

Transformações do Direito Administrativo: Direito Público e regulação em tempos de **pandemia**

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/diretorio

**Transformações do Direito Administrativo:
Direito Público e regulação em
tempos de pandemia**

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 dezembro de 2020

Este livro foi aprovado pelo Conselho Editorial da FGV Direito Rio e consta na Divisão de Depósito Legal da Biblioteca Nacional.

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

Coordenação: Rodrigo Vianna, Sérgio França e Nathasha Chrysthie Martins

Capa: Estúdio Castellani

Diagramação: Estúdio Castellani

1ª revisão: Shirley Lima

2ª revisão: Viviane Godoi da Costa

Dados internacionais de Catalogação na Publicação
Ficha catalográfica elaborada pelo Sistema de Bibliotecas/FGV

Transformações do direito administrativo [recurso eletrônico] : direito público e regulação em tempos de pandemia / Organizadores Fernando Leal e José Vicente Santos de Mendonça. — Rio de Janeiro : FGV Direito Rio, 2020.
1 recurso online (456 p.) : PDF

Dados eletrônicos.2
Inclui bibliografia.
ISBN: 978-65-86060-13-3

1. Direito administrativo. 2. Direito público. 3. Direito regulatório. 4. Agências reguladoras de atividades privadas. 5. Pandemias. I. Leal, Fernando. II. Mendonça, José Vicente Santos de. III. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas.

CDD — 341.3

||| SUMÁRIO |||

Apresentação da obra “Transformações do Direito Administrativo: Direito Público e regulação em tempos de pandemia”	7
<i>Fernando Leal e José Vicente Santos de Mendonça</i>	
ARTIGOS DOS DOCENTES	9
1 Requisições administrativas: atualizações à luz do Estado Democrático de Direito	10
<i>Alexandre Santos de Aragão</i>	
2 Sustentabilidade e agenda financeira	35
<i>Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo</i>	
3 A consensualidade administrativa como técnica juridicamente adequada de gestão eficiente de interesses sociais	41
<i>Gustavo Binenbojm</i>	
4 Onze perguntas e respostas sobre requisição administrativa em tempos de Covid-19	51
<i>José Vicente Santos de Mendonça</i>	
5 A Covid-19, a falta de saneamento e a reforma do marco regulatório	65
<i>Patrícia Regina Pinheiro Sampaio</i>	
6 Riscos ambientais nos contratos de concessão sob a égide do novo marco legal do saneamento básico	73
<i>Rômulo S. R. Sampaio</i>	
ARTIGOS DOS DISCENTES	85
7 Segurança jurídica e direito: investigações conceituais	86
<i>Alexander Leonard Martins Kellner</i>	
8 Contratos de concessão e PPP irreequilibráveis: um problema subnotificado antes da pandemia	107
<i>Andre Martins Bogossian</i>	
9 Realismo e a LINDB: amor à primeira vista?	129
<i>André Ribeiro Tosta</i>	
10 A aplicação dos novos artigos da LINDB no STF e no STJ: primeiras impressões	157
<i>Felipe Romero e Stela Hühne Porto</i>	
11 A ordem econômica constitucional resiste à (e na) crise? O regime jurídico emergencial e a política econômica concorrencial brasileira	175
<i>José Augusto Medeiros e João Otávio Bacchi Gutiniéki</i>	

||| SUMÁRIO |||

12	Conflitos federativos na formulação de políticas públicas voltadas ao enfrentamento da pandemia do coronavírus.....	202
	<i>Larissa Santiago Gebrim e Raphael Barboza Correia</i>	
13	Contas digitais como meios de distribuição de recursos emergenciais.....	230
	<i>Maria Eduarda Vianna</i>	
14	O comportamento de atores econômicos nas telecomunicações e os incentivos da regulação	247
	<i>Mauricio Soares Urti</i>	
15	O papel do Estado na regulação dos serviços de transporte privado prestados por aplicativos.....	274
	<i>Natália de Macedo Couto</i>	
16	Tributação e extrafiscalidade no contexto da pandemia da Covid-19: uma análise da aplicação dos critérios de renúncia fiscal.....	309
	<i>Regina Coeli Soares Oliveira Veloso e Luiz Felipe Monteiro Seixas</i>	
17	Leilão do 5G e análise de impacto regulatório	325
	<i>Roberta Helena Ramires Chiminzazo</i>	
18	O processo legislativo na pandemia: comentários sobre as mudanças nos ritos para a aprovação das leis pelo Congresso Nacional durante a crise da Covid-19.....	353
	<i>Roberta Simões Nascimento</i>	
19	Controle da captura regulatória: fundamentos, etapas e estratégias	395
	<i>Thamar Cavalieri</i>	
20	A regulação da compra de itens na pandemia veio para ficar?.....	439
	<i>Verônica Ennes Bastos de Araújo e Letícia Almeida Antunes</i>	

Apresentação da obra “Transformações do Direito Administrativo: Direito Público e regulação em tempos de pandemia”

Fernando Leal

José Vicente Santos de Mendonça

O ano que se encerra não foi igual ao que passou. Em um curto período de tempo, graças à pademia de Covid-19, práticas sociais tão antigas quanto o ser humano — festas ao ar livre, teatros — foram proibidas, novas práticas ameaçaram surgir (o cumprimento com os cotovelos), termos como “quarentena” e “média móvel” ingressaram no léxico, passamos a nos preocupar com respiradores e sobrecarregamos serviços de *delivery*. Era o novo normal.

A academia jurídica também mudou. Preparados ou não, lá fomos nós: aulas por aplicativos de conferências, avaliações alternativas, palestras — e webinários, *meetups* e *lives*, muitas *lives*. Austeros acadêmicos muniram-se de *ring lights* e *youtubers* temporários, avançaram a chama da pesquisa e do debate. Aliás, 2020 foi um ano de especial destaque para a ideia de ciência e de alguns de seus conseqüentários societários, jurídicos, políticos.

A quinta edição do Seminário de Integração entre os Programas de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da UERJ e da FGV Direito Rio foi igualmente especial. Não ocorreu nem na Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro nem nas dependências da FGV, mas, sim, nas residências dos alunos, alunas e demais participantes, sobretudo na internet. Um encontro inteiramente virtual, transmitido ao vivo pelo canal da FGV no YouTube. O tema da quinta edição — a recordista de todas as edições em número de trabalhos inscritos — foi, como não poderia deixar de ser, “Direito Público e regulação em tempos de pandemia”. A edição foi especial também pela diversidade de gêneros, origens geográficas e formação dos participantes. Entre os alunos que apresentaram trabalhos, tivemos representantes da USP, da UNB, da UFRS. Uma academia plural é uma academia viva.

Pois bem. Seguindo o formato das últimas edições, nos dias 10 e 12 de novembro, 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, alunas e alunos dos programas, além de participantes interessados nas discussões, todos se reuniram para trocar impressões sobre as pesquisas em andamento e o tema do evento. Assim como acontece todos os anos, professoras e professores apresentaram suas ideias, as quais foram questionadas, com espaço para respostas e comentários. Pela UERJ, os professores Gustavo Binenbojm, Alexandre Aragão e José Vicente; e, pela FGV, a professora Patrícia Sampaio e os professores Rômulo Sampaio e Carlos Ragazzo entabularam um diálogo horizontal, tornado ainda mais acessível pelo formato digital e pela interação das redes.

O resultado dessas trocas encontra-se materializado na presente obra, que reúne a produção do evento. Os textos selecionados foram lidos e debatidos entre professores, alunas e alunos, e distribuídos em grupos de trabalho. Participaram dessa fase, além de nós dois, a professora Patrícia Baptista e o professor Leandro Molhano Ribeiro, parceiros de longa data na empreitada. Mais uma vez, somos imensamente gratos a todos. O resultado dessas interações pode ser visto nas próximas páginas, que reúnem as versões finais dos trabalhos selecionados.

A qualidade dos textos, a pluralidade de abordagens e a presença de discentes de outros programas de pós-graduação *stricto sensu* evidenciam que o seminário tem avançado em seus propósitos de criar espaço para o desenvolvimento de debates qualificados sobre temas de Direito Público e de permitir, especialmente, que mestrandos e doutorandos sejam estimulados a desenvolver suas ideias, que serão apreciadas por docentes de diferentes instituições.

A obra segue inspirada pelo espírito crítico e pelas relações de respeito, admiração e amizade entre todos os participantes. Em tempos difíceis, deve-se buscar o diálogo, e não o monólogo; e a ousadia da dúvida dialogada no lugar das certezas ensimesmadas.

Boa leitura!



ARTIGOS DOS DOCENTES

Alexandre Santos de Aragão

Requisições administrativas: atualizações à luz do Estado Democrático de Direito

1

Requisições administrativas: atualizações à luz do Estado Democrático de Direito

Alexandre Santos de Aragão¹

1. Modalidade de intervenção do Estado na propriedade e na economia

Grande parte das regras de Direito Público fixa os limites dentro dos quais as pessoas podem exercer seu direito de propriedade e as liberdades asseguradas pela Constituição (de locomoção, expressão, reunião, contratação etc.). A ordem constitucional garante essas liberdades e as propriedades, mas também dá a base para que não possam ser exercidas de qualquer maneira.

Quando se fala de limitações administrativas, não se quer dizer que elas sejam necessariamente criadas pela Administração Pública, mas, sim, que a respectiva aplicação cabe à Administração. Muitas dessas limitações podem ser criadas por regulamento administrativo (com base em lei, naturalmente), mas grande parte é estabelecida na própria lei ou decorre diretamente da ponderação de interesses constitucionalmente tutelados.

As limitações administrativas apenas conformam o conteúdo do direito em função dos demais direitos — individuais, coletivos e difusos — envolvidos, sem extingui-lo no todo ou em parte. Já as restrições ou ablações administrativas extinguem o direito, ou lhe retiram realmente parte de suas faculdades, ainda que temporariamente, indo além do que pode ser feito pelas limitações administrativas, que são simplesmente as limitações que, de forma ordinária, todos devemos sofrer para viabilizar a vida conjunta em sociedade.

Ambos os institutos são expressões da ponderação entre direitos e valores constitucionais. Mas, nesses casos, a ponderação leva a uma ablação de faculdades do proprietário mais grave e extraordinária que as ponderações que levam a meras limitações administrativas,

1 Professor titular de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ); doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP); mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ); procurador do estado do Rio de Janeiro; árbitro; advogado.

que já podem ser esperadas como uma redução normal das esferas de liberdades individuais para que todos possam viver harmonicamente, razão pela qual nem chegam a gerar indenização.²

Como um dos clássicos modelos de intervenção do Estado na propriedade e na ordem econômica, aparece a requisição administrativa.

As primeiras notícias de modalidade ablatória similar à requisição datam ainda do antigo Egito, onde o Estado, representado pelo Faraó, utilizava estruturas particulares (como, por exemplo, os dutos de irrigação) com o objetivo de servir à coletividade, para além dos limites da propriedade do titular dos bens.³

Costuma-se aduzir doutrinariamente, contudo, que o instituto, tal como conhecemos hoje, teve efetiva origem normativa posteriormente, em âmbito bélico. Afirma a literatura que “a gênese do instituto da requisição administrativa está ligada diretamente à atuação das forças armadas, tendo por objetivo a defesa do território, a manutenção da soberania e o resguardo da segurança”.⁴ Prova disso é que algumas das primeiras previsões do instituto da requisição no Direito brasileiro admitiam a utilização da ferramenta somente em cenários de guerra ou de comoção interna grave, conforme se verifica no Código Civil de 1916⁵ e nas Constituições Federais de 1934⁶ e 1946⁷.

2 Por exemplo, se eu tenho um terreno, devo esperar que não poderei construir nele o que quiser, a meu bel-prazer (uma indústria em zona residencial, um prédio na praia que impeça o sol na areia etc.). Mas não espero normalmente que o Estado vá retirar a minha propriedade para construir uma escola pública no terreno.

3 Acácio Vaz Lima Filho ensina que “o Egito, na época menfita, é um vasto domínio privado. Isso não impede, no entanto, que, na prática, a regulamentação das terras seja variada. (...) Particulares também possuem terras. O Faraó tem sobre elas um ‘domínio iminente’, que não impede ao particular o direito à livre-exploração, ou mesmo a alienação das terras. O domínio superior do Faraó, contudo, faz-se sentir por meio de requisições pesadas e frequentes” (LIMA FILHO, Acácio Vaz. “Organização política, jurídica e social do Egito no antigo império”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, jan.-dez. 2009, p. 53-54).

4 MORAES FILHO, Marco Antônio de Praxedes. “Requisição administrativa constitucional: fundamentos normativos e características estruturais da medida interventiva”. *Rev. Controle*, v. 16, n. 1, jan.-jun. 2018, p. 117.

5 “Art. 591. Em caso de perigo iminente, como guerra, ou comoção intestina (Constituição Federal, art. 80), poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, garantido ao proprietário o direito à indenização posterior.”

6 “Art. 113, n. 17. “É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressaltado o direito à indenização ulterior.”

7 “Art. 141, § 16 — É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização

Com a evolução da sociedade e a consolidação da concepção de que a propriedade é “um direito individual, mas um direito individual condicionado ao bem-estar da comunidade”,⁸ passou-se a admitir também a chamada requisição civil, que, embora seja espécie de um mesmo gênero, difere da requisição militar, pois, enquanto aquela “visa evitar danos à vida, à saúde e aos bens da coletividade, a requisição militar objetiva o resguardo da segurança interna e a manutenção da Soberania Nacional”.⁹ Assim, a partir da Constituição de 1967,¹⁰ as requisições administrativas passaram a ser admitidas no Direito brasileiro também quando diante apenas de “perigo iminente”, ainda que em períodos de paz.¹¹ Esse é o tratamento conferido à matéria até hoje, conforme consagrado no texto constitucional de 1988.¹²

Não obstante, é certo que o instituto se reveste de maior relevância em momentos de grande comoção pública, como durante a pandemia ocasionada pela Covid-19. A escassez de insumos e até mesmo a ausência de recursos públicos atuais no orçamento para o combate à doença trazem a disciplina da requisição novamente aos holofotes.

Buscaremos, neste trabalho, revisitar o instituto, conformando-o aos pilares do Estado Democrático de Direito, a exemplo do que já ocorreu em outras modalidades de intervenção estatal no domínio privado.

Durante a evolução histórica do Direito Administrativo, temas como as cláusulas exorbitantes e o próprio poder de polícia

em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.”

8 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 725.

9 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 759.

10 “Art. 150, §2 (...) em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.”

11 A despeito da previsão constitucional, alguns autores, como Bandeira de Mello, consideram exemplos de requisição hipóteses comuns no dia a dia, como “a requisição de serviços para prestação de serviço militar a que se sujeitam todos os jovens do sexo masculino que completam 18 anos (art. 5Q da Lei nº 4.375, de 17/08/1964, ou para prestação de serviço eleitoral nas mesas receptoras de votos (art. 120 e §4Q, do Código Eleitoral, Lei nº 4.737, de 15/07/1965) — e os de requisição de bens — para instalação de mesas receptoras de votos (art. 135, §§ 2a e 3S e 137 do mesmo Código)” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 922).

12 “Art. 5º (...) XXV — no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano.”

da Administração Pública foram atualizados à luz dos direitos fundamentais, da eficiência e de demais diretrizes constitucionais.¹³ O mesmo tratamento se impõe ao tema da requisição administrativa, fundamental não apenas para o momento de pandemia, como também para os possíveis cenários futuros de necessidade e urgência.

2. Conceito e consequências das requisições administrativas

A requisição pode ser definida como o ato administrativo auto-executável que determina a utilização de bens, móveis ou imóveis, ou serviços particulares pelo Poder Público, com indenização posterior (art. 5º, XXV, Constituição Federal), para atender a necessidades coletivas urgentes e transitórias. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello,

a requisição é o ato pelo qual o Estado, em proveito de um interesse público, constitui alguém, de modo unilateral e autoexecutório, na obrigação de prestar-lhe um serviço ou ceder-lhe transitoriamente o uso de uma coisa *in natura*, obrigando-se a indenizar os prejuízos que tal medida efetivamente acarretar ao obrigado.¹⁴

Seu fundamento axiológico é o estado de necessidade pública, que não poderia esperar nem mesmo a imissão provisória na posse em uma ação de desapropriação, em se tratando de requisição de bens.

Quando se tratar de bens móveis fungíveis ou de consumo (p. ex., gêneros alimentícios), terá semelhança com a desapropriação, pela impossibilidade de devolução posterior do bem, dela

13 Sobre o tema, já afirmamos doutrinariamente que, "se o Estado e a sociedade mudaram, nada mais natural que o poder de polícia acompanhe essa mudança, mantendo os seus traços característicos de limitação da liberdade e da propriedade em prol dos interesses da sociedade, mas impondo obrigações aos particulares afinadas com o novo contexto social e jurídico" (ARAGÃO, Alexandre. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 377).

14 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 921.

diferenciando-se, no entanto, (i) por ser autoexecutável, ou seja, independe de qualquer imissão na posse por ato judicial,¹⁵ e (ii) em razão de a indenização ser posterior.

Se o bem for infungível (p. ex., um terreno particular onde foram montadas tendas para atendimento médico emergencial), passada a situação emergencial, o bem é devolvido ao particular e a indenização se limita ao tempo em que o particular tiver sido suprimido da posse do bem pelo Poder Público. O mesmo raciocínio se aplica *mutatis mutandis* à requisição de serviços.

Sob o ponto de vista da indenização ser apenas *a posteriori*, a requisição pode ser considerada uma modalidade interventiva ainda mais intensa que a desapropriação e, nessa senda, cumpre realizar a primeira de nossas ressalvas à utilização do instituto.

O art. 20 da LINDB, na redação dada pela Lei nº 13.655/2018, prevê que, “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. O dispositivo legal positivou a chamada atuação consequencialista da Administração Pública, há muito consagrada no âmbito do Direito Econômico. Essa previsão geral, que busca orientar a conduta administrativa em um sentido responsável, atento aos desdobramentos fáticos de suas decisões, reveste-se de especial relevância também no estudo do instituto da requisição.

Para o bom funcionamento do mercado e a manutenção das atividades de fornecimento, é preciso que haja capital de giro disponível para as empresas. A roda de produção, distribuição e revenda de insumos se mantém girando regularmente apenas se, na última fase da cadeia, entrarem recursos suficientes para manter o restante da estrutura em operação. Tomando em conta que a requisição, em regra, gera indenização somente *a posteriori*, é possível que, se

15 Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, “a requisição não depende de intervenção prévia do Poder Judiciário para sua execução, porque, como ato de urgência, não se compatibiliza com o controle judicial *a priori*. É sempre um ato de império do Poder Público, discricionário quanto ao objeto e oportunidade da medida, mas condicionado à existência de perigo público iminente” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 759).

utilizada em larga escala, a ferramenta venha a desestabilizar todo um setor produtivo, que, sem contar com os recursos para produzir à sua disposição, talvez não seja capaz de continuar a prover os produtos requisitados em longo prazo.

Nesse contexto, há quem alerte que, “caso haja requisição administrativa sem pagamento imediato, a melhor decisão do comerciante é sair do mercado, para não aumentar seu prejuízo”.¹⁶ Portanto, para que não se esvazie o setor econômico, é preciso que haja bom senso por parte da Administração Pública. Deve-se, em linha com o que estabelece a LINDB, antever as possíveis consequências deletérias virtualmente decorrentes da requisição e utilizá-la somente na exata medida do necessário. Poderia não ser proveitoso, por exemplo, que todos os respiradores médicos disponíveis fossem de uma só vez requisitados, pois, sem a manutenção de uma parcela mínima das mercadorias no mercado, talvez não restassem disponíveis, em médio ou longo prazo, outros aparelhos, pelo simples fato de não haver quem os fornecesse, pelo menos em um preço razoável, no mercado interno.

3. Direito comparado

Nas diversas constituições e legislações ao redor do mundo existem manifestações análogas de uma administração vertical e coativa, necessária para que o Estado logre suas finalidades sociais, econômicas e políticas.¹⁷

No ordenamento jurídico francês, berço do Direito Administrativo, a requisição é conceituada como a “limitação de direito de liberdade individual e de propriedade que se impõe em razão do interesse geral, criada para atender a necessidades urgentes e excepcionais e cobrir a insuficiência dos meios legais usuais”.¹⁸ Nas

16 CAMELO, Bradson; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. “Aspectos econômicos da requisição administrativa”. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/aspectos-economicos-da-requisicao-administrativa-12042020>.

17 NEGRETE, Nava *et al.* “La Requisición Administrativa”, *Revista de Estudios de Derecho. Justicia Administrativa en México e Iberoamérica*, n. 1, dez. 2001, p. 436.

18 No original, “*La Limitation des droits de liberté individuelle et de propriété (...) qu'impose l'intérêt general*” (DUCOS-ADER, R. *Le droit de réquisition. Théorie générale et régime juridique*. Paris: LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 4, 1957, p. 83).

palavras de Eloïse Beauvironnet, “a abertura do direito de requisição está condicionada à ocorrência de circunstâncias particulares, como a emergência e a incapacidade correspondente da Administração de remediá-la por seus próprios meios”.¹⁹

No Direito espanhol, a literatura também reconhece que “o normal é que, em tempo de paz, o contrato bilateral seja usado, embora, em tempos de calamidade, o uso de meios unilaterais de cumprimento forçado não seja incomum”.²⁰ Conforme aduz David Blanquer, exemplos de requisição no ordenamento jurídico ibérico podem ser verificados pelo menos desde as guerras carlistas do século XIX. De acordo com o autor,

a Ordem Real de 4 de outubro de 1838 estabeleceu a requisição “em todas as províncias da monarquia de quantos cavalos domesticados ou guardiões fossem úteis para suprir o corpo de cavaleiros”. Essa medida de emergência justificava-se diante da necessidade urgente de transporte, da escassez de recursos do Tesouro Público e da lentidão burocrática na celebração de contratos.²¹

No Direito italiano, a requisição, modalidade clássica das chamadas *ablazioni* ao direito de propriedade, é conceituada como

uma disposição administrativa que tem como suposição a necessidade urgente: diz respeito a bens móveis e imóveis e implica, tendo em vista o atendimento de uma necessidade premente da comunidade que não pode ser satisfeita de outro modo, a possibilidade de

19 No original, “*Créé pour répondre à des besoins urgents et exceptionnels et parer à l’insuffisance des moyens juridiques habituels, l’ouverture du droit de réquisition est conditionnée à l’occurrence de circonstances particulières. Celles-ci se rapportent au constat d’une situation d’urgence et de l’incapacité corrélative de l’Administration d’y remédier par ses propres moyens*” (BEAUVIRONNET, Eloïse. “La réquisition en droit administratif français”, *Cronique du JDA, Journal de Droit Administratif*, abr. 2020).

20 BLANQUER, David. *Derecho administrativo*. Valência: Tirant Lo Blanch, v.1, 2018, p. 557.

21 No original, “*la Real Orden de 4 de octubre de 1838 estableció la requisita “en todas las provincias de la monarquía de cuantos caballos domados o cerreros haya útiles para remontar los cuerpos de caballería”. Esa medida de emergencia se justifica ante la perentoria necesidad de transporte, la escasez de recursos de la Hacienda Pública y la lentitud burocrática en la celebración de contratos*” (BLANQUER, David. *Derecho administrativo*. Valência: Tirant Lo Blanch, v. 1, 2018, p. 557).

usar o bem (assumindo a propriedade do proprietário) pelo tempo necessário, mediante o pagamento de uma indenização.²²

Já no direito norte-americano, a disciplina requisitória em muito se assemelha aos *property takings*, modalidades de intervenção estatal na propriedade que podem recair sobre “todos os tipos de propriedade, tangíveis ou intangíveis, incluindo, mas não se limitando, à propriedade pessoal, aos direitos contratuais e aos segredos comerciais”,²³ sempre com o objetivo de servir ao uso público.

Esse poder, cuja expressão mais proeminente é a desapropriação, foi previsto no ordenamento estadunidense pela primeira vez na última cláusula da quinta emenda à Constituição dos Estados Unidos. Eles podem ser definitivos ou temporários, como no caso da requisição, podendo atender ainda aos objetivos regulatórios da Administração Pública (*regulatory takings*). Assim como no ordenamento brasileiro, a Constituição norte-americana também prevê uma justa indenização no caso dos *takings*.²⁴

Verifica-se, dessarte, que o uso temporário da propriedade privada pela Administração é amplamente recepcionado não apenas pelo Direito brasileiro, mas também por diversos outros ordenamentos jurídicos ao redor do mundo.

4. Leis a respeito de requisição administrativa e competência legislativa privativa da União

No sistema brasileiro, tanto a requisição civil (para garantir a vida, a saúde ou os bens da coletividade) como as militares (para resguardar a segurança interna e a soberania nacional) podem ser, em tese, nos casos de extrema necessidade pública, efetuadas

22 No original, “*la requisizione in uso è un provvedimento che ha come presupposto l’urgente necessità: essa riguarda beni sia mobili sia imoobili e comporta, in vista della cura di un’ezigenza pressante della collettività insuscettibile di essere soddisfatta altrimenti, la possibilità di poter utilizzare il bene (che rimane in proprietà del titolare) per il tempo necessario e pagando un’indennità*” (CASETTA, Elio. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 353).

23 “Legal Information Institute”. *Takings*. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/takings>. Acesso em: 26 maio 2020.

24 “A propriedade privada não pode ser tomada por uso público sem justa compensação.” No original, “*private property [shall not] be taken for public use, without just compensation*”.

independentemente de norma legal regulamentadora, com amparo diretamente na Constituição Federal, mas sempre atendendo à ponderação dos interesses públicos e privados que estiverem em jogo (p. ex., requisição verbal de um veículo particular para que um policial possa perseguir um criminoso). Mas, ainda assim, editando-se legislação sobre o tema, a competência legislativa recairá exclusivamente sobre a União, nos termos do art. 22, III, da Constituição Federal.²⁵

Nesse contexto, há algumas leis, sempre federais (art. 22, III, CF), que versam sobre situações específicas, como as que estabelecem a requisição de leitos e serviços hospitalares (art. 15, XIII, Lei nº 8.080/1990), as hipóteses de acidente aéreo (art. 53, Lei nº 7.565/1986) etc. Em tempo de guerra, tanto as requisições civis como as militares devem atender ao Decreto-Lei nº 4.812/1949. Na matéria, outra relevante disciplina se extrai do art. 4º da Lei nº 11.631/2007, que dispõe sobre a mobilização nacional e cria o Sistema Nacional de Mobilização (SINAMOB).

Para os fins do presente trabalho, no entanto, destacamos a previsão contida na Lei nº 13.979/2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da pandemia decorrente do novo coronavírus. Nos termos do diploma, foi estabelecido que se segue:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, poderão ser adotadas, entre outras, as seguintes medidas: (...) VII — requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa.

O §1º do artigo iniciado pelo trecho acima transcrito traz requisitos de aplicabilidade da medida:

§1º As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas

25 “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) III — requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra.”

e em análises sobre as informações estratégicas em saúde, e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública.

A competência legislativa exclusiva da União, contudo, não elide a possibilidade de regulamentação interno-administrativa da requisição em âmbito estadual ou municipal, uma vez que se trata de mecanismo utilizável por qualquer ente federativo. Assim, é possível termos, sobre o assunto, desde decretos regulamentares, que são regulamentos expedidos pelo chefe do Poder Executivo e tradicionalmente considerados os mais importantes entre as espécies normativas administrativas — situados, portanto, no “ápice” dessa “pirâmide regulamentar” —, até portarias, expedidas por ministros, secretários de Estado e dirigentes de entidades da administração indireta, e resoluções, fruto de deliberações tomadas por órgãos colegiados.

O estado de Pernambuco, por exemplo, dispôs, no art. 2º do Decreto Estadual nº 48.809/2020, o seguinte:

§ 2º A requisição administrativa, a que se refere o inciso VI, deverá garantir ao particular o pagamento de justa indenização e observará o seguinte:

I — terá suas condições e requisitos definidos em portaria do Secretário de Saúde e envolverá, se for o caso:

- a) hospitais, clínicas e laboratórios privados, independentemente da celebração de contratos administrativos; e
- b) profissionais da saúde, hipótese que não acarretará a formação de vínculo estatutário ou empregatício com a administração pública.

II — a vigência não poderá exceder duração da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus.

Em sentido semelhante, verifica-se, no âmbito do estado do Rio de Janeiro, as seguintes disposições regulamentares no Decreto nº 47.006/2020:

Art. 2º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus-Covid-19, consideram-se insumos essenciais, passíveis de requisição administrativa, aqueles que envolvam bens ou serviços das seguintes atividades:

- I — assistência à saúde, incluídos os serviços médicos e hospitalares;
- II — assistência social e atendimento à população em estado de vulnerabilidade.

Art. 3º A requisição administrativa somente poderá ser efetuada nos casos de:

- I — prática de preços abusivos;
- II — negativa injustificada de fornecimento para o município.

Todas essas disposições regulamentares, contudo, devem representar atos normativos bastante secundários em relação à lei federal, limitados a organizar internamente o cumprimento da lei federal, dentro do objeto por ela tratado.

5. Competências materiais para efetuar as requisições

Em que pese a competência legislativa exclusiva da União para legislar sobre a requisição, verifica-se que, materialmente, como já adiantamos, o instituto pode ser utilizado por qualquer ente da federação, desde que para os serviços e objetivos de sua competência constitucional. O próprio § 7º do artigo 3º da mencionada Lei nº 13.979/2020 estabeleceu que as medidas previstas nessa lei poderão ser adotadas pelo Ministério da Saúde e pelos gestores locais de saúde, respeitadas as condições e hipóteses lá estabelecidas, independentemente de autorização do Ministério da Saúde.²⁶

Essa competência comum para proceder à requisição vem suscitando debates interessantes. É certo que, quando o cenário de

26 § 7º As medidas previstas neste artigo poderão ser adotadas: I — pelo Ministério da Saúde; II — pelos gestores locais de saúde, desde que autorizados pelo Ministério da Saúde, nas hipóteses dos incisos I, II, V, VI e VIII do caput deste artigo; ou III — pelos gestores locais de saúde, nas hipóteses dos incisos III, IV e VII do caput deste artigo.

necessidade e urgência se restringe ao âmbito local, os entes públicos podem proceder, sem maiores problemas, à utilização temporária do bem ou do serviço necessário. Em cenários de calamidade nacional como o verificado por ocasião do novo coronavírus, contudo, a questão não se mostra assim tão simples. Isso porque o eventual conflito de interesses entre diferentes entes da federação decorrente da necessidade de utilizar o mesmo bem ou serviço pode gerar o que chamamos de requisição sobre requisição, situação em que dois entes federativos distintos buscam apropriar-se temporariamente do mesmo bem.

A Constituição Federal e as leis que disciplinam a questão mencionadas não tratam dessa questão, mais provável ainda em um cenário pandêmico. Embora não se pretenda propor um tratamento definitivo sobre o tema, acreditamos ser cogitável uma solução com base na interpretação sistemática da disciplina conferida a institutos semelhantes na legislação brasileira. No caso da expropriação, por exemplo,

a despeito de não ser reconhecido qualquer nível de hierarquia entre os entes federativos, dotados todos de competências próprias alinhadas no texto constitucional, a doutrina admite a possibilidade de desapropriação pelos entes maiores ante o fundamento da preponderância do interesse, no qual está no grau mais elevado o interesse nacional, protegido pela União, depois o regional, atribuído aos estados e Distrito Federal, e por fim o interesse local, próprio dos municípios.²⁷

Em sentido semelhante, decidiu o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer que,

concorrendo projetos da União Federal e do Estado membro visando à instituição, em determinada área, de reserva extrativista, o conflito de atribuições será suscetível de resolução, caso inviável a

27 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2019, p. 888.

colaboração entre tais pessoas políticas, pela aplicação do critério da preponderância do interesse, valendo referir — como já assinalado — que, ordinariamente, os interesses da União revestem-se de maior abrangência.²⁸

Esse raciocínio, portanto, é uma possível solução também na definição de prioridades em âmbito requisitório, por ocasião em que o mesmo bem ou serviço for perseguido por dois ou mais entes federativos distintos.

Por outro lado, seria possível argumentar que a requisição deveria priorizar o ente federativo mais próximo do problema que se busca solucionar com a medida. Nesse sentido, caso União e estado estivessem disputando a requisição de insumos médicos que, de uma forma ou de outra, seriam incorporados ao sistema de saúde local, mostrar-se-ia de todo razoável que a preferência recaísse sobre o ente federativo menor, que, pelo menos em tese, teria mais informação e ingerência sobre suas necessidades sanitárias.

Além da hipótese de requisição sobre requisição, é possível observar litígios envolvendo a requisição de bens ou serviços de um ente federativo por outro. Pode um ente federativo requisitar bem ou serviço de outro ente?

Exemplo desse tipo de conflito ocorreu entre a União e o estado do Maranhão, em que o Governo Federal requisitou 107 respiradores recém-adquiridos por esse estado, antes mesmo que os equipamentos chegassem a terras maranhenses. Muito embora ainda não houvesse ocorrido a tradição, meio clássico de aquisição da propriedade mobiliária, o Supremo Tribunal Federal entendeu tratar-se de hipótese de requisição administrativa sobre bens de outro ente federativo.

Nos termos da decisão liminar proferida pelo Ministro Celso de Mello, a requisição de bens e/ou serviços somente poderia incidir sobre a propriedade particular em casos de decretação do estado de defesa e do estado de sítio:

28 STF, Ag. Reg. na Medida Cautelar na AC nº 1.255, Rel. Min. Celso de Mello, j. 27/06/2007.

Os bens integrantes do patrimônio público estadual e municipal acham-se excluídos, porque a ele imunes, do alcance desse extraordinário poder que a Lei Fundamental, tratando-se, unicamente, “de propriedade particular”, outorgou à União Federal (art. 5º, XXV), ressalvadas as situações que, fundadas no estado de defesa (CF, art. 136, § 1º, II) e no estado de sítio (CF, art. 139, VII), outorgam, ao Presidente da República, os denominados “poderes de crise”, cujo exercício está sujeito à rígida observância, pelo chefe do Executivo da União, dos limites formais e materiais definidos pelo modelo jurídico que regula, em nosso ordenamento positivo, o sistema constitucional de crises ou de legalidade extraordinária, conforme ressaltam eminentes doutrinadores.²⁹

Também recentemente, a mesma Suprema Corte decidiu, em outra oportunidade, novamente em sede liminar, pela impossibilidade de requisição de bens públicos. Conforme o voto do Ministro Roberto Barroso,

plausível a tese de que os ventiladores pulmonares adquiridos pelo estado constituem bens públicos, os quais não podem ser objeto de requisição administrativa. Nos termos do art. 5º, XXV, da Constituição, “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”. Assim, o uso desse instituto pressupõe, em regra, a propriedade privada dos bens requisitados. Apenas em situações excepcionalíssimas que não se fazem presentes neste momento — a vigência de estado de defesa ou de estado de sítio —, a ordem constitucional autoriza o uso compulsório, pela União, de bens e serviços pertencentes a outros entes federativos (arts. 136, § 1º, II, e 139, VII, da Constituição).³⁰

29 STF, Tutela Provisória na ACO nº 3.385, Rel. Min. Celso de Mello, j. 20/04/2020.

30 STF, Medida Cautelar na ACO nº 3.393, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 01/05/2020.

Decisões nesse sentido não são novidade no âmbito do STF. Conforme se verifica da ementa do Mandado de Segurança nº 25.295-2, julgado em 20/04/2005, “a requisição de bens e serviços do município já afetados à prestação de serviços de saúde não tem amparo no inciso XIII do art. 15 da Lei nº 8.080/1990”.³¹ Ainda nos termos dessa decisão, “as determinações impugnadas do decreto presidencial configuram-se efetiva intervenção da União no município, vedada pela Constituição”, concluindo o Supremo Tribunal pela “inadmissibilidade da requisição de bens municipais pela União em situação de normalidade institucional, sem a decretação de estado de defesa ou estado de sítio”.

Seja na forma de requisição sobre requisição ou de requisição de bens e serviços públicos, fato é que as crescentes disputas envolvendo o instituto evidenciam uma clara desorganização na formulação das políticas públicas emergenciais em nível nacional, o que afeta não somente a atividade privada, com a ausência de calculabilidade em cenários já muito pouco previsíveis, mas também os próprios entes públicos, que passam a enfrentar entraves burocráticos e judiciais que não precisariam existir.

6. Direitos dos titulares dos bens ou serviços requisitados

Tratando-se de medida restritiva de direitos, o instituto da requisição submete-se a condicionamentos explícitos e implícitos, que decorrem tanto das normas específicas que disciplinam o instituto como do próprio sistema jurídico-constitucional. Nos subtópicos que se seguem, analisaremos alguns pontos que devem ser observados pela Administração ao proceder à requisição, de modo a preservar a juridicidade da medida e conferir validade e higidez ao ato.

6.1. Proporcionalidade da medida

Hoje, pouco se discute a incorporação do princípio da proporcionalidade ao nosso Direito. Debate-se apenas quanto ao seu fundamento: se é um princípio implícito, ou um preceito de direito

31 STF, MS nº 5.295/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 20/04/2005.

natural; se integra o cânone do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF); se advém do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) ou se é um dos “outros direitos constitucionais” previstos no § 2º do art. 5º da Constituição Federal.

Nada obstante as discussões em torno de sua natureza, há muito tornou-se intuitiva a necessidade de as restrições à autonomia negocial e aos direitos de propriedade e liberdade, todos virtualmente afetados pela requisição, serem balizadas pelo princípio da proporcionalidade, que se apresenta sob a forma de seus três elementos clássicos, quais sejam:

(i) adequação: a restrição aos direitos de propriedade e liberdade só pode ser admitida se for meio idôneo para alcançar os objetivos constitucionais de prover os recursos necessários, no tempo razoável, às situações de efetiva emergência. Assim, deve-se ter cuidado redobrado para que a requisição não se afaste de seu escopo fundamental e sirva como medida extraordinária de aquisição temporária de bens ou serviços, em autêntica burla ao sistema público de contratação.

