. **Lex**: Coletânea de Legislação e Jurisprudência, Brasília, DF, n. 5, 2015. Disponível

em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2015-02-11;240>. Acesso em: 24 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 989/2016 - Plenário. Relator: ministro Walton Alencar Rodrigues. Acórdão 23 nov. 2016. **Ata Plenário**: Brasília DF, n. 48, 23 nov. 2016. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2088237/NUMACORDAOINT%20asc/O. Acesso em: 24 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão de Relação 8528/2017 - Segunda Câmara. Relator: ministro Aroldo Cedraz. Acórdão 19 set. 2017. **Ata Segunda Câmara**: Brasília DF, n. 34, 19 set. 2017. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2281706/NUMACORDAOINT%20asc/O. Acesso em: 24 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 600/2019 - Plenário. Relator: ministro Augusto Nardes. Acórdão 20 mar. 2019. **Ata Plenário**: Brasília DF, n. 08, 31 jul. 2019. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2309039/NUMACORDAOINT%20asc/O. Acesso em: 24 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1913/2019 - Plenário. Relator: ministro Vital Do Rêgo. Acórdão 14 ago. 2019. **Ata Plenário**: Brasília DF, n. 30, 14 ago. 2019. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2365436/NUMACORDAOINT%20asc/O. Acesso em: 24 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2242/2019 - Plenário. Relator: ministro Augusto Nardes. Acórdão 18 set. 2019. **Ata Plenário**: Brasília DF, n. 36, 18 set. 2019. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2358223/NUMACORDAOINT%20asc/O. Acesso em: 24 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2931/2021 - Plenário. Relator: ministro Bruno Dantas. Acórdão 8 dez. 2021. **Ata Plenário**: Brasília DF, n. 48, 8 dez. 2021. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2521978/NUMACORDAOINT%20asc/O. Acesso em: 24 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 296/2022 - Plenário. Relator: ministro Aroldo Cedraz. Acórdão 18 fev. 2022. **Ata Plenário**: Brasília DF, n. 5, 13 abr. 2022. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2523484/NUMACORDAOINT%20asc/O. Acesso em: 24 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1103/2022 - Plenário. Relator: ministro Aroldo Cedraz. Acórdão 18 mai. 2022. **Ata Plenário**: Brasília DF, n. 18, 18 mai. 2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1103%252F2022/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/O/%2520>. Acesso em: 24 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Regulação**: de serviços públicos e controle externo. Brasília, DF: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/regulacao-de-servicos-publicos-e-controle-externo.htm>. Acesso em: 24 nov. 2022.

- BRASIL. Tribunal de Contas da União. **TCU autoriza desestatização da Eletrobras**. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-autoriza-desestatizacao-da-elektrobras-8A81881F7FF0EFD20180FD22810E2B83.htm>. Acesso em 24 nov. 2022.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. **TCU e Transparência Internacional lançam guia de recomendações para contratações emergenciais em razão da Covid-19**. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-e-transparencia-internacional-lancam-guia-de-recomendacoes-para-contratacoes-emergenciais-em-razao-da-covid-19.htm>. Acesso em: 24 nov.2022.
- CABRAL, Flávio Garcia; SARAI, Leandro; IWAKURA, Cristiane Rodrigues. Tribunal de Contas da União (TCU) e as Agências Reguladoras: limites e excessos da accountability horizontal. **Revista da CGU**, Brasília, DF, v. 1, n. 24, jul. / dez. 2021. ISSN 2595-668X.
- CABRAL, Flávio Garcia. O Ativismo de Contas do Tribunal de Contas da União (TCU). **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, São Paulo, v. 16, p. 215-257, jan. /mar. 2021.
- COGLIANESE, Cary. **Mendelson, Evan. Meta-Regulation and Self-Regulation**. In: BALDWIN, Robert; et. al. **The Oxford Handbook of Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- COLEMAN, Jules L. **Hart’s Postscript**: Essays on the Postscript to the Concept of Law. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- CONSEIL D’ÉTAT. Étude annuelle 2013: Le droit souple, Le résumé. **Conseil d’État**. Paris, 2013, p. 2-10. Disponível em: https://www.conseil-etat.fr/Media/actualites/documents/reprise-_contenus/etudes-annuelles/droit_souple_1-resume_021013.pdf. Acesso em: 24 nov. 2022.
- CREYKE, Robin. “Soft Law” and Administrative Law: a new challenge. **Aial Forum**, Caberra, nº 61, p. 15-23, jan. 2010. Disponível em: <http://netk.net.au/Articles/Fraud1.pdf>. Acesso: 20 jul. 2022.
- DALY, Stephen. The Rule of (Soft) Law. **King’s Law Journal**, London, v. 32, n.1, p. 3-13, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/09615768.2021.1885326>. Acesso em: 20 jul. 2022.
- DANTAS, Bruno; DIAS, Frederico. Análise crítica da transformação do controle externo a cargo do TCU: o paradigma constitucional de 1988. **Revista da Procuradoria do Tribunal de Contas do Estado do Pará**, Belo Horizonte, ano 02, n. 02, p. 11-31, jan./jun. 2022.
- DANTAS, Bruno; GUERRA, Sérgio. **Direito da infraestrutura**: regulação e controle do TCU. Belo Horizonte: Fórum, 2021.
- DRUZIN, Bryan H. Why does Soft Law Have any Power Anyway?. **Asian Journal of International Law**, Cambridge, v. 7, n. 2, p. 361-378, 2017. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/asian-journal-of-international-law/article/abs/why-does-soft-law-have-any-power-anyway/00EBCEA91F92F97E1079A80AE077BD39#access-block>. Acesso em: 20 jul. 2022.
- EFIGÊNIA, Ana Sílvia Falcão Mestre. O princípio “comply or explain” e a “soft law”. **Revista Eletrônica de Direito**, Porto, n.21, fev. 2015.