(ii) necessidade: entre os meios idôneos para se alcançarem os objetivos emergenciais de qualquer natureza, o Estado deve optar por aqueles que menos restrinjam a liberdade negocial das empresas fornecedoras, de modo a alcançar a máxima promoção do interesse público com a menor mácula aos legítimos interesses econômicos dos agentes do mercado.

Assim, antes de se proceder à requisição, deve-se procurar recorrer, sempre que possível, à aquisição do bem ou do serviço pretendido pelas vias contratuais ordinárias. É claro que, muitas vezes, em face dos cenários de urgência próprios da requisição, a realização de procedimento licitatório, por sua natureza bastante burocrática, não se mostraria sequer possível. Havendo, contudo, a possibilidade de contratação direta de bens e serviços (art. 24, IV, Lei nº 8.666/1993), nos moldes do que ocorre, por exemplo, de maneira até mais agilizada, na Lei nº 13.979/2020,³² o ônus argumentativo capaz de fundamentar

32 “Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei.”

a requisição se mostra maior, embora virtualmente plausível em determinadas circunstâncias. Isso porque a contratação, ainda que realizada de maneira direta, permitiria o conhecimento e a ingerência do particular sobre os termos do contrato, especialmente aqueles concernentes a quanto, como e quando; ao passo que, na requisição, o valor indenizatório, o modo de utilização do bem ou do serviço e o prazo de duração ficariam a cargo do juízo discricionário da Administração Pública, possivelmente constatáveis apenas posteriormente.

Evidente, contudo, que essa preferência pela contratação direta não é de forma alguma peremptória. É possível que haja efetiva necessidade de se proceder à requisição, ainda que a Administração esteja diante de eventual dispensa ou inexigibilidade de licitação. Há diversas empresas que, pelos mais variados motivos, não querem fazer negócio com o Estado. Em verdade, se considerarmos um cenário em que há, por exemplo, uma demanda quase infinita e uma oferta bastante finita de insumos médicos, haveria, para o particular, pouquíssimas razões para negociar com o Poder Público, e não com outro particular, uma vez que os riscos seriam menores e as limitações próprias do Direito Público não teriam lugar.

Em cenário de escassez, portanto, é possível que a requisição se mostre como um meio necessário à utilização transitória de bens ou serviços particulares, mesmo diante da possibilidade de contratação direta.

(iii) proporcionalidade em sentido estrito: ainda que a requisição seja o meio mais adequado e menos restritivo de direitos capaz de preencher as necessidades emergenciais da coletividade, a Administração que desejar valer-se do instituto deverá aferir, em um cálculo de custo-benefício razoável, se a limitação “vale a pena” diante dos resultados sociais a serem obtidos com a restrição. Em outras palavras, no exercício de ponderação, deve-se considerar se a requisição compensaria para próprio Estado, levando-se em conta os eventuais custos que, direta ou indiretamente, dela decorreriam e os efetivos benefícios esperados.

Esses três elementos do princípio da proporcionalidade devem, por certo, inspirar a aplicação do instituto da requisição, conformando-o à razoabilidade que se espera da atuação administrativa.

6.2. Devido processo legal e contraditório

A despeito da natureza emergencial do instituto e de sua prerrogativa de autoexecutoriedade, a requisição também não pode prescindir de um processo administrativo prévio, ainda que com prazos bastante abreviados, inclusive para que se possibilitem eventual acordo e o conhecimento de virtuais externalidades negativas (p. ex., leitos requisitados já ocupados, equipamentos em mau funcionamento etc.). Nas palavras de Odete Medauar,

no âmbito estatal, a imperatividade característica do poder, para não ser unilateral e opressiva, deve encontrar expressão em termos de paridade e imparcialidade, no processo preconstituído. Daí a importância dos momentos de formação da decisão como legitimação do poder em concreto, pois os dados do problema que emergem no processo permitem saber se a solução é correta ou aceitável e se o poder foi exercido de acordo com as finalidades para as quais foi atribuído.³³

É o que se extrai inclusive do artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Com efeito, o interesse público não é uma variável que se encerra na palavra do administrador. Para que se possa chegar ao interesse tutelável, é preciso haver ponderação dos vários cenários possíveis e, nesse processo, deve-se dar aos agentes privados a oportunidade de contestar a medida restritiva proposta. Se assim não fosse, a decisão ablatória representaria verdadeiro abuso de autoridade e, por óbvio, não poderia subsistir em um Estado Democrático de Direito.

Buscam-se evitar, com tal exigência, episódios similares ao que recentemente se passou no município de Cotia, onde autoridades do município, com o apoio da Guarda Municipal, dirigiram-se a uma fábrica de respiradores pulmonares e se apropriaram, sumariamente, de 35 aparelhos de ventilação, com fundamento em uma decisão judicial que permitia à municipalidade comprar os aparelhos, mas

33 MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: RT, 1993, p. 65.

não deles apropriar-se.³⁴ Muito embora, em decisão acertada, a juíza plantonista da 2ª Vara Federal de Osasco tenha determinado a restituição imediata de todos os aparelhos, absurdos legais desse tipo não deveriam sequer ocupar nossos tribunais. Ainda que os argumentos virtualmente apresentados pelo proprietário no âmbito do contraditório não fossem acolhidos pelo Poder Público, o processo acima analisado serviria para, pelo menos, dar ciência do ato administrativo vindouro.

Sendo realmente impossível a realização de contraditório prévio em face da extrema urgência da medida, o procedimento deverá ser instaurado *a posteriori*, imediatamente após o transpasse provisório do bem pela Administração, como já ocorre pacificamente em relação a medidas de polícia administrativa.³⁵

6.3. Direito a uma indenização

A indenização, quando devida, é inerente à requisição. Prevista pela Constituição Federal e por todas as demais leis que cuidam do tema, seu valor deve ser definido, preferencialmente, no âmbito do próprio processo administrativo (prévio, quando possível) que se impõe nos casos de requisição. Essa exigência procedimental mostra-se relevante na medida em que a definição do montante ressarcitório razoável serve, inclusive, para avaliar o juízo de proporcionalidade antes examinado, verificando se vale mesmo a pena realizar a requisição.

Uma vez definido o valor devido a título de indenização e constatada a proporcionalidade da medida, autoriza-se a requisição, que será amplamente indenizada, inclusive, se for o caso, por lucros cessantes, após a concreta utilização do bem ou do serviço pela Administração Pública. Nesse contexto, revela-se fundamental que,

34 VALENTE, Fernanda; BOSELLI, André. "Administração de Cotia tenta se apropriar indevidamente de respiradores artificiais", 28/03/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-28/cotia-sp-tenta-apropriar-indevidamente-ventiladores-pulmonares>. Acesso em: 25 maio 2020.

35 "AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO. PODER DE POLÍCIA. AUTOEXECUTORIEDADE. INTERDIÇÃO CAUTELAR DE ESTABELECIMENTO. CONTRADITÓRIO DIFERIDO. POSSIBILIDADE. A autoexecutoriedade é atributo do ato administrativo praticado com base no poder de polícia. Os agentes públicos estão autorizados a praticar atos urgentes para evitar danos irreparáveis ou a manutenção de situações prejudiciais à coletividade, postergando o contraditório para momento posterior" (TJRS, AI nº 70077335891, 21ª Câmara Cível, Rel. Des. Marcelo Bandeira Pereira, j. 12/07/2018).

diante da ausência de acordo entre as partes, o valor incontroverso definido no âmbito administrativo seja depositado o mais rápido possível, após a ultimação da requisição, ainda que eventual saldo remanescente esteja sendo discutido no Judiciário.

A aferição do *quantum* indenizatório realizada no processo administrativo é importante não somente para o particular, mas também para a própria Administração Pública, que poderá, desde já, especificar as dotações orçamentárias a serem necessariamente realizadas (inclusive, se for o caso, por meio da abertura de créditos extraordinários, por sua natureza destinados ao atendimento de despesas urgentes e imprevisíveis).³⁶ Na quantificação desse montante, a estimativa do valor deve ser ampla, abrangendo, como já adiantamos, para além dos danos emergentes, também eventuais lucros cessantes. Entra na conta, portanto, o valor que o proprietário do bem ou o fornecedor do serviço efetivamente perdeu e razoavelmente deixou de lucrar durante o tempo em que o produto permaneceu à disposição da Administração.

Na aferição dos danos emergentes, costuma-se dizer que é preciso levar em consideração o valor de mercado do bem ou do serviço requisitado. Não obstante essa afirmação estar correta, é preciso estabelecer, por razões de justiça, qual seria esse valor de mercado: seria o preço regularmente praticado em situações de normalidade, ou, ao revés, seria o valor usualmente cobrado pelos agentes privados no momento da requisição, ainda que em cenários de crise, em que a demanda é alta, e a oferta, baixa?

Não parece razoável considerar, no cálculo da indenização por requisição, os preços praticados em um cenário de normalidade, quando o contexto fático é de escassez, uma vez que, se não fosse a requisição, o particular provavelmente venderia ou alugaria o bem pelo preço de venda corrente. Por outro lado, a indenização por requisição não pode funcionar como instrumento de enriquecimento

³⁶ Art. 41, III, da Lei nº 4.320/1964: "Art. 41. Os créditos adicionais classificam-se em: (...) III — extraordinários, os destinados a despesas urgentes e imprevisas, em caso de guerra, comoção intestina ou calamidade pública". Art. 167, § 3º da Constituição Federal: "A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62.

sem causa do particular.³⁷ Certamente teria apelo eventual argumento do Estado, no sentido de que o contexto catastrófico não deve ser o momento de maximizar os lucros, especialmente em face do relevante interesse público que envolve os bens e serviços requisitados.

Caberia ainda discutir a possibilidade de inclusão de danos extrapatrimoniais na quantificação dessa indenização. Muito embora não se pretenda esgotar o tema nesta análise geral do instituto, parece-nos que, à primeira vista, a requisição, principalmente quando incidente sobre serviços de pessoas físicas, poderia, sim, dar ensejo à reparação pelos danos morais efetivamente experimentados pelos particulares.

Essas serão apenas algumas das diversas discussões de que inclusive as Cortes de Contas, principalmente, deverão ocupar-se nos próximos anos, especialmente em face da atual situação calamitosa gerada pela pandemia do novo coronavírus.

6.4. Princípio da igualdade e da impessoalidade

Mencionado expressamente no art. 37, *caput*, da Constituição da República, o princípio da impessoalidade, que não deixa de ser uma especialização do princípio da igualdade no Direito Administrativo, costuma incidir simultaneamente aos princípios da moralidade e da finalidade, havendo fortalecimento recíproco. A esse respeito, Odete Medauar observa que, apesar de esses princípios, em muitas situações concretas, acabarem por se confundir, seu tratamento em separado é justificado por conveniência didática.³⁸

Há duas acepções para o princípio da impessoalidade, ambas igualmente corretas, apenas destacando ângulos diversos de um mesmo fenômeno. Para os fins do presente trabalho, destacamos a posição de Hely Lopes Meirelles, para quem “o princípio da impessoalidade impõe que o administrador objetive, apenas, a satisfação do interesse público, jamais a obtenção de benefícios pessoais, para si ou para terceiros, ou os prejuízos de quem quer que seja (p. ex., a perseguição de um inimigo político)”.³⁹

37 Nesse sentido, OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense/ São Paulo: Método, 2017.

38 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: RT, 2008, p. 124.

39 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 88.

Como princípio geral da Administração Pública, os preceitos também se impõem nos casos de requisição. Nesse sentido, é certo que a requisição deve atender ao interesse social coletivo, não sendo possível admitir, por exemplo, medida ablatória que venha a apropriar bem ou serviço passível de servir à coletividade para servir apenas a um grupo restrito de indivíduos, salvo se for uma forma legítima de apoio social.⁴⁰

De igual maneira, sempre deve haver uma avaliação em relação à escolha do titular dos bens ou serviços a serem requisitados, com base em critérios legítimos de *discriminem* para a razão de escolha dos bens ou serviços de um, e não de outros. Note-se que, em casos excepcionais, também não se descarta que a requisição seja uma vantagem para o titular dos bens ou serviços, devendo, por razões ainda mais fortes, incidir os preceitos ora expostos. Muito embora, na atual conjuntura, seja difícil imaginar um cenário dessa natureza, especialmente em face dos procedimentos abreviados de contratação direta previstos na Lei nº 13.979/2020, os casos concretos sempre podem ser ricos o suficiente, surpreendendo o aplicador do Direito.

6.5. Dignidade da pessoa humana

Não obstante sua utilização por vezes desmedida, é fato que a dignidade da pessoa humana tem sede constitucional⁴¹ e, quando orientada à consolidação das garantias individuais, revela-se como importante fator de ponderação na atuação administrativa. Ingo Wolfgang Sarlet define o princípio como

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano como venham a lhe garantir as condições

40 A título ilustrativo, não seria jurídica a requisição da estrutura e dos serviços de um hospital comunitário voltado ao tratamento da Covid-19 para que esse pudesse servir ao uso exclusivo de militares.

41 "Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III — a dignidade da pessoa humana."

existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁴²

Embora de difícil precisão, o preceito é, em última análise, uma consagração geral dos direitos fundamentais individuais, razão pela qual também deve ser observado nas requisições de bens e serviços, sobretudo de pessoas físicas. À luz desse preceito, não seria possível cogitar, por exemplo, que a Administração, buscando combater o coronavírus, procedesse à requisição dos serviços de um médico que se encontrasse em grupo de risco, ou mesmo de um enfermeiro que precisasse cuidar dos pais idosos e dependentes durante o isolamento. Também não se afiguraria em conformidade com esse princípio o cenário hipotético em que a Administração requisitasse equipamentos médicos de um hospital localizado em bairro carente para utilizá-los em bairros reconhecidamente mais nobres, retirando dos que mais precisam a assistência sanitária básica — o que mostra a possibilidade de incidência do preceito, ainda que de maneira indireta, sobre a requisição de bens ou serviços de pessoas jurídicas.

7. Conclusão

Conforme demonstrado ao longo deste trabalho, a requisição é um dos mais fortes e típicos poderes de império e de verticalidade do Estado sobre os particulares. Por sua própria natureza e pelos requisitos de estado de necessidade pública, o risco de se desvirtuar o instituto dos limites e das garantias próprias do Estado Democrático de Direito é ainda maior do que em relação a outros mecanismos ablatórios e limitadores do Direito Administrativo. Além disso, o fato de a maior parte de sua legislação tradicional ter sido editada em fase de guerra ou de ditaduras torna ainda mais primordial a atualização do instituto à luz da ordem constitucional vigente.

Nesse contexto, os princípios gerais do ordenamento podem servir como importante bússola hermenêutica na interpretação e

42 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 60.

aplicação do instituto, principalmente quando atentos aos aspectos econômicos inevitavelmente dele indissociáveis. Garantindo-se os direitos individuais e considerando-se as consequências econômicas das intervenções estatais, é possível delimitar uma disciplina apropriada ao instituto, consagrando a ferramenta como um importante mecanismo de solução de necessidades emergenciais da sociedade, sem abandonar as garantias próprias do Estado Democrático de Direito.

Referências

- ARAGÃO, Alexandre. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BEAUVIRONNET, Eloïse. “La réquisition en droit administratif français”. *Chronique du JDA, Journal de Droit Administratif*, [S.l.], abr. 2020.
- BLANQUER, David. *Derecho administrativo*. Valência: Tirant Lo Blanch, v. 1, 2018.
- CAMELO, Bradson; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. “Aspectos econômicos da requisição administrativa”. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/aspectos-economicos-da-requisicao-administrativa-12042020>.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2019.
- CASSETTA, Elio. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Milano: Giuffrè, 2011.
- DUCOS-ADER, R. *Le droit de réquisition. Théorie générale et régime juridique*. Paris: LGDJ, coll. Bibliothèque de Droit Public, t. 4, 1957.
- LIMA FILHO, Acácio Vaz. “Organização política, jurídica e social do Egito no antigo império”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, jan.-dez. 2009, p. 53-54.
- MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: RT, 1993.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: RT, 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MORAES FILHO, Marco Antônio de Praxedes. “Requisição administrativa constitucional: fundamentos normativos e características estruturais da medida interventiva”. *Rev. Controle*, v. 16, n. 1, jan.-jun. 2018.
- NEGRETE, Nava et al. “La Requisición Administrativa”, *Revista de Estudios de Derecho. Justicia Administrativa en México e Iberoamérica*, n. 1, dez. 2001.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo

Sustentabilidade e agenda financeira

2

Sustentabilidade e agenda financeira

*Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo*⁴³

No meio de um grande cenário de pandemia, o Brasil vive um turbilhão regulatório em seu sistema financeiro, com grandes movimentos normativos que poderão trazer mudanças relevantes no padrão de oferta de serviços financeiros disponibilizado aos consumidores. De um lado, existe a implementação do novo meio de pagamento consistente no PIX, um sistema de pagamento instantâneo, cuja estrutura fica a cargo do Banco Central do Brasil (BCB). E, de outro, o *Open Banking*, em que um sistema de compartilhamento de dados, a partir do consentimento do consumidor, promete viabilizar maior concorrência e, conseqüentemente, garantir melhores preços em diversos produtos, inclusive no crédito.

Essas mudanças, embora efetivamente sejam de grande relevo, correm o risco de não ser as mais importantes que estão sendo implementadas no momento pela Agenda BC# (ou mesmo por todos os reguladores financeiros e não financeiros). Sem o mesmo alarde, o BCB vem tornando pública a necessidade de trazer para a agenda regulatória uma visão de incentivo para uma política de sustentabilidade.

Antes vistos como assuntos que não se misturam, a sustentabilidade passa a fazer parte da agenda regulatória do Banco Central. Há uma relação, pouco óbvia para o público leigo, entre os riscos climáticos e os efeitos financeiros deles decorrentes: os eventos naturais de maior porte podem trazer impactos a economias locais (e, a depender da magnitude, a economias nacionais), o que, na verdade, já começa a se tornar um tópico frequente, em função da maior incidência de desastres naturais. As empresas, por sua vez, podem simplesmente decidir por se estabelecer em lugares/

⁴³ Doutor em Direito da Cidade pela UERJ, Pós-Doutor em Direito pela University of California, em Berkeley, Mestre em Direito Civil pela UERJ e em Direito da Concorrência e Regulação de Mercados (LL.M) pela New York University School of Law (NYU). Formado em Direito pela PUC-Rio, é Professor da Graduação e do Mestrado em Direito da Regulação da FGV Direito Rio. Foi o primeiro Superintendente-Geral do CADE (2012 a 2014) e Conselheiro do CADE (2008 a 2012).

países que tenham uma agenda ambiental capaz de reduzir esses impactos, ao que se chama “risco de transição”. Não à toa as análises macroeconômicas realizadas por bancos centrais já começam a incorporar a análise de risco de mudança climática, tendo em vista o potencial e o respectivo impacto em suas estabilidades financeiras.

Nada disso, porém, é simples. A transição para uma economia de baixo carbono precisa ser incentivada para poder acontecer em tempo hábil a mitigar os efeitos da mudança climática. No Brasil, essa discussão ganhou um pouco mais de relevância com os *Green Bonds*, títulos de dívida de emissores privados e públicos focados especificamente na captação de empreendimentos que tenham por propósito financiar projetos que mitigam os impactos das mudanças climáticas. Essa limitação de uso é uma proposta de valor para investidores que enxerguem uma vantagem em empreendimentos sustentáveis.

Existe uma percepção de que os títulos voltados a projetos ESG (sigla em inglês para *Environmental, Social e Governance*; em português, ASG — critérios ambientais, sociais e de governança) terão reconhecimento por parte de investidores, sobretudo em um momento posterior à pandemia de Covid-19. E há uma diversidade muito grande de títulos financeiros que podem ser caracterizados como um *Green Bond*, variando de debêntures e promissórias a certificados de recebíveis de agronegócio (CRA) e imobiliários (CRI), entre outros. Embora os títulos atrelados a projetos sustentáveis ainda estejam majoritariamente focados em energia (com empreendimentos de energia renovável e eficiência energética), outros setores já começam a se destacar no cenário sustentável, como, por exemplo, segmentos de bens industriais, materiais básicos, telecomunicações, entre vários outros.

Ainda não há clareza a respeito do diferencial de preço que envolve títulos de dívida focados em projetos sustentáveis no Brasil, o que, importa dizer, já aconteceu em outros países. Já é possível perceber em emissões internacionais um investidor que vê valor no diferencial de risco que um projeto sustentável apresenta no mercado, qualificando-se como um agente menos sensível ao seu preço.

É sempre importante lembrar que os títulos “verdes” normalmente estão associados a estruturas de governança mais transparentes e eficientes, dado que a comprovação do uso do recurso (a partir de uma estrutura de escolha) é uma parte relevante da proposta de valor que é apresentada ao investidor interessado.

Emissões verdes, no entanto, não consubstanciam as únicas ações voltadas para sustentabilidade no mercado financeiro. Como as discussões a respeito das mudanças climáticas e seu impacto na economia vêm ganhando maior relevância nos últimos anos, outras iniciativas começam a ser propostas. É o caso, por exemplo, do *bureau* de crédito do mercado rural. A proposta parte de um pressuposto a partir do qual se estabelece uma obrigação regulatória segundo a qual as informações relativas às operações de crédito rural deverão ser cadastradas no Sistema de Operações do Crédito Rural e do Proagro (Sicor).

Em uma proposta similar à ideia trazida pelo movimento regulatório denominado *Open Banking* (e, posteriormente, *Open Finance*), os dados relacionados às operações de crédito rural ficarão abertas e poderão ser vistas e consultadas por clientes e instituições financeiras. A abertura de dados não terá por propósito um potencial concorrencial (como é o caso do *Open Banking*), mas, sim, a viabilização de um cruzamento geográfico, sinalizando se as áreas que fazem parte do projeto se encontram em regiões de proteção ambiental, prevendo uma proibição para transações que apresentem essas características.

A economia de baixo carbono será uma realidade, seja incentivada por padrões governamentais, seja imposta por padrões de comportamento de empresas que enxergam um consumidor que valoriza essa agenda (mesmo que não por valores éticos, mas, sim, por consciência prática de seus efeitos). Retaliações já começam a ser noticiadas por diversos veículos de mídia: a Norueguesa Grieg Seafood, produtora de salmão, já anunciou em momento anterior a suspensão na compra de produtos brasileiros, ao entender que a política ambiental no Brasil não estaria comprometida com medidas adequadas para controlar o desmatamento. Ao mesmo tempo,

empresários brasileiros já chegaram a se reunir com o Governo Federal para traçar uma estratégia que impeça a redução de investimentos estrangeiros por causa da política ambiental, sugerindo uma série de medidas, que vão desde o estímulo a monoculturas sustentáveis por meio de estruturas de incentivo centralizadas em linhas diferenciadas de financiamento, até projetos de infraestrutura com metas ambientais (o que inclui, por exemplo, hidrovias).

A complexidade dos elementos que podem impactar a estabilidade financeira está aumentando. E a realidade ambiental passou a fazer parte dessa equação de forma irreversível. Essa mudança talvez seja tão grande ou mesmo maior do que os movimentos regulatórios que estão sendo trazidos a público neste ano, com o PIX e o *Open Banking*. E isso de forma alguma minimiza o impacto desses últimos; na verdade, ajudam a esclarecer o tamanho das mudanças que o novo paradigma ESG trará para o mercado financeiro da agenda de sustentabilidade.

Referências

- AGÊNCIA BRASIL. 2020. “Banco Central lança agenda de sustentabilidade ambiental: ações incluem campanhas internas e criação de linha de crédito”. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-09/banco-central-lanca-agenda-de-sustentabilidade-ambiental>. Acesso em: 7 dez. 2020.
- BANCO Central do Brasil. 2020. “BC# Sustentabilidade”. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/conteudo/home-ptbr/TextosApresentacoes/Agenda_Sustentabilidade_8.9.20.pdf. Acesso em: 7 dez. 2012.
- ESTADO DE SÃO PAULO (Estadão). 2020. “Risco financeiro e mudanças climáticas”. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/riscos-financeiros-e-mudancas-climaticas/>. Acesso em: 7 dez. 2020.
- FOLHA DE SÃO PAULO. 2020. “Empresários defendem agenda ambiental com governadores da Amazônia Legal”. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/08/empresarios-defendem-agenda-ambiental-com-governadores-da-amazonia-legal.shtml>. Acesso em: 7 dez. 2020.
- FOLHA DE SÃO PAULO. 2020. “Emissões de títulos voltados para ESG no mundo devem alcançar US\$ 350 bilhões em 2020”. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/08/emissoes-de-titulos-voltados-para-esg-no-mundo-devem-alcancar-us-350-bilhoes-em-2020.shtml>. Acesso em: 7 dez. 2020.
- FORBES. 2020. “Conheça os títulos verdes, a renda fixa ESG”. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-money/2020/12/conheca-os-titulos-verdes-a-renda-fixa-esg/>. Acesso em: 7 dez. 2020.

- O GLOBO. 2020. “Empresa norueguesa de salmão suspende compra de soja brasileira por risco de desmatamento na Amazônia”. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/empresa-norueguesa-de-salmaa-suspende-compra-de-soja-brasileira-por-risco-de-desmatamento-na-amazonia-24511061>. Acesso em: 7 dez. 2020.
- VALOR ECONÔMICO. 2020. “Os investidores em ações devem prestar mais atenção ao risco físico das mudanças climáticas”. Disponível em: <https://valor.globo.com/mundo/blog-do-fmi/post/2020/06/os-investidores-em-acoes-devem-prestar-mais-atencao-ao-risco-fisico-das-mudancas-climaticas.ghtml>. Acesso em: 7 dez. 2020.
- VALOR INVESTE. 2020. “Conheça quais investimentos sustentáveis estão disponíveis para o brasileiro”. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/produtos/fundos/noticia/2020/07/14/conheca-quais-investimentos-sustentaveis-estao-disponiveis-para-o-brasileiro.ghtml>. Acesso em: 7 dez. 2020.

Gustavo Binenbojm

**A consensualidade
administrativa como técnica
juridicamente adequada
de gestão eficiente de
interesses sociais**

3

A consensualidade administrativa como técnica juridicamente adequada de gestão eficiente de interesses sociais

Gustavo Binenbojm⁴⁴

A celebração de acordos pela Administração Pública envolve o debate sobre alguns dogmas do Direito Administrativo. O Direito Administrativo brasileiro foi construído a partir de uma matriz eminentemente francesa, caracterizada por um regime jurídico pautado na supremacia do interesse público, na relação vertical entre Administração Pública e o particular, e na atuação do Estado por meio de atos administrativos unilaterais, imperativos e autoexecutórios. Essa concepção autoritária do Direito Público se refletiu diretamente na ideia de que os interesses que envolvem a Administração seriam indisponíveis. Segundo essa visão tradicional, o interesse público, que deveria prevalecer aprioristicamente sobre os interesses particulares, seria indisponível, sendo vedado, a quem quer que fosse, dele dispor ou sobre ele transigir. Assim, consolidou-se entre nós a ideia da *intransacionabilidade* processual e material dos interesses da Administração Pública.

Ocorre que tais construções se baseiam em uma compreensão particular da chamada supremacia do interesse público sobre os interesses privados. Consoante a literatura mais atualizada,⁴⁵

44 Professor titular de Direito Administrativo da UERJ; procurador do estado do Rio de Janeiro.

45 ÁVILA, Humberto. "Repensando o 'princípio da supremacia do interesse público sobre o particular'", *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 24. São Paulo, Malheiros, 1998; SCHIER, Paulo Ricardo. "Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais". In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 131-168; MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2003, p. 195-194; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 45-46; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novos paradigmas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 30; SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 124-144; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. "A bipolaridade do Direito Administrativo e sua superação". In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (orgs.). *Contratos públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 353-415.

há três razões fundamentais que evidenciam a incompatibilidade dessa noção tradicional com o constitucionalismo democrático, a saber: (i) a proteção de posições jurídicas individuais irredutíveis, identificadas, de modo geral, com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais; (ii) a primazia *prima facie* dos direitos fundamentais individuais sobre metas ou aspirações coletivas, ainda que admitida a ponderação proporcional pela sistemática constitucional; e (iii) a polivalência da ideia de interesse público, que pode abarcar, em seu conteúdo semântico, tanto a preservação de direitos individuais como a persecução de objetivos transindividuais.

Sob essa ótica, não faz sentido invocar a indisponibilidade ou a supremacia do interesse público de modo abstrato, pois, em diversos casos, o respeito a direitos individuais previstos na lei será a maneira legítima de satisfação do próprio interesse público em um Estado de Direito.⁴⁶ Em muitos outros casos, o melhor interesse público será representado pela resultante de uma *solução concertada*, ou seja, um acordo bilateral ou multilateral que atenderá, de maneira otimizada, tanto aos interesses específicos da Administração (como *presentante* da sociedade) como aos interesses individuais legítimos, também protegidos pelo ordenamento jurídico. Esse ponto intermédio de interseção de interesses, devidamente justificado, constitui o cerne das soluções consensuais que atendem melhor ao interesse de toda a sociedade do que as soluções adversariais ou contenciosas.

Atualmente, fala-se na promoção da *consensualidade* como mecanismo de gestão da coisa pública.⁴⁷ Em muitos casos, na busca da promoção do melhor interesse público, a Administração deve despir-se de sua potestade para buscar consensos; deve reconhecer que a lógica da autoridade nem sempre é o meio mais

46 Não há, em termos apriorísticos, nem *supremacia geral* em favor do Estado, nem *sujeição geral* em desfavor dos particulares, mas um plexo dúctil de *conformações possíveis* entre posições individuais e coletivas, que fazem das prerrogativas públicas um variado *instrumental* a serviço da realização *coordenada* das finalidades públicas (BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 65).

47 MEDAUAR, Odete V. *Direito administrativo em evolução*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2003, p. 210-211. Na mesma linha, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. "Novos institutos consensuais da ação administrativa". *Revista de Direito Administrativo*, nº 231, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 129-156.

eficiente de apuração do interesse público.⁴⁸ Não se trata de renunciar à potestade estatal, mas de verificar os casos ou as situações genéricas em que a negociação e o acordo podem responder melhor a objetivos de interesse público pretendidos pelo próprio ordenamento jurídico.

Ressalte-se que a atuação consensual não representa, *per se*, uma subversão da ideia de interesse público, tampouco de sua indisponibilidade em sentido mais amplo. Muito ao contrário: a consensualidade pode consubstanciar o meio mais eficiente para a concretização do interesse público juridicamente qualificado. Até mesmo porque coexiste, ao lado do interesse estatal em conflito com interesses particulares, o interesse público — não menos importante — de compô-los.⁴⁹ Nesse contexto, a atividade consensual da Administração não só é conveniente, como também é necessária e juridicamente embasada.

Razões não faltam para amparar tal conclusão. Em primeiro lugar, o interesse público pode ser realizado com maior *eficiência* em um contexto de harmonia e, simultaneamente, com a satisfação de interesses privados.⁵⁰ Isso porque a atuação consensual, diferentemente daquela baseada na legalidade estrita, tem maiores chances de ser efetivada na prática, com custos menores para ambas as partes, além de gerar menores riscos de externalidades (“efeitos colaterais”) negativas.⁵¹ A rigor, o *consenso* é cada vez mais um instrumento salutar e *necessário* à promoção de finalidades públicas.

Em segundo lugar, a adoção de métodos consensuais permite a melhor alocação de tempo e recursos do Poder Judiciário, com a diminuição do número de demandas que envolvam a Fazenda Pública. É preciso reconhecer que o número de processos é elevado porque, na média, os governos não costumam adotar as medidas

48 ENTERRÍA, Eduardo García de. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1999, v. I, p. 662.

49 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 346.

50 BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 266.

51 ARAGÃO, Alexandre Santos de. “A consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos”, *Revista Forense*, v. 389, p. 4-5, 2007.

que poderiam evitá-los ou, pelo menos, minorá-los. Com frequência, a procura pelo Judiciário decorre de demandas geradas pela própria Administração. O resultado é a plethora de processos que massifica o trabalho dos operadores do Direito, emperra o funcionamento da máquina pública e posterga a realização da justiça para um futuro distante e incerto. A consensualidade, nesse ponto, mostra que é possível enfrentar o problema da litigiosidade de massa envolvendo o Estado com meios alternativos à judicialização, sem relegar aqueles que têm pretensões legítimas contra a Fazenda Pública a segundo plano. *Desjudicializar* pode tornar-se, em muitos casos e sem nenhum paradoxo, a forma mais eficaz de fazer justiça, objetivo que se revela plenamente compatível com o interesse público.

Em terceiro lugar, o consenso reveste de maior *legitimidade* a atuação do Poder Público, funcionando como um grande meio de aperfeiçoamento ético nas relações entre os particulares e o Estado.⁵² Em um Estado democrático, deve-se abrir aos interessados a possibilidade de influir na formação das decisões administrativas que afetem seus interesses, com a garantia de que seus pontos de vista serão considerados. Tal abertura contribui para a democratização da Administração, fortalecendo, ainda, a *segurança jurídica*, porquanto estabiliza as relações administrativas e desperta o desejo de colaboração e participação do indivíduo na gestão pública. Mais que unilateralmente decididos, os conflitos são verdadeiramente superados e pacificados.

Por fim, o reconhecimento explícito da atividade consensual pela Administração contribui para a *transparência* no desempenho das funções estatais. Rejeitando a noção idealizada e pretensamente asséptica de interesse público,⁵³ o consenso, ao se institucionalizar, permite que os interesses privados associados à Administração Pública sejam devidamente identificados em um acordo formal, evitando-se negociatas de bastidores disfarçadas de interesses da coletividade.⁵⁴

52 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 349.

53 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

54 BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 267.

Em suma, a lógica consensual de administrar parece apta a promover finalidades públicas de maneira mais legítima, estável, eficiente e transparente, em determinadas circunstâncias e consoante critérios previamente estabelecidos. Por óbvio, não se está a considerar a consensualidade uma *panaceia*, a solução de todos os problemas. Dela, não se esperam milagres, mas o desenvolvimento da confiança e do diálogo no agir administrativo.⁵⁵ O que não é correto, contudo, é negar suas potencialidades, as quais se coadunam com os valores democráticos e republicanos do Estado contemporâneo.

Não por menos, o reconhecimento quanto à possibilidade de atuação consensual da Administração Pública cada vez ganha mais espaço. Remete-se, de início, ao histórico caso no qual o Supremo Tribunal Federal, ainda no ano de 2002, declarou a constitucionalidade de transações realizadas pelo Poder Público. Na oportunidade, ressaltou-se que o dogma do princípio da indisponibilidade do interesse público deveria ser atenuado nos casos em que a solução consensual adotada pela Administração Pública é compatível com os interesses da coletividade. Confira-se o excerto, de lavra de sua relatora, a Ministra Ellen Gracie:

Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, **há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse.** Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória,

55 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 348.

o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido (STF, RE 253885, Rel. Min. Ellen Gracie, 1ª T., j. em 04/06/2002, DJ 21/06/2002. Grifos nossos).

Orientação similar foi adotada pelo Tribunal de Contas da União no ano de 2017. Ao analisar um termo de ajustamento de conduta celebrado pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) com empresa do setor regulado, a Corte de Contas lavrou o Acórdão nº 2.121/2017, por meio do qual entendeu que a atuação consensual da autarquia especial era legítima, pressupondo que o TAC seria um pacto de livre-vontade inspirado por estímulos e incentivos, resultante de uma dupla análise de custo-benefício (ou seja, por ambas as partes, pública e privada).⁵⁶ Nesse contexto, entendeu-se que a possibilidade de conversão de multas aplicadas no bojo de processos administrativos sancionadores em obrigações de fazer (realização de investimentos) configuraria uma conjugação dos princípios do interesse público e da eficiência.⁵⁷

Ademais, a revisão teórica que reconheceu a juridicidade da adoção de mecanismos consensuais pelo Estado também se refletiu na produção de sucessivas regras legislativas que mudaram a sistemática do ordenamento em favor desse tipo de atuação.

De fato, por muito tempo o legislador era tímido na estipulação de hipóteses de celebração de acordo pela Administração Pública. Como relatado por Juliana Palma,⁵⁸ antes da Constituição Federal de 1988, poucas foram as legislações que previam expressamente essa possibilidade: no âmbito das desapropriações, o Decreto-Lei nº 3.365/1941 previa as figuras da desapropriação amigável (art. 10 do DL) e da transação judicial (art. 22 do DL). Além disso, contava-se com a possibilidade de assinatura de termo de compromisso no

56 TCU, Acórdão nº 2.121/2017, Rel. Min. Bruno Dantas, Plenário, j. em 27/09/2017.

57 TCU, Acórdão nº 2.121/2017, Rel. Min. Bruno Dantas, Plenário, j. em 27/09/2017. Sobre o referido acórdão, veja também, GUERRA, Sérgio. "Acordos regulatórios - Caso 'TAC ANATEL': Acórdão nº 2.121/2017 - TCU". In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann; GUERRA, Sérgio. *Dinâmica da regulação. Estudo de casos da jurisprudência brasileira: a convivência dos tribunais e órgãos de controle com agências reguladoras, autoridade da concorrência e livre-iniciativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 87-101.

58 PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

caso de infrações ambientais, com a redução de até 90% da multa aplicada pela autoridade responsável (cf. Decreto nº 94.764/1987). Após a promulgação de nossa vigente Carta Magna, destacou-se, na experiência nacional, o instituto do *termo de ajustamento de conduta* (TAC) como uma espécie de acordo celebrado por autoridades públicas, expressamente previsto na Lei de Ação Civil Pública (art. 5º, §6º da Lei nº 7.347/1985, incluído pela Lei nº 8.078/1990).

Desde então, a evolução sobre o tema é digna de nota. A *consensualidade* na esfera processual tornou-se uma das diretrizes mais importantes do Código de Processo Civil de 2015, com a adoção preferencial de soluções consensuais de conflitos, que deverão ser promovidas pelo Estado sempre que possível (art. 3º, §§2º e 3º do CPC/2015).⁵⁹ A legislação também admite a utilização de arbitragem na Administração Pública — reconhecendo a existência de direitos patrimoniais disponíveis na seara pública (art. 1º, §1º, da Lei nº 9.307/1996, incluído pela Lei nº 13.129/2015) — e a adoção da mediação como método de resolução de conflitos que envolvam a Administração Pública, tanto por força do art. 174 da Lei nº 13.105/2015 (CPC/2015)⁶⁰ como também pelos arts. 32 e seguintes da Lei nº 13.140/2015. Além disso, diversas leis específicas e setoriais reiteram a possibilidade de autocomposição pela Administração Pública e a celebração de acordos nos âmbitos administrativo e judicial.⁶¹

59 “Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. (...) § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”

60 “Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I — dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II — avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III — promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.”

61 Alguns exemplos podem ser destacados. O Código Tributário Nacional expressamente prevê a transação como hipótese de extinção do crédito tributário, facultando à legislação a delimitação das condições e os sujeitos ativo e passivo para celebrar transação mediante concessões mútuas (arts. 156, III, e 171, ambos da Lei nº 5.172/1996. No âmbito das agências reguladoras, há previsões que estimulam a solução extrajudicial de controvérsias contratuais ou no âmbito de processos administrativos, tal como se extrai da Lei Geral de Telecomunicações (art. 93, XV, da Lei nº 9.472/1997), da Lei de Petróleo e Gás (art. 20 da Lei nº 9.478/1997), da Lei de Transportes Aquaviários e Terrestres (art. 35, XVI, da Lei nº 10.233/2001), da Lei do Setor Elétrico (art. 4º, §8º, da Lei nº 10.438/2002), da Lei de Transporte de Gás Natural (art. 21, XI, da Lei nº 11.909/2009); e da Lei Geral dos Portos (arts. 37 e 62 da Lei nº 12.815/2013). Por derradeiro, outros exemplos são extraídos das leis que disciplinam o regime jurídico de

A lógica do consenso permeou até mesmo o âmbito das ações penais e das ações de improbidade, em que o legislador reconheceu a possibilidade de celebração de acordos pelas entidades de controle, tal como o Ministério Público, por meio de acordos de não persecução civil (cf. art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992 — Lei de Improbidade Administrativa, na redação introduzida pela Lei nº 13.964/2019) ou penal (cf. art. 28-A do Decreto-Lei nº 3.689/1941 — Código de Processo Penal, na redação introduzida pela Lei nº 13.964/2019), acordos de leniência (cf. arts. 16 e 17 da Lei nº 12.846/2013 — Lei Anticorrupção) e acordos de colaboração premiada, com a hipótese expressa de se transacionar inclusive sobre o futuro ajuizamento da ação penal, com a possibilidade de arquivamento do inquérito (cf. art. 4º, §4º, da Lei nº 12.850/2013 — Lei de Organizações Criminosas), superando dogmas existentes no Direito brasileiro, como o da indisponibilidade da ação penal.

Ainda nessa toada, destacam-se as novas regras da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB — Decreto-Lei nº 4.657/1942, na redação introduzida pela Lei nº 13.655/2018). Inspirada, entre outros fatores, na dificuldade de o Poder Público obter o cumprimento voluntário e rápido da obrigação por terceiros, a legislação em questão reconheceu um amplo espaço de atuação estatal com base na consensualidade, sobretudo a partir da redação de seu art. 26, que possibilitou a celebração de compromissos para eliminar irregularidades, incertezas jurídicas ou situações contenciosas na aplicação do Direito Público.⁶² A propósito, o art. 26 da LINDB, aliado à premissa dialógica do CPC, é considerado pela doutrina⁶³ uma cláusula geral de negociação no âmbito da Administração Pública, a

licitações e contratos, tal como a Lei Geral de Concessões (art. 23-A da Lei nº 8.987/1995), a Lei de Parcerias Público-Privadas (art. 11, III da Lei nº 11.079/2004), o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (arts. 26 e 44-A da Lei nº 12.462/2011; e arts. 43, 59 e 105 do Decreto nº 7.581/2011), a Lei das Estatais (arts. 12, parágrafo único, e 81, ambos da Lei nº 13.303/2016) e no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos (arts. 15 e 31 da Lei nº 13.448/2017).

- 62 “Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do Direito Público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.”
- 63 GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. “Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública”, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018, p. 146-154.

revelar um permissivo legal genérico para a celebração de acordos pelo Estado, inclusive no campo das sanções, sendo desnecessária a previsão de tipos específicos de acordos na legislação para que a Administração Pública possa agir consensualmente como alternativa à atuação repressiva e unilateral (princípio da *atipicidade dos acordos administrativos*).⁶⁴

Por tudo isso, é possível afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro passou por um processo de verdadeira *mutação* da dogmática administrativa, em que a celebração de acordos, antes vista como excepcional e dependente de autorizações legislativas específicas, passa a ser encarada como **verdadeira regra geral de permissibilidade para a atuação consensual da Administração Pública**. Trata-se de uma solução pragmática voltada à obtenção dos melhores resultados práticos possíveis, ao mesmo tempo que coloca o Estado em uma posição mais dialógica e democrática na consecução de suas finalidades institucionais.

64 Novamente, nas palavras de Juliana Palma, "(...) o modelo de previsão normativa por permissivo genérico é marcado pela presença de um permissivo autorizativo genérico à Administração Pública para que celebre acordos administrativos, sem prejuízo de normas especiais que disponham mais especificamente sobre a dinâmica da atuação consensual. Como consequência, a Administração Pública como um todo estaria, *a priori*, legitimada a celebrar acordos administrativos independentemente da previsão, ou não, em norma específica" (PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 235). Ainda segundo a autora, o caráter negocial dos acordos "enseja a feição negativa da legalidade e, mesmo, a atipicidade dos termos dos acordos administrativos (vinculação negativa e atipicidade *versus* vinculação positiva e tipicidade)" (Idem, p. 267-268). No âmbito processual, por sua vez, a *atipicidade* também é existente no bojo de negócios jurídicos processuais, conforme defendido por Fredie Didier Jr. a partir da leitura do art. 190 do CPC (DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. "A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa". *A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, ano 17, nº 67, jan.-mar., 2017, p. 108).

José Vicente Santos de Mendonça

**Onze perguntas e
respostas sobre requisição
administrativa em tempos
de Covid-19**

4

Onze perguntas e respostas sobre requisição administrativa em tempos de Covid-19

José Vicente Santos de Mendonça^{65, 66}

1. Introdução

Em tempos de Covid-19, a União e, especialmente, os estados e municípios vêm fazendo uso de um instrumento tradicional do Direito Administrativo, a requisição administrativa, para enfrentar a pandemia causada pelo novo coronavírus. Máscaras, respiradores e leitos são requisitados por entes federativos, às vezes até mesmo em um contexto de espetacularização. Seja como for, o instituto existe, está na Constituição e merece ser revisitado. Precisamos, portanto, compreender seus limites e suas possibilidades.

Este texto foi elaborado em formato de perguntas e respostas que buscam apresentar um panorama não enviesado da questão. Identifico minha opinião quando for o caso. Nem tudo tem uma resposta segura; nem tudo, nos dias de hoje, conta com jurisprudência, entendimento do Supremo ou doutrina consolidada. É natural que seja assim. Obras instantâneas, no que ganham em contemporaneidade, perdem em capacidade de reflexão (o fenômeno ainda está em curso). Mas, por essas características, elas refletem os tempos: são, como nossos dias, superficiais e ansiosas.

Tentarei ser o mais direto possível, porque serei mais lido na internet do que no papel. Ler em uma tela gera um tipo diferente de apreensão do conteúdo.⁶⁷ Se textos jurídicos já são, no geral,

65 Professor adjunto de Direito Administrativo da UERJ. Doutor e mestre em Direito Público pela UERJ. *Master of Laws* por Harvard. Procurador do Estado e advogado no Rio de Janeiro (jose.vicente@terra.com.br).

66 Agradeço as sugestões feitas por Carlos Ari Sundfeld, Egon Bockmann Moreira, Renato Toledo, Pedro Dionísio, André Tosta e Leonardo Carrilho. Algumas das ideias aqui formuladas foram por mim veiculadas no programa on-line *Conversas de Direito Administrativo* (procure no Youtube), organizado por Patrícia Baptista, e que conta com a participação de André Cyrino. Mas nenhum dos meus amigos tem culpa de nada do que aqui consta.

67 Se você se interessa pelo assunto, recomendo o livro *Reader, Come Home*, da pesquisadora Maryanne Wolf. Ela informa que a leitura de textos em telas, e não no papel, estrutura o mecanismo cognitivo de modo hiperestimulado, recompensando tempo de atenção mais curto. A retenção e a compreensão do conteúdo acabam prejudicadas.

chatos, imagine lê-los superficialmente, no computador ou no celular, precisando encontrar uma citação para colocar na petição ou na sentença. Eu me solidarizo com vocês, caros leitores; estamos juntos nessa. Mas vamos ao trabalho.

2. Onze perguntas e respostas sobre requisição administrativa em tempos de Covid-19

1. *O que é requisição administrativa? Qual é sua base normativa?*

A requisição administrativa é a intervenção extraordinária do Estado no patrimônio por meio da qual o Poder Público, em situações de iminente perigo público, requisita bens móveis, imóveis e serviços privados. Você já viu em filmes: a polícia requisita o carro do cidadão em apoio à perseguição.⁶⁸ É autoexecutória: o Poder Público não precisa pedir a ninguém para agir.⁶⁹ Configurada a situação de urgência, ele atua desde logo e usa o bem até o momento em que persistir a justificativa de sua ação. Seu fundamento constitucional é o art. 5º, inciso XXV, da Constituição Federal.

Existem diversas leis que tratam do assunto, desde antigas (o Decreto-Lei nº 4.812/1942, a Lei Delegada nº 4/1962) até as mais recentes (a Lei do SUS [Lei nº 8.080/1990]; a Lei de Greve [Lei nº 7.783/1989]). Para o contexto da pandemia, editou-se a Lei nº 13.979/2020, cujo art. 3º, VII, trata da requisição. Diz tal norma que as autoridades (ou seja, não só a União, nem só as pessoas políticas) poderão requisitar bens e serviços, de pessoas naturais e jurídicas, garantido o pagamento posterior de indenização justa.

68 E, antes do coronavírus, você também já havia visto no noticiário: durante a greve dos caminhoneiros de 2018, o Decreto nº 9.382/2018 autorizou as Forças Armadas a requisitarem temporariamente os caminhões que bloqueavam estradas. A respeito desse caso, e das generalidades da requisição administrativa, seja concedida a referência a MENDONÇA, José Vicente Santos de. "Greve de caminhoneiros e requisição administrativa: modo de usar". Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/jose-vicente-santos-mendonca/greve-de-caminhoneiros-e-requisicao-administrativa-modo-de-usar>.

69 E se o Poder Público ajuizar ação solicitando autorização para agir? Ela deve ser extinta sem apreciação do mérito? Cada caso é um caso, e é compreensível a insegurança do Poder Público em um assunto delicado. Mas, em tese, até mesmo pela urgência, ele não deve pedir a ninguém para agir; ele age. Se o fizer, precisa dizer por quê. A situação é de iminente perigo público. Até obter a liminar, quem sabe o perigo já não se terá transformado em prejuízo?

Há duas diferenças — e uma semelhança — entre a requisição administrativa e a desapropriação. A primeira diferença é a exigência de iminente perigo público para que se possa requisitar. Não há essa exigência para as desapropriações. A segunda é que, na desapropriação, a indenização é prévia (art. 5º, XXIV, da CRFB-88), ao passo que, na requisição, é posterior (se o perigo é iminente, não dá tempo de pagar antecipado). A semelhança é que, nos dois institutos, a indenização deve ser *justa*; caso contrário, não há requisição ou desapropriação, mas confisco, vedado pela Constituição.

2. O que é situação de iminente perigo público? Seu reconhecimento pressupõe formalidade?

A situação de perigo público é aquela que traz risco de dano, material ou moral,⁷⁰ a uma coletividade específica (p. ex., índios de uma tribo) ou indeterminada (p. ex., fluminenses). O risco de dano não basta ser público; tem de ser iminente, ou seja, estar próximo de ocorrer. Como a requisição administrativa implica tensionamento máximo à propriedade, não é dano trivial que habilita à requisição: é dano grave, tal como desabastecimento, incêndio, morte.

Uma leitura equivocada do art. 5º, XXV, da Constituição da República diria que, se o dano já está ocorrendo, não seria possível requisitar, visto que o perigo não é mais iminente. Não é assim. O iminente não é só a urgência instantânea (*v.g.*, a perseguição policial). Perigo público pode ter *iter* performativo e, por isso, estar em vias de aumentar sua gravidade. O dano público de nível 1, que já se concretizou, pode sinalizar, ao mesmo tempo, a iminência do perigo público consistente no dano de nível 2, que ainda não ocorreu. Por outro lado, se o perigo já se ultimou, não será mais possível requisitar o bem ou o serviço privado.

O perigo público que habilita a requisição deve ser imprevisível, em sua ocorrência ou em seus efeitos. Perigo previsível não justifica requisição administrativa, que é instrumento excepcional da Administração Pública.

70 Embora a hipótese seja incomum, é possível o uso da requisição administrativa para evitar a ocorrência de perigo público que implique dano apenas ou especialmente moral. Exemplo: em razão de gravíssima má conservação de biblioteca privada, há risco imediato de perecimento de documentos que contam boa parte da história das prostitutas “polacas” no Rio. Creio que seja possível requisitar os documentos, indenizando-se posteriormente o proprietário.

A situação de iminente perigo público prescinde de formalidade para seu reconhecimento. *Ela existe por si só.*⁷¹ Não é, por exemplo, necessária a decretação de estado de calamidade para que o instrumento se torne possível. Nem faria sentido exigir formalidade: o tempo é crítico. Assim, o iminente perigo público causado pela pandemia da Covid-19 é fato público e notório. Mas não é universal, visto que, por exemplo, o iminente perigo público advindo da ausência de leitos na rede pública de saúde se identifica caso a caso entre os diversos entes federativos.

3. Faz sentido exigir-se um procedimento administrativo prévio à requisição?

Alguns estados e municípios editaram leis e decretos que estruturam, em maior ou menor grau, procedimentos administrativos prévios à requisição. Alguns exigem a edição de atos administrativos individualizadores do objeto da requisição e/ou a prolação de pareceres jurídicos. Não é mal que o façam — é bom caminhar em direção a algum nível de racionalidade procedimental no Brasil. Mas, a depender da complexidade do procedimento, ele pode invalidá-la finalisticamente.

Algum nível de procedimentalização é importante; procedimento complexo pode desnaturar o sentido da requisição.⁷²

4. A Administração precisa negociar com o particular antes de requisitar?

A pergunta está em aberto. A Confederação Nacional de Saúde ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.362, pretendendo interpretação conforme o art. 3º, VII, da Lei nº 13.979/2020 — a norma da requisição na pandemia —, alegando, na essência, que, em razão da proporcionalidade, seria recomendável esgotar alternativas menos gravosas antes de se requisitarem leitos de hospitais privados.

71 Mas é possível que a lei estabeleça prazos de verificação da continuidade do estado de perigo público. É o que faz a Lei da Pandemia, em seu art. 1º, parágrafo 2º.

72 Uma pergunta interessante: e se a norma prevê algum procedimento, mas a evitação do perigo público torná-lo de impossível cumprimento? A requisição será inválida? Aplicar-se-ia algum raciocínio de “instrumentalidade da forma”? Por outro lado: a evitação do perigo iminente escusa *tudo*?

Há dois aspectos a considerar. O primeiro tem a ver com a lógica da requisição. O segundo tem a ver com o que a proporcionalidade “é”. Pois bem: se a requisição destina-se a uma circunstância de iminente perigo público, não será possível — a não ser em sentido geral — esgotar alternativas menos gravosas. É claro que a requisição é fronteira do poder do Estado, mas, se há perigo público, é instrumento útil. Haverá, provavelmente, pouco tempo e pouca margem de manobra para se negociar com o particular, pelo menos nas requisições instantâneas.⁷³

Quanto à proporcionalidade, o fato é que seu teste de necessidade não é exigência *tout court* de “pegar leve”. Essa compreensão só analisa a situação à luz das “medidas menos gravosas ao particular”, mas se esquece da segunda parte da formulação: devem-se adotar as medidas menos compressivas de direitos do particular, na medida em que garantam, *com intensidade semelhante*, o objetivo. O dever de proporcionalidade-necessidade é exigência de minoração de efeitos lesivos *diante de alternativas que produzam resultados equivalentes*.⁷⁴ Existem muitas medidas menos gravosas do que requisitar leitos de hospitais privados, desde não fazer nada (a menos restritiva) até, por exemplo, construir hospitais. Nenhuma provavelmente resultaria em efeitos próximos aos da requisição. Além disso, é preciso verificar o rigor com que se está vindicando o “dever de esgotar” alternativas menos gravosas. Pode-se estar, aqui, levantando exigências suprarrogatórias ao Poder Público (“antes de requisitar, devem-se construir novos hospitais públicos”). Se assim fosse, nunca seria possível requisitar.

Em outras palavras, sempre existirá alternativa menos gravosa do que a requisição, e alternativas menos gravosas à requisição nunca serão suficientemente esgotadas. Na prática, insistir em qualquer um desses argumentos é inconstitucionalizar a requisição administrativa.⁷⁵

73 É discutível, contudo, se, com o passar do tempo, as requisições de leitos *ainda* continuam sendo requisições válidas, tanto mais que a lei da pandemia permitiu, para o caso, a contratação direta.

74 Ainda que não os mesmos, porque se estaria incorrendo em outro problema: a única medida proporcional seria aquela cujo teste ora se faz. Só ela é capaz de produzir *seus* resultados.

75 Isso não significa que inexistam formas de se tornar menos autoritária e monológica a requisição. É preciso realizar requisições informadas e racionais, sob pena de, a pretexto de se

Conclusão: embora a requisição administrativa não seja medida trivial, se há iminente perigo público, ela pode ser utilizada pela Administração, sendo que, em alguns casos, não haverá tempo nem condições de se negociar com o particular. Mas, se houver, tanto melhor.

5. Como pode ocorrer a coordenação da União na requisição administrativa de saúde?

Antes de responder a esta questão, faço uma breve digressão.

A qualidade da nossa experiência federativa é discutível. Além disso, temos federação tripartite (muitos entes federativos), país continental (ainda mais entes), federalismo por desagregação (a centralização soa-nos menos antinatural). Por isso, associamos a ideia de centralização às noções de racionalidade e de eficiência. Mas há dois problemas. O primeiro é federativo-textual, ao ignorar competências constitucionalmente alocadas a entes infranacionais. O segundo problema é trocar o custo da multiplicidade pelo custo da unidade, mas esquecer do risco, que, disperso na multiplicidade, aumenta na unidade. É bom ter uma política pública nacional ao invés de vinte e sete políticas estaduais diferentes — exceto quando a política nacional é uma tragédia, e aí se abriu mão de vinte e sete possibilidades.⁷⁶

Pois bem: a competência administrativa comum da União, dos estados e dos municípios para cuidar da saúde (art. 23, II, da CRFB-88) pressupõe que todos possam requisitar bens e serviços. A competência específica da União é a de, funcionando na qualidade de legislador nacional, editar lei complementar, estruturando, na matéria, a cooperação entre os entes (art. 23, parágrafo único, CRFB-88). Aceita-se que a União possa, desde logo, coordenar atuações, mas a coordenação não vai ao ponto de condicionar competências de outros entes.⁷⁷ Do contrário, não haveria coordenação, mas subordinação.

evitar um perigo público iminente (p. ex., evitar a Covid-19), causar-se outro (p. ex., requisitar leitos destinados a crianças com câncer). O Poder Público deve ser arrojado, e não atropelado — arrojado é velocidade bem manejada.

76 Há também o custo de se abrir mão de informação. Vinte e sete estados, e mais de cinco mil municípios, produzem informação de modo mais volumoso e diverso do que uma única União.

77 Veja decisão no STF na ADI nº 6.341.

No campo da requisição, em que se lida com situação urgente, condicionar as requisições infranacionais ao *placet* federal é ganhar em coordenação à custa de inviabilizar a própria requisição.⁷⁸ A coordenação da União se faz, por exemplo, pela estruturação de políticas comuns ou modelares; pela edição de guias e manuais de boas práticas; pela proposição de instrumentos de *soft law*. Pode-se, por exemplo, elaborar uma normatização-modelo de requisição de saúde, disponibilizando-a aos entes; criar um sistema único de informação acerca de leitos, respiradores e máscaras; coordenar informações de disponibilidade de bens e serviços com os respectivos transportes de pacientes, entre tantas outras providências.

6. *Pode haver requisição de serviços pessoais? O profissional de saúde pode recusar-se a prestar serviço se não concordar com os valores? E no caso de outros serviços?*

É ponto pouco explorado. A resposta mais imediata é remeter à lei, seja a do SUS, seja a da pandemia, e dizer: sim, pode haver requisição de serviços pessoais; e não, o requisitado não pode recusar. A indenização, feita após o serviço ter sido prestado, há que ser compatível com a remuneração paga pelo mercado.

Mas, felizmente, as coisas não são assim tão simples. Creio que seja possível traçar uma analogia com o serviço civil ou militar obrigatório e a escusa de consciência (art. 143 e parágrafo 1º da CRFB-88). De um lado, a Constituição proíbe o trabalho forçado, mesmo como pena (art. 5º, XLVII, “c”). De outro, estabelece o serviço militar ou civil obrigatório (art. 143). A requisição de serviço está mais próxima de uma pena ou de um serviço civil obrigatório? Intuitivamente, eu diria que parece mais com um serviço obrigatório. Faria, contudo, algumas diferenciações. A elas!

Em primeiro lugar, há que se verificar se há viabilidade de o trabalho ser desempenhado pela pessoa sem violação a valores pessoais legítimos. É possível, sem comprometimento da urgência associada à requisição, encontrar outro prestador de serviço que se sinta confortável com a prestação? Se sim, é a opção a ser

78 Esse é o segundo pedido da ADI nº 6.362.

adotada. No caso de serviços médicos, em que a regra é a fungibilidade, a solução é admitir a troca.⁷⁹ A verdade é que, tecnicamente, requisita-se o *serviço*, que se faz por meio da pessoa; se ele pode ser desempenhado por outrem, tanto melhor.

Caso não haja tal viabilidade, a situação muda. Esqueça a improbabilidade do exemplo, e imagine um governo conservador requisitando canção sobre supostas glórias do período militar a compositor de esquerda. O compositor pode recusar-se? Claro que pode! Incidem, aqui, a dignidade humana e o respeito ao núcleo da autonomia privada.

Falemos de indenização pelos serviços pessoais. O profissional poderia recusar a requisição fundado na discordância em relação a valores? Em tese, ele deveria questionar a indenização posteriormente. Mas note-se bem: serviço requisitado não é trabalho escravo (tem de ser pago), nem é expropriação parcial (tem de ser pago de modo justo). Indenização justa é aquela compatível com o mercado específico no qual está inserido o profissional.

7. *E as requisições de bens ou serviços já praticadas por outros entes federativos? Elas são jurídicas? Como podem ser organizadas?*

Esse é um dos temas mais confusos na matéria. O primeiro ponto a se destacar é que a requisição administrativa só incide sobre bens privados (o art. 5º, XXV, fala em propriedade “particular”). Bens e serviços *públicos* só podem ser requisitados nos casos de estado de defesa e de estado de sítio. Assim, em caso interessante, o STF invalidou requisição federal de hospitais públicos do Rio (MS nº 25.295).⁸⁰

Seja como for, o que tem ocorrido não é isso. O que tem havido são requisições do ente federativo “A” sobre bens que já são objeto de requisição pelo ente federativo “B”. Um conflito positivo de requisições acerca do mesmo bem. Como resolver?

79 Salvo situações específicas, como a oposição do cirurgião a realizar abortamento por razões religiosas.

80 Em caso recente, sob tal fundamento, o ministro Celso de Mello invalidou requisição da União sobre respiradores adquiridos pelo estado do Maranhão. Veja Tutela Provisória da Ação Cível nº 3.385.

A primeira opção seria aplicar, por analogia, o art. 2º, parágrafo 2º, do Decreto-Lei nº 3.365/1941, o qual afirma que a União desapropria o bem público do estado e do município, e o estado desapropria o bem do município. Por esse raciocínio, a União requisitaria de todos; os estados, dos municípios; e estes, só dos particulares. Não gosto dessa solução, porque, apesar de alguns defenderem a norma com o fajutíssimo argumento de que o interesse público da União é geograficamente maior do que o dos estados e o dos municípios, no fundo o que se tem é uma afirmação de que a União vale mais do que os estados, e estes, mais do que os municípios. Além disso, como a solvência da União é maior do que a de todos os demais entes, consigo antever proprietários de bens requisitáveis escondendo-os dos entes infranacionais.⁸¹

Outro critério em que consigo pensar é o da primeira afetação do bem ou do serviço requisitado. Prevalece a requisição daquele que primeiro utilizar. Não é um critério perfeito, mas é objetivo, não assume a prevalência de nenhum ente, e, em certo sentido, incentiva a organização da Administração. Por outro lado, pode instalar uma corrida de requisições: quem chega primeiro leva, independentemente da necessidade ou da eficácia posterior no uso do bem ou do serviço.

Critérios mais sofisticados podem ser cogitados. Especificamente na hipótese de requisição de leitos hospitalares privados, pode-se pensar em organizar a precedência de requisições federativas por nível de ocupação de leitos e/ou quantidade e expectativa de aumento de doentes. Pense em duas requisições incidindo sobre o mesmo respirador. Uma da União, para direcionar o aparelho a hospital federal com 50% de ocupação, e outra de município cujos hospitais operam com 120% da capacidade. O município teria precedência sobre a União. Em termos normativos, o critério seria pendurado na conta do princípio da eficiência.⁸²

81 A única solução em tese justa seria afirmar que só quem pode requisitar é a União, que, então, repassaria os bens aos entes infranacionais. Só que ela própria teria de ser bem criteriosa ao repartir os bens. Essa solução é tão justa quanto inconstitucional, porque todos os entes podem requisitar.

82 Agradeço a sugestão de critério ao doutorando Pedro Dionísio. Ele sugeriu o critério e o exemplo, mas a pendurada na conta da eficiência é só minha.

8. Como se paga a indenização? Qual é seu valor?

A Constituição e as leis que tratam de requisições adotam a fórmula do pagamento “se houver dano”. Há, aí, certa insinceridade, porque dano quase sempre há. No mínimo, há o custo de oportunidade associado a não dispor do bem por certo período. A indenização é paga após a requisição, e não, como na desapropriação, (mais ou menos) antes.⁸³

A indenização da requisição, embora posterior ao evento, deve ocorrer tão logo seja possível. É prudente, realizada a requisição, iniciar-se o procedimento para sua indenização. Como instrumento excepcional destinado a urgências, ela não se sujeita à capacidade orçamentária anual do requisitante, mas é importante que sua prática não implique, pela reiteração, violação à Lei de Responsabilidade Fiscal.

O valor da indenização segue a lógica da desapropriação. Apesar de não ser prévio, há que ser justo. Há que se retornar, no máximo possível, ao *status quo ante* do proprietário do bem.⁸⁴

9. Quando o bem não interessa mais ao requisitado, ele pode recusar-se a recebê-lo de volta?

O requisitante deve devolver o bem no estado em que o recebeu e com a utilidade com que o obteve. Se o bem é consumível (p. ex., álcool gel) ou de uso individual (p. ex., máscaras), ou se seu sentido econômico se esvazia após o uso (p. ex., empresa de colchões não vende colchão usado), o requisitado tem direito a uma indenização, sob pena de a requisição se tornar desapropriação indireta. Mas é preciso haver sentido na recusa privada. É que se, por um lado, admitir a recusa torna a requisição menos gravosa, porque transfere, por exemplo, o risco da obsolescência ao Poder Público

83 Na dicção constitucional, há uma prévia e justa indenização em dinheiro. Na prática, o particular recebe antecipadamente apenas o valor que o Poder Público deposita para obter judicialmente a imissão provisória na posse, às vezes com acréscimo determinado pelo juízo da desapropriação.

84 O procedimento da indenização deve ser o mais simplificado possível, para não proporcionar novos danos ao requisitado (e novos deveres indenizatórios ao erário), e deve dispor de cálculos verossímeis que demonstrem as razões que levaram àquele valor; o ideal é que a indenização não dependa de posterior interferência judicial, que acrescenta seus custos próprios.

— pensemos em uma requisição de computadores que, alguns anos depois, só teria sucata a devolver —, por outro lado, faz com que a requisição se aproxime da venda, o que pode levar a comportamentos oportunistas.

10. Qual é a diferença entre contratação emergencial e requisição administrativa? Como o Poder Público deve escolher o que requisitar? Como evitar a fraude à licitação por meio da requisição?

A contratação direta sem licitação fundada em emergência — tanto na regra geral (art. 24, IV, Lei nº 8.666/1993) como na regra da pandemia (art. 4º da Lei nº 13.979/2000) — e a requisição administrativa são institutos próximos. O que os diferencia?

A contratação direta é *procedimento abreviado*. A requisição é *ato de urgência*. A contratação direta segue uma burocracia procedimental estruturada; há que se verificar se o contratado preenche requisitos de habilitação, se há disponibilidade orçamentária, se o preço acompanha o mercado. Na requisição, embora, como mencionado na resposta à pergunta 2, alguma procedimentalização seja recomendável, nas requisições instantâneas isso não é possível. Na perseguição ao criminoso, o policial não tem como identificar o objeto requisitado — o agente público simplesmente requisita o carro.

A grande diferença é, por assim dizer, na intensidade da urgência. Uma é um *fast track*. Outra é um estado de necessidade. Além disso, na contratação, o particular tem a garantia do contrato administrativo. A requisição é uso do bem antes de qualquer possibilidade de contratação. Na contratação direta, há voluntariedade — o particular só contrata com o Poder Público se quiser. Na requisição, há compulsoriedade — o particular não precisa concordar para ter seu bem requisitado. Por fim, na requisição a Administração paga depois, em valor teoricamente justo mas estruturado a partir da opinião dela (e o particular que judicialize se não concordar). No contrato licitado e mesmo na contratação direta, o mercado participa de modo mais saliente da formação do preço.

Como se vê, há tentações várias para que o Poder Público prefira a requisição à contratação direta. Como diferenciar o uso adequado da requisição de seu abuso?

Um raciocínio plausível pode ser o seguinte: nos primeiros momentos da pandemia, justificava-se a requisição. O evento era inédito. Com seu prolongamento no tempo, a *iminência de perigo público* (art. 5º, XXV) vai-se tornando *emergência de saúde pública* (art. 4º da Lei da Pandemia). Não se justificam, então, reiterações contínuas de requisições. A Administração, por mais compreensível que se deva ser com circunstância que nos pegou de surpresa, já terá tido tempo de se programar — e veja que não se está falando de nenhum grande planejamento, mas tão somente de um planejamento capaz de subsidiar uma singela contratação emergencial.

Quanto à escolha do objeto a ser requisitado, a verdade é que a iminência do perigo leva a crer que não há espaço para muita escolha. Requisita-se o que há de mais rápido e eficiente para a evitação do perigo. Mais uma potencialidade de abuso.

Evita-se a fraude à licitação via pseudorrequisições pelo controle dos requisitos da requisição. Havia iminência de perigo público? Houve reiteração contínua da requisição? Há desenho procedimental que, deliberadamente, incline a lógica da requisição em direção à lógica de uma contratação? Essas são algumas das perguntas a serem feitas.

11. Há especificidades das requisições administrativas em razão da pandemia?

As requisições em razão da pandemia apresentam três especificidades. Elas só podem ser realizadas, ou mesmo durar, até o tempo necessário à neutralização dos estágios mais graves da pandemia (é quando dura a iminência do perigo público). Um bom referencial seriam os decretos de governadores e prefeitos, e, idealmente, alguma comunicação da Organização Mundial da Saúde. A lei, em todo caso, fixou um prazo de referência.

Segunda especificidade: elas devem estar correlacionadas à neutralização da pandemia. A Administração há que demonstrar o nexo causal entre o bem ou serviço requisitado e seu uso específico.

A terceira especificidade é que elas, como, aliás, todas as medidas destinadas à neutralização da pandemia, devem ser orientadas pelo uso de evidências científicas (art. 3º, parágrafo 1º, da Lei da Pandemia). É claro que a ciência é feita de hipóteses e refutações; é claro que a ciência não é neutra no recorte do objeto, mas no procedimento de investigação; é claro que há boa e há má ciência. Mas há consensos mínimos, fruto do trabalho de gerações de pesquisadores. Convém respeitá-los. Uma Administração Pública também está limitada pela ciência.

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio

A Covid-19, a falta de saneamento e a reforma do marco regulatório

5

A Covid-19, a falta de saneamento e a reforma do marco regulatório

*Patrícia Regina Pinheiro Sampaio*⁸⁵

O ano de 2020 marcou a vida de todos. Vivenciamos — e ainda estamos em — uma pandemia. A difusão de um novo coronavírus de alto contágio e a ausência de medicamentos efetivos para curar a Covid-19 fecharam escolas, indústrias, comércio e serviços, colocando-nos em isolamento social e restringindo profundamente nosso ir e vir. Passamos a ser insistentemente instados a higienizar as mãos.

Foi nesse contexto que o país parece finalmente ter-se dado conta de uma realidade em que 12% da população ainda não têm acesso à rede de água e apenas 53% acessam serviços de esgotamento sanitário.⁸⁶ Condições inadequadas de saneamento foram positivamente correlacionadas ao maior risco de contágio da Covid-19, como ocorre em qualquer doença infectocontagiosa.⁸⁷ Nesse cenário, o saneamento — em realidade, sua ausência — ganhou finalmente a atenção devida da sociedade.

Como resultado, foi aprovada uma proposta legislativa que tramitava no Congresso Nacional e que já fora objeto de duas anteriores frustradas tentativas de conversão de medidas provisórias em lei: as Medidas Provisórias nº 868/2018 e nº 844/2018 perderam vigência sem haverem sido apreciadas pelo Parlamento, em razão de visões antagônicas sobre qual seria a reforma desejada para o setor.

A promulgação da Lei nº 14.026/2020 traz a esperança de novas soluções que viabilizem investimentos para que se supere o grave problema nacional, embora, desde logo, se deva fazer o alerta de que leis podem criar incentivos ou impor obstáculos, mas dificilmente serão determinantes para uma mudança efetiva em favor da priorização de um serviço público.

85 Professora da FGV Direito Rio.

86 Disponível em: www.snis.gov.br. Acesso em: 10 dez. 2020.

87 Disponível em: http://tratabrasil.org.br/covid-19/assets/pdf/cartilha_covid-19.pdf. Acesso em: 9 dez. 2020.

Os detalhes de sua implementação farão toda a diferença e devem levar em consideração o grau de adesão dos diferentes *stakeholders* afetados pelo processo. No presente caso, não são poucos, a começar pelo fato de que, historicamente, o setor sofre os efeitos adversos de um imbróglio entre entidades municipais e estaduais no que tange à titularidade do serviço, à sua provisão e à sua regulação. Há poderes concedentes (em regra) municipais; companhias estatais estaduais (CESB) e seus governos estaduais controladores provendo o serviço à maior parcela da população;⁸⁸ agências reguladoras estaduais, intermunicipais e órgãos reguladores municipais; além de concepções distintas de mundo entre municipalistas e aqueles que sustentam a superioridade de soluções regionalizadas.

O legislador se posicionou. Um dos principais pilares da reforma aprovada refere-se ao incentivo à regionalização da prestação e da regulação do serviço, sugerindo uma mudança em relação ao modelo municipalista que, até então, era o dominante. A proposta parece alinhar o direito às diretrizes trazidas da economia, saberes que nem sempre andam lado a lado. Quando se afastam, porém, perdas sociais são esperadas.

Assim, a solução que, até então, vinha tratando o saneamento como matéria, em regra, de natureza local, possivelmente considerou que, dos 5.570 municípios brasileiros, 3.670 têm até de vinte mil habitantes. Vários são pequenas populações isoladas, de modo que o tema seria de interesse local.

De outro lado, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 57% da população vivem em 5,8% dos municípios (324), que correspondem às cidades com mais de quinhentos mil habitantes. Os 48 municípios com mais de quinhentos mil habitantes, por sua vez, concentram um terço da população nacional.⁸⁹ O tema do saneamento, por conseguinte, pode estar inserido em realidades populacionais muito distintas.

88 Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/17643/1/PRCapLiv212860_saneamento_compI_P.pdf. Acesso em: 10 dez. 2020.

89 Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/25278-ibge-divulga-as-estimativas-da-populacao-dos-municipios-para-2019#:~:text=IBGE%20divulga%20as%20estimativas%20da%20popula%C3%A7%C3%A3o%20dos%20munic%C3%ADpios%20,para%202019,-Editoria%3A%20>

O saneamento, por ser uma indústria caracterizada como monopólio natural e que opera em rede, beneficia-se de economias de escala, assim como das externalidades de rede. No entanto, para que eficiências possam ser adequadamente capturadas, é preciso que haja clareza sobre quem é o titular da provisão do serviço, ou seja, quem é o responsável por organizá-lo, obter os recursos necessários à sua implementação e fiscalizar sua prestação.

A solução trazida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.842, em 2013, apresenta dificuldades práticas de implementação. Referida decisão esclareceu que, como regra geral, o saneamento constitui serviço de interesse local; portanto, de competência municipal. Além disso, a decisão informa que, nas regiões metropolitanas, a titularidade do serviço de saneamento é partilhada entre os municípios que as compõem e o estado da federação em que se situam.