- FASTERLING Bjorn, DUHAMEL Jean-Christophe. Le Comply or explain: la transparence conformiste en droit des sociétés. **Revue Internationale de droit économique**, v. 2, n. 23, p. 129-157, 2009. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2009-2-page-129.htm>. Acesso em: 22 nov. 2022.
- GERRING, John. **What Makes a Concept Good? A Criterial Framework For Understanding Concept Formation In The Social Sciences** (1999). Polity, Frostburg, v. 31, n.3, 1999.
- GERSEN, Jacob E.; POSNER Eric A. Soft Law: Lessons from Congressional Practice. **Stanford Law Review**, Chicago v. 61, n. 3, p. 573-627, 2008, p. 579. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/40379694>. Acesso em: 26 out. 2022.
- GONÇALVES, Pedro Costa. **Direito dos contratos públicos**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2018.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 163-164.
- GREER, Scott, L.; VANHERCKE, Bart. The hard politics of soft law: The Case of Health. *In*: MOSSIALOS, ELIAS; PERMANAND, Govin; BAETEN, Rita; HERVEY, Tamara K. (Eds.). **Health Systems Governance in Europe: the Role of European Union Law and Policy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 186-230.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. **The Concept of Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/he/9780199644704.001.0001>. Acesso em: 22 nov. 2022.
- JORDÃO, Eduardo. **Estudos antirromânticos sobre controle da administração pública**. São Paulo: Editora JusPodivum, 2022, p. 563-564.
- HIMMA, Kenneth Einar. **Coercion and the Nature of Law**. Oxford United Kingdom: Oxford University Press, 2020. Disponível em: <http://public.eblib.com/choice/PublicFullRecord.aspx?p=6187399>. Acesso 22 nov. 2022.
- KAPLOW, Louis. Rules Vs. Standards: And Economics Analysis. *Duke Law Journal*, Durham, v. 42, p. 557, 1992.
- KOOP, Christel; LODGE, Martin. What Is Regulation? An Interdisciplinary Concept Analysis. **Regulation & Governance**, Hoboken, v. 11, n. 1, mar. 2017.
- KREYE, Robin. Soft law and Administrativo Law: a new Challenge. **AIAL Forum**, Caberra, n. 61, p. 15 - 22, 2010.
- LAVERGNE, Benjamin. Le droit souple devant le juge administratif français. *In*: JOUVE, Denis; PAILLER, Pauline. **Le Contrôle Juridictionnel des Actes de Droit Souple**. Reims: Presses universitaires de Reims, 2017.
- LOBEL, Orly. The Renew Deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought. **Minnesota Law Review**, Minnesota, v. 89, p. 342, 2004. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/mlr/663>. Acesso em: 20 out. 2022.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