Surge, aqui, então, o tema dos custos de transação, pois essa concepção de poder concedente compartilhado nas regiões metropolitanas torna necessário que uma pluralidade de entes políticos se concilie quanto a decisões fundamentais para que o usuário possa receber o serviço. Esse serviço será prestado diretamente pelo poder público titular ou será delegado? Quem fará sua regulação? No caso do estado do Rio de Janeiro, por exemplo, atualmente a região metropolitana é composta por 22 municípios (Lei Complementar Estadual nº 184/2018). Não é trivial obter-se algum consenso entre esses entes e o estado do Rio de Janeiro. O calendário eleitoral também não colabora, na medida em que os ciclos eleitorais municipais são descasados dos estaduais, restringindo, assim, as janelas temporais disponíveis à construção de consensos.

Em suma, a concepção de um federalismo cooperativo, em que municípios e estado partilham, de forma harmônica, a titularidade do serviço, parece ser de difícil implementação. Observa-se, assim, no resultado do julgamento da ADI nº 1.842, certo descasamento entre a solução de tratar o tema como de interesse e o

Estat%3ADsticas%20Sociais&text=O%20IBGE%20divulga%20hoje%20as,1%C2%BA%20de%20julho%20de%202019.&text=O%20maior%20deles%20%C3%A9%20S%C3%A3o,9%25%20da%20popula%C3%A7%C3%A3o%20do%20pa%C3%ADs. Acesso em: 9 dez. 2020.

reconhecimento de que a provisão do serviço de saneamento se beneficia de economias de escala e, portanto, demandaria, em muitos casos, titularidade e regulação territorialmente mais abrangentes.

Nesse contexto, soluções legislativas que facilitem medidas de regionalização ou deferimento a entidades supramunicipais, na extensão em que não firam a Constituição, parecem ser bem-vindas. Nesse sentido, a Lei nº 11.445/2007 já permitia a delegação da regulação dos municípios a entidades reguladoras estaduais ou intermunicipais,⁹⁰ em uma solução específica para um setor que se distanciava da previsão geral da lei de processo administrativo federal, segundo a qual o poder normativo não deveria ser objeto de delegação.⁹¹ A tentativa do legislador seria reduzir a quantidade de reguladores e incentivar os municípios menos estruturados a deferirem a regulação de seus serviços a agências reguladoras estaduais ou intermunicipais, na expectativa de que essas pudessem organizar-se de forma mais robusta e promover uma regulação mais sólida.

Houve experiências interessantes de criação de entidades que regulam o serviço com abrangência intermunicipal; existem, no momento, sete agências reguladoras funcionando nesse formato, segundo a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA).⁹² Há, ainda, 24 agências reguladoras estaduais. Todavia, o marco regulatório de 2007 tratava o tema como mera possibilidade, sem maiores consequências práticas de sua não utilização. E os indicadores do setor pouco avançaram em mais de uma década.

A solução trazida pelo novo marco legal introduzido em 2020 consiste em incentivar fortemente a adesão de municípios a modelos de prestação regionalizada, seja por meio de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões; seja pela criação

90 Conforme a redação original do art. 23, parágrafo 1º, da Lei nº 11.445/2007, ora já revogada: “§ 1º A regulação de serviços públicos de saneamento básico poderá ser delegada pelos titulares a qualquer entidade reguladora constituída dentro dos limites do respectivo estado, explicitando, no ato de delegação da regulação, a forma de atuação e a abrangência das atividades a serem desempenhadas pelas partes envolvidas”.

91 Nesse sentido, a título ilustrativo, o disposto no art. 13 da Lei nº 9.784/1999: “Art. 13. Não podem ser objeto de delegação: I — a edição de atos de caráter normativo; (...)”.

92 Disponível em: <https://www.ana.gov.br/saneamento/agencias-reguladoras-subnacionais>. Acesso em: 9 dez. 2020.

de unidades regionais ou, ainda, de blocos de referência. Trata-se de medida meritória, tanto pelas razões de economia de escala que podem ser apropriadas como pela necessidade de se cuidar do uso das verbas públicas. A necessidade de se realizarem investimentos no setor é premente e indiscutível; e é esperado que se recorra, em muitos casos, a recursos financeiros federais. Conforme apontam dados da Firjan, cerca de 75% dos municípios do país encontram-se em situação financeira ruim ou péssima,⁹³ de modo que é pouco provável que os titulares por excelência do serviço público de saneamento consigam investir os recursos necessários à sua universalização, prevista na lei para acontecer, em regra, até 2033.

O tema tem levantado debates em torno de questões de autonomia federativa e dos limites da lei em face do art. 18 da Constituição Federal. Talvez por isso mesmo a reforma venha a entregar menos do que uma primeira leitura possa sugerir, a depender dos obstáculos que se ponham à sua implementação. Vejamos.

Em primeiro lugar, há ainda certa nebulosidade acerca da criação das unidades regionais por lei estadual. Há questionamentos desse e de outros movimentos à regionalização trazidos pela lei e à sua compatibilidade com a autonomia federativa conferida aos municípios (vide ADIs nº 6.492 e nº 6.536).

Além disso, é fato que a Lei nº 14.026/2020 condiciona a alocação de recursos federais à adoção de modelos de prestação regionalizada. Nesse quadro, como assegurar que, ao se mudarem os governos, os pactos serão mantidos? Será necessária a construção de arcabouços robustos de proteção legislativa e contratual entre os entes federativos, o que não é fácil de se estruturar.

Ademais, no momento, a forma, o tempo e a estabilidade da adesão, pelas agências reguladoras de saneamento, às normas de referência da ANA, ainda estão à espera de maior detalhamento. A adesão pelos municípios à regulação advinda de uma entidade reguladora que respeite as normas de referência não será cogente; ou

93 Disponível em: <https://www.firjan.com.br/ifgf/>. Acesso em: 9 dez. 2020.

melhor, será, mas para aqueles que desejarem usufruir os recursos públicos federais.⁹⁴ Parece-nos um adequado mecanismo indireto de *accountability* da utilização dos recursos públicos federais.

A ideia de normas de referência também parece ser bem-vinda como fator de redução da assimetria informacional entre poderes concedentes, investidores e usuários do serviço. Na atualidade, pelo menos em tese e ressalvadas as regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, seria possível contar, para cada município, um marco regulatório distinto. A própria ANA apresenta, em seu sítio eletrônico, uma lista de sessenta agências reguladoras subnacionais de saneamento em funcionamento no país,⁹⁵ a qual não inclui órgãos e entidades municipais que possam ter funções regulatórias, mas que não se assemelham estruturalmente a agências reguladoras. Imagine-se a *via crucis* do investidor interessado em operar no Brasil para conhecer o marco regulatório em vigor.

Assim, normas-padrão, adotadas após processos de consulta pública e realização de análise de impacto regulatório, parecem ser muito bem-vindas, contribuindo para a melhoria da qualidade regulatória e a redução dos custos de transação. Desde o advento da Lei nº 13.848/2019 e de sua regulamentação, essas exigências procedimentais constituem normas cogentes aplicáveis às agências reguladoras federais e, portanto, à ANA, o que é igualmente reforçado pelas alterações à Lei nº 9.984/2000 trazidas pela Lei nº 14.026/2020.

Em suma, a alteração do marco regulatório do saneamento é uma oportunidade de se avançar. Há racional econômico para as propostas constantes na reforma.

Resta-nos torcer para que a pluralidade de opções dadas pelo legislador federal aos entes públicos titulares do serviço incremente

94 Lei nº 9.984/2000. "Art. 4º-B. A ANA manterá atualizada e disponível, em seu sítio eletrônico, a relação das entidades reguladoras e fiscalizadoras que adotam as normas de referência nacionais para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico, com vistas a viabilizar o acesso aos recursos públicos federais ou a contratação de financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da administração pública federal, nos termos do art. 50 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007."

95 Disponível em: <https://www.ana.gov.br/saneamento/agencias-reguladoras-subnacionais>. Acesso em: 9 dez. 2020.

a qualidade do gasto dos recursos públicos federais em matéria de saneamento, facilite a atração de investimentos privados e permita, assim, a superação do obscurantismo que há décadas tem impedido maiores avanços no setor. O combate às doenças infecciosas agradecerá, lembrando-se, por oportuno, que dados das Nações Unidas informam que, para cada US\$ 1,00 gasto com saneamento, economizam-se US\$ 4,00 com atendimentos no sistema de saúde.⁹⁶ A antecipação desses investimentos poderia ter ajudado — e muito — no combate à disseminação da Covid-19. Esperemos que eles aconteçam quanto antes.

96 Disponível em: <https://news.un.org/en/story/2014/11/484032-every-dollar-invested-water-sanitation-brings-four-fold-return-costs-un>. Acesso em: 10 dez. 2020.

Rômulo S. R. Sampaio

**Riscos ambientais nos
contratos de concessão sob
a égide do novo marco legal
do saneamento básico**

6

Riscos ambientais nos contratos de concessão sob a égide do novo marco legal do saneamento básico

*Rômulo S. R. Sampaio*⁹⁷

O presente ensaio tem a pretensão de jogar luz sobre os riscos ambientais nos contratos de concessão celebrados sob a égide do novo marco legal do saneamento básico (Lei nº 14.026/2020, que promoveu alterações nas Leis nº 9.984/2000; nº 10.768/2003; nº 11.107/2005; nº 11.445/2007; nº 12.305/2010; 13.089/2015 e nº 13.529/2017). De maior destaque para a resumida análise aqui empreendida, as Leis nº 9.984/2000 e nº 11.445/2007, que dispõem, respectivamente, sobre a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA); e que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico. As breves reflexões contidas neste artigo são resultado da apresentação sobre o tema por ocasião do Seminário de Integração FGV/UERJ, realizado em novembro de 2020.

A baixa cobertura das redes de abastecimento de água e esgoto no Brasil constitui forte evidência da incapacidade institucional e regulatória de universalizar o saneamento básico no país.⁹⁸ Muitos especialistas atribuíam o insucesso da política nacional de saneamento ao anterior marco legal e a problemas associados ao modelo constitucional de repartição de competências entre os entes federativos. Esses obstáculos minavam a segurança jurídica no setor, prejudicando, assim, o desempenho de companhias públicas e o interesse de agentes privados

⁹⁷ Doutor em Direito Ambiental (Pace University, 2009), mestre (LL.M.) em Direito Ambiental (Pace University, 2006), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2005) e graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2001). Atualmente, é professor permanente do Mestrado em Direito da Regulação e da Graduação em Direito da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas; professor adjunto (Pace University de Nova York); professor visitante da Georgia State University College of Law em Atlanta. Lidera o Grupo de Pesquisa de Direito e Meio Ambiente do CNPq no âmbito do Direito Rio; também atua como coordenador do curso de especialização em Direito da Regulação Ambiental. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Ambiental, atuando principalmente nas áreas de sustentabilidade, governança ambiental, mudança climática e direito de águas.

⁹⁸ Para dados confiáveis sobre a cobertura de rede de esgoto e abastecimento de água no Brasil, ver Instituto Trata Brasil. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/>. Acesso em: 14 dez. 2020.

Há um aparente consenso político, doutrinário e no meio empresarial sobre o potencial ganho de segurança jurídica no novo marco legal do saneamento básico. Entre os principais pontos de destaque para maior segurança jurídica no novo marco, destacam-se: (i) as normas de referência da União; (ii) a expansão do mandato da ANA, concentrando a competência no saneamento; e (iii) a vedação à prestação dos serviços por um contrato de programa. Dentro dessas três grandes categorias de mudança em relação ao regime anterior, o novo marco introduziu potencial para melhor institucionalidade regulatória na estrutura dos municípios e consórcios intermunicipais que pretendam acessar recursos federais; fortaleceu a independência institucional para tratar de um tema politicamente sempre bastante sensível, ao atribuir competência regulatória a uma agência reguladora, a ANA; e aumentou o potencial de concorrência e atratividade para o setor privado ao extinguir os contratos de programa.⁹⁹

O generalizado otimismo, pois, dos diversos setores com o novo marco não é em vão. A recente oferta no leilão do serviço de saneamento em Maceió, já sob a égide do novel regime, é indicativo desse otimismo. O lance vencedor ficou cerca de quinhentos milhões de reais acima do segundo colocado, gerando um valor total de dois bilhões de reais.¹⁰⁰ No entanto, se, por um lado, as condições estruturantes da nova lei estão a garantir maior concorrência e, pelo menos em tese, maior institucionalidade e melhor regulação, a operação propriamente considerada reserva enormes desafios (ou riscos) na área ambiental. As razões para tanto são múltiplas. Envolvem conflitos federativos e políticos, resistências corporativistas que podem desaguar em arbitrariedades e, claro, um anacrônico e desatualizado sistema institucional e regulatório em matéria ambiental. São esses desafios que, de forma muito sucinta, buscamos explorar ao longo deste breve ensaio.

99 Para uma avaliação geral das potenciais melhorias introduzidas pelo novo marco do saneamento básico, ver DUTRA, Joísa *et al.* "Reformulação do marco legal do saneamento no Brasil". FGV CERI, Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura, maio de 2019. Disponível em: <file:///C:/Users/romulo.sampaio/Downloads/Reformulac%CC%A7a%CC%83o%20do%20Marco%20Legal%20do%20Saneamento%20no%20Brasil.pdf>, Acesso em: 14 dez. 2020.

100 Ver "BRK Ambiental vence leilão de saneamento de Alagoas com oferta de R\$ 2 bilhões", *Valor Econômico*, 30 de setembro de 2020. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/09/30/brk-ambiental-vence-leilao-de-saneamento-de-alagoas-com-oferta-de-r-29-bi.ghtml>. Acesso em: 14 dez. 2020.

1. O deslocamento da agenda da água e do saneamento do meio ambiente para o desenvolvimento

De todos os recursos e ativos que compõem o meio ambiente, o mais essencial de todos para a vida, em todas as suas formas, é a água. Nada, portanto, mais “ambiental” do que a água. No entanto, para efeito do desenho institucional-regulatório em matéria de política ambiental, optou-se, no Brasil, por destacá-la — ainda que não por completo — dos órgãos de regulação do meio ambiente. Assim, a alocação de direitos de uso da água ficou com a ANA, enquanto o controle da poluição ficou a cargo do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) e dos órgãos seccionais (estaduais). Ou seja, desde a Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei nº 9.433/1997) e a Lei da ANA (nº 9.984/2000), o direito de acesso à água ficou separado dos órgãos que compõem o Sisnama.

Sendo a água um recurso ambiental, afinal dotado de valor econômico conforme reconhecido pelo art. 1º, II, da Lei nº 9.433/97, há racional defensável em termos de política regulatória para que a alocação desse importante ativo esteja vinculada a um aparato institucional próprio e destacado da pasta do “meio ambiente”. Isso ocorre com o petróleo, o gás natural e os recursos minerais, por exemplo, todos ativos naturais, mas com a regulação de acesso e de uso vinculada a pastas específicas e destacadas da pasta do meio ambiente.

Mais do que uma descentralização regulatória, diferenciar acesso e uso de recursos ambientais (aqueles dotados de valor econômico) de controle da poluição faz parte do racional de separar o “Direito Ambiental” de “Direitos dos Recursos Naturais”, a exemplo do que ocorre na economia.¹⁰¹ A economia ambiental está voltada ao estudo dos melhores instrumentos para evitar a externalidade negativa relacionada à poluição. A economia dos recursos naturais, por sua vez, preocupa-se com a análise dos instrumentos que garantam o acesso equitativo e eficiente aos ativos ambientais dotados de valor econômico. Para além de uma discussão meramente teórica, essa

101 Sobre as diferenças entre controle da poluição e gestão dos recursos ambientais, ver LAZARUS, Richard J. *The Making of Environmental Law*. Chicago: The University of Chicago Press, 2004.

distinção se mostra adequada porque os instrumentos de regulação não são necessariamente coincidentes. Daí o inevitável reflexo no Direito, mais especificamente no Direito da Regulação.¹⁰²

O Direito da Regulação Ambiental, portanto, foca nos aspectos de controle da poluição, ao passo que o Direito da Regulação dos Recursos Naturais volta-se ao acesso e ao uso dos ativos ambientais dotados de valor econômico. Com base nessa premissa, os recursos hídricos são destacados dos órgãos do Sisnama, voltados ao controle da poluição, e passam para os Conselhos Nacional e Estaduais de Recursos Hídricos (“CNRH” e “CERH”) e ANA, com a edição das Leis nº 9.433/97 e nº 9.984/00. Quando ainda da concepção desse modelo, a vinculação se dava com o Ministério do Meio Ambiente (“MMA”), órgão central do Sisnama, mas que deveria estar voltado à coordenação geral das políticas de controle da poluição e combate à degradação ambiental.¹⁰³

No final da primeira década de 2000, o mandato da ANA foi ampliado para contemplar a regulação e a fiscalização dos serviços públicos de irrigação e adução de água bruta e de barragens de acumulação de água, exceto para fins de aproveitamento hidrelétrico (art. 5º, I, da Lei nº 12.334/10). Com a Medida Provisória nº 868/18 e, posteriormente, com a edição da Lei nº 13.844/19, a ANA é renomeada, passando a incorporar o Saneamento Básico em seu sobrenome e, conseqüentemente, ampliando, mais uma vez, seu mandato. No entanto, talvez a alteração mais significativa nesse histórico institucional-regulatório tenha sido o deslocamento da ANA da estrutura do Ministério do Meio Ambiente para passar a integrar a estrutura do Ministério do Desenvolvimento Regional (MDR). Com isso, o uso e o acesso a esse importante recurso natural deixaram oficialmente de ser atribuição da estrutura de controle da poluição e combate à degradação ambiental e passaram a se vincular à pasta da política de desenvolvimento socioeconômico.

102 Para diferenças entre as abordagens econômica e não econômica do controle da poluição e da gestão dos recursos naturais, ver REVESZ, Richard L. “Foundations of Environmental Law and Policy”, *LexisNexis*, 1996, p. 1-49.

103 Diferenças específicas entre instrumentos de regulação de controle de poluição e gestão dos recursos naturais são mais bem detalhadas pela obra de FIELD, Barry C.; FIELD, Martha K. *Environmental Economics: An Introduction*. 6. ed. [S.l.]: MacGraw-Hill Irwin, 2013, p. 1-41.

Essa separação entre funções regulatórias é importante para o raciocínio desenvolvido neste ensaio porque, enquanto havia centralização no mesmo tronco institucional, qual seja, o Sisnama, as políticas de saneamento básico e controle da poluição estavam debaixo do mesmo guarda-chuva. Separadas entre pastas com objetivos complementares, mas distintos, surgem, na prática, desafios inerentes ao citado anacrônico e desatualizado sistema institucional e regulatório em matéria de controle da poluição ambiental.¹⁰⁴ Esses desafios constituem os “riscos ambientais” na operação das concessões dos serviços de distribuição de água e tratamento de esgoto, objeto de análise do presente manuscrito. Sem a pretensão de esgotá-los, esses desafios são analisados a seguir.

2. Conflito político-federativo entre quem licencia a atividade, quem controla a poluição, quem delega o serviço de abastecimento de água e tratamento de esgoto e quem outorga o uso do recurso hídrico

O primeiro e bem relevante risco ambiental nos contratos de concessão de saneamento básico repousa sobre o conflito político-federativo existente entre as funções de controle da poluição, da gestão do recurso natural e da titularidade do serviço público. O poder de polícia para controlar as externalidades negativas de operação do concessionário é compartilhado, a teor do que dispõe o art. 17 da LC nº 140/11, por União, estados e municípios. Isso significa que eventual mau funcionamento de estações elevatórias e de tratamento de esgoto ou na qualidade da água oferecida à população pode, em tese, ser sancionado pelos órgãos ambientais das três esferas da federação, em que pese o art. 17, *caput*, da LC nº 140/11 ser categórico ao atribuir ao órgão licenciador a competência para a apuração de infrações à legislação ambiental. Acontece que, por um grave erro de técnica legislativa, o § 3º do mesmo

104 Problemas no modelo institucional-regulatório em matéria de controle de poluição são mais bem detalhados no seguinte trabalho: SAMPAIO, R. S. R.. “Regulação ambiental”. In: GUERRA, Sergio (org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2014, v. 1, p. 307-334.

dispositivo, de forma contraditória, excetuou a regra do *caput* para reafirmar a competência comum de fiscalização entre as três esferas da federação.¹⁰⁵

Esse grave erro legislativo expõe a operação das atividades de saneamento a uma grave insegurança jurídica. Por outro lado, seria possível argumentar que esse risco não está restrito às atividades de saneamento. Sim, é verdade. Acontece que, na prática, há um desconhecimento generalizado das autoridades sobre três questões estruturais que agravam esse risco: a primeira relaciona-se ao modelo de separação absoluta de rede de esgoto e de drenagem urbana adotado pela política nacional de saneamento básico; a segunda está relacionada à precária infraestrutura das redes de drenagem urbana dos municípios brasileiros; e, finalmente, a terceira constitui a omissão do poder público municipal em coibir ligações irregulares de escoamento de água fluvial na rede de esgoto operada pelas companhias de saneamento básico.

Quando um concessionário privado participa de uma licitação de saneamento, sua modelagem econômico-financeira é construída para atender à melhoria e à expansão da rede de esgoto. Estações elevatórias (que levam esgoto até as estações de tratamento) e as próprias estações de tratamento não são dimensionadas para tratar água pluvial. Qualquer excesso anormal de chuva, por exemplo, impõe severas limitações operacionais a essa infraestrutura. Estações elevatórias transbordam e as de tratamento deixam de atender aos parâmetros de qualidade segundo os quais foram licenciadas. Essa falha operacional é frequentemente atribuída à companhia de esgoto. Como consequência, o exercício do poder de polícia por diferentes entes da federação impõe, não raras vezes, múltiplas e milionárias autuações contra o concessionário privado. Para agravar o risco operacional, frequentemente também essas companhias são compelidas pelo Ministério Público a antecipar investimentos e redimensionar a rede de forma bastante distinta do que previa o contrato original de concessão.

105 Sobre problemas federativos no controle da poluição, ver SAMPAIO, R. S. R.; LAMARE, J. M.; KLOSS, V. D. O. "Regulação ambiental e a tragédia dos antibens comuns: análise de eficiência e efetividade aplicável ao regime de competência em matéria de licenciamento ambiental", *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, v. 6, p. 177-200, 2016.

Diante desse cenário, embora se defenda que o Poder Judiciário pode (e deve) coibir essas arbitrariedades, fato é que há enormes custos envolvidos com a judicialização: seguros, garantias, cartas de fiança, honorários advocatícios e os riscos de decisões liminares ou de mérito que venham a impor suspensão e devolução da cobrança de tarifas, paralisação das atividades, negativas de suspensão de exigibilidade de créditos que prejudicam a emissão de certidões negativas de débitos, entre tantos outros. Essa situação impõe à operação um elevado grau de insegurança jurídica e prejudica os investimentos progressivos programados na melhoria e na expansão das redes de abastecimento de água e tratamento de esgoto.¹⁰⁶ De forma bastante peculiar, os riscos jurídico-ambientais aqui levantados parecem ser muito mais altos para os concessionários privados do que para as operações de companhias públicas de saneamento.

Quando o operador dos serviços de água e esgoto é um concessionário público, os órgãos de controle parecem não demonstrar o mesmo apetite por multas milionárias, nem por empreitadas judiciais de ataque às operações. Essa constatação, que, claro, depende de confirmação empírica, parece intuitiva, na medida em que a multa aplicada a uma companhia pública não deixa de ser arcada por toda a coletividade. Esforços para atacar judicialmente a operação, por outro lado, podem implicar descontinuidade ou prejuízo dos serviços, o que, em última análise, carrega um alto custo político. Parece, pois, no mínimo intuitivo, que companhias públicas de saneamento não encontrem o mesmo ímpeto sancionador que os concessionários privados.

Um ponto adicional de geração de grave risco jurídico consiste na confusão entre a titularidade pelo serviço e, por isso, da delegação, por um lado, e, por outro, a titularidade para o exercício do poder de polícia ambiental. Por decisão do Supremo Tribunal Federal, a titularidade do serviço público de abastecimento de água e tratamento de esgoto é do município. O ente municipal, conforme demonstrado, é igualmente competente para o exercício do poder de polícia de controle da poluição. O município tem à sua disposição, então, as previsões contratuais e legais do direito administrativo das

106 Sobre o tema, ver SAMPAIO, P. R. P.; SAMPAIO, R. S. R. "The Challenges of Regulating Water and Sanitation Tariffs under a Three-level Shared-Authority Federalism Model: The Case of Brazil", *Utilities Policy*, v. 64, 2020.

concessões para controlar a eficiência dos serviços de saneamento prestados por operador privado. Em vez disso, contudo, não é difícil deparar-se com situações em que, em vez de controlar a eficiência do serviço contratualmente, o município resolve valer-se de milionárias multas e ações judiciais para a suspensão e a devolução de tarifas, com fundamento em suposta poluição causada pelo concessionário. A lavratura de milionárias multas constitui um atalho, pelo menos aparente, para reforçar os cofres municipais. Grandes grupos empresariais de saneamento básico passam a ser alvo de autuações municipais desproporcionais em comparação até com outros empreendimentos de infraestrutura fiscalizados por alguns órgãos ambientais de estados com maior experiência na gestão do meio ambiente e em comparação com as autuações do Ibama.

Na mesma linha, ações judiciais com pedidos de suspensão e devolução de tarifas em pequenas e médias localidades vêm acompanhadas de grande capital político para o gestor de plantão. Pela publicidade do tema e a expectativa que criam na população de deixar de pagar pela conta do saneamento, atacar a geração de caixa do concessionário privado e exigir, na mesma medida, antecipação de investimentos parece uma atitude contraditória. E é. Mas o potencial ganho político é grande. E, por isso, melhor do que utilizar os tradicionais dispositivos contratuais e legais inerentes à concessão para o controle da eficiência do serviço prestado, o caminho do controle da poluição parece ser sempre um instrumento mais atraente para reforçar os cofres municipais e o capital político dos gestores de plantão. O *by-pass* na legislação e nos dispositivos do contrato de concessão só não é melhor para a população, porque aumenta a judicialização e a insegurança jurídica, além de não promover a melhoria nos investimentos privados na rede de saneamento básico.

Por fim, mas não menos importante, há um significativo risco ambiental entre quem detém competência para exercer o poder de polícia para o controle da poluição e o ente responsável pela gestão do recurso natural. Conforme exposto, União, estados e municípios compartilham competência comum para o controle da poluição (art. 23 da Constituição Federal), mas apenas União e estados são titulares da gestão dos recursos hídricos (arts. 20, III, e 26, I, da Constituição Federal). Isso quer dizer que, na prática, os concessionários de

saneamento dependem de uma licença ambiental que pode ser expedida pelo município para operar suas infraestruturas físicas. Mas, para fazer uso de recurso hídrico, captação de água e disposição do esgoto tratado, esses mesmos concessionários ficam dependentes de uma outorga expedida ou pela ANA ou pelos órgãos estaduais, a depender da titularidade sobre o rio ou a represa.

Quando a titularidade é federal, por ser o gestor uma agência reguladora independente, eventual divergência política deixa de ser relevante como geradora de risco jurídico-ambiental. No entanto, e não raras vezes, quando a titularidade do recurso hídrico é estadual, diante da ausência de independência técnica dos órgãos outorgantes dos direitos de uso da água, conflitos ou divergências políticas com o gestor público municipal, ainda que não declarados, podem contaminar os processos administrativos de análise e desaguar em arbitrariedades de difícil superação.

Situação similar ocorre quando o próprio estado é o competente para licenciar a infraestrutura de saneamento básico e outorgar os direitos de uso de água, e o município é o titular da concessão. Esses conflitos políticos não aparentes podem criar dificuldades licenciatórias e atrasar, de forma arbitrária (ainda que não evidente), a operação ou a melhoria da infraestrutura de saneamento básico nos municípios. Combater judicialmente essas arbitrariedades é tarefa das mais difíceis diante da poderosa retórica da discricionariedade ambiental, que tende a gerar juízos deferentes do Poder Judiciário quando, na prática, estão a ocultar disputas políticas que prejudicam a prestação dos serviços de abastecimento de água e tratamento de esgoto para a população.

Em resumo, portanto, os riscos aqui identificados atuam de forma a minar alguns preceitos básicos no novo marco do saneamento. De especial destaque, dois deles: o primeiro refere-se à inclusão, pela Lei nº 14.026/2020, do art. 4º A, § 3º, III, na Lei nº 9.984/2000, atribuindo competência à ANA para instituir normas de referência com o objetivo, entre outros, de estimular a cooperação federativa; o segundo, aquele constante do art. 44, §§ 1º e 2º, da Lei nº 11.445/2007, que impõe (i) prioridade de análise e procedimento simplificado do licenciamento das estruturas de saneamento básico; e (ii) o estabelecimento de metas progressivas “(...) para que a qualidade dos

efluentes de unidades de tratamento de esgotos sanitários atenda aos padrões das classes dos corpos hídricos em que forem lançados, a partir dos níveis presentes de tratamento e considerando a capacidade de pagamento das populações e usuários envolvidos”. A falta de coordenação entre políticas de controle da poluição e de gestão dos recursos hídricos pode esvaziar o primeiro objetivo legal de estímulo à cooperação federativa, colocando em risco também o segundo objetivo de prioridade de análise e atingimento progressivo de metas de qualidade ambiental.

Sobre esse último ponto, se os órgãos de controle da poluição ambiental e o Ministério Público resistirem ao comando normativo do art. 44, §§ 1º e 2º, da Lei nº 11.445/2007, haverá enorme insegurança jurídica para o concessionário do serviço público de saneamento. A resistência mais comum desses órgãos passa pela exigência imediata do atendimento aos padrões de qualidade ambiental impostos por resoluções dos Conselhos Nacional e Estaduais de Meio Ambiente no tocante à qualidade da água, sem levar em consideração o indispensável equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a capacidade de pagamento das populações servidas. Nenhum investimento, seja público, seja privado, conseguirá universalizar o saneamento e atender a todos os padrões de qualidade da água em um curto espaço de tempo. O déficit histórico do saneamento básico no Brasil é muito grande e, em consequência, também é grande o volume de investimentos necessários à correção do problema. O equilíbrio para o sucesso dessas concessões repousa sobre órgãos bem estruturados de regulação e controle de metas de investimento e qualidade dos serviços prestados.

3. Conclusão

A modernização do marco regulatório é um dos pilares necessários à correção do déficit histórico na infraestrutura de saneamento básico no Brasil. As expectativas com a Lei nº 14.026/2020 são enormes, principalmente em decorrência de seu potencial de injetar segurança jurídica no setor. Relações contratuais mais transparentes e, sobretudo, respeitadas atraem investimentos para um setor bastante intensivo em recursos. Contudo, a lei, sozinha, não resolve se não vier acompanhada de uma robusta reforma institucional. A pedra

fundamental dessa reforma foi posta com a atribuição de mandato à ANA para instituir normas de referências e, portanto, melhorar a governança de órgãos de regulação de saneamento nas esferas estadual e municipais. Esse movimento, no entanto, precisar vir acompanhado de maior e melhor integração com os órgãos de controle da poluição nas três esferas da federação. A alocação de recurso hídrico e a fiscalização da qualidade do serviço de saneamento podem ficar bastante prejudicadas se não houver efetiva coordenação com o controle da poluição. Essa não é uma tarefa fácil, considerando os interesses políticos e o ultrapassado modelo regulatório-institucional que prejudica a eficiência e a efetividade dos órgãos de controle ambiental. Sem esse pilar, a segurança jurídica será apenas parcial e desaguará, inevitavelmente, no Poder Judiciário. O meio e ambiente e a saúde da população continuarão desassistidos.

Referências

- BRK Ambiental vence leilão de saneamento de Alagoas com oferta de R\$ 2 bilhões. *Valor Econômico*. 30 de setembro de 2020. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/09/30/brk-ambiental-vence-leilao-de-saneamento-de-alagoas-com-oferta-de-r-29-bi.html>. Acesso em: 14 dez. 2020.
- DUTRA, Joisa *et al.* “Reformulação do marco legal do saneamento no Brasil”. FGV CERI, Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura, maio de 2019. Disponível em: <file:///C:/Users/romulo.sampaio/Downloads/Reformulac%CC%A7a%CC%83o%20do%20Marco%20Legal%20do%20Saneamento%20no%20Brasil.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2020.
- FIELD, Barry C.; FIELD, Martha K. *Environmental Economics: An Introduction*. 6. ed. [S.l.]: MacGraw-Hill Irwvin, 2013, p. 1-41.
- INSTITUTO Trata Brasil. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/>. Acesso em: 14 dez. 2020.
- LAZARUS, Richard J. *The Making of Environmental Law*. Chicago: The University of Chicago Press, 2004.
- REVESZ, Richard L. *Foundations of Environmental Law and Policy*. [S.l.]: Lexis-Nexis. 1996.
- SAMPAIO, R. S. R. “Regulação ambiental”. In: GUERRA, Sergio (org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2014.
- SAMPAIO, R.S.R. LAMARE, J. M.; KLOSS, V. D. O. “Regulação ambiental e a tragédia dos antibens comuns: análise de eficiência e efetividade aplicável ao regime de competência em matéria em matéria de licenciamento ambiental”, *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, v. 6, p. 177-200, 2016.
- SAMPAIO, P. R. P.; SAMPAIO, R. S. R. “The Challenges of Regulating Water and Sanitation Tariffs under a Three-level shared-authority Federalism Model: The case of Brazil”, *Utilities Policy*, v. 64, 2020.



ARTIGOS DOS DISCENTES

Alexander Leonard Martins Kellner

Segurança jurídica e direito: investigações conceituais

7

Segurança jurídica e direito: investigações conceituais

Alexander Leonard Martins Kellner¹⁰⁷

Resumo

Este artigo inicia a investigação das propriedades necessárias à elaboração de um conceito de segurança jurídica. Trata-se de uma empreitada que não se pretende exaurir. De todo modo, no mínimo, iniciam-se algumas discussões que talvez identifiquem propriedades predominantes ou candidatas a essa classificação. Avaliações valorativas para o resultado que eventualmente seja atingido são de menor importância. Avaliações sobre a metodologia aqui adotada parecem essenciais para futuros desdobramentos do argumento ou seu total abandono.

Palavras-chave: Segurança jurídica. Confiabilidade. Previsibilidade. Conceito. Autoridade.

1. Introdução

Para se elaborar um trabalho acadêmico sobre algum instituto jurídico, é preciso tomar uma decisão judicial em um caso concreto ou elaborar uma norma específica, não se devendo exigir do autor amplo domínio sobre todos os outros ramos do Direito. Em outras palavras, os juízes, por exemplo, “não precisam fazer nenhuma suposição específica sobre o conteúdo do resto do Direito ou sobre a maneira de estabelecê-la, quando acreditam que não faz diferença para o caso diante deles”.¹⁰⁸

Essa visão parece sedimentar a possibilidade de acadêmicos do Direito partirem de truísmos próprios como ponto de partida para uma análise conceitual, ainda que não embasados de forma

107 Doutorando e mestre em Direito Regulatório (Fundação Getúlio Vargas — FGV/DIREITO RIO). Advogado.

108 No original, “The point is that they need not make any specific assumptions about the content of the rest of the law or of the way to establish it when they believe that it makes no difference to the case before them”. (RAZ, Joseph. *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford University Press, 2009, p. 84.

exaustiva em outros autores ou posicionamentos acadêmicos. É com base na referida possibilidade que se desenvolve este artigo. Este trabalho visa apontar caminhos para a futura realização de uma análise conceitual descritiva sobre segurança jurídica. Uma análise conceitual que não depende diretamente de uma teoria normativa sobre como os juízes devem decidir casos concretos. No entanto, admite-se que o trabalho não será bem-sucedido nessa empreitada, pois a própria escolha feita pelo autor dos referidos truísmos parece invariavelmente normativa. De todo modo, esforços de neutralidade descritiva serão tentados.

Inicia-se, aqui, uma investigação das propriedades necessárias à elaboração de um conceito de segurança jurídica. Trata-se de uma empreitada que não se pretende exaurir. Algumas discussões apresentadas talvez identifiquem propriedades predominantes ou que se candidatem a essa classificação. Avaliações valorativas para o resultado que, eventualmente, se vier a atingir são de menor importância. Avaliações sobre a metodologia aqui adotada parecem essenciais para futuros desdobramentos do argumento ou com vistas a seu total abandono.

2. Ponto de partida: propriedades conceituais e uma possível relação necessária entre segurança jurídica e uma teoria normativa sobre a aplicação de direitos

A ideia de segurança jurídica parece relacionar-se com as ideias de controle, de certeza e de previsibilidade. Queremos controlar de forma minimamente previsível nossas vidas, nossos filhos e, por que não, nossos direitos e/ou a aplicação desses direitos. Esse é um ponto importante, pois parece conduzir à interpretação de que o conceito de segurança jurídica talvez dependa de uma teoria normativa sobre a aplicação de direitos em casos concretos.¹⁰⁹ Ou seja,

109 Essa parece ser a perspectiva de Matthias Jestaedt ao tratar do conceito de teoria constitucional e segurança constitucional. Ver: JESTAEDT, Matthias. "Die Verfassung hinter der Verfassung. Schönburger Gespräche zu Recht und Staat". München: Ferdinand Schöningh, 2009, p. 12, 13.

seria possível afirmar que não existe um conceito puramente descritivo de segurança jurídica.¹¹⁰

Nesses termos, para se iniciar a busca por um conceito de segurança essencialmente jurídico, parece fazer sentido considerar que a segurança jurídica é, ao menos parcialmente, uma questão de previsibilidade das decisões judiciais.¹¹¹ De todo modo, propõe-se aqui tão somente uma análise conceitual puramente descritiva. Com essa ideia em mente, talvez uma saída para tal impasse (descrição/prescrição normativa) seria apelar para a afirmação de que existe uma relação de contingência¹¹² entre segurança jurídica e teorias normativas de decisão. Ainda assim, parece haver aspectos predominantes e/ou necessários ao conceito que não se relacionam com qualquer teoria normativa da decisão. Aspectos descritivamente neutros e talvez universais ou, alternativamente, de aplicação plural restrita, no sentido de aplicação a pelo menos mais de uma teoria normativa existente.

Esse parece ser um caminho viável para a verificação da validade ou dos contornos de alguma espécie de truísmo¹¹³ que se extrai da ideia de segurança jurídica.¹¹⁴ Um truísmo até certo ponto intuitivo é pensar que segurança jurídica implica previsibilidade.¹¹⁵ Ocorre, contudo, que previsibilidade pode ter significados distintos.

110 Em sentido contrário, veja RAZ, Joseph. "Two Views of the Nature of the Theorie of Law: A partial comparison". In: Coleman, Jules (org.). *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, 2001, p. 1-37.

111 Veja HABERMAS, Jürgen. *Between facts and Norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Tradução de William Rehg. MIT Press. Paperback edition, 1998, p. 194.

112 Ou seja, seria possível vislumbrar uma defesa da relação entre segurança jurídica e uma teoria normativa da decisão, da mesma forma que os positivistas inclusivos fazem com a relação entre direito, fatos sociais e moral. Veja GARDNER, John. "Legal positivism: 5 1/2 myths", *The American Journal of Jurisprudence*, v. 46, n.1, p. 199-227, 2001. Disponível em: <https://academic.oup.com/ajj/article/46/1/199/100272>. Acesso em: 28 nov. 2020. No original, "However, there can be laws that depend for their validity on their merits in particular legal systems because other laws of those legal systems so dictate, i.e. contingently. Hart endorsed this view".

113 SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 13.

114 A ideia é distinguir entre segurança jurídica de outros institutos jurídicos e/ou outros fatos sociais existentes. Nesse sentido, veja LEAL, Fernando. *Ziele und Autorität. Zu den Grenzen teleologischen Rechtsdenkens*. Nomos: Baden Baden, 2014, p. 97. Exemplo: O que é direito. O que não é direito. O que é seguro juridicamente. O que não é seguro juridicamente.

115 VON ARNAULD, Andreas. *Rechtssicherheit: Perspektivische Annäherungen an eine "idée directrice" des Rechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 93-95. O autor faz referência ao debate alemão sobre o tema.

Podemos ter previsibilidade na mudança? Podemos ter previsibilidade na violação de direitos?¹¹⁶ Podemos ter previsibilidade em decisões particularistas?¹¹⁷ Segurança jurídica e sua previsibilidade pressupõem justiça?¹¹⁸

Este artigo não almeja responder a todos esses questionamentos. De todo modo, arriscamos um ponto de partida: a segurança jurídica parece estar relacionada a controle e previsibilidade. Todo e qualquer controle parece depender de algum grau de previsibilidade.¹¹⁹ Assim, ao se relacionar segurança jurídica a controle, ainda que não se especifique o tipo de controle, de controlador e de controlado, a segurança jurídica e a respectiva pretensão de controle parecem depender de algum grau de previsibilidade.¹²⁰

Com frequência, a ideia de previsibilidade surge, ainda que indiretamente, em reconstruções normativas que se valem de outros termos ou vocábulos. Eros Grau, ao discorrer sobre o que chama de plasticidade do sistema jurídico,, defende que o Direito deve ser estável, equilibrado, regular e normal, vocábulos que parecem traduzir a já mencionada ideia de previsibilidade.¹²¹ Aqui, novamente, podemos cair no risco de vincular previsibilidade e segurança jurídica a uma teoria normativa de decisão judicial. Esse parece ser o caminho de Hans-Georg Gadamer.¹²² Também parece ser o

116 VON ARNAULD, Andreas; THEILEN Jens T. "Rhetoric of Rights: A Topical Perspective on the Functions of Claiming a 'Human Right to ...'". In: *The Cambridge Handbook of New Human Rights. Recognition, Novelty, Rhetoric*. Editado por Andreas Von Arnould; Kerstin Von Der Decken; Mart Susi. Cambridge University Press, 2020, p. 43.

117 Em sentido contrário, veja: GALLIGAN, D. J. *Law in Modern Society*. Oxford University Press, 2007, p. 257 e ss.

118 BÄCKER, Carsten. "Rechtssicherheit oder Gerechtigkeit. Von der Radbruchschen Formel zurück zum Primat der Rechtssicherheit". In: SCHUHR, Herausgegeben von Jan C.; SIEBECK, Schuhr (orgs.). *Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft*. Tübingen, 2014, p. 33.

119 HANSANI, Enver. "Constitutionalism in Kosovo and the Relationship between Constitutional Justice and the Supreme Court". In: *Constitutional Justice in Southeast Europe*. Nomos: Baden Baden, 2012, p. 52.

120 Uma relação evidente entre segurança jurídica e previsibilidade se obtém no controle das contas públicas de administradores e reguladores. Veja RICHTER, Thomas. *Jahresabschlussprüfung und Prüfungsanforderungen in der Europäischen Union*. Nomos: Baden Baden, 2003, p. 63.

121 GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 314.

122 GADAMER, Hans Georg. *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. 2 ed. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1965, p. 312. Veja o seguinte trecho: "In der Idee einer rechtlichen Ordnung liegt, dass das Urteil des Richters nicht einer unvorhersehbaren Willkür entspringt, sondern der gerechten Erwägung des Ganzen".

posicionamento de Johanna Hey ao mencionar a jurisprudência *zigue-zague*.¹²³

Dennis Galligan, por sua vez, relaciona segurança jurídica a equidade, o que nos leva a concluir pela previsibilidade de que situações iguais serão tratadas de forma equivalente, a despeito de discussões mais aprofundadas a respeito de isonomia material e formal.¹²⁴ Nesse sentido, parece coerente afirmar que a ideia de previsibilidade está relacionada à ideia de confiabilidade. Afinal, para se ter previsibilidade, é preciso confiar na validade de alguma prognose. Quando pensamos em previsibilidade, naturalmente o conceito nos remete a um olhar prospectivo. Por essa razão, a segurança jurídica tem como característica a confiabilidade do Direito, que costuma ser descrita como o produto de certas condições normativas, como clareza e inteligibilidade das normas, certeza e estabilidade. O destinatário das referidas condições normativas não é somente o público especializado. O cidadão comum deve ser capaz de compreender, conhecer e ter cognoscibilidade de seus direitos. É o que Andreas von Arnould chama de *Benutzerfreundlichkeit* (amigabilidade aos usuários) e *Adressatenverständlichkeit*¹²⁵ (compreensibilidade aos destinatários).¹²⁶ “Em outras palavras, segurança jurídica é segurança do e pelo Direito, e segurança dos direitos frente ao Direito”.¹²⁷

Esse aspecto, que também pode ser compreendido, de forma mais ampla, como um “estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídica, com base em sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas

123 HEY, Johanna. *Steuerplanungssicherheit als Rechtsproblem*. Köln: Otto Schmidt, 2002. p. 87. (“Zick-Zack-Rechtsprechung”).

124 GALLIGAN, D. J. *Law in Modern Society*. Oxford University Press, 2007, p. 255.

125 VON ARNAULD, Andreas. *Rechtssicherheit: Perspektivische Annäherungen an eine “idée directrice” des Rechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 230.

126 Humberto Ávila traduz como “amizade dos destinatários” e “compreensibilidade pelos destinatários”. Veja ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 277.

127 ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 288. Veja o seguinte trecho: “Sem a conjugação dessas várias dimensões da segurança jurídica, não se atinge um estado mínimo de confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico, com base na sua cognoscibilidade, porque o estado de segurança conquistado por uma dimensão será solapado pela ausência de qualquer uma das outras dimensões”.

de normas gerais e individuais”,¹²⁸ parece sintetizar o que aqui é referido como previsibilidade do Direito.¹²⁹

Humberto Ávila considera que existem duas dimensões do conceito de segurança jurídica: (i) a primeira, denominada “dimensão estática”, que “diz respeito ao problema do conhecimento do Direito, ao seu saber ou à questão da comunicação no Direito, e revela quais são as qualidades que ele deve possuir para ser considerado “seguro”,¹³⁰ (ii) a segunda, denominada dimensão dinâmica, que “se refere ao problema da ação no tempo e prescreve quais ideais devem ser garantidos para que o Direito possa assegurar direitos aos cidadãos e, com isso, servir-lhe de instrumento de proteção”.¹³¹

Parece claro que ambas as dimensões de Ávila são normativas. Ainda que se defenda que a dimensão estática possa assumir uma feição predominantemente descritiva, ela parece descrever uma avaliação normativa do Direito, partindo-se da premissa de que o Direito deveria ser seguro. Aqui, nossa preocupação se volta para a dimensão estática. Defende-se a neutralidade descritiva dessa dimensão, valendo-se do posfácio de Hart, no sentido de que existe a possibilidade de se descreverem, de forma neutra, as valorações e avaliações normativas.¹³²

Portanto, busca-se descrever um conceito de segurança jurídica, sob a perspectiva do jurisdicionado submetido ao Direito, com base em considerações teóricas que se aproximam do debate que envolve o próprio conceito de Direito. A perspectiva é a de um observador externo¹³³ que busca compreender e descrever uma

128 ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 287.

129 Humberto Ávila não usa o termo “previsibilidade” do modo como é usado neste artigo. De todo modo, parece ser preferível simplificar os argumentos aqui desenvolvidos com a utilização de “previsibilidade” como um termo guarda-chuva que engloba confiabilidade, cognoscibilidade e calculabilidade.

130 ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 308.

131 ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 309.

132 “Description may still be description, even when what is described is an evaluation.” (HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2 ed. Oxford University Press. 1994. Posfácio, p. 244.)

133 Confira-se a seguinte passagem: “His view will be like the view of one who, having observed the working of a traffic signal in a busy street for some time, limits himself to saying that when the lights turn red there is a high probability that the traffic will stop” HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2 ed. Oxford University Press. 1994, p. 90.)

dimensão estática de segurança jurídica que “diz respeito, como se pode perceber, à segurança “do Direito” (*Rechtssicherheit*), mais que à segurança “pelo Direito” (*Rechtssicherung*). Trata-se, assim, das qualidades que o Direito deve possuir para ser considerado seguro pelo cidadão.¹³⁴ Ou seja, busca-se descrever uma avaliação normativa já existente, sendo que tal descrição seria possível do modo como defendido por Hart.¹³⁵

Essa perspectiva parece estar relacionada à afirmação funcional de que o Direito tem como tarefa traduzir posições e interesses em direitos e relacioná-los entre si.¹³⁶ O que fundamenta a importância dessa função e de sua relação com a segurança jurídica é a possibilidade de os jurisdicionados planejarem sua vida, seus negócios, projetarem a variabilidade dos custos de transação e oportunidade, e talvez, com base em prognoses, evitar sanções que possam resultar do não cumprimento das normas estabelecidas pelo Direito vigente. Trata-se da possibilidade de o jurisdicionado gozar da maior liberdade possível, ainda que dentro das limitações impostas pelo Direito. O que, na verdade, o jurisdicionado pretende é controlar sua liberdade com base na previsibilidade. E essa previsibilidade pode vir a limitar ou ampliar a própria liberdade que ele almeja controlar.

Assim, será que a previsibilidade resulta em estado de confiabilidade, cognoscibilidade e calculabilidade jurídica?¹³⁷ Seriam essas propriedades necessárias ao conceito de segurança jurídica?¹³⁸ Essas indagações parecem justificar o problema de pesquisa aqui apresentado, ainda que a investigação seja parcial.¹³⁹

134 ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 309.

135 HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2 ed. Oxford University Press, 1994. Posfácio, p. 244.

136 VON ARNAULD, Andreas. *Zur Rhetorik der Verhältnismäßigkeit*. *Verhältnismäßigkeit*, 278, 2015.

137 ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 287.

138 Não se defende a adoção das propriedades apontadas por Humberto Ávila, apesar de ser um ponto de partida útil no contexto brasileiro.

139 KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 2. Auflage 1960*. Herausgegeben von Matthias Jestaedt. Mohr Siebeck. Verlag Österreich Wien, 2017, p. 447. Interpretação própria de Kelsen com base no seguinte trecho: “Es hat dafür den Vorteil der Rechtssicherheit, die darin besteht, daß die Entscheidung der Gerichte bis zu einem gewissen Grad voraussehbar und so berechenbar ist, daß sich die rechtsunterworfenen Subjekte in ihrem Verhalten nach den voraussehbaren Gerichtsentscheidungen richten können”.

3. Independência conceitual do direito em relação à segurança jurídica?

Em termos gerais, o positivismo jurídico não relaciona a validade do Direito ao conceito de segurança jurídica. Tal fato parece apresentar consistência lógica com a visão de Hans Kelsen, de que a segurança jurídica seria uma ilusão, um ideal que não pode ser realizado com base na suposta existência de uma única resposta correta ao caso concreto posto diante da autoridade judicante.¹⁴⁰

Dito de outro modo, a segurança jurídica seria uma ilusão, em razão do poder limitado de determinação do Direito.¹⁴¹ Todo ato de aplicação do Direito é, simultaneamente, um ato de criação do Direito,¹⁴² uma operação que ocorre dentro da estrutura hierárquica do sistema jurídico. Do ponto de vista jurídico, com base em Kelsen, o quadro previsto na norma geral pode ser livremente preenchido, podendo-se utilizar aqui normas de moralidade, justiça ou juízos de valor social. Para Kelsen, esse preenchimento não seria um ato de conhecimento, mas, sim, um ato de vontade.¹⁴³ Portanto, por ser um ato de vontade, não haveria espaço para o conceito de razão prática, que se relaciona com conhecimento, e não com vontade. Considerando que o Direito tem apenas um poder de determinação

140 KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 2. Auflage* 1960. Herausgegeben von Matthias Jestaedt. Mohr Siebeck. Verlag Österreich Wien, 2017, p. 608. Interpretação própria do pensamento de Kelsen retirada do seguinte trecho: "Interpretationen als die allein "richtige" auszeichnet, leistet keine rechtswissenschaftliche, sondern eine rechtspolitische Funktion. Er sucht Einfluß auf die Rechtserzeugung zu gewinnen. Dies kann ihm natürlich nicht verwehrt sein. Aber er darf dies nicht im Namen der Rechtswissenschaft tun, wie dies allerdings sehr häufig geschieht. Rechtswissenschaftliche Interpretation muß auf das sorgfältigste die Fiktion vermeiden, daß eine Rechtsnorm stets nur eine, die "richtige" Deutung zuläßt. Das ist eine Fiktion, derem sich die traditionelle Jurisprudenz zur Aufrechterhaltung des Ideals der Rechtssicherheit bedient. Angesichts der Vieldeutigkeit der meisten Rechtsnormen ist dieses Ideal nur annäherungsweise realisierbar".

141 KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 1. Auflage* 1934. Herausgegeben von Matthias Jestaedt. Mohr Siebeck. Tübingen, 2008, p. 100.

142 KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 2. Auflage* 1960. Herausgegeben von Matthias Jestaedt. Mohr Siebeck. Verlag Österreich Wien, 2017, p. 241.

143 KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 2. Auflage* 1960. Herausgegeben von Matthias Jestaedt. Mohr Siebeck. Verlag Österreich Wien, 2017, p. 351. Veja o seguinte trecho: "Eben darum ist die Gewinnung der individuellen Norm im Verfahren der Gesetzesanwendung über die dabei nötige Feststellung des Rahmens, innerhalb dessen sich der zu setzende Akt zu halten hat, hinaus noch eine Erkenntnistätigkeit des rechtsanwendenden Organs Platz greifen kann, ist es nicht eine Erkenntnis des positiven Rechts, sondern anderer Normen, die hier in den Prozeß der Rechtserzeugung einmünden können; Normen der Moral, der Gerechtigkeit, soziale Werturteile, die man mit den Schlagworten Volkswohl, Staatsinteresse, Fortschritt usw. zu bezeichnen pflegt. Über deren Geltung und Feststellbarkeit läßt sich vom Standpunkt des positiven Rechts nichts aussagen".

limitado, limitação que se exterioriza no fato de que a norma jurídica individual não é completamente determinada pela norma geral, não seria possível falar em segurança jurídica. A norma individual, por ser criada no momento da aplicação, seria instituída com efeito retroativo, fato que reforçaria o argumento de que não pode haver segurança jurídica.¹⁴⁴

Quando se volta para o debate anglo-americano, é importante destacar que não parece haver um termo correspondente e preciso ao que se entende como segurança jurídica nos países de legislação codificada. Explica-se: o termo *rule of law* frequentemente pode ser interpretado como uma espécie de sinônimo,¹⁴⁵ ainda que mais amplo, do termo “segurança jurídica”, uma vez que autores americanos e ingleses não parecem designar de forma apartada o termo *legal certainty*, que poderia ser uma tradução mais precisa para segurança jurídica.¹⁴⁶

Um autor de língua inglesa que merece destaque nesse tema é Joseph Raz. Raz argumenta que o conceito de estado de direito (*rule of law*) é uma tautologia quando empregado para representar uma característica conceitual do Direito, uma vez que o termo “Direito” pressupõe sujeição ao Direito.¹⁴⁷ Para Raz, considerando

144 FUNKE, Andreas. “Die Konstellation der Rechtssicherheit”. In: SCHUHR, Herausgegeben von Jan C.; SIEBECK, Mohr. *Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft*. Tübingen, 2014, p. 59.

145 Um perfeito exemplo da referida utilização: “However, the concept under discussion has, despite its different meanings in various legal cultures, some minimal content. In its “thin” version, rule of law requires a fair and honest rule through general prospective norms which enjoy substantial legal predictability requiring them to be published in advance so that the public is aware of their existence, clear separations between the legislative, executive and judicial powers and, finally, wide support for the proposition that no one is above the law”. (HANSANI, Enver. “Constitutionalism in Kosovo and the Relationship between Constitutional Justice and the Supreme Court”. In: *Constitutional Justice in Southeast Europe*. Nomos: Baden Baden, 2012, p. 49-69.

146 FUNKE, Andreas. “Die Konstellation der Rechtssicherheit”. In: SCHUHR, Herausgegeben von Jan C.; SIEBECK, Mohr. *Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft*. Tübingen, 2014, p. 52.

147 RAZ, Joseph. *The authority of law: essays on law and morality*. Oxford University Press (maker) [1979], p. 212. Veja: “The rule of law” means literally what it says: the rule of the law. Taken in its broadest sense this means that people should obey the law and be ruled by it. But in political and legal theory it has come to be read in a narrower sense, that the government shall be ruled by the law and subject to it. The ideal of the rule of law in this sense is often expressed by the phrase ‘government by law and not by men’. No sooner does one use these formulas than their obscurity becomes evident. Surely government must be both by law and by men. It is said that the rule of law means that all government action must have foundation in law, must be authorized by law. But is not that a tautology? Actions not authorized by law cannot be the actions of the government as a government. They would be without legal effect and often unlawful”.

o conceito de direito, não importa se um sistema jurídico é seguro ou não, legítimo ou não, pois subsiste como um sistema jurídico. Ou seja, o Direito poderia existir ainda que fosse inseguro. A segurança jurídica, portanto, segundo o entendimento de Raz, não seria uma característica necessária ao conceito de Direito, mas, sim, um ideal político. Confira-se:

If the rule of law is the rule of the good law then to explain its nature is to propound a complete social philosophy. But if so the term lacks any useful function. We have no need to be converted to the rule of law just in order to discover that to believe in it is to believe that good should triumph. The rule of law is a political ideal which a legal system may lack or may possess to a greater or lesser degree. That much is common ground. It is also to be insisted that the rule of law is just one of the virtues which a legal system may possess and by which it is to be judged.¹⁴⁸

Nesse sentido, conclui-se que o conceito de Direito parece não depender da segurança jurídica para a operacionalização conceitual.

Para fins de um contraponto, vamos a Ronald Dworkin e à sua distinção entre conceito aspiracional (*aspirational*) e conceito doutrinário (*doctrinal*) do Direito.¹⁴⁹ Se corretamente compreendido, o conceito jurídico doutrinário denota o Direito positivo aplicável em certa época e em determinado lugar. O conceito jurídico aspiracional se consubstancia no próprio estado de direito. Nesse sentido, para Dworkin, a segurança jurídica seria um termo interpretativo, e não um estado de coisas do tipo binário seguro/não seguro. Ou seja, para Dworkin, não é possível identificar a segurança jurídica por meio de uma lista de critérios verificáveis em determinado ordenamento jurídico.

148 RAZ, Joseph. *The authority of law: essays on law and morality*. Oxford University Press (maker) [1979], p. 211.

149 DWORNIK, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006, p. 13.

Ainda na visão de Dworkin, por ser um termo interpretativo, a segurança jurídica depende da atitude interpretativa e de seus estágios: (i) certo valor é atribuído ao objeto conceitualmente apreendido, uma prática ou uma instituição, ou seja, presume-se que sirva a um propósito específico; (ii) o assunto é redefinido à luz do significado com a aplicação atual do termo.¹⁵⁰

Do exposto, extrai-se que, teoricamente, os valores dependem uns dos outros, uma vez que se apoiam como razões e desembocam em uma *web of convictions*.¹⁵¹ Importante destacar que a referida *web of convictions* de Dworkin não pode ser confundida com a *conceptual web* de Joseph Raz quando aprofunda o estudo sobre conceitos.¹⁵² Ou seja, por ser um conceito interpretativo, a segurança jurídica depende de outros valores, como justiça, democracia, liberdade e/ou igualdade. Uma vez que, com base em Dworkin, todos esses valores são relevantes para o conceito doutrinário (*doctrinal*) do Direito, o conceito doutrinário está vinculado à segurança jurídica: “A natureza do Direito não pode ser compreendida sem a ideia de segurança jurídica”.¹⁵³

Para Ronald Dworkin, não há uma separação conceitual entre Direito e segurança jurídica. Talvez se verifique uma relação de interdependência valorativa, não em termos ontológicos,¹⁵⁴ mas, sim, em termos teóricos normativos, considerando que o autor combate posições meramente descritivas, a exemplo de suas críticas a Herbert Hart.¹⁵⁵

150 DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986, p. 45 e seguintes. Veja, especialmente, o capítulo 2.

151 DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006, p. 168.

152 RAZ, Joseph. *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford University Press, 2009, p. 56, 57: “We explain concepts in part by locating them in a conceptual web”.

153 FUNKE, Andreas. “Die Konstellation der Rechtssicherheit”. In: SCHUHR, Herausgegeben von Jan C.; SIEBECK, Mohr (orgs.). *Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft*. Tübingen, 2014, p. 56. Tradução livre do seguinte trecho: “Die Natur des Rechts kann ohne die Idee der Rechtssicherheit nicht verstanden werden”.

154 Sobre distinções ontológicas em Hart e Kelsen, veja KUREK, Łukasz. “The Unit of Law and the Internal Point of View”. In: HELLWEGE, Herausgegeben von Phillip *et al.* (orgs.). In die Einheit der Rechtsordnung. Tübingen, 2020, p. 28.

155 HART, H. L. A. *The concept of law*. 2 ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. Posfácio, p. 238-276.

Ronald Dworkin é conhecido por acreditar na teoria da única da decisão certa, ou seja, para ele, é um erro concluir, da imprecisão do Direito, que várias soluções jurídicas são igualmente corretas.¹⁵⁶ Ronald Dworkin defende que existe um argumento jurídico melhor. O Direito como integridade se baseia em princípios que fornecem a melhor justificativa para a prática jurídica como um todo. O processo judicial extrai seu significado do fato de que as partes estão lutando por direitos já existentes e não estabelecidos previamente pelo juiz. Esses direitos decorrem dos princípios que fornecem a melhor justificativa para todas as práticas jurídicas.¹⁵⁷

No entanto, apesar das possíveis críticas quanto ao nível de abstração necessário à correta compreensão dos autores citados, especialmente Dworkin, defende-se uma abordagem com base na busca de um arranjo conceitual que facilite a operacionalização do conceito de segurança jurídica.

Percebe-se, assim, sem grande esforço, que uma teoria relacionada à segurança jurídica parece depender de valorações normativas. Isso fica ainda mais evidente quando se almeja investigar se a segurança jurídica tem um valor intrínseco ou serve a outros valores, como liberdade, igualdade ou até estado de direito. Há, inclusive, um posicionamento doutrinário que defende que cada ordenamento apresenta um conceito normativo de segurança jurídica próprio.¹⁵⁸ Sim e não. Tal afirmação parece relacionar-se com o que Raz considera “*the universal and the parochial in legal philosophy*”.¹⁵⁹

156 DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006, p. 42. “The most natural way to support that legal claim is therefore to try to show what the right answer is in some particular hard case.”

157 DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986, p. 152. Veja o seguinte trecho: “Law as integrity is also a nonskeptical theory of legal rights: it holds that people have as legal rights whatever rights” it holds that people have as legal rights whatever rights are sponsored by the principles that provide the best justification of legal practice as a whole”.

158 FUNKE, Andreas. “Die Konstellation der Rechtssicherheit”. In: SCHUHR, Herausgegeben von Jan C.; SIEBECK, Mohr (orgs.). *Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft*. Tübingen, 2014, p. 58. Veja o seguinte trecho: “Die Idee der Rechtssicherheit ist geschichtlich wandelbar und in besonderem Maße durch die Institutionen und Traditionen einer Rechtsordnung geprägt. Aussagen über “die” Rechtssicherheit sind deshalb stets nur möglich als Aussagen über “je unsere” Rechtssicherheit”.

159 RAZ, Joseph. *On the Nature of Law: Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*. Nova York: Oxford University Press, 2009, p. 91.

4. As decisões ou as normas devem ser calculáveis?

Apesar de se buscar uma investigação não diretamente relacionada com uma espécie de teoria normativa de decisão específica, indaga-se se as normas e/ou o ordenamento jurídico é que deveriam ser calculáveis ou se, de fato, as decisões judiciais que aplicam essas normas é que deveriam ser calculáveis. Assim, parece claro que a segurança jurídica está relacionada à legislação, à administração e à jurisdição.¹⁶⁰

A definição do objeto de confiabilidade, cognoscibilidade e calculabilidade, do qual depende o foco de análise, depende de uma espécie de acordo semântico. Parte-se da premissa, ainda que falsificável, de que, em um sistema de separação de Poderes, as decisões judiciais devem respeitar os textos normativos preexistentes, em cuja base o intérprete reconstrói os sentidos normativos mínimos. Com base nessa premissa, o objeto de segurança jurídica pode consubstanciar-se nas normas, cujo conteúdo final costuma ser declarado pelo Poder Judiciário, em suas decisões judiciais, e deve corresponder às possibilidades de argumentação previstas na norma jurídica. “Trata-se, como se vê, de uma questão estipulativa: tanto se pode afirmar que a calculabilidade é própria das decisões como das normas, pois ambas são coimplicadas.”¹⁶¹

Uma possível conclusão da ideia de coimplicação é a constatação de que nenhuma norma regula a própria aplicação.¹⁶² O elemento essencial do processo hermenêutico de argumentação jurídica é a aplicação concreta das normas jurídicas, e não simplesmente sua interpretação abstrata.¹⁶³ Assim, como base na constatação de que as normas não determinam sua própria aplicação, observa-se que o incremento da segurança jurídica, por meio do aumento de um estado

160 FUNKE, Andreas. “Die Konstellation der Rechtssicherheit”. In: SCHUHR, Herausgegeben von Jan C.; SIEBECK, Mohr (orgs.). *Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft*. Tübingen, 2014, p. 51.

161 ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 609 e 610.

162 HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*, Darmstadt, *Wissenschaftliche Buchgesellschaft*, 2002, p. 244.

163 GADAMER, Hans Georg. *Wahrheit und Methode*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1990, v. 1, p. 320, e v. 2, p. 106.

de confiabilidade e calculabilidade, não decorre única e exclusivamente da instituição de um sistema normativo.

Ainda de forma descritiva,¹⁶⁴ parece que qualquer conceito de segurança jurídica que tem como propriedade preponderante a previsibilidade¹⁶⁵ do Direito depende de uma concepção aplicativa de um sistema de normas que incorpore algum grau de resistência quanto a outros fatores que não sejam contemplados pela norma.¹⁶⁶ O argumento aqui elaborado parece estar em consonância com o conceito de ônus argumentativo e a ideia de “regras de parada que fixam até que pontos o procedimento argumentativo deve ser desenvolvido”.¹⁶⁷ Ou seja, uma norma jurídica só proporciona maior previsibilidade quando é compreendida e aplicada como verdadeiro limite à atuação estatal.¹⁶⁸

5. Uma ideia para reflexões futuras

Ao longo deste artigo, surgiu uma ideia que talvez faça algum sentido. Essa ideia tem relação com o conceito de autoridade como razão de segunda ordem excludente de Joseph Raz. Em síntese, será que existe alguma forma de relacionar segurança jurídica ao conceito de autoridade desenvolvido por Raz? A respeito, confira-se uma passagem de Raz que funcionou como semente para essa ideia:

164 Veja: “If, however, the observer really keeps austerely to this extreme external point of view and does not give any account of the manner in which members of the groups who accept the rules view their own regular behaviour, his description of their life cannot be in terms of rules at all, and so not in the terms of the rule-dependent notions of obligation or duty. Instead, it will be in terms of observable regularities of conduct, predictions, probabilities, and signs”. (HART, H. L. A. *The Concept of Law*, 2 ed. Oxford University Press, 1994, p. 89.

165 O termo “previsibilidade”, aqui usado, ainda que de forma heurística, como termo guarda-chuva, engloba cognoscibilidade, calculabilidade e confiabilidade.

166 SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules*. Oxford: Clarendon, 1998, p. 128.

167 Sobre ônus argumentativos, apesar de se reconhecer que não se trata de buscar uma solução ideal, veja LEAL, Fernando Angelo Ribeiro, “Ônus de argumentação, relações de prioridade e decisão jurídica: mecanismos de controle e de redução da incerteza na subidealidade do sistema jurídico”. 2012. 208f. Tese (Doutorado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2012. p. 199: “Como frutos de relações de prioridade, eles podem ser criados e identificados tanto abstrata como concretamente, seja a partir das preferências dos atores institucionais, seja a partir do trabalho da dogmática jurídica, da teoria e filosofia do direito”.

168 SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*, Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 71 e ss.

*The point of being under an authority is that it opens a way of improving one's conformity with reason. One achieves that by conforming to the authority's directives, and (special circumstances apart) one can reliably conform only if one has reliable beliefs regarding who has legitimate authority, and what its directives are. If one cannot have trustworthy beliefs that a certain body meets the conditions for legitimacy, then one's belief in its authority is haphazard, and cannot (again special circumstances apart) be reliable. Therefore, to fulfil its function, the legitimacy of an authority must be knowable to its subjects.*¹⁶⁹

Em outras palavras, parece que a autoridade depende da confiabilidade e da calculabilidade do Direito, pelo menos no que se refere aos predicados de legitimidade da autoridade responsável por exarar diretivas. Se o conceito de segurança jurídica tem como propriedades predominantes a confiabilidade e a calculabilidade do Direito, será que faz sentido afirmar que a autoridade também depende dessas propriedades? Talvez a confiabilidade e a calculabilidade do Direito sejam propriedades predominantes do conceito de autoridade, e não do conceito de segurança jurídica. Uma alternativa consiste em defender a possibilidade de haver uma relação conceitual entre autoridade e segurança jurídica. Não parece existir autoridade sem segurança jurídica, ao menos no que se refere aos pressupostos de legitimidade e sua identificação.

Raz fala em *knowability*,¹⁷⁰ o que aqui se entende como calculabilidade ou até como cognoscibilidade:¹⁷¹ “*There is no authority over the matter, because to exist, authorities must be knowable*”.¹⁷²

169 RAZ, Joseph. *The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*. Nova York: Oxford University Press, 2009, p. 147.

170 RAZ, Joseph. *The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*. Nova York: Oxford University Press, 2009, p. 147.

171 ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 609 e 610.

172 RAZ, Joseph. *The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*. Nova York: Oxford University Press, 2009, p. 148.

Ou seja, parece que, em algum grau, há uma relação conceitual ou ao menos de dependência entre autoridade e segurança jurídica. Essa não é uma afirmação precisa, mas parece ser um ponto de partida para futuras investigações sobre a relação entre segurança jurídica e autoridade, investigações não necessariamente limitadas ao pensamento de Raz sobre suas próprias ideias. Afinal, o próprio autor considera que os conceitos de Direito e autoridade se alteram com o passar do tempo,¹⁷³ e que toda e qualquer teoria do Direito apresenta uma obsolescência interna decorrente de sua tentativa de captura e encapsulamento das propriedades necessárias do conceito de Direito.¹⁷⁴

6. Conclusão

Sugerem-se alguns pontos que podem ser desdobrados em futuros desenvolvimentos: (i) Não parece evidente, ao menos sob a dimensão estática descritiva, que a segurança jurídica pressupõe um estado de confiabilidade, calculabilidade e cognoscibilidade; (ii) Não se pode afirmar, apesar do uso heurístico, que a previsibilidade é um termo guarda-chuva para confiabilidade, calculabilidade e cognoscibilidade; (iii) O termo “previsibilidade” parece, de todo modo, fazer parte de alguns truísmos relacionados ao conceito de segurança jurídica, uma vez que foi a propriedade de segurança jurídica mais recorrente nas obras consultadas, ainda que representada por vocábulos e palavras distintas; (iv) Afirmar que a segurança jurídica pressupõe a previsibilidade do Direito é um paradoxo, uma vez que é algo banal, porém dificilmente operacionalizável de forma puramente descritiva; (v) Com base nos autores consultados, não parece haver uma demarcação rígida ou satisfatória entre os conceitos de Direito e de segurança jurídica.

Dos autores escolhidos para fins de diálogo, Joseph Raz parece ser o ponto de partida mais interessante para a investigação sobre

173 RAZ, Joseph. *The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*. Nova York: Oxford University Press, 2009, p. 85.

174 RAZ, Joseph. *The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*. Nova York: Oxford University Press, 2009, p. 98.

uma possível relação entre o conceito de Direito e de segurança jurídica. Essa afirmação se justifica diante da aparente conexão entre segurança jurídica, previsibilidade e autoridade.

Os conceitos de autoridade e segurança jurídica parecem interligados por propriedades comuns, a exemplo de confiabilidade, cognoscibilidade e calculabilidade. Não é preciso confiar na autoridade que emite uma diretiva, mas é preciso confiar ou ao menos ter a oportunidade de calcular que existem autoridades práticas. A identificação de uma autoridade parece depender de previsibilidade. Previsibilidade no que se refere à atribuição de competências, competências calculáveis e cognoscíveis por meio de normas e/ou instrumentos tipicamente jurídicos e confiáveis. Só assim é possível concluir que uma diretiva emitida por uma autoridade pode funcionar como razão excludente de segunda ordem.

Outra forma de se expor o problema é através da previsibilidade de que a autoridade prática será reconhecida pelos agentes como pressuposto para que o Direito tenha uma pretensão de autoridade. Um Direito seguro sob a perspectiva do jurisdicionado torna essa identificação segura, confiável, calculável e cognoscível. Essa preocupação continua a ser descritiva, mais ou menos, no mesmo sentido da observação descritiva do sinal e do trânsito de Hart.¹⁷⁵

Nesse sentido, parece haver um flanco argumentativo apto a contraditar a afirmação de Joseph Raz, no sentido de que a segurança jurídica não seria uma característica necessária ao conceito de Direito, mas, sim, um ideal político. Se for possível concluir que a autoridade, por meio de sua identificação, depende de segurança jurídica, ou ao menos de previsibilidade como característica comum aos dois conceitos, é possível afirmar que uma das propriedades necessárias do Direito, para Raz, depende de segurança jurídica ou apresenta uma propriedade comum — fato que pode contestar trata-se de uma propriedade necessária ou até contestar a existência de um conceito autônomo para segurança jurídica. Se assim for, a estratégia de afirmar que a segurança jurídica é um ideal político

175 HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2 ed. Oxford University Press, 1994, p. 90.

não diz respeito ao operador do Direito, que não ostenta a condição de cientista político.

O foco de Kelsen, como visto, volta-se ao poder limitado de determinação do Direito. Agora, parece existir algum limite mínimo de determinação. Essa conclusão parece ser suficiente para afastar a própria alegação de Kelsen de que a segurança jurídica seria uma ilusão. Explica-se: se Kelsen considera que existe, ainda que minimamente, algum grau de determinação, sua visão parece compatibilizar-se com algum tipo de segurança jurídica ou ao menos não parece afastar essa possibilidade.

A competência da autoridade ou, talvez, a identificação da autoridade pelo indivíduo, que substitui sua ponderação de razões por uma razão excludente oriunda da autoridade, parece depender minimamente de segurança jurídica. Em outras palavras, pode haver um Direito incerto, mas, para se identificar o que é o Direito, é necessário identificar um material autoritativo preexistente. A identificação desse material autoritativo parece depender minimamente de algum grau de previsibilidade, ao menos no que se refere às credenciais autoritativas. Tal grau mínimo de previsibilidade ou está relacionado com a segurança jurídica ou a substitui, esvaziando a necessidade de haver um conceito autônomo de segurança jurídica.

Alguns pontos devem ser desenvolvidos; outros foram escritos de forma confusa ou obscura. Possíveis críticas ao texto aqui desenvolvido, ao contrário do que parece, não afastam, mas, ao contrário, apenas comprovam o problema proposto, uma vez que se trata de um artigo escrito por um jurista, ainda que limitado ou não preciso. Se existe alguma confusão, tal fato comprova a necessidade de se aprofundarem as investigações conceituais sobre segurança jurídica.

Referências

- ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2019.
- BÄCKER, Carsten. "Rechtssicherheit oder Gerechtigkeit. Von der Radbruchschen Formel zurück zum Primat der Rechtssicherheit". In: SCHUHR, Herausgegeben von Jan C.; SIEBECK, Mohr (orgs.). *Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft*. Tübingen, 2014.

- DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006.
- _____. *Law's Empire*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986.
- _____. *Justice in Robes*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006, p. 168.
- FUNKE, Andreas. “Die Konstellation der Rechtssicherheit”. In: SCHUHR, Herausgegeben von Jan C.; SIEBECK, Mohr (orgs.). *Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft*. Tübingen, 2014.
- GADAMER, Hans Georg. *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. 2 ed. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1965.
- GALLIGAN, D. J. *Law in Modern Society*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- GARDNER, John. “Legal positivism: 5 1/2 myths”, *The American Journal of Jurisprudence*, v. 46, n. 1, p. 199-227, 2001. Disponível em: <https://academic.oup.com/ajj/article/46/1/199/100272>. Acesso em: 28 nov. 2020.
- GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2002, p. 244.
- HANSANI, Enver. “Constitutionalism in Kosovo and the Relationship between Constitutional Justice and the Supreme Court”. In: *Constitutional Justice in Southeast Europe*. Nomos: Baden Baden, 2012.
- _____. *Between facts and Norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Tradução de William Rehg. [S.l.]: MIT Press. Paperback edition, 1998.
- HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- HEY, Johanna. “Steuerplanungssicherheit als Rechtsproblem”. Köln: Otto Schmidt, 2002, p. 87. (“Zick-Zack-Rechtsprechung”).
- JESTAEDT, Matthias. *Die Verfassung hinter der Verfassung. Schönburger Gespräche zu Recht und Staat*. München: Ferdinand Schöningh, 2009.
- KELSEN, Hans. “Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 2. Auflage 1960”. Herausgegeben von Matthias Jestaedt. Mohr Siebeck. Verlag Österreich Wien, 2017.
- LEAL, Fernando. *Ziele und Autorität. Zu den Grenzen teleologischen Rechtsdenkens*. Nomos: Baden Baden, 2014.
- _____. “Ônus de argumentação, relações de prioridade e decisão jurídica: mecanismos de controle e de redução da incerteza na subidealidade do sistema jurídico”. 2012. 208f. Tese (Doutorado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2012.
- _____. THEILEN Jens T. “Rhetoric of Rights: A Topical Perspective on the Functions of Claiming a ‘Human Right to ...’”. In: *The Cambridge Handbook of New Human Rights. Recognition, Novelty, Rhetoric*. Editado por Andreas Von Arnald; Kerstin Von Der Decken; Mart Susi. Cambridge University Press, 2020.
- RAZ, Joseph. *The authority of law. Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press (maker) [1979].

- _____. *On the Nature of Law. Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*. Nova York: Oxford University Press, 2009.
- _____. *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford University Press, 2009.
- _____. *Two views of the Nature of the Theorie of Law: a partial comparison*. In: COLEMAN, Jules (org.). *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, 2001.
- RICHTER, Thomas. *Jahresabschlussprüfung und Prüfungsanforderungen in der Europäischen Union*. Nomos: Baden Baden, 2003.
- SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules*, Oxford: Clarendon, 1998.
- _____. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- VON ARNAULD, Andreas. *Rechtssicherheit: Perspektivische Annäherungen an eine "idée directrice" des Rechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.
- _____. Andreas. *Zur Rhetorik der Verhältnismäßigkeit*. Verhältnismäßigkeit, 278, 2015.

Andre Martins Bogossian

Contratos de concessão e PPP irreequilibráveis: um problema subnotificado antes da pandemia

8

Contratos de concessão e PPP irreequilibráveis: um problema subnotificado antes da pandemia

Andre Martins Bogossian¹⁷⁶

Resumo

A pandemia deixou em evidência a possibilidade de que concessões comuns de serviço público ou parcerias público-privadas tornem-se “irreequilibráveis”, ou seja, quando o pagamento pelo desequilíbrio, através dos métodos usualmente empregados (acréscimo tarifário, extensão de prazo, indenização pelo concedente, redução de investimentos, alteração dos parâmetros de desempenho), é dificultado, quando não inviabilizado, demandando a adoção de soluções não usuais. Este artigo pretende trabalhar com a hipótese de que essa situação excepcional, embora já materializada antes da pandemia, não era contemplada pelo ordenamento jurídico — as normas do Direito Administrativo parecem presumir, incorretamente, que o reequilíbrio sempre seria possível —, que não apresenta resposta direta ao problema e pela literatura.

Palavras-chave: Serviço público. Concessões. Parcerias público-privadas. Equilíbrio econômico-financeiro. Contratos irreequilibráveis

1. Introdução

A pandemia popularizou o termo “irreequilibrável” como característica de contratos administrativos e, mais especificamente, de contratos de concessão (concessões comuns e PPPs), tendo sido tema de *webinars*¹⁷⁷ e artigos de opinião.¹⁷⁸ Em resumo, em função

176 Doutorado em Direito da Regulação na FGV Direito Rio (2020-); *Master of Laws* (LL.M.) pela Harvard Law School (2016); mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2015); *visiting research fellow* na Brown University (2014); graduado *magna cum laude* pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (2010); andre.bogossian@fgv.edu.br.

177 Como, por exemplo, o debate envolvendo os professores Floriano de Azevedo Marques Neto, Egon Bockmann Moreira, Patrícia Baptista e Marcos Augusto Perez. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=uC-ldV9KlO4>. Também o debate entre os professores Egon Bockmann Moreira, Flávio Amaral Garcia, Rodrigo Zambão e Bruno Navega, disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=XR6fOtSftM&feature=youtu.be>. Acesso em: 20 out. 2020.

178 Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pandemia-de-covid-19-e-o-reequilibrio-de-contratos-de-concessao-13042020>. Acesso em: 20 out. 2020.

dos efeitos da pandemia (especialmente da redução drástica da demanda em determinados setores), em muitos casos não apenas restam desatendidas as “condições” dos contratos (para os fins do artigo 10 da Lei de Concessões — Lei nº 8.987/95);¹⁷⁹ sua própria caracterização (das condições dos contratos) foi desnaturada a tal ponto que o restabelecimento do equilíbrio contratual de acordo com as premissas (as condições) originais tornou-se inviável.

Mas não se pretende, aqui, tratar dos desequilíbrios causados pela pandemia e da inviabilidade de seu pagamento nas bases contratuais originais. O presente trabalho tem como objetivo, fazendo uso de alguns termos da moda em tempos pandêmicos, mostrar que esse não é um problema novo, apesar de subnotificado e pouco explorado.

Em relação ao primeiro ponto, já se havia identificado a possibilidade de que, em certos casos, o reequilíbrio econômico-financeiro de concessões e PPPs não seja efetivo ou viável pelos métodos tradicionais, mostrando-se como esse cenário de desequilíbrio contratual extremo não é objeto de tratamento adequado pelo ordenamento jurídico setorial. Na verdade, trata-se mesmo de uma anomalia em relação ao modelo de equilíbrio econômico-financeiro, uma situação de exceção quanto à premissa adotada pelo ordenamento jurídico de que o pagamento integral do reequilíbrio econômico-financeiro é sempre viável e efetivo por meio das formas de pagamento tradicionais. Mesmo antes da pandemia, esse cenário de anomalia contratual sempre esteve potencialmente presente — e talvez se tenha materializado em alguns casos no próprio Rio de Janeiro, particularmente em PPPs, como o VLT Carioca¹⁸⁰ e a concessionária Porto Novo¹⁸¹ —, embora nunca tenha recebido o tratamento adequado pela literatura.

179 Art. 10. “Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”.

180 Decorrente de inadimplemento alegado de mais de 150 milhões de reais, perdurando por mais de um ano. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/concessionaria-do-vlt-pede-justica-rescisao-de-contrato-com-prefeitura-23783733>. Acesso em: 20 out. 2020.

181 Com o esgotamento do modelo de obtenção de recursos através da venda de CPACS, tornou-se inviável o pagamento do município do Rio de Janeiro por meio da CDURP à concessionária, que passou a devolver ao município serviços previstos no contrato. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-08/concessionaria-devolve-administracao-de-tuneis-prefeitura-do-rio>. Acesso em: 20 out. 2020.

Este artigo tem a seguinte estrutura: inicialmente, serão apresentadas considerações a respeito do modelo conceitual adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro de equilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão e PPP (seção 2), para, em seguida, abordar, na seção 3, como pode haver (e já havia, mesmo antes da pandemia) situações de anomalia que contrariam as premissas do modelo. Na seção 4, serão discutidas as consequências desse fenômeno para um contrato e, no tópico 5, encerraremos com as conclusões.

2. O modelo de equilíbrio econômico-financeiro de concessões e PPPs

Nos contratos públicos, é de fundamental importância a proteção do que se chama de “equação econômico-financeira”, compreendendo, por um lado, os encargos (e riscos)¹⁸² assumidos pelo particular contratado quando da licitação e, por outro, sua remuneração. Assim, é expressa a legislação tanto em relação ao regime dos contratos de obras e prestações de serviços da Lei nº 8.666/93 (arts. 58, §§ 1º e 2º, e 65) como, de modo mais essencial, nos contratos de concessão¹⁸³ (por força dos arts. 9º e 10 da Lei nº 8.987/95).

O sistema de equilíbrio econômico-financeiro, por sua vez, é o conjunto de regras que estabelecem como serão calculadas e realizadas as compensações econômicas e/ou financeiras da parte responsável pelo risco de ocorrência de dado evento à parte que foi atingida por suas consequências. Esse sistema pode ser definido

182 Ainda que a doutrina tradicional defina equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos como “a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste” (MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 593-594), no âmbito dos contratos de concessão, a doutrina especializada destaca a relevância de se considerar, como parte da equação econômico-financeira do contrato, a alocação de riscos nele prevista (MÁRQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 1900ss; JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 92; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de serviço público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 325ss; RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 101-103; GARCIA, Flávio Amaral. *Concessões, parcerias e regulação*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 143).

183 Nas espécies de concessão comum, com fundamento na Lei nº 8.987/95, ou Parceria Público-Privada (PPP), compreendendo as concessões patrocinadas e administrativas, com fundamento na Lei nº 11.079/04, que, nesse aspecto, comunga o regime jurídico com as concessões comuns. Neste artigo, essas concessões são abordadas em conjunto, como “concessão”, exceto quando se faz necessária a diferenciação.

como o braço operacional da matriz de riscos, pois é ele quem define como devem ser realizadas as compensações entre as partes que decorrem da distribuição de riscos prevista no contrato. É por meio do sistema de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro que a matriz de riscos contratuais ganha vida e produz efeitos concretos.¹⁸⁴ Já para Marçal Justen Filho,¹⁸⁵ trata-se de um princípio regulador do contrato administrativo, sendo não apenas um direito ou um dever das partes, mas verdadeiramente uma característica desses contratos.

Independentemente do fato que cause o desequilíbrio — se a materialização de um risco alocado a uma parte diferente daquela que sofreu as consequências econômico-financeiras de sua ocorrência, ou a realização de uma alteração unilateral do contrato ou ainda o descumprimento contratual pelo Poder Público —, é importante ter em mente que o débito ou o crédito, de parte a parte, uma vez reconhecido, caracteriza uma dívida contratual entre as partes do contrato a ser compensada, dívida essa a ser remunerada pela taxa de retorno contratual.

Apesar de oferecer essa garantia, não há na legislação uma determinação a respeito do mecanismo que deva ser utilizado para recompor o equilíbrio econômico-financeiro de um contrato de concessão. É bem verdade que as leis federais de concessão (Lei nº 8.987/95, em seu artigo 23, IV)¹⁸⁶ e PPP (Lei nº 11.079/05, artigo 5º, *caput*)¹⁸⁷ apenas incluem, entre as cláusulas obrigatórias desses contratos, previsões sobre os critérios e procedimentos que devem ser utilizados para a “revisão das tarifas”, mas ignoram todos os demais meios pelos quais é possível reconduzir os contratos à condição de equilíbrio econômico e financeiro que precedeu o evento que os desequilibrou.

184 RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 79.

185 JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 391.

186 “Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: (...) IV — ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas.”

187 “Art. 5º. As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever (...)”.

Isso não significa a imposição apenas de um meio de revisão tarifária; muito pelo contrário, o ordenamento jurídico não impõe alternativa determinada como a solução obrigatória a ser sempre seguida.¹⁸⁸ A disciplina será realizada no âmbito do próprio contrato, mas, embora muitos contratos apresentem uma lista exemplificativa dos meios de reequilíbrio, alguns simplesmente são omissos a esse respeito. Desse modo, entende-se que é possível empregar quaisquer formas admitidas em Direito,¹⁸⁹ e algumas são frequentemente utilizadas para além da revisão tarifária, como, por exemplo, extensão de prazo, redução ou reprogramação de investimentos, pagamento direto pelo Poder Concedente ou abatimento de eventual pagamento de outorga, ou até mesmo a redução do nível de serviço.

Há, portanto, a presunção, tanto do ordenamento jurídico como da academia e dos aplicadores do Direito, incluindo os reguladores e controladores (ou pelo menos havia, antes da pandemia da Covid-19), de que os contratos de concessão são, em qualquer hipótese, reequilibráveis, sendo até mesmo uma opção discricionária do administrador a escolha do meio empregado.¹⁹⁰ Trata-se de uma presunção que parece ser infundada: há situações em que o pagamento devido ao particular a título de reequilíbrio torna-se inviável através dos métodos usualmente empregados.

Nesse sentido, os contratos irreequilibráveis não se confundem com os contratos que meramente se inviabilizaram por motivos outros, como a própria materialização de riscos afetos ao particular. Aqui, ainda que o direito ao reequilíbrio em si seja reconhecido ao concessionário (em sedes administrativa, judicial, arbitral ou em

188 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 195; JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 402; MARRARA, Thiago; SOUZA, André. "Equilíbrio econômico-financeiro e redução tarifária". In: MOREIRA, Egon Bockmann (org.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 397.

189 GUIMARÃES, Fernando Vernalha. "O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologia para recomposição". In: MOREIRA, Egon Bockmann (org.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p.110; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. "O equilíbrio econômico e financeiro nas concessões: dinamismo e segurança jurídica na experiência brasileira". In: MOREIRA, Egon Bockmann (org.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 148.

190 JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 402.

qualquer foro do reequilíbrio), seu direito não tem como ser efetivado seja por razões econômicas — as formas usuais não são suficientes para um reequilíbrio completo (econômico e financeiro) e suficiente —, seja por razões institucionais ou políticas.

Em resumo, o mundo real da gestão contratual dos contratos de concessão e PPPs contém cenários que não estão em consonância com o modelo teórico imposto pelo artigo 10 da Lei de Concessões e pelos contornos dados pela literatura administrativista.

3. Delimitando o conceito de contratos irreequilibráveis

Como a pandemia evidenciou, há situações cujo pagamento pelo desequilíbrio através dos métodos usuais resta inviabilizado, independentemente do motivo que causou esse desequilíbrio.

Como se sabe, entre as principais formas de combate à pandemia, encontra-se a adoção de um regime de isolamento social. Do isolamento, decorreu uma alteração considerável nos níveis de demanda em diversos setores — principalmente os relacionados a transportes, como aeroportuário, rodoviário e de mobilidade urbana —, não somente em virtude da reação natural da população à ameaça do Covid-19, como também em muitos casos por causa das medidas restritivas adotadas pelos entes subnacionais. Os impactos consideráveis nas receitas concessionárias e os custos adicionais por ela incorridos durante a pandemia (que não se sabe quando ou mesmo se terá um fim) correspondem, na maioria das concessões, a riscos contratualmente atribuídos ao Poder Público, gerando um desequilíbrio relevante que demanda reequilíbrio.

No caso específico da pandemia, o problema ainda é agravado pelo fato de que, diante da incerteza quanto à retomada econômica e dos níveis de futura demanda (no “novo normal”), torna-se uma tarefa árdua definir uma solução para os expressivos desequilíbrios existentes. Isso é relevante no caso de qualquer pagamento, considerando que a demanda é um elemento fundamental do cálculo do equilíbrio econômico-financeiro, mas se mostra especialmente relevante considerando que o principal meio de pagamento do reequilíbrio é, em particular nas concessões comuns, a revisão tarifária.

O conceito de contrato “irreequilibrável” proposto é composto de quatro elementos, todos relativos ao estado de desequilíbrio contratual e à sua capacidade de retornar ao equilíbrio através dos métodos tradicionalmente empregados: acréscimo tarifário, extensão de prazo, indenização pelo concedente, redução de investimentos e alteração dos parâmetros de desempenho. Caso não se verifique qualquer dos componentes desse conceito, será possível considerar o contrato irreequilibrável. Assim é que, mesmo antes da Covid-19, já havia a possibilidade real de que, em determinados (e extremos) casos, o reequilíbrio fosse irreequilibrável. Ou seja, quando o reequilíbrio for incompleto,¹⁹¹ intempestivo¹⁹² ou inviável¹⁹³ pelos métodos usualmente empregados.

O primeiro elemento, de suficiência, significa que o reequilíbrio em questão deverá trazer o concessionário ao estado de equilíbrio anterior àquele em que se encontrava a concessão, antes do evento de desequilíbrio, saneando a dívida contratual sem gerar ganhos indevidos ao concessionário. Esse elemento corresponde à manutenção do equilíbrio contratual em seu aspecto econômico, relativo à rentabilidade do projeto, para o que, em geral, utiliza-se a taxa interna de retorno.¹⁹⁴

191 Os reequilíbrios incompletos são aqueles que restabelecem o equilíbrio sob a perspectiva econômica (o respeito ao retorno esperado do projeto), mas não sob a perspectiva financeira (relativa ao capital disponível para tanto), ou vice-versa. [RIBEIRO, Maurício Portugal. “Reequilíbrios incompletos de contratos de concessão e PPP: reequilíbrio econômico (que não caracteriza reequilíbrio financeiro) e reequilíbrio financeiro (que não caracteriza reequilíbrio econômico). Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/reequilíbrios-incompletos-de-contratos-de-concessao-e-ppp-reequilíbrio-econômico-que-nao-caracteriza-reequilíbrio-financeiro-e-reequilíbrio-financeiro-que-nao-caracteriza-reequilíbrio-econômico/>.] Um reequilíbrio completo é um reequilíbrio suficiente sob ambas as perspectivas.

192 Quanto maior o represamento do reequilíbrio, mais cara a dívida contratual fica para o Poder Concedente. Nesse sentido, Egon Bockmann Moreira concorda que, “quando o Poder Concedente posterga uma compensação devida a título de reequilíbrio, está, em verdade, valendo-se indevidamente de recursos do concessionário, forçando-o a lhe prover espécie de empréstimo em montante não previsto e a uma taxa que pode não lhe convir”. (MOREIRA, Egon Bockmann; GUZELLA, Rafaella Peçanha. “Contratos administrativos de longo prazo, equilíbrio econômico-financeiro e Taxa Interna de Retorno (TIR)”. In: MOREIRA, Egon Bockmann (org.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 350.

193 Seja por razões de ordem jurídica, prático-política ou econômico-financeira.

194 GALÍPOLO, Gabriel Muricca; HENRIQUES, Ewerton de Souza. “Rentabilidade e equilíbrio econômico-financeiro do contrato”. In: MOREIRA, Egon Bockmann (org.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

Já no que diz respeito ao segundo elemento, da completude, é preciso levar em consideração que o equilíbrio não se deve dar apenas sob a perspectiva econômica (o respeito ao retorno esperado do projeto), mas também sob a perspectiva financeira (relativa ao capital disponível para tanto). Assim, é preciso considerar que os impactos no fluxo de caixa da concessão causados pelo desequilíbrio conduzem a uma perda de liquidez e ao agravamento de seus índices financeiros.

Em relação à tempestividade do reequilíbrio, levando-se em conta que o desequilíbrio tem natureza de dívida contratual,¹⁹⁵ o atraso em sua realização funciona como um empréstimo de recursos tomado pelo Poder Concedente à concessionária e, como tal, deveria ser remunerado pela taxa de rentabilidade prevista no caso-base do plano de negócios da concessão. A postergação do reequilíbrio é prejudicial ao concessionário (pela renúncia de liquidez forçada) e ao próprio Poder Concedente e aos usuários, considerando que pagarão uma dívida remunerada por uma taxa de rentabilidade possivelmente superior às médias do mercado de crédito, mesmo no caso dos entes públicos.

Além disso, trata-se de premissa fundamental do modelo teórico de equilíbrio econômico-financeiro, extraída do artigo 10 da Lei nº 8.987/95, que “sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”, ou seja, o estado de equilíbrio deve ser mantido a todo tempo.

Em verdade, reduzir o direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato a uma eventual compensação, após anos ou décadas de litígio contratual, implica desprezar a própria lógica fundamental desses contratos e o modo adequado de prestação dos serviços concedidos. Afinal, nas palavras de Egon Bockmann Moreira,¹⁹⁶ “o desrespeito ao equilíbrio fere de morte o contrato de concessão” e “a demora no reequilíbrio implicará a derrocada

195 Sobre a natureza de dívida que tem o desequilíbrio econômico-financeiro, veja GALÍPOLO, Gabriel Muricca; HENRIQUES, Ewerton de Souza. “Rentabilidade e equilíbrio econômico-financeiro do contrato”. In: MOREIRA, Egon Bockmann (org.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 361.

196 MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 384.

do projeto concessionário”, de modo que de nada adianta reequilibrar a destempo um contrato de concessão. Na mesma linha, não se pode imputar à concessionária o dever de continuar a prestar os serviços e reconhecer, apenas ao final da concessão, a faculdade de obter alguma espécie de compensação pelos prejuízos sofridos.¹⁹⁷

O último elemento é o de definição mais espinhosa: a viabilidade de implantação do reequilíbrio. É que, por vezes, a realização do reequilíbrio simplesmente não é viável do ponto de vista fiscal (como o pagamento direto do concedente ao concessionário), do ponto de vista político, por importar um custo reputacional relevante para os agentes públicos que a determinarem (como, por exemplo, o aumento expressivo das tarifas, ou a redução dos níveis de serviço), ou mesmo do ponto de vista institucional, levando-se em conta o receio que muitos gestores têm de ser penalizados pelos órgãos de controle externo quando procuram adotar soluções que meramente divirjam da interpretação dada por esses órgãos, o que inviabilizaria também soluções menos ortodoxas, como, por exemplo, a sugestão de Marçal Justen Filho,¹⁹⁸ no sentido de “outorgar ao concessionário o direito de exploração de novos empreendimentos a partir dos quais seria possível extrair resultados orientados à recomposição econômico-financeira”. O fenômeno do “apagão decisório”,¹⁹⁹ ou do “apagão das canetas”, dificulta ainda mais saídas que não encontrem correspondência na literalidade dos contratos.

Esses quatro elementos do conceito devem, portanto, ser analisados caso a caso em relação às diferentes formas tradicionais de pagamento do reequilíbrio econômico-financeiro. A seguir, busca-se demonstrar como os métodos usuais de reequilíbrio podem contar com fatores que se mostrem impeditivos à sua utilização (seja por

197 JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 390.

198 JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 408.

199 Ver o artigo do ministro Bruno Dantas do TCU no jornal *O Globo*. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/o-risco-de-infantilizar-gestao-publica-22258401>. Acesso em: 20 out. 2020.

uma questão estritamente econômico-financeira, seja por alguma razão político-institucional), ou ao menos que tornem seu manejo indesejável à luz do próprio interesse público que justificou a delegação do serviço (como, por exemplo, a redução da qualidade do serviço).

A começar pela forma mais utilizada e o único meio de reequilíbrio que tem previsão legal expressa, constando no artigo 23, IV, da Lei nº 8.987/95: a revisão tarifária. Em muitos casos, aumentar o valor da tarifa simplesmente não é uma opção viável, considerados seus efeitos na demanda.²⁰⁰ A revisão pode gerar protesto, revolta e vandalismo (ao se pressionar o Poder Concedente a reverter o acréscimo tarifário). Além disso, por conta da elevada elasticidade da demanda no caso, os usuários procuram um serviço alternativo mais barato. Isso quando um agente externo de controle (como, por exemplo, o Ministério Público ou o Tribunal de Contas) não atua para inviabilizar o acréscimo tarifário, ao argumento de que isso representaria uma violação ao princípio da modicidade tarifária e da proteção do interesse dos usuários, que, na visão desses órgãos, seria a consubstanciação de um interesse público geral, abstrato e que deveria sempre prevalecer sobre qualquer outro.²⁰¹

Seja como for, o concessionário não alcançará o efetivo reequilíbrio do contrato, e a elevação poderá acarretar efeitos insuportáveis, inclusive com o potencial insucesso da concessão. Nas palavras de Marçal Justen Filho, “ultrapassado certo limite, a decorrência será a redução do consumo das utilidades por parte dos usuários. Logo, o efeito prático da elevação das tarifas poderá ser o forte e inevitável desincentivo à fruição do serviço público, o que equivalerá à sua supressão. Tal significa infringir os princípios fundamentais norteadores da atuação estatal”.²⁰²

200 CÂMARA, Jacinto Arruda. *Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 173.

201 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “A bipolaridade do direito administrativo e sua superação”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2017, p. 113.

202 JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 405.

A segunda opção seria a indenização à concessionária, ou realizar dação em pagamento de outros bens públicos, diversos de moeda.²⁰³ Na realidade dos contratos de concessão, o Poder Concedente nunca reembolsa a concessionária à vista, seja porque o processo orçamentário torna essa opção difícil,²⁰⁴ seja porque há o risco de um ônus reputacional muito elevado para os agentes políticos.²⁰⁵

Ainda tratando das opções pecuniárias, haveria a possibilidade de aumento do valor da contraprestação ou do aporte público, no caso de PPPs, ou de redução do valor da outorga para as concessões comuns que a adotam.²⁰⁶ Embora, em tese, sejam opções possíveis, na prática sua viabilidade é bastante reduzida, pelos mesmos motivos citados para o pagamento à vista do valor indenizatório.

Na verdade, em relação às PPPs, o grande fator que pode levar um contrato a se tornar irreequilibrável (como ocorreu, por exemplo, com os contratos do VLT Carioca²⁰⁷ e do Porto Novo,²⁰⁸ ambos do município do Rio de Janeiro) é justamente a capacidade precária de pagamento do Poder Concedente (e a insuficiência das garantias ofertadas). Não faria sentido pensar que esses contratos,

203 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 195; JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 407.

204 Veja a postura do Tribunal de Contas da União (TCU) no Relatório de Acompanhamento TC 014.689/2014-6, que seguiu o contrato de concessão da Concer. O Poder Concedente (Ministério dos Transportes) optou por pagar o reequilíbrio referente às obras da Nova Subida da Serra de Petrópolis com verbas orçamentárias, mas o TCU entendeu (incorretamente) que tal pagamento em dinheiro equivaleria à contratação de uma obra pública para fins orçamentários e, sob tal fundamento, pretendeu punir pessoalmente todos os agentes públicos envolvidos, mesmo sem qualquer suspeita de corrupção, desde o então ministro dos Transportes até a diretoria da ANTT relatora do processo administrativo que operacionalizou o reequilíbrio no caso.

205 RIBEIRO, Maurício Portugal. "O que todo profissional de infraestrutura precisa saber sobre equilíbrio econômico-financeiro de concessões e PPPs (mas os nossos juristas ainda não sabem)". In: MOREIRA, Egon Bockmann (org.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 541.

206 ALENCAR, Leticia Lins. *Equilíbrio na concessão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 255.

207 Decorrente de inadimplemento alegado de mais de 150 milhões de reais, perdurando por mais de um ano. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/concessionaria-do-vlt-pede-justica-rescisao-de-contrato-com-prefeitura-23783733>. Acesso em: 20 out. 2020.

208 Com o esgotamento do modelo de obtenção de recursos através da venda de CPACS, tornou-se inviável o pagamento do município do Rio de Janeiro por meio da CDURP à concessionária, que passou a devolver ao município serviços previstos no contrato. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-08/concessionaria-devolve-administracao-de-tuneis-prefeitura-do-rio>. Acesso em: 20 out. 2020.

tornados irreequilibráveis justamente pelo inadimplemento público, seriam compensados por meio de recursos públicos.

A última das opções pecuniárias seria o subsídio estatal, desde que essa possibilidade esteja prevista no edital, hipótese em que o Estado assumiria, com recursos próprios, parte do custeio das tarifas. Além de altamente improvável, por conta dos motivos acima expostos, trata-se, nas palavras de Marçal Justen Filho, de “solução altamente indesejável, que frustra as finalidades da concessão”.²⁰⁹ Além disso, Marçal assinala que as teorias econômicas apontam esses subsídios como “causa fundamental de males muito graves, gerando mais problemas do que benefícios sociais”.

Outra solução comumente adotada seria a extensão de prazo. Nesse caso, o problema é que, por vezes, há uma limitação legal — como nas PPPs — ou contratual ao prazo máximo do contrato, aí incluindo suas extensões. Por mais que seja possível argumentar que tais limites deveriam ser aplicados somente às prorrogações discricionárias, e não às extensões de prazo como forma de reequilíbrio, as burocracias estatais e os órgãos de controle continuam confundindo essas duas figuras jurídicas e, dessa forma, limitando as possibilidades de extensão de prazo do contrato. Além disso, trata-se frequentemente de um reequilíbrio incompleto. Ou seja, mesmo quando é possível realizar a extensão de prazo, ainda que o contrato seja reequilibrado na perspectiva econômica, com a manutenção da taxa interna de retorno do projeto, a extensão de prazo deixa o contrato financeiramente desequilibrado no curto prazo. Esse desequilíbrio provocado pelo desequilíbrio financeiro pode ser fatal ao contrato de concessão.

Em seguida, haveria a opção de se realizar a alteração do escopo do contrato de concessão, a fim de retirar ou reprogramar as obrigações originariamente atribuídas à concessionária. Trata-se de medida que, em tese, seria capaz de promover um reequilíbrio completo, econômico e financeiro, a depender do volume de

209 FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 407.

investimentos que seriam retirados ou postergados. Contudo, em diversos contratos — seja por concentrarem a fase de investimentos nos primeiros anos, seja simplesmente por serem contratos mais antigos —, já não há mais obrigações substantivas a serem retiradas ou reprogramadas, pois a concessionária já as realizou, restando somente investimentos marginais e os custos operacionais. Ademais, a reprogramação de investimentos pode ter impacto no fluxo de receitas do concessionário,²¹⁰ o que, por sua vez, tem efeitos diretos na financiabilidade do projeto.²¹¹

De forma similar, haveria a possibilidade de reduzir os níveis de serviço, o que também pode mitigar ou postergar os dispêndios da concessionária.²¹² Contudo, trata-se de medida que apresenta um custo reputacional relevante para os agentes públicos que a determinarem, considerando que a redução dos níveis de serviço, a ser imediatamente realizada pela concessionária, muitas vezes é perceptível aos usuários e, ao fim e ao cabo, conflita com o interesse público na prestação de um serviço público de qualidade. Outras formas de reequilíbrio são mais raras na prática, pois, em regra, exigem autorização legislativa — como a compensação do desequilíbrio com créditos tributários ou mesmo a concessão de isenções fiscais pelo próprio Poder Concedente — e esbarram na situação de crise fiscal e nos limites impostos aos estados para que adotem o Regime de Recuperação Fiscal da Lei Complementar federal nº 159/2017. Ou seja, o reconhecimento ou a constituição do direito ao reequilíbrio não bastam, visto que, embora incorporado, ao patrimônio jurídico do concessionário, o crédito contra o Poder Concedente, sua exequibilidade pode ser limitada, quando não inviabilizada.

210 Por exemplo, quando o início de cobrança de pedágio em concessão rodoviária depende contratualmente da realização de obras de duplicação de trechos da rodovia (como ocorreu com os contratos da Terceira Etapa do Programa de Concessões Rodoviárias Federais); ou a implantação de novas estações (que também permitiria ao concessionário novas receitas) em uma concessão de mobilidade urbana.

211 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. "O equilíbrio econômico e financeiro nas concessões: dinamismo e segurança jurídica na experiência brasileira". In: MOREIRA, Egon Bockmann (org.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 151.

212 FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 405.

4. O que pode acontecer com um contrato que se torna irreequilibrável?

Apesar de o estudo dos contratos de concessão e do instituto do equilíbrio econômico-financeiro ser objeto de extensa literatura,²¹³ surpreende constatar que, mais de duas décadas após a edição da Lei nº 8.987/95 — que institui o regime geral para as concessões de serviços públicos —, ainda não exista um estudo aprofundado que estabeleça o diagnóstico, de forma precisa, desses fenômenos ou sugira formas de lidar com a situação.²¹⁴

A surpresa é ainda maior quando se consideram os efeitos de não se reequilibrar um contrato de concessão: são bastante negativos não apenas os efeitos que o acúmulo e os desequilíbrios não reequilibrados geram aos próprios contratos de concessão, mas também os efeitos sistêmicos e a insegurança (jurídica e institucional) provocada no setor de infraestrutura.

Em relação aos contratos afetados pela situação de inviabilidade ou insuficiência de reequilíbrio, é possível observar consequências perversas a todos os envolvidos na relação: trata-se de situação financeiramente indesejável ao próprio Poder Concedente, pelo fato de que, quanto maior o represamento do reequilíbrio, mais cara fica a dívida do Poder Concedente em relação ao concessionário.²¹⁵ Ou seja, o fenômeno da inviabilidade do reequilíbrio abrange não somente os contratos que são irreequilibráveis desde o evento que originalmente os desequilibrou, como também aqueles contratos que até poderiam ser originariamente reequilibráveis, mas que, em virtude da opção dos reguladores e do Poder Concedente em repressar o reequilíbrio, o desequilíbrio ganha um vulto tal que sua recomposição resta inviabilizada.

213 Ainda que, em regra, a presunção de que os contratos sejam reequilibráveis se verifique no cotidiano das concessões.

214 O autor do projeto foi quem chamou originalmente a atenção para a eventual ocorrência desse problema, de forma bastante preliminar, em trabalho exploratório publicado na *Revista de Contratos Públicos* – RCP, Belo Horizonte, ano 7, n. 13, mar.-ago. 2018.

215 RIBEIRO, Maurício Portugal; MANDEL, Denise Nefussi. “O atraso em reequilibrar contratos de concessão e PPP pode ser enquadrado como improbidade administrativa?” Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/o-atraso-em-reequilibrar-concessoes-e-ppp-como-improbidade-administrativa-publicado2-em-13-09-2015.pdf>.

A inviabilidade de reequilíbrio tende a levar ao esgotamento dos esforços financeiros do concessionário e ao possível descumprimento dos parâmetros contratuais, o que representa uma grave ameaça aos usuários, considerando que dificilmente os níveis de serviço serão mantidos nesse cenário. Nas palavras de Sérgio Guerra e Patrícia Sampaio, “com efeito, a estabilidade financeira da concessão não deve atender, apenas e limitadamente, ao interesse do concessionário, mas, principalmente, à regularidade do serviço público e, finalmente, ao interesse dos usuários, destinatários finais da atividade concedida”.²¹⁶

Os mecanismos jurídicos existentes são incapazes de lidar adequadamente com a situação narrada. Em verdade, o Direito, tradicionalmente, só permitia ao concessionário uma saída diante de tal cenário de semelhante deterioração da concessão. Como, nos contratos administrativos (entre eles, os de concessão), entende-se inaplicável a cláusula de exceção de contrato não cumprido por parte do parceiro privado, resta-lhe ir a juízo demandar a rescisão contratual, nos termos do artigo 39 da Lei nº 8.987/95.²¹⁷ Foi o caso, por exemplo, da PPP do VLT do Rio de Janeiro no Processo 0159841-62.2019.8.19.0001, em trâmite no TJRJ.²¹⁸

Esse mecanismo tem como inconveniente para a concessionária o fato de que somente seria possível suspender²¹⁹ ou encerrar a

216 GUERRA, Sérgio; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. “Concessões de serviços públicos e o tempo: aspectos relevantes sobre o impacto da variável ‘prazo’ para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. In: BARBOSA, Fernando de Holanda; GUERRA, Sérgio; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Equilíbrio financeiro em projetos de infraestrutura e a TIR flexível*. Rio de Janeiro: FGV Projetos, 2019, p. 32.

217 “Art. 39. O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim. Parágrafo único. Na hipótese prevista no caput deste artigo, os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado.”

218 Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/concessionaria-do-vlt-pede-justica-rescisao-de-contrato-com-prefeitura-23783733>.

219 Defendendo a possibilidade de suspensão da execução contratual nesses casos, Fernando Vernalha Guimarães afirma que “isso [a interrupção dos serviços] poderá ocorrer nos casos em que o poder concedente descumpriu obrigação de entregar ao concessionário insumo fundamental para a execução do serviço. Assim também se passa com obrigações que repercutam diretamente na equação econômico-financeira, tornando excessivamente onerosa a execução da concessão. Imagine-se a hipótese em que o poder concedente imponha redução tarifária incompatível com o custeio da concessão, desafiando as condições mínimas a garantir a sustentabilidade econômico-financeira do empreendimento. Sem condições mínimas a seguir executando o contrato, o concessionário estará legitimado a suspender sua execução, requerendo a rescisão da concessão” (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de serviço público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 364.

atividade de execução do serviço público após o trânsito em julgado da decisão judicial, nos termos da lei — o que pode levar bastante tempo — e a hipótese de que as eventuais indenizações seriam pagas por precatório judicial. Assim, não há incentivo para sua utilização pelos concessionários em casos tais, nem se trata de opção que atenda ao interesse público na delegação do serviço. Nas palavras de Egon Bockmann Moreira,²²⁰

Pouco ou nada valerá ao projeto concessionário o prestígio à ideia de que o desequilíbrio atual possa ser recomposto por decisão judicial transitada em julgado 10, 20 ou 30 anos depois (muitas vezes, depois de encerrado o contrato). Essa ordem de agressão às condições normais do projeto corrompe as projeções contratuais — o que pode ser fatal em investimentos de longa maturação. Num cenário péssimo, a prestação do serviço será prejudicada e o concessionário será detentor de um precatório. É evidente que nada disso atende ao interesse público estampado na Lei Geral de Concessões.