- MARQUES Neto, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de; REHEM, Danilo; MERLOTTO, Nara; GABRIEL, Yasser. (2019). Reputação institucional e o controle das Agências Reguladoras pelo TCU. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 278, n. 2, p. 37-70, mai./ago. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v278.2019.80048>. Acesso em: 22 nov. 2022.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Diálogos fora de esquadro: o controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 120, p. 203-236, jan./jun. 2020.
- MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. A Ana e a Federação por Água Abaixo: notas sobre o novo marco legal do saneamento. **Revista Direito do Estado**, Rio de Janeiro, Ano 2020, n. 467, 2020. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/a-ana-e-a-federacao-por-agua-abaixo-notas-sobre-o-novo-marco-legal-do-saneamento>. Acesso em: 22 nov. 2022.
- MEYER, Lars. Soft Law for Solid Contracts?: a Comparative Analysis of the Value of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law to the Process of Contract Law Harmonization. **Law & Policy**, Denver, v. 34, n.7, 2006.
- TRUBEK, David M.; COTTRELL, Patrick; NANCE, Mark. **“Soft Law”, “Hard Law” and European Integration: Toward a Theory of Hybridity**. New York: NYU School of Law, 2005.
- MOREIRA, Egon Bockmann. **Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil?**. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Organização). *Direito da Regulação e Políticas Públicas*, 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- OGUS, Anthony. **Regulation: Legal Form and Economic Theory**. Oregon: Hart Publishing, 2004
- OGUS, Anthony. Rethinking Self-Regulation. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 15, n. 1, p. 97-108, 1995.
- OLIVEIRA, Deise Souza de. A atuação dos Tribunais de Contas no controle da exploração de Rodovias Federais delegadas aos Entes Federados. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Regulação de serviços públicos e controle externo**, Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008.
- ORBACH, Barak. What Is Regulation?. **Yale Journal On Regulation Online**, New Haven, v. 30, n.1, 2012
- PROSSER, Tony. **Two Visions of Regulation: Paper for Regulation in the Age of Crisis**. Dublin: University College Dublin, 2010.
- RIBEIRO, Leonardo Coelho. O direito administrativo como caixa de ferramentas e suas estratégias. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 272, p. 209-249, maio/ago. 2016.
- ROSilHO, André Janjácómo. **Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas da União**. 2016. 358 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.
- ROSilHO, André Janjácómo; CÂMARA, Jacintho Arruda; MONTEIRO, Vera. **TCU: chegou a hora de respeitar a autonomia regulatória da ANTT e Antaq?**. In: TOJAL, Sebastião Botto de Barros; SOUZA, Jorge Henrique de Oliveira

- (Coord.). **Direito e infraestrutura**: portos e transporte aquaviário – 20 anos da Lei nº 10.233/2001. Belo Horizonte: Fórum, 2021. v. 1, p.73-89.
- SARMIENTO, Daniel. **El Soft Law Administrativo: un Estudio de los Efectos Jurídicos de las Normas no Vinculantes de la Administración**. Madri: Thomson Civitas, 2007.
- SCHAUER, Frederick F. **The Force of Law**. Cambridge Massachusetts: Harvard University Press, 2015.
- SCHAUER, Frederick. The Tyranny of Choice and the Rulification of Standards. *Journal of Contemporary Legal Issues*, v.14, n. 2, p. 803-816, 2005.
- SELZNICK, Philip. Focusing Organizational Research On Regulation. In: NOLL, Roger G. (ed.). **Regulatory Policy and the Social Sciences**. Berkeley: University Of California Press, 1985.
- SORDI, Bernardo. Révolution, Rechtsstaat and the Rule of Law: historical reflections on the emergence and development of administrative law. In: ROSE-ACKERMAN, Susan, LINDSETH, Peter; EMERSON, Blake. **Comparative Administrative Law**: research handbooks.in comparative law series. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2017, p.25-35.
- STIGLER, Georges J. The Optimum Enforcement of Laws. **Journal of Political Economy**, Chicago, v. 78, n. 3, p. 526-536, mai./jun. 1970. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1829647>. Acesso em: 03 nov. 2019.
- TAYLOR, Tom R. The Social Psychology of Authority: Why do People Obey an Order to Harm Others?. **The University of Chicago Press Journal - Law & Society Review**, Chicago, v. 24, n. 4, p. 1089-1102, 1990. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3053620>. Acesso em: 20 nov. 2022.
- THIBIERGE, Catherine. Le Droit Souple, Réflexions sur les Textures du Droit. **RTDCiv.: Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, v. 4, p. 599, out. 2003.
- TYRAN, Jean-Robert; FELD, Lars P. Why People Obey the Law: Experimental Evidence from the Rovisiono F Public Goods. CESifo Working Paper, Munich, v. 2, n. 651, jan. 2002. Disponível em: <https://www.cesifo.org/DocDL/651.PDF>. Acesso em: 22 nov. 2022.
- UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Directiva 2006/46/Ce do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de junho de 2006. **Jornal Oficial da União Européia**: Seção 1, p. 224, 16 ago. 2006. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32006L0046>. Acesso em: 24 nov. 2022.
- VALGAS, Rodrigo dos Santos. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.
- VIRALLY, Michel. La Valeur Juridique des Recommandations des Organisations Internationales. **Annuaire Français de Droit International**, Lyon, v. 2, p. 66-96, 1956. Disponível em: <https://doi.org/10.3406/afdi.1956.1226>. Acesso em: 20 nov. 2022.
- ZAMBROTA, Luciano. O caráter vinculativo das recomendações do TCU, proferidas em decisão de tomada de contas: condição de efetividade do controle externo dos gastos públicos. **Interesse público**, Porto Alegre, ano 6, n. 28, nov./dez. 2004.