Apenas mais recentemente, com o advento da Lei nº 13.448/17, é que foram permitidas — somente a concessões federais nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário — a extinção amigável e a devolução da concessão à relicitação. Além da aplicabilidade bastante limitada do instituto da relicitação segundo a Lei nº 13.448/17, se for seguida a lógica dessa lei, a nova concessionária assumiria, nas condições previstas no edital de relicitação, a obrigação de pagar pelo menos uma parte das indenizações devidas pelo Poder Concedente à concessionária atual. Note-se que já transcorreram três anos desde a edição da lei e, dos primeiros pedidos de devolução de concessões de rodovias e aeroportos sem que o governo tenha concluído sequer a primeira das relicitações, considerando-se, inclusive, que até mesmo a regulamentação da matéria ocorreu apenas com a edição do Decreto nº 9.957, de 6 de agosto de 2019. Presume-se que houve acentuada deterioração do serviço no período

220 MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 219.

entre a decisão pela atual concessionária de devolução do projeto e a assunção pela nova concessionária, passando pela realização dos estudos e a relicitação.

Nesse sentido, é importante lembrar que a concessionária do Aeroporto de Viracopos, que requereu a devolução do aeroporto para relicitação logo após a aprovação da Lei nº 13.448/17, foi forçada a pedir recuperação judicial antes de o Poder Concedente sequer começar a apreciar seu pedido. No setor rodoviário, destaca-se o caso da concessionária Via 040: seu pedido de relicitação foi aprovado pela ANTT e qualificado no PPI. Em vias de assinar o aditivo, contudo, o TCU ordenou a suspensão do processo na ANTT, em liminar posteriormente revertida (TC nº 008.508/2020-8). De toda forma, o caso da suspensão da assinatura de relicitação da Via 040 pode ser um bom exemplo de como até mesmo um alinhamento prévio do concessionário com a agência não é garantia de um resultado concreto, inclusive quando há fundamento expresso nas próprias resoluções da agência. Além do escopo restrito de aplicação, aqui o principal problema é a capacidade de decisão do Poder Concedente e sua relação com os órgãos de controle.

De todo o exposto, conclui-se que o problema dos contratos irreequilibráveis é uma questão para a qual o arcabouço jurídico vigente não está preparado. Além disso, sequer considera-se a hipótese de que os desequilíbrios reconhecidos não venham a ser reequilibrados (ou o sejam de modo insuficiente), ignorando-se, assim, a possibilidade de fracasso do sistema de reequilíbrio econômico-financeiro. É fato, portanto, que os institutos que se encontram à disposição dos concessionários não se mostram adequados para viabilizar uma solução eficiente e segura ao fenômeno dos contratos irreequilibráveis.

5. Conclusão

Do isolamento social imposto como medida de combate à pandemia, decorreu uma alteração considerável nos níveis de demanda dos contratos de concessão e PPP em diversos setores — principalmente os relacionados a transportes, como o aeroportuário,

rodoviário e de mobilidade urbana. Esse cenário foi motivado não apenas pela reação natural da população à ameaça da Covid-19, mas também, em muitos casos, pelas medidas restritivas impostas pelos entes subnacionais. Os impactos consideráveis nas receitas das concessionárias e os custos adicionais por elas incorridos durante a pandemia (que não se sabe quando ou mesmo se terá um fim) correspondem, na maior parte das concessões, a riscos contratualmente atribuídos ao Poder Público, gerando um desequilíbrio relevante a ser reequilibrado. No caso específico da pandemia, o problema é agravado pelo fato de que, diante da incerteza quanto à retomada econômica e aos níveis de demanda futura (no “novo normal”), torna-se tarefa árdua definir uma solução para os expressivos desequilíbrios existentes.

O objetivo deste breve artigo foi destacar a possibilidade de um fenômeno que contraria as premissas teóricas do modelo de equilíbrio econômico-financeiro segundo sua norma basilar, o artigo 10 da Lei de Concessões — fenômeno que, até a pandemia, recebia pouca atenção da literatura do direito administrativo brasileiro: os contratos de concessão, nas modalidades comum e PPPs, irreequilibráveis. Buscou-se demonstrar que, mesmo antes dos efeitos da situação extraordinária causada pela Covid-19, já havia casos em que os meios tradicionais de reequilíbrio econômico-financeiro não se mostravam suficientes, completos ou tempestivos, não se mostrando jurídica ou politicamente viáveis ou até mesmo não eram desejáveis, levando em consideração as razões de interesse público a ensejar a delegação.

O conceito de contrato “irreequilibrável” proposto é composto desses quatro elementos, todos relativos ao estado de desequilíbrio contratual e à sua capacidade de retornar ao equilíbrio através dos métodos tradicionalmente empregados: acréscimo tarifário, extensão de prazo, indenização pelo concedente, redução de investimentos, alteração dos parâmetros de desempenho.

Mesmo antes da pandemia, por exemplo, já se verificavam casos de PPPs (como, no município do Rio de Janeiro, do VLT e do Porto Maravilha) em que o esgotamento da capacidade de pagamento

público e das garantias oferecidas, além de outros desequilíbrios, ganhou tamanha dimensão.

Em relação aos seus efeitos, o acúmulo de desequilíbrio irreequilibrável, além de financeiramente indesejável ao próprio Poder Concedente, pode conduzir ao esgotamento da capacidade de investimento do concessionário; conseqüentemente, conduz à redução dos níveis de serviço e ao descumprimento contratual, em violação ao interesse público que justificou a delegação. Trata-se de um problema para o qual o arcabouço jurídico não estava preparado mesmo antes do advento da pandemia e que fez com que alguns contratos se tornassem irreequilibráveis.

Referências

- ALENCAR, Leticia Lins. *Equilíbrio na concessão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- BOGOSSIAN, Andre Martins. “O poder-dever de renegociação dos contratos “irreequilibráveis” de concessão comum e PPP”, *Revista de Contratos Públicos*, v. 13, 2018.
- CÂMARA, Jacinto Arruda. *Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GALÍPOLO, Gabriel Muricca; HENRIQUES, Ewerton de Souza. “Rentabilidade e equilíbrio econômico-financeiro do contrato”. In: MOREIRA, Egon Bockmann (org.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- GARCIA, Flávio Amaral. *Concessões, parcerias e regulação*. São Paulo: Malheiros, 2019.
- GARCIA, Flávio Amaral. “Dispute Boards e os contratos de concessão”. In: CUÉLLAR, Leila et al. (org.). *Direito administrativo e alternative dispute resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.
- GUERRA, Sérgio. “Concessões de serviços públicos: aspectos relevantes sobre o equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno”. In: MOREIRA, Egon Bockmann (org.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- GUERRA, Sérgio; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. “Concessões de serviços públicos e o tempo: aspectos relevantes sobre o impacto da variável ‘prazo’ para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro”. In: BARBOSA, Fernando de Holanda; GUERRA, Sérgio; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Equilíbrio financeiro em projetos de infraestrutura e a TIR flexível*. Rio de Janeiro: FGV Projetos, 2019.
- GUIMARÃES, Bernardo Strobbe. “O prazo nas concessões e as normas que estipulam vigência máxima do vínculo: algumas inquietações”. In: MOREIRA,

- Egon Bockmann (org.). *Contratos administrativos, equilíbrio Econômico-financeiro e a taxa interna de retorno*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de serviço público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. “O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologia para recomposição”. In: MOREIRA, Egon Bockmann (org.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “A bipolaridade do direito administrativo e sua superação”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. “A (re)afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões”, *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jul.-set. 2014.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “O equilíbrio econômico e financeiro nas concessões: dinamismo e segurança jurídica na experiência brasileira”, In: MOREIRA, Egon Bockmann (org.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- MARRARA, Thiago; SOUZA, André. “Equilíbrio econômico-financeiro e redução tarifária”. In: MOREIRA, Egon Bockmann (org.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MIGUEIS, Ana Carolina. “Dispute Boards e Administração Pública: a utilização dos dispute boards como alternativa extrajudicial de solução de conflitos nos contratos administrativos”, *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 15, n. 168, fev. 2015.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MOREIRA, Egon Bockmann; GUZELLA, Rafaella Peçanha. “Contratos administrativos de longo prazo, equilíbrio econômico-financeiro e Taxa Interna de Retorno (TIR)”. In: MOREIRA, Egon Bockmann (org.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- PRADO, Mariana Mota; TREBILCOCK, Michael. *Institutional Bypasses: a strategy to promote reforms for development*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
- QUEIROZ DE ANDRADE, Leticia; PITRE, Paloma. “Dispute boards: fundamentos e aplicabilidade nos contratos administrativos brasileiros de infraestrutura”, *Rev. Bras. de Infraestrutura – RBINF*. Belo Horizonte, ano 5, n. 10, jul.-dez. 2016.
- REHBEIN, Airton Roberto; BARROS, Jaqueline Hoffelder Pereira. “Padronização de indicadores econômico-financeiros das concessionárias estaduais dos

serviços de saneamento básico: a importância do estudo para as agências reguladoras”, *Marco Regulatório - Revista da AGERG*, n. 13, 2010.

RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

RIBEIRO, Maurício Portugal. “O que todo profissional de infraestrutura precisa saber sobre equilíbrio econômico-financeiro de concessões e PPPs (mas os nossos juristas ainda não sabem). *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (org.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

RIBEIRO, Maurício Portugal. Reequilíbrios incompletos de contratos de concessão e PPP: reequilíbrio econômico (que não caracteriza reequilíbrio financeiro) e reequilíbrio financeiro (que não caracteriza reequilíbrio econômico). Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/reequilibrios-incompletos-de-contratos-de-concessao-e-ppp-reequilibrio-economico-que-nao-caracteriza-reequilibrio-financeiro-e-reequilibrio-financeiro-que-nao-caracteriza-reequilibrio-economico/>

RIBEIRO, Maurício Portugal; MANDEL, Denise Nefussi. “O atraso em reequilibrar contratos de concessão e PPP pode ser enquadrado como improbidade administrativa?” Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/o-atraso-em-reequilibrar-concessoes-e-ppp-como-improbidade-administrativa-publicado2-em-13-09-2015.pdf>.

André Ribeiro Tosta

Realismo e a LINDB: amor à primeira vista?

9

Realismo e a LINDB: amor à primeira vista?

André Ribeiro Tosta²²¹

Resumo

Argumenta-se que a LINDB demanda considerações a respeito do contexto em que decisões públicas são tomadas e que essa lei pode ter como consequência o reforço à incorporação de um tipo de vocabulário novo à prática das instituições de Direito Público: a linguagem realista. Há conhecidas abordagens que manejam essa linguagem, tendo em comum a mudança de foco, de perguntas sobre o conteúdo de *normas/princípios* jurídicos para enfoques *empíricos/contextuais*, capazes de informar como o Direito *realmente* funciona (como ele é aplicado), e não como *deveria* funcionar (o que dizem suas normas). O “novo” foco é acompanhado por novas linguagens e por velhos problemas; a lei teria tornado o debate a respeito desses temas ainda mais urgente. Este artigo busca mapear essas linguagens, justificar sua pertinência com a LINDB e alertar para os riscos em seu manuseio.

Palavras-chave: LINDB. Realismo. Instituições. Consequências. Empirismo.

1. Introdução

Este artigo defende que a aplicação adequada da LINDB engrossa o coro por considerações a respeito do contexto em que as decisões públicas são tomadas e que essa exigência demanda o recurso a um vocabulário à altura do desafio. Como se argumentará a seguir, a Lei nº 13.655/2018 pode ter como consequência o reforço à incorporação de um tipo de vocabulário novo à prática das

221 Mestre e doutorando em Direito Público pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ); membro-fundador do Laboratório de Regulação Econômica da UERJ (Reg.), advogado no escritório José Vicente de Mendonça e Advogados. Agradeço pelos comentários e críticas de Carlos Ari Sundfeld, José Vicente de Mendonça e Daniel Cardinali, cujos *feedbacks* foram imprescindíveis para quaisquer que sejam as virtudes deste artigo. Agradeço também a Fernando Leal pelas sugestões de leitura que foram diretamente relevantes para a construção do texto.

instituições de Direito Público: a linguagem realista,²²² caracterizada por aspirações ao *empirismo* na descrição do contexto por trás da interpretação e da aplicação de instrumentos jurídicos.²²³

Argumentar-se-á que as inovações da Lei nº 13.655/2018 reforçam demandas por realismo e por um vocabulário capaz de acrescentar empiria na Administração Pública e em seu controle; que elas exigem fundamentações mais “empíricas” do que tem ocorrido em diversas áreas no Direito Público contemporâneo. Nos itens que se seguem, sugerir-se-á que “considerações realistas” são indispensáveis para atender a esses requisitos e que, caso “cole”, a LINDB estimulará uma tendência — já existente — de familiarização de juristas com esse tipo de argumento.²²⁴ Como é de se esperar, essa tendência gera riscos que não devem ser ignorados e que também serão abordados neste artigo.

Para endereçar essas questões, o item seguinte (2) detalhará o que são “considerações realistas”. Adianta-se que se engloba uma gama de abordagens e teorias já (mais ou menos) conhecidas no Direito, as quais oferecem um conjunto amplo de vocabulário útil — se não necessário — para as decisões públicas contextualizadas. Em seguida, o foco será responder se, de fato, as exigências da LINDB incluem considerações a respeito do contexto como fundamentos necessários (3). Por fim, como nem tudo são rosas, é preciso alertar para os riscos da instrumentalização de considerações institucionais para fundamentar decisões preguiçosas, arbitrárias ou excludentes (4).

222 “Linguagem realista” serve para descrever o conjunto de vocabulário com fundamento epistêmico em teorias, perspectivas ou abordagens empíricas interessadas em descrever os elementos práticos relacionados ao fenômeno jurídico. O ponto será mais bem elucidado ao longo do próximo item. De toda forma, observa-se que “linguagem realista” não se confunde com “realismo contemporâneo”, mas compreende as principais ferramentas de que fazem uso os realistas. Realismo, portanto, é apenas uma forma solta de fazer referência àqueles que se utilizam de considerações realistas.

223 “Instrumentos jurídicos” é um termo abrangente que será usado para designar quaisquer normas ou princípios a que se dê valência jurídica por meio de interpretação ou aplicação (apesar de não se ignorar que há polêmicas quanto às fronteiras dessas atividades, para os fins deste trabalho não há diferença relevante entre elas).

224 Se vai “colar”, como se espera aqui, com o bom uso desses argumentos (e não simplesmente com o uso profícuo de argumentos que têm pretensões descritivas), já é outra discussão.

2. O que são considerações realistas? Realismo e contexto

Considerações realistas são argumentos interdisciplinares voltados a descrever empiricamente a interpretação/aplicação de normas jurídicas por instituições com nome e endereço e por agentes de carne e osso em ambientes socioeconômicos/políticos reais.²²⁵ São debates que se preocupam não apenas com “o Direito”, mas também com o contexto daqueles que estão envolvidos em sua concretização. Como sugere Brian Leiter, chamarei esse tipo de abordagem no Direito Público de *realista*.²²⁶

Abordagens realistas se orientam por um vocabulário voltado para descrever o contexto, preocupando-se em complementar os debates jurídicos tradicionais, que, tipicamente, focam no *quid iuris* — ou seja, em apontar qual resposta determina “o Direito”, suas normas,²²⁷ seus princípios,²²⁸ seus valores²²⁹ —, com fatores endereçados por outras lentes. Segundo essa lógica, as normas e a linguagem jurídica gozariam de alguma espécie de “autoridade”, mas haveria outras variáveis de ordem prática a impactar no exercício adequado dessa autoridade.²³⁰

225 Apesar de haver semelhanças e continuidades, o realismo que está em foco neste texto não se confunde com o realismo legal americano da primeira metade do século XX, movimento que notabilizou a alcunha por meio de textos de autores como Karl Llewellyn, Roscoe Pound e Jerome Frank. O realismo americano tradicional também se guiava por considerações realistas como as que se propõem aqui. No entanto, há distinções metodológicas e de foco, e não cabe, aos propósitos deste texto, esmiuçar esse movimento. Para maiores detalhes sobre as diferenças entre o realismo clássico e a postura realista contemporânea a que se faz referência, veja LEITER, Brian. Legal Realisms, Old and New. *Valparaiso University Law Review* 949, 2013. Para uma das obras mais famosas do realismo clássico, veja LLEWELLYN, Karl. *The Bramble Bush*, New York: Oceana, 1930.

226 Veja LEITER, Brian. LEITER, Brian. What is a realist theory of law?. *Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 1, p. 334-345, abr. 2020. Em tom similar ao de Leiter, veja MILES, Thomas; SUNSTEIN, Cass. “The New Legal Realism”, *University of Chicago Law & Economics*, Olin Working Paper nº 372, 2007; CROSS, Frank. “Political Science and the New Legal Realism: A Case of Unfortunate Interdisciplinary Ignorance”, *Northwestern University Law Review*, n. 2, p. 251, 1997; TAMANAH, Brian Z. “Understanding Legal Realism”, *St. John’s Legal Studies*, Research Paper nº 08-0133, 2008.

227 Por exemplo, debates com ênfase em textos legais, que indiquem qual norma será aplicada no caso concreto.

228 Por exemplo, debates principiológicos sobre o conteúdo de dada norma indeterminada ou direito fundamental.

229 Por exemplo, debates teleológicos sobre a função do interesse público, do bem comum, da Constituição, da livre-iniciativa, da função social, do poder de polícia etc.

230 A maior parte dos realistas não chega a debater a natureza dessa autoridade. Trata-se de um acordo não teorizado; eles partem do pressuposto de que o ordenamento, suas normas e seus valores devem ser respeitados. Para alguns autores, essa pressuposição acerca da

Recorrer ao realismo no sentido proposto neste texto corresponde à tentativa de acrescentar texturas aos debates jurídicos para contextualizar a abordagem tradicional, a qual se baseia em uma metodologia *jurídico-conceitual*, fundada na investigação de conceitos e significados jurídicos (no “conteúdo normativo” de princípios, de dispositivos etc.).

A linguagem tipicamente utilizada em abordagens realistas vai além de compreender os conceitos jurídicos em si (o primeiro passo); ela também busca endereçar aspectos concretos, extrajurídicos, que não são captados pelas abordagens ou pelos conceitos jurídicos tradicionais. Apesar de imprescindível como ponto de partida, o “jogo jurídico” não faria todas as perguntas necessárias e, por isso, suas respostas podem negligenciar os obstáculos empíricos que importam e/ou que deveriam importar na aplicação das normas jurídicas.

Incorporar esse tipo de consideração pressupõe o reconhecimento de que há disfunções e indeterminações na aplicação do Direito; a metodologia jurídica seria insuficiente para apontar a “resposta correta”, ao passo que abriria margem para arbitrariedades e irracionalidades em sua interpretação; mas, ainda assim, é o ponto de partida para se entenderem o ordenamento e a atuação de suas instituições e de seus agentes. Vocabulários contextuais seriam importantes, portanto, para orientar como essas disfunções/indeterminações são ou devem ser endereçadas.

Para ilustrar a postura realista, é possível descrever o seguinte trajeto típico em suas abordagens. Ao contrário das abordagens tradicionais, que tendem a focar no “*conteúdo normativo*” de determinado dispositivo, princípio ou conceito jurídico para explicar por que e em que medida ele é aplicável a determinada discussão, as realistas consideram, em primeiro lugar, o “*contexto normativo*”, ou

autoridade das normas aproximaria os realistas de outras correntes de pensamento jurídico, como o positivismo inclusivo de Herbert Hart. O ponto não será explorado em detalhes neste texto. Para um aprofundamento, veja GREEN, Leslie. “Positivism, Realism, and Sources of Law”. In: MINDUS, P.; SPAAK, T. (orgs.). *The Cambridge Companion to Legal Positivism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020; LEITER, B. “Legal Positivism as a Realist Theory of Law”. In: MINDUS, P.; SPAAK, T. (orgs.). *The Cambridge Companion to Legal Positivism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

seja, quais normas se aplicariam àquela discussão e por que geram indeterminação; em segundo lugar, consideram o “contexto fático”, quando, então, explicam quais fatores ou obstáculos empíricos devem ser considerados para que essa indeterminação seja resolvida de forma adequada pela instituição “x”; por fim, quando chegam a prescrever soluções, propõem a que consideraram melhor à luz das normas jurídicas incidentes e dos obstáculos empíricos identificados. A busca dos realistas não se resume aos conteúdos de normas e princípios, mas também inclui a descrição mais adequada possível sobre o contexto em que essas normas e esses princípios foram desenvolvidos ou são aplicados.

Na academia, cresce o interesse por teorias que apresentem essas características; em quase todos os casos, elas foram *importadas* da academia internacional e de outras áreas familiarizadas com temas e abordagens mais empíricos (como ciência política, economia, administração etc.) e servem para ilustrar as principais considerações contextuais relevantes para o debate das decisões públicas. A seguir, são sintetizados os principais argumentos de algumas delas:

Teoria das capacidades institucionais e teoria dos diálogos constitucionais: propostas importadas da ciência política e da economia que reivindicam realismo nas análises sobre a *interpretação* jurídica. Os defensores da primeira argumentam que, na prática, nenhuma teoria sobre interpretação daria conta de resolver os problemas jurídicos e que, tão importante quanto elas, é considerar *qual* instituição seria responsável por interpretar.²³¹ Aplicando premissas similares à interpretação constitucional, os defensores da segunda propõem que não é possível defender a supremacia judicial, por um lado, nem a supremacia parlamentar, por outro; tratar-se-ia, na verdade, de um jogo de idas e vindas contínuo entre as instituições (Judiciário, Presidência, Congresso), com papéis distintos que

231 Os principais textos relacionados a essa teoria são SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, n. 101, p. 885, 2003; KOMESAR, Neil. *Imperfect Alternatives: choosing institutions in law, economics, and public policy*. Chicago: University of Chicago Press, 1994; e KING, Jeff A. Institutional Approaches to Judicial Restraint. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 28, n. 3, p. 409-441, 2008. Para um exemplo de sua discussão no Direito brasileiro, veja BOLONHA, Carlos *et al.* Um caminho possível para a operacionalização das capacidades institucionais. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 10, n. 3, p. 326-337.

contribuem para o mesmo processo: a interpretação de significados constitucionais.²³²

Teorias da deferência: propostas importadas da jurisprudência da *common law* americana que almejam identificar limites na interferência do Judiciário nas “agências executivas” (leia-se, nos órgãos públicos) por meio de considerações acerca da autoridade de cada instituição.²³³ Com adeptos que chamam a atenção para aspectos similares aos das teorias do item anterior, as teorias de deferência propõem, em geral, como critério para definir os limites da atuação judicial a *alocação* de autoridade entre as instituições envolvidas na interpretação de normas jurídicas — em vez da interpretação sobre as normas do caso concreto.²³⁴

Teorias da análise econômica do Direito: propostas importadas quase sempre da economia neoclássica, utilizando-se de modelos econométricos para analisar as decisões jurídicas a partir de suas repercussões econômicas.²³⁵ Suas descrições propiciam ferramentas

-
- 232 Um dos principais textos que embasaram essa abordagem foram FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: interpretation as political process*. Princeton: Princeton University Press, 1988. Para uma abordagem horizontal sobre o tema, veja GINSBURG, Tom; KAGAN, Robert (orgs.). *Institutions and Public Law: Comparative Approaches*. [S.l.]: Peter Lang, 2005. No Brasil, veja BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- 233 A teoria da deferência dominante na jurisprudência americana (a doutrina Chevron, que não será detalhada neste trabalho) já foi criticada por autores realistas por ser demasiadamente doutrinária e, com isso, gerar resultados indevidos. O tema começou a ganhar notoriedade entre autores realistas quando Jacob Gersen e Adrian Vermeule propuseram, em 2007, uma teoria de deferência alternativa que se encaixaria nos cânones realistas e que iniciou uma nova abordagem sobre esse tipo de teoria. Para um ponto e um contraponto sobre o tema, veja GERSEN, Jacob; VERMEULE, Adrian. Chevron as a Voting Rule. *Yale Law Journal*, n. 116, p. 676, 2007; e, “contra” eles, PIERCE, Jr., Richard. Chevron Should Not Be Converted into a Voting Rule: A Response to Gersen and Vermeule’s Proposal. *Yale Law Journal Pocket Part* 116:248, 2007; e STEPHENSON, Matthew. The Costs of Voting Rule Chevron: A Comment on Gersen and Vermeule’s Proposal. *Yale Law Journal Pocket Part*, n. 116, p. 238, 2007.
- 234 Para aprofundar o tema, veja ESKRIDGE JR, William N.; BAER, Lauren E. The Continuum of Deference: Supreme Court Treatment of Agency Statutory Interpretations from Chevron to Hamdan. *Georgetown Law Journal*, v. 96, p. 1083, 2007; e DAILY, Paul. *A Theory of Deference in Administrative Law: Basis, Application and Scope*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. Para uma aplicação ao Direito brasileiro, veja JORDÃO, Eduardo; JUNIOR, Renato Toledo Cabral. “A teoria da deferência e a prática judicial: um estudo empírico sobre o controle do TJ RJ à AGENERSA”, *Revista Estudos Institucionais*, v. 4, n. 2, p. 537-573, dez. 2018.
- 235 A Universidade de Chicago foi pioneira nesse tipo de abordagem. Desde a primeira metade do século XX, vários de seus professores propuseram metodologias e conceitos desenvolvidos por economistas (como Gary Becker e Ronald Coase). Duas das principais obras que embasam as teorias de análise econômica do Direito são: POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 7 ed. [S.l.]: Aspen Publishing, 2007; e CALABRESI, Guido. *The Cost of Accidents*. New Haven: Yale University Press, 1970. Para uma introdução sobre o tema por um autor nacional, veja ARAÚJO, Thiago. *Análise econômica do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

para projetar possíveis desfechos sistêmicos das decisões públicas sob o ponto de vista de sua utilidade e para identificar ineficiências na alocação de recursos pelo Poder Público. Além disso, salientam obstáculos reais relacionados à escassez dos recursos estatais. Notabilizaram-se ao apontar irracionalidades econômicas nas práticas jurídicas e têm destaque em áreas que envolvem a intervenção do Estado na economia (contratação pública, regulação, serviços públicos etc.).²³⁶

Teorias da escolha pública: propostas importadas da economia institucionalista e da ciência política que defendem a análise da tomada de decisão de agentes públicos, quase sempre por meio da moldura da escolha racional. Seus seguidores identificam os incentivos nas decisões de agentes políticos, como deputados e presidentes, e de agentes do Poder Público, como reguladores e contratantes.²³⁷ Eles apontam para os incentivos que levam, por exemplo, à captura de agências reguladoras, à influência do interesse pessoal de deputados (em ser reeleito, por exemplo) na edição de leis, a modelos de votações mais ou menos representativas, entre outros temas correlatos.²³⁸

Teorias comportamentais: propostas importadas da Psicologia cognitiva, da Neurociência e da Economia comportamental que abordam os fatores automáticos na tomada de decisão de agentes públicos e de administrados; no Direito Constitucional, foram aplicadas sobretudo para a descrição do comportamento judicial²³⁹ e, no Direito

236 Um exemplo é a obra de Victor Aguiar, que se propõe a debater o modelo de licitações brasileiro com base na teoria dos jogos, tipicamente utilizada por economistas interessados em prever desfechos para negociações sequenciais. Pelo que indica sua pesquisa, o atual esquema de incentivos propiciaria soluções sistematicamente inadequadas. Veja CARVALHO, Victor Aguiar de. *Cartéis em licitações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

237 Para alguns exemplos notórios no Direito Público americano, veja STEARNS, Maxwell L. e ZYWICKI, Todd J. *Public choice concepts and applications in law*. St. Paul: Thompson Reuters, 2009; FARBER, Daniel A.; FRICKEY, Philip. *Law and Public Choice: a critical introduction*. Chicago: University of Chicago Press, 1991; MASHAW, Jerry. *Greed, chaos, & governance: using public choice to improve public law*. New Haven: Yale University Press, 1997. Para um exemplo nacional, veja CYRINO, André. Legalidade administrativa de carne e osso: uma reflexão diante do processo político brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, v. 274, 2017, p. 175-208.

238 Veja, por todos, CARPENTER, Daniel; MOSS, David. (orgs.). *Preventing Regulatory Capture: special interest influence and how to limit it*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

239 Um dos textos mais famosos a embasar os modelos de decisão comportamentais foi o modelo atitudinal. A respeito, veja SEGAL, Jeffrey, SPAETH, Harold. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2002. Para uma análise abrangente sobre o tema e sua adaptabilidade à realidade brasileira, veja MOLHANO

Administrativo, mais recentemente, vêm tendo aplicação no âmbito da regulação.²⁴⁰ Em linhas gerais, os defensores do primeiro tipo propõem descrições mais realistas quanto aos motivos por trás da interpretação judicial ao apontar padrões comportamentais (chamados, por alguns autores, de “atitudinais”) na atuação de juízes;²⁴¹ na regulação, os adeptos de teorias comportamentais seguem a sugestão de Cass Sunstein e de Richard Thaler, argumentando que é possível incrementar as normas jurídicas por meio de *nudges*, ou seja, normas que se aproveitam do comportamento automático dos reguladores e dos regulados.²⁴² Eles se preocupam em como adequar as normas jurídicas às heurísticas que afetam sistematicamente o comportamento humano.

Teorias psicossociais/subjetivistas: propostas importadas da psicanálise, da sociologia e da antropologia que são empregadas para compreender os elementos subjetivos/simbólicos que afetam a atuação de instituições ou de agentes públicos. Essas teorias pressupõem que, por trás da criação e da aplicação de normas jurídicas, há influência de fatores psicossociais (símbolos intersubjetivos, emoções, traumas, pulsões, elementos do inconsciente) e que, por isso, eles poderiam servir como parâmetro para diagnosticar o Direito Público com propriedade.²⁴³

RIBEIRO, Leandro; WERNECK ARGUELHES, Diego. Preferências, estratégias e motivações: pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro. *Revista Direito e Práxis*, v. 4, n. 2, p. 85-121, 2013.

240 Também tem aplicação no Direito Processual. Veja MARÇAL, Felipe Barreto. Direito Processual Comportamental: repensando institutos processuais a partir da Economia Comportamental, da Psicologia Cognitiva e da Neurociência. *Revista de Processo*, v. 305, 2020.

241 As teorias de diálogos constitucionais têm origem nos questionamentos realizados por autores adeptos de modelos comportamentais. Sobre o tema, veja BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

242 A obra mais famosa sobre o tema é SUNSTEIN, Cass; THALLER, Richard. *Nudge: improving decisions about life and happiness*. New Haven: Yale University Press, 2008. No Brasil, veja QUIRINO, Carina de Castro. Irracionalidade do agente público e teoria da escolha pública comportamental: notas sobre um elefante na sala. *Revista Quaestio Juris*, v. 11, nº 02, Rio de Janeiro, p. 965-986, 2018.

243 Um exemplo que se tornou notório no Direito Constitucional é o texto da alemã Ingeborg Maus, no qual ela ressalta o potencial supressor da atuação judicial no que diz respeito a temas com grande desacordo social. Ela se utiliza da moldura de Freud para analisar o funcionamento real das instituições envolvidas na interpretação constitucional. Veja MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Para uma perspectiva abrangente sobre outras teorias com inclinações parecidas, veja MCNULTY, Tracy. “Psychoanalysis and Law”. In: *The Oxford Handbook of Law and Humanities*. Oxford: Oxford University Press, 2019; MONTAGNA, Plínio; HARRIS, Adrienne. *Psychoanalysis, Law, and Society*. Routledge, 2019. Martha Nussbaum é mais uma a explorar as teorias psicossociais, com

Teorias político-culturais: propostas importadas da teoria/ciência política e da teoria social que salientam relações de poder difusas na cultura política brasileira (conflitos, opressão, exclusão, autoritarismo etc.). Seus adeptos argumentam que esses fatores influenciaram (e influenciam) os agentes e as instituições do Poder Público.²⁴⁴ Assim como no caso das teorias psicossociais, os realistas que as manejam partem, em geral, de pesquisas quantitativas ou qualitativas para corroborar as respectivas teorias e se voltam a *descrever* fenômenos e fatos sociais relevantes ao Direito por meio da análise de como esses elementos *realmente* acontecem (ainda que aconteçam no nível simbólico ou cultural, eles importam para a prática *concreta*, para a *experiência*, de instituições e de agentes públicos).²⁴⁵

Teorias organizacionais: propostas que abarcam aplicações específicas das abordagens acima ao funcionamento e aos problemas típicos de *organizações* e de seus agentes. Alguns dos principais exemplos de temas organizacionais que serviram como fundamento para debates de Direito Público são: governança, *accountability*, experimentalismo, *compliance*, transparência, coordenação e

foco especial para as emoções. A fim de entender o Direito, cf. NUSSBAUM, Martha. *Political Emotions: Why Love Matters for Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 2015; e NUSSBAUM, Martha. *Hiding from Humanity: Disgust, Shame, and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

244 Análises sobre inclusão e representatividade em instituições públicas sob o ponto de vista das teorias críticas são as mais salientes entre as abordagens realista desse tipo. Seus adeptos partem de referenciais distintos, mas tipicamente ostentam o propósito de demonstrar como determinadas relações de poder afetam a aplicação de normas jurídicas igualitárias ou includentes. Para alguns exemplos de obras brasileiras desse tipo, veja GOMES, Juliana Cesario Alvim. Cancelas invisíveis: "embargos auriculares", legitimidade ativa e a permeabilidade social seletiva do Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 1, p. 55-82, abr. 2020; GOMES, Juliana Cesario Alvim. O Supremo Tribunal Federal em uma perspectiva de gênero: mérito, acesso, representatividade e discurso. *Revista Direito e Práxis*, v. 7, 2016, p. 652-676; BRANDÃO, Rodrigo; NUNES, Daniel Capecchi. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 1, 2018.

245 Ao contrário das impressões, empírico não significa científico ou objetivo, tampouco algo baseado em números, na matemática ou na lógica; o empírico é baseado na *experiência*, na *indução*, na observação sucessiva e repetitiva em busca da identificação de correlações confiáveis, o que se aplica às ciências *hard*, mas não apenas a elas. É, por exemplo, o que faz um psicólogo que atende pacientes; sua metodologia foi desenvolvida por meio de investigações indutivas e por meio de tentativa e erro, muito embora seu objeto não seja físico. Sobre o conceito de empírico e suas implicações para o Direito Público, veja TOSTA, André Ribeiro. *Instituições e o direito público*: empirismo, inovação e uma proposta de roteiro de análise. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

performance;²⁴⁶ as metodologias resumidas servem como moldura para a análise desses temas.

Nem toda consideração realista depende de teorias estrangeiras de pompa;²⁴⁷ é possível ser realista com sincretismo e sem recorrer a molduras específicas. Nos termos deste texto, realismo se relaciona com ecletismo teórico.²⁴⁸ Para além das teorias, é possível notar um interesse geral crescente na comunidade jurídica brasileira pela descrição realista das instituições públicas envolvidas no manejo de instrumentos jurídicos.

Mas o realismo não é tão novidadeiro no Brasil; o recurso a considerações realistas sempre esteve presente, ainda que diretamente, no Direito brasileiro. Sempre foi possível identificar canais entre o vocabulário jurídico e a “realidade” contextual. Haveria, aliás, *tipos* distintos de realismo que se manifestam no Direito brasileiro; diferentes molduras pelas quais autores e agentes públicos introduzem considerações empíricas ao fundamentar suas decisões jurídicas; e elas nem sempre focam na mesma espécie de contexto.

Em primeiro lugar, (i) é possível ser realista quanto *ao contexto de elaboração* de determinada norma: consideram-se as

246 Alguns exemplos de temas de interesse para cientistas organizacionais: o problema do principal-agente, que ressalta a tendência de desalinhamento entre o interesse da firma e o interesse de seus agentes, o experimentalismo, cujos defensores sugerem meios para inovar por meio de instrumentos organizacionais, e a “cultura” organizacional, que compreende a forma como os agentes de uma instituição percebem a própria organização. Para uma perspectiva que une todos esses temas, de modo a endereçar o atual estado organizacional do Poder Público brasileiro, veja PEREIRA, Anna Carolina Migueis. *Civil Service Reforms in Brazil: in deep need*. Pendente de publicação, *Mimeo* gentilmente cedido pela autora. Para ver uma obra que ataca especificamente o problema de *accountability* dos administradores brasileiros, veja DIONÍSIO, Pedro de Holanda. *Direito ao erro do administrador no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros*. Rio de Janeiro: GZ, 2019.

247 Há autores realistas que vêm recorrendo a uma metodologia originalmente brasileira para compreender alguns dos elementos psicossociais que modulam a cultura política brasileira. O “Pensamento Político Brasileiro” é um ramo da ciência política nacional fundado por Wanderley Guilherme dos Santos e que serve como campo fértil para realistas que se propõem a entender os aspectos brasileiros da cultura política por trás do Poder Público brasileiro (e do Direito Público, por consequência). Para uma introdução, veja LYNCH, Christian Cyril *et al.* (org.). *Pensamento político brasileiro: temas, problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Appris, 2019. Para um exemplo de trabalho de Direito Público que busca substratos realistas na história brasileira, veja BAPTISTA, Patrícia; ACCIOLY, João Pedro. A administração pública na Constituição de 1988. Trinta anos depois: disputas, derrotas e conquistas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 2, p. 45-74, ago. 2018.

248 Na medida em que reconhecem que o problema da indeterminação é insolucionável, os realistas não podem se dar ao luxo de confiar em um fundamento teórico ou analítico transversal para compreender todo o sistema, de modo que seria necessário admitir a multiplicidade de lentes possíveis para debater os casos concretos.

circunstâncias reais em que a norma foi editada a fim de identificar a melhor solução (por vezes, como crítica aos objetivos originais da norma; por vezes, algo próximo da teoria da vontade do legislador, para argumentar o que a lei realmente se propunha a combater).

Em segundo lugar, (ii) é possível ser realista quanto ao *contexto fático* por trás da aplicação de determinada norma: recorre-se a metodologias empíricas para uma descrição mais precisa a respeito dos fatos que levaram ao caso concreto (recurso a investigações, perícias, laudos técnicos, testemunhos de especialistas etc.).

Em terceiro lugar, (iii) é possível ser realista quanto ao *contexto de resultado* da aplicação de uma norma: recorre-se a metodologias empíricas para evidenciar quais seriam os possíveis desfechos na aplicação da norma naquelas circunstâncias (realismo que justifica instrumentos como a AIR e típico dos defensores do consequencialismo jurídico e da análise econômica do Direito).

Em quarto lugar, (iv) é possível ser realista quanto ao *contexto institucional* de uma norma: identificam-se padrões na atuação/composição de instituições reais para avaliar se determinada norma ou princípio vem sendo objeto de obstáculos estruturais e sistêmicos (p. ex., ausência de representatividade em atividades normativas, vieses contra grupos minoritários, captura por agentes autointeressados, entre outros).²⁴⁹

Apesar de oferecerem perspectivas possivelmente incompatíveis (entender os motivos que levaram à edição da norma não importa, necessariamente, em tratar das críticas em relação a disfunções no contexto institucional, por exemplo), são abordagens válidas para auxiliar a resolver casos complexos, uma vez que oferecem dados a respeito de fatores que, de fato, importam para se compreender melhor a aplicação do Direito. A depender do caso, alguns desses fatores tornam-se mais importantes, o que mantém a indeterminação, mas, de toda forma, informações realistas quanto a esses elementos revelam-se fundamentais para aprimorar o conhecimento a respeito de como o ordenamento brasileiro realmente funciona e sobre como resolver problemas de fato.

249 Agradeço ao professor Carlos Ari Sundfeld pela sugestão de abordar diferentes tipos de empirismos no Direito (mesmo antes da LINDB).

No Brasil, tanto no Direito Constitucional como no Direito Administrativo, obras que põem em prática as perspectivas realistas vêm crescendo em números e relevo. Seus autores estão interessados na forma como funciona o “Direito na prática”, e não apenas no Direito como fenômeno normativo ou principiológico. Como regra geral, eles querem saber o que de concreto vem levando determinadas normas jurídicas a se revelarem bem-sucedidas ou a falharem em sua missão e quais alternativas poderiam evitar disfunções ou injustiças.

Autores como Conrado Hübner Mendes,²⁵⁰ Diego Arguelhes, Juliana Cesário Alvim²⁵¹ e Rodrigo Brandão,²⁵² em Direito Constitucional, e Carlos Ari Sunfeld,²⁵³ Marçal Justen Filho,²⁵⁴ Gustavo Binenbojm,²⁵⁵ Eduardo Jordão,²⁵⁶ José Vicente de Mendonça²⁵⁷ e

250 Conrado se destacou recentemente por meio de coluna na *Folha de São Paulo* em que comenta eventos relacionados à prática dos ministros do Supremo Tribunal Federal, do Congresso e pessoas da Presidência. Suas análises se caracterizam por debater atos ou eventos reais relacionados às principais decisões políticas do país. Veja, por exemplo, MENDES, Conrado Hübner. Reforma republicana é urgente para impedir captura privada do Estado. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 18 ago. 2020.

251 Para um exemplo de análise realista que envolve os dois autores, veja GOMES, Juliana Cesário Alvim; ARGUELHES, Diego Werneck; NOGUEIRA, Rodrigo. Gênero e comportamento judicial no supremo tribunal federal: os ministros confiam menos em relatoras mulheres?. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, n. 8, p. 2, 2018.

252 Como já citado, Brandão busca introduzir a teoria dos diálogos constitucionais na realidade brasileira. Veja BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

253 Direito Administrativo para céticos pode ser considerado um cânone realista; ainda que não siga nenhuma das teorias acima, trata-se de uma tentativa de descrever a área como realmente é, para além de percepções utópicas. Veja SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

254 No texto “Direito administrativo do espetáculo”, Justen Filho se utiliza de uma lente da sociologia de Guy Debord para salientar as características negativas na prática dos administradores e dos intérpretes de Direito Administrativo que proliferam teorias, institutos e interpretações “descoladas da realidade”. V. JUSTEN FILHO, Marçal. *Direito administrativo do espetáculo*. *Fórum Administrativo*, n. 9, p. 100, 2009.

255 Ao tratar do tema “Poder de Polícia”, Binenbojm dedica parte significativa de sua obra aos “aspectos institucionais” do poder de polícia, abordando fenômenos exógenos ao Direito que afetaram a aplicação do poder de polícia pelas instituições públicas. Veja BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo ordenador*. Rio de Janeiro: Fórum, 2016, p. 243 e ss.

256 Jordão analisa o controle judicial da administração pública por meio de um estudo comparativo que considera as variações institucionais e interpretativas entre jurisdições de outras democracias, bem como os *trade-offs* envolvidos em cada modelo. Veja JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa*. São Paulo: Malheiros, 2016.

257 Ao propor uma análise “pragmática” do Direito Constitucional econômico, José Vicente traça uma moldura jurídica a partir da qual se torna possível considerar as consequências reais dos atos públicos. Veja MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional*

Juliana Palma,²⁵⁸ em Direito Administrativo, exemplificam a abordagem realista em temas relevantes de suas respectivas áreas; eles desenvolvem metodologias realistas próprias para “ir direto ao ponto” sobre como o Direito Público funciona “de verdade”, sem, contudo, pôr em questão a legitimidade das normas jurídicas (todos partiram do pressuposto de que “o Direito”, “a Lei”, “a Constituição” etc. devem ser o ponto de partida); o que eles querem é que elas sejam cumpridas, a despeito das dificuldades que identificam — por isso mesmo eles consideram relevante abordar tais dificuldades.

Como se vê, há vários usos que justificam o recurso a esse tipo de argumento (desde introduzir representatividade na deliberação pública até promover eficiência econômica na máquina pública). Para os fins deste texto, o realismo recomendado presta-se a aprimorar a *justificação* de atos jurídicos e se pauta por finalidades compatíveis com o ordenamento. Há várias linguagens e recortes disponíveis para promovê-las (desde a psicologia e a teoria social até a economia neoclássica) — basta que sejam bem utilizados.²⁵⁹

A tendência com ou sem a LINDB, com ou sem o sucesso particular das teorias citadas, já parecia encaminhar-se para o desfecho de solidificação desse tipo de análise entre autores de Direito Público. Mas não é só na academia. Há também exemplos de considerações realistas na prática do Judiciário, notadamente no STF, que já fez uso de argumentos típicos das perspectivas acima para fundamentar seus julgados.

econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2 ed. Rio de Janeiro: Fórum, Rio de Janeiro, 2018.

258 Assim como outros autores da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), como Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho, suas pesquisas e colunas no *Jota* sobre o Tribunal de Contas da União vêm lançando nova luz sobre o verdadeiro papel que o tribunal vem exercendo no Direito Administrativo brasileiro contemporâneo. Veja, por todos, SUNDFELD, Carlos Ari *et al.* O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos. *Revista Direito FGV*, v. 13, n. 3, p. 866-890, 2018.

259 Vivemos em um momento político com tendência à má utilização de argumentos jurídicos para a subversão de conceitos caros ao projeto constitucional de 1988; argumentos criptorealistas podem oferecer ferramentas indesejáveis para essa tendência, o que deve ser evitado. É preciso ser realista quanto aos valores democráticos. Para que eles continuem a existir, não devem ser absorvidos por uma lógica “cientificista” ou que tenha em vista a objetividade; argumentos realistas devem levar em conta, inclusive, o aspecto simbólico das finalidades jurídicas, que devem resguardar uma dimensão utópica, sob pena de perder o próprio fundamento material que lhe deu forma.

O termo “capacidades institucionais”, por exemplo, parece que se tornou mais corriqueiro na prática do Supremo. Ainda que a corte nem sempre faça uso consistente desse tipo de consideração, como indica estudo qualitativo realizado na FGV-RJ em 2017,²⁶⁰ trata-se de uma linguagem que, até então, já constava em 29 acórdãos e em 22 decisões monocráticas do Supremo. Desde 2017, a proeminência de argumentos institucionais se intensificou ainda mais também no Judiciário, a exemplo do que se descreveu sobre a academia. O mesmo tipo de intensificação também parece ser verificável no que diz respeito a argumentos econômicos, a argumentos baseados em dados quantitativos etc.²⁶¹

Para além da academia e do Judiciário, argumenta-se que a LINDB serve como mais uma frente de batalha para os arautos do realismo, dessa vez pelo Legislativo.²⁶² O próximo tópico propõe-se a justificar por que esse é o caso.

3. Por que a LINDB exige considerações realistas? Contextualizando o realismo da Lei nº 13.655/2018

A nova LINDB é realista e demanda postura realista; ela positiva regras que limitam os efeitos da indeterminação jurídica em alguns debates corriqueiros (direcionando-se para desfechos mais coerentes em casos de incerteza) e destaca a necessidade de decisões públicas (administrativas ou controladoras) que não se pautem apenas por normas ou princípios jurídicos cabíveis, mas também pelo *contexto* da decisão. Os arts. 20 e 22 são os que melhor simbolizam essa segunda faceta.

O primeiro reitera que as “consequências práticas” de qualquer decisão devem ser consideradas em complemento aos valores

260 CUNHA, Luiz Filipe Esteves. “Saímos do nirvana? A operacionalização do argumento das capacidades institucionais no STF”. Trabalho de Conclusão de Curso da Graduação. Rio de Janeiro — FGV. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/24116>. Acesso em: 31 ago. 2020.

261 Trata-se de uma afirmação meramente especulativa.

262 Além da LINDB, é possível apontar outras leis realistas recentes. O exemplo mais simbólico é a lei das agências federais (Lei nº 13.848/2019), que incorporou a obrigatoriedade de realização de análise de impacto prévio, fortalecendo demandas por realismo na atuação regulatória das agências. Sobre o tema, veja MENDONÇA, José Vicente Santos de. Análise de impacto regulatório: o novo capítulo das agências reguladoras. *Revista de Direito da Administração Pública*, v. 1, n. 1, 2012.

jurídicos sobre os quais eventualmente incidam (art. 20).²⁶³ O segundo determina que, “na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades *reais* do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo” (art. 22).²⁶⁴ *Consequências práticas* e *obstáculos reais* são motes de muitos realistas e dois fortes gatilhos para considerações empíricas.

Assim como nesses dispositivos, nos demais introduzidos pela Lei nº 13.655/2018, é possível identificar o reconhecimento dos riscos da indeterminação e da incoerência na aplicação de normas jurídicas e uma estratégia para que esses riscos sejam mitigados: considerar o contexto da decisão. A LINDB se utiliza de várias expressões para exemplificar os elementos do contexto que devem importar: suas “consequências práticas” (art. 20), as “consequências jurídicas ou administrativas” da invalidação (art. 21),²⁶⁵ os “obstáculos reais” do tomador de decisão (art. 22), a necessidade de “regime de transição” (art. 23), “as orientações gerais da época” (art. 24) e assim por diante.

Tal qual se argumentou no item anterior, todos esses elementos contextuais já habitavam a argumentação jurídica tradicional — aliás, já eram identificáveis na própria LINDB, antes das alterações.²⁶⁶ De

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

264 LINDB, Art. 22. “Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. § 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. § 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.”

265 Há várias formas de caracterizar o consequentialismo exigido por seus dispositivos. José Vicente Santos de Mendonça, por exemplo, ao analisar o art. 21, propõe que as consequências de que a lei fala são “estados de fato e de direito (i) admissíveis pela CF 1988 e exequíveis (...)”, “(ii) certos e prováveis, não apenas plausíveis (...)”, “(iii) imediatos e imediatamente futuros, mas não remotos no tempo (...)”, e devem indicar “(iv) alguma base lógica ou empírica de evidenciação”. Sua qualificação parece atender aos pressupostos realistas. Cf. MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB: indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 43-61, nov. 2018, p. 47 e ss.

266 Veja-se, por exemplo, o art. 5º da LINDB, que é anterior às alterações pela Lei nº 13.655/2018: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do

alguma forma, discussões concretas do universo legal sempre se pautaram nos fatos (na forma como as normas foram produzidas, nos fatos que deram causa à aplicação de alguma norma, a quais resultados a aplicação de uma norma levará, como determinada instituição vem aplicando uma norma). Portanto, a “força normativa” dos fatos não é novidade alguma.²⁶⁷ No Direito Público, esses elementos têm sido traduzidos em termos jurídicos conhecidos, como proporcionalidade, razoabilidade, segurança jurídica, modulação de efeitos, confiança legítima, eficiência, teoria do imprevisto, força maior etc. Esses conceitos propiciaram gatilhos para que fatores empíricos tivessem entrada na metodologia jurídica desde a formação do Estado brasileiro.

Em outras palavras, o realismo sempre existiu no Direito, ainda que “disfarçado” pela linguagem tradicional; fatores contextuais já eram utilizados para justificar ou invalidar decisões jurídicas de verdade muito antes da “nova” LINDB.²⁶⁸ No entanto, apesar de não terem sido, necessariamente, responsáveis por introduzir considerações empíricas no Direito, as novidades certamente reforçam que a *postura* a ser adotada no Direito Público deve ser realista: ela não *autoriza* soluções realistas; ela as *demand*a, sobretudo nos arts. 21 e 23. Além de prover soluções que privilegiam a necessidade de haver coerência e segurança jurídica (o que já é fruto de um diagnóstico realista pelos legisladores), seus dispositivos também reiteram que a *regra* para os decisores públicos é que considerações realistas sirvam como muleta quando as considerações jurídico-conceituais capengarem — elas deverão servir de critério para resolver

bem comum”. Trata-se de comando realista, que demanda vinculação dos meios utilizados às finalidades públicas que os justificam (a demonstração de que há coerência entre meio e finalidade é o principal desejo dos realistas).

267 Além de ser jargão conhecido em Direito Constitucional, a força normativa dos fatos já foi até mesmo fundamento de decisão do Supremo. Há uma famosa decisão do STF sobre a validade de municípios em que o Ministro Eros Grau argumenta que: “Somente no plano das abstrações seria possível ignorarmos a realidade do mundo do ser, inclusive, nela, a existência do Município de Luís Eduardo Magalhães”. Para uma análise mais pormenorizada sobre o julgamento e as considerações sobre a força normativa dos fatos no Judiciário, veja POGREBINSCHI, Thamy. A normatividade dos fatos, as consequências políticas das decisões judiciais e o pragmatismo do Supremo Tribunal Federal (Comentários à ADI 2240-7/BA). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 247, p. 181-193, jan. 2008.

268 A filtragem de considerações realistas por conceitos indeterminados é típica do Direito, mas pode levar a justificações do tipo “camaleão”, que não se propõem a endereçar os motivos concretos pelos quais aquele conceito determinado deveria importar.

indeterminações em vez de conduzir a debates abstratos sobre o conteúdo dessa ou daquela norma/princípio.

Qualquer que sejam a interpretação que se designe para os dispositivos da LINDB e o tipo de realismo em casos concretos, argumenta-se que sua aplicação deverá ser acompanhada por uma linguagem adequada para lidar com os elementos empíricos que compõem o contexto das decisões públicas, ou seja, os fatores interpretativos, institucionais, racionais, comportamentais, organizacionais, psicológicos, políticos, culturais etc. que afetam a prática das instituições públicas e de seus agentes no exercício de suas respectivas funções constitucionais. A metodologia jurídica é composta por elementos primordialmente prescritivos, voltados à implementação de um estado de coisas ideal, e as considerações empíricas são capazes de atribuir textura descritiva à aplicação dos instrumentos jurídicos tradicionais;²⁶⁹ esse parece ser o objetivo da “nova” LINDB.²⁷⁰

A linguagem realista incentiva decisões públicas fundamentadas em mais do que afirmações peremptórias de que “são de interesse público”, de que “promovem a dignidade e o bem comum” etc. Suas gramáticas proveem instrumentos para evidenciar *como aquela* decisão, *daquela* instituição, *naquele* momento e com *aquelas* finalidades será capaz de promover o interesse público *daqueles* cidadãos (ou a dignidade, o bem comum, a justiça, enfim qualquer outro valor protegido pela Constituição Federal de 1988).

Ainda que considerações realistas sejam insuficientes para resolver o problema da indefinição jurídica (até porque existem várias formas de ser realista), são capazes de aprimorar a justificação de

269 Para maiores detalhes sobre a relação entre prescritivo e descritivo com base na máxima do empirismo de separação entre ser e dever-ser e suas implicações para o Direito Público, veja TOSTA, André Ribeiro. *Instituições e o direito público*: empirismo, inovação e uma proposta de roteiro de análise. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 25 e ss.

270 É possível apontar certa “contradição performática” no realismo da LINDB. Se, por um lado, demanda decisões mais objetivas, por outro espera alcançar esse objetivo usando, ela própria, termos subjetivos e indeterminados, como consequências práticas, obstáculos reais, erro grosseiro, regularização; apesar de apontarem para respostas mais realistas, esses também são termos indeterminados, eis que mantêm a liberdade de preenchimento pelos autores. De toda forma, essa contradição não parece inviabilizar os propósitos da lei, que, de alguma forma, parece ser endereçar uma cultura de negligência metodológica, ainda que tenha de fazer isso por meio de símbolos passíveis de imprecisão metodológica. (Agradeço a Daniel Cardinali pela crítica que motivou esta nota.)

decisões de verdade ao salientar a importância de fatores reais sobre o contexto de elaboração de uma norma, sobre o contexto fático por trás da aplicação de uma norma, sobre o contexto dos resultados da aplicação de uma norma ou sobre o contexto das instituições competentes pela aplicação de uma norma.

Em outras palavras, seguindo tendências da academia e do Judiciário de incorporar considerações realistas aos debates de Direito Público, a LINDB também o faz, por exemplo, quando exige que consequências práticas e obstáculos reais sejam endereçados em decisões públicas; as linguagens mais adequadas para observar essa exigência são aquelas que tratam dos fatores relevantes para a prática real das instituições públicas e de seus agentes — e não a linguagem conceitual à qual muitos juristas estão acostumados. Não se sustenta que a LINDB exija dos agentes públicos a compreensão ou, muito menos, o manejo das teorias listadas, mas, sim, que exige que o vocabulário jurídico tradicional seja temperado por um vocabulário realista, exemplificado por aquelas teorias.

Como ocorre com qualquer outra linguagem, a operacionalização de considerações realistas por instituições e por agentes reais envolve riscos, o que exige cautela adicional no Direito Público. Apesar de a gramática realista oferecer potencial de incremento para as discussões jurídicas, a LINDB não resolve os problemas relacionados à valência política das normas jurídicas. É preciso ser realista quanto aos limites do realismo. Eles serão endereçados a seguir.

4. Limites das considerações institucionais: realismo sobre o realismo

Se, por um lado, a LINDB tem o potencial de incrementar o ônus argumentativo dos tomadores de decisão pública (e, com isso, qualificar as decisões e seu controle), por outro, como ocorre com qualquer lei ou discurso, há o risco de que se torne banal ou, o que é pior ainda, que agrave as inconsistências na atuação pública. O melhor cenário é plausível, mas não sem que a comunidade jurídica enfrente os obstáculos reais que a LINDB terá de enfrentar para “colar”.

Certa vez, Carlos Ari Sunfeld diagnosticou um ambiente de “geleia geral” no Direito Público brasileiro.²⁷¹ Para ele, há “preguiça” no debate jurídico, que passaria por um processo de deterioração por causa do uso irrefletido de princípios para justificar decisões questionáveis. Complemento reiterando que essa preguiça (e a consequente ausência de rigor metodológico) não é exclusiva dos princípios jurídicos,²⁷² estendendo-se à aplicação de qualquer instrumento ou conceito da linguagem jurídica (*i.e.*, “do Direito”), até mesmo de argumentos formalistas, consequencialistas, econômicos etc.²⁷³ De especial interesse para este texto, a preguiça também se estende aos argumentos pautados em considerações realistas — repita-se, o problema da indeterminação não foi resolvido pela edição da LINDB; empirismo não se confunde com objetividade.

A despeito de se proporem a combater essa preguiça, a LINDB e a linguagem realista podem ser vítimas do mesmo mal que pretendiam curar: nada, a não ser a própria comunidade jurídica, impede que as exigências da lei sejam desnaturalizadas por administradores e por juízes inocentes ou mal-intencionados, tornando-se mais um instrumento da ineficiência e da arbitrariedade (mesmo que haja ferramentas com potencial de combater essas características). Por isso mesmo, é preciso estarmos atentos aos riscos associados à instrumentalização ou ao mau uso de considerações empíricas — inevitavelmente, eles se materializarão. Cabe a nós, academia, profissionais, agentes públicos, opinião pública, corrigir eventuais descaminhos.

271 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 247.

272 Concordamos com Carlos Ari, no sentido de que os princípios apresentam características argumentativas/estruturais que intensificaram essas disfunções quando utilizados de forma negligente. No entanto, há exemplo real em que o uso consistente de argumentos principiológicos foi marcante: o Tribunal Constitucional Alemão construiu sua reputação institucional por meio do emprego adequado e previsível das metodologias associadas à sistemática de direitos fundamentais e de ponderação. Sobre o tema, veja HAILBRONNER, Michaela. Rethinking the Rise of the German Constitutional Court: From Anti-Nazism to Value Formalism. *International Journal of Constitutional Law*, n. 12, p. 13, 2014. Isso significa que é possível ser consistente com princípios, ainda que tenha havido pouca consistência no caso brasileiro.

273 Mesmo que o tomador de decisão faça referência direta a normas expressas, há espaço para preguiça na justificação: por exemplo, quando se recorre a certas normas que se encaminham a um desfecho e se ignoram outras que também seriam aplicáveis, mas que levariam a outro desfecho. Mesmo soluções formalistas têm indeterminações e indeterminações, e são gatilhos necessários à preguiça e à arbitrariedade.

A seguir, são listados alguns alertas para endereçar os riscos previsíveis na incorporação de considerações realistas ao Direito Público.

(i) Cuidado com o uso de considerações realistas como fundamentos jurídicos autônomos: elas servem para *qualificar* a justificação pública que ainda deve ter como *fundamento direto* o Direito Público e seu sistema de normas e valores. Há riscos de instrumentalização de argumentos “exógenos” ao Direito para ignorar normas, direitos e pressupostos do ordenamento jurídico. A consideração deve servir para *evidenciar* que determinada interpretação ou cenário levaria a ou seria decorrente de um estado de coisas “x” para argumentar em prol de um desfecho desejável sob o ponto de vista do ordenamento. Supondo que se identifique a captura de determinada agência na edição de uma norma, por exemplo, esse argumento serve para *qualificar* a evidenciação de violação a normas e pressupostos jurídicos, como, por exemplo, desvio de finalidade, irrazoabilidade, improbidade etc. Mas ele não é autônomo, é *qualificador*.

(ii) Cuidado com o uso estratégico de considerações realistas: elas podem tornar-se ferramentas estratégicas nas disputas políticas interinstitucionais para angariar capital e relevância política. As instituições públicas operam em constante conflito estruturado e mediado pelas normas jurídicas. A introdução de considerações empíricas nas decisões públicas pode afetar o equilíbrio prescrito pelo ordenamento, ao estimular a disputa entre elas caso esse tipo de linguagem seja instrumentalizado por agentes e instituições com inspirações estratégicas de saliência política ou de expansão orçamentária. (Digamos, o TCU pode recorrer a argumentos empíricos negativos sobre o STF para argumentar que seu controle de constitucionalidade não deveria aplicar-se aos processos de tomada de contas e acirrar o conflito de competências e a insegurança jurídica.)

(iii) Cuidado com decisões que selecionem considerações enviesadas: há infinitos fatores relevantes para a dinâmica das instituições e dos agentes públicos. Nesse sentido, é inevitável que se *selecionem*

os considerados mais relevantes e que se ignorem os demais. Há riscos constantes de *cherry picking*, ou seja, de que as considerações realistas favoreçam, de forma dissimulada, uma decisão estratégica. Para mitigá-los, é preciso que as decisões não apenas considerem os elementos concretos, mas que também apontem por que *aquela* fator empírico tem relevância para endereçar *aquela* discussão jurídica em particular; além disso, é preciso ter ceticismo quanto ao que *não* foi considerado (é possível que se destaquem fatores negativos e que se ocultem fatores positivos para privilegiar uma interpretação em detrimento de outra; é possível que se listem apenas as consequências relevantes para uma das partes envolvidas e se excluam as repercussões para as demais etc.).

Por mais que seja impossível endereçar todas as variáveis relacionadas a uma decisão pública, é preciso ser consistente na seleção de quais fatores importam para aquele caso e quais fatores não são assim tão determinantes (uma regra de ouro seria perquirir se, de fato, tais informações aprimoram o debate sobre qual norma ou interpretação é mais adequada naquele caso concreto e se há outras que também possam aprimorá-lo), bem como ser isonômico na seleção de quais repercussões devem ser consideradas (uma segunda regra de ouro seria perquirir *para quem* aquelas considerações importam).

(iv) Cuidado com a utilização preguiçosa (ou errada) das considerações realistas: há problemas na capacidade de administradores e de juízes de operacionalizar as considerações empíricas de forma consistente e metodologicamente precisa. Ainda que tenham as melhores intenções, os agentes estatais e os magistrados não estão acostumados com linguagens complexas e, em muitos casos, dispõem de pouco tempo para tomar suas decisões. O manejo de considerações institucionais pode gerar complexidades que ultrapassam a capacidade daqueles que são os responsáveis por adequá-las ao universo jurídico.

Esse cenário pode gerar decisões que mencionem dados concretos “para inglês ver”, ou seja, apenas para cumprir formalmente os requisitos da LINDB (uma espécie de aplicação do legalismo de

defesa),²⁷⁴ ou decisões simplesmente erradas, que interpretem de forma inadequada os dados disponíveis para auxiliar a resolução de casos jurídicos (é difícil interpretar dados relacionados a temas complexos, como infraestrutura, serviços públicos, intervenção do Estado na economia, sistema carcerário, políticas afirmativas etc., sobretudo quando não se dispõe do tempo adequado, e considerá-los nem sempre aprimora as decisões públicas).

Nem sempre será possível incorporar considerações sofisticadas nas decisões públicas, o que significa que a exigência da LINDB sobre “considerar consequências práticas” ou “os obstáculos reais” deve ser temperada de acordo com o ato discutido; caso contrário, exigir-se-ia dos tomadores de decisão pública mais do que eles são capazes de oferecer: melhor cobrar que sejam realistas *quando necessário* e *possível* do que proporcionar incentivos perversos para “criptorealismos”, ou seja, o uso meramente *cosmético* de considerações realistas.²⁷⁵

De toda forma, considerações realistas devem ser percebidas como argumentos limítrofes, que ajudam a adicionar textura a debates complexos que o Direito Público vem falhando em endereçar com a complexidade necessária — leia-se, onde as prescrições jurídicas vêm encontrando dificuldades para se materializar. Elas serviriam para acrescentar diagnósticos e prognósticos sobre a aplicação de normas jurídicas quando a indeterminação ou a disfunção são relevantes.

As finalidades por trás do uso desse vocabulário devem ser investigadas como em qualquer outro vocabulário jurídico. Afinal, argumentos realistas podem ser instrumentalizados para todo tipo de finalidade; eles podem reforçar os valores constitucionais ao acrescentar complexidade à roupagem jurídica do Poder Público

274 Abordo o tema do legalismo de defesa em outro texto. Veja TOSTA, André Ribeiro. “Lei da Liberdade Econômica sob a perspectiva da inovação e do desenvolvimento: potencial, desafios e dilemas do art. 3º, V, da Lei nº 13.874/19”. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto *et al.* (orgs.). *Comentários à Lei de Liberdade Econômica*, 2019.

275 Faz-se referência aos *criptoconsequencialismos*, sugeridos por José Vicente de Mendonça. Veja MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fórum, Rio de Janeiro, 2018. Agradeço, mais uma vez, a Daniel Cardinali pela sugestão de “uso cosmético” de argumentos realistas.

(nos termos deste artigo, o bom uso desse tipo de argumento) ou subvertê-los (usos estratégicos, preguiçosos, arbitrários, errados); é preciso reforçar o primeiro time.

5. Conclusão

Antes da edição das alterações à LINDB, argumentei no livro *Instituições e o direito público: empirismo, inovação e uma proposta de roteiro de análise* que a linguagem empírica teria o potencial de qualificar debates jurídicos e que seu uso poderia ser reforçado por uma lei que incorporasse exigências de empirismo aos fundamentos jurídicos.²⁷⁶ Estamos prestes a descobrir se as previsões — um tanto otimistas — daquele livro se materializarão (quem sabe, em alguns anos ou décadas, o debate jurídico, de fato, se torne mais preciso, empírico e metodologicamente rigoroso?).

Os desafios são muitos: desde as dificuldades práticas de acrescentar complexidade ao já complexo universo do Direito Público até as tentativas utópicas de alterar uma cultura estatal marcada pela “preguiça” metodológica justamente por meio de conceitos abertos que exigem rigor metodológico, como “consequências práticas” ou “obstáculos reais”. De toda forma, se é verdade que toda longa caminhada começa com o primeiro passo, a LINDB parece ser o segundo passo dos realistas.

Referências

- ARAÚJO, Thiago. *Análise econômica do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- BAPTISTA, Patrícia; ACCIOLY, João Pedro. A administração pública na Constituição de 1988. Trinta anos depois: disputas, derrotas e conquistas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 2, p. 45-74, ago. 2018.
- BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo ordenador*. Rio de Janeiro: Fórum, 2016.
- BOLONHA, Carlos *et al.* Um caminho possível para a operacionalização das capacidades institucionais. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 10, n. 3, p. 326-337, set.-dez. 2018.

276 TOSTA, André Ribeiro, op. cit., Epílogo.

- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- BRANDÃO, Rodrigo; NUNES, Daniel Capecchi. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 1, 2018.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. "O conceito de política pública em direito". In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CALABRESI, Guido. *The Cost of Accidents*. New Have: Yale University Press, 1970.
- CARPENTER, Daniel; MOSS, David. (orgs.). *Preventing Regulatory Capture*: special interest influence and how to limit it. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- CARVALHO, Victor Aguiar de. *Cartéis em licitações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- CROSS, Frank. Political Science and the New Legal Realism: A Case of Unfortunate Interdisciplinary Ignorance. *Northwestern University Law Review*, v. 92, n. 1, p. 251-326, 1997.
- CUNHA, Luiz Filipe Esteves. "Saímos do nirvana? A operacionalização do argumento das capacidades institucionais no STF". Trabalho de Conclusão de Curso da Graduação. Rio de Janeiro — FGV. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/24116>. Acesso em: 31 ago. 2020.
- CYRINO, André. Legalidade administrativa de carne e osso: uma reflexão diante do processo político brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, v. 274, 2017, p. 175-208.
- DAILY, Paul. *A Theory of Deference in Administrative Law*: Basis, Application and Scope. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. *Direito ao erro do administrador no Brasil*: contexto, fundamentos e parâmetros. Rio de Janeiro: GZ, 2019.
- ESKRIDGE JR, William N.; BAER, Lauren E. The Continuum of Deference: Supreme Court Treatment of Agency Statutory Interpretations from Chevron to Hamdan. *Georgetown Law Journal*, v. 96, p. 1083, 2007.
- FARBER, Daniel A.; FRICKEY, Philip. *Law and Public Choice*: a critical introduction. Chicago: University of Chicago Press, 1991.
- FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues*: interpretation as political process. Princeton: Princeton University Press, 1988.
- GERSEN, Jacob; VERMEULE, Adrian. Chevron as a Voting Rule. *Yale Law Journal*, v. 116, n. 4, p. 676-881, 2007.
- GINSBURG, Tom; KAGAN, Robert (orgs.). *Institutions and Public Law*: Comparative Approaches. [S.l.]: Peter Lang, 2005.
- GOMES, Juliana Cesário Alvim; ARGUELHES, Diego Werneck; NOGUEIRA, Rodrigo. Gênero e comportamento judicial no supremo tribunal federal: os ministros confiam menos em relatoras mulheres?. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, 2018.

- GOMES, Juliana Cesario Alvim. Cancelas invisíveis: “embargos auriculares”, legitimidade ativa e a permeabilidade social seletiva do Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 1, p. 55-82, abr. 2020.
- GOMES, Juliana Cesario Alvim. O Supremo Tribunal Federal em uma perspectiva de gênero: mérito, acesso, representatividade e discurso. *Revista Direito e Práxis*, v. 7, p. 652-676, 2016.
- GREEN, Leslie. “Positivism, Realism, and Sources of Law”. In: MINDUS, P.; SPA-
AK, T. (orgs.). *The Cambridge Companion to Legal Positivism*. Cambridge:
Cambridge University Press, 2020.
- HAILBRONNER, Michaela. Rethinking the Rise of the German Constitutional
Court: From Anti-Nazism to Value Formalism. *International Journal of Cons-
titutional Law*, v. 12, n. 3, 2014.
- JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa*.
São Paulo: Malheiros, 2016.
- JORDÃO, Eduardo; JUNIOR, Renato Toledo Cabral. A teoria da deferência e a
prática judicial: um estudo empírico sobre o controle do TJ RJ à AGENER-
SA. *Revista Estudos Institucionais*, v. 4, n. 2, p. 537-573, dez. 2018.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Direito administrativo do espetáculo. *Fórum Adminis-
trativo*, 9: 100, 2009.
- KING, Jeff A. Institutional Approaches to Judicial Restraint. *Oxford Journal of
Legal Studies*, v. 28, n. 3, p. 409-441, 2008.
- KOMESAR, Neil. *Imperfect Alternatives: choosing institutions in law, economics,
and public policy*. Chicago: University of Chicago Press, 1994.
- LEITER, B. “Legal Positivism as a Realist Theory of Law”. In: MINDUS, P.; SPA-
AK, T. (orgs.). *The Cambridge Companion to Legal Positivism*. Cambridge: Cam-
bridge University Press, 2020.
- LEITER, Brian. What is a realist theory of law?. *Revista Estudos Institucionais*, v.
6, n. 1, p. 334-345, abr. 2020.
- LEITER, Brian. Legal Realisms, Old and New. *Valparaiso University Law Review*
949, 2013.
- LLEWELLYN, Karl. *The Bramble Bush*, New York: Oceana, 1930.
- LYNCH, Christian Cyril *et al.* (org.). *Pensamento político brasileiro: temas, pro-
blemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Appris, 2019.
- MARÇAL, Felipe Barreto. Direito Processual Comportamental: repensando ins-
titutos processuais a partir da Economia Comportamental, da Psicologia
Cognitiva e da Neurociência. *Revista de Processo*, v. 305, 2020.
- MASHAW, Jerry. *Greed, chaos, & governance: using public choice to improve
public law*. New Haven: Yale University Press, 1997.
- MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade*. Rio de Janeiro: Lu-
men Juris, 2010.
- MCNULTY, Tracy. “Psychoanalysis and Law”. In: *The Oxford Handbook of Law
and Humanities*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

- MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Fórum, Rio de Janeiro, 2018.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB: indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 43-61, nov. 2018.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. Análise de impacto regulatório: o novo capítulo das agências reguladoras. *Revista de Direito da Administração Pública*, v. 1, n. 1, 2012.
- MILES, Thomas; SUNSTEIN, Cass. The New Legal Realism. *University of Chicago Law & Economics*, Olin Working Paper nº 372, 2007.
- MOLHANO RIBEIRO, Leandro; WERNECK ARGUELHES, Diego. Preferências, estratégias e motivações: pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro. *Revista Direito e Práxis*, v. 4, n. 2, 2013, p. 85-121.
- MONTAGNA, Plínio; HARRIS, Adrienne. *Psychoanalysis, Law, and Society*. Routledge, 2019.
- NUSSBAUM, Martha. *Political Emotions: Why Love Matters for Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.
- NUSSBAUM, Martha. *Hiding from Humanity: Disgust, Shame, and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- PIERCE, Jr., Richard. Chevron Should Not Be Converted into a Voting Rule: A Response to Gersen and Vermeule's Proposal. *Yale Law Journal Pocket Part*, v. 116, p. 248, 2007.
- POGREBINSCHI, Thamy. A normatividade dos fatos, as consequências políticas das decisões judiciais e o pragmatismo do Supremo Tribunal Federal (Comentários à ADI 2240-7/BA). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 247, p. 181-193, jan. 2008.
- POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 7 ed. [S.l.]: Aspen Publishing, 2007.
- QUIRINO, Carina de Castro. Irracionalidade do agente público e teoria da escolha pública comportamental: notas sobre um elefante na sala. *Revista Quaestio Iuris*, v. 11, nº 2, Rio de Janeiro, 2018.
- SEGAL, Jeffrey; SPAETH, Harold. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2002.
- STEARNS, Maxwell L. e ZYWICKI, Todd J. *Public choice concepts and applications in law*. St. Paul: Thompson Reuters, 2009.
- STEPHENSON, Matthew. The Costs of Voting Rule Chevron: A Comment on Gersen and Vermeule's Proposal. *Yale Law Journal Pocket Part* 116:238, 2007.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *et al.* O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos. *Revista Direito FGV*, v. 13, n. 3, p. 866-890, 2018.

- SUNSTEIN, Cass; THALLER, Richard. *Nudge: improving decisions about life and happiness*. New Haven: Yale University Press, 2008.
- SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, v. 101, nº 4, p. 885-951, feb. 2003.
- TAMANAH, Brian Z. Understanding Legal Realism. *St. John's Legal Studies*, Research Paper nº 08-0133, 2008.
- TOSTA, André Ribeiro. *Instituições e o direito público: empirismo, inovação e uma proposta de roteiro de análise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- TOSTA, André Ribeiro. "Lei da Liberdade Econômica sob a perspectiva da inovação e do desenvolvimento: potencial, desafios e dilemas do art. 3º, V. da Lei nº 13.874/19". In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto et al. (orgs.). *Comentários à Lei de Liberdade Econômica*, 2019.

Felipe Romero
Stela Hühne Porto

A aplicação dos novos artigos da LINDB no STF e no STJ: primeiras impressões

10

A aplicação dos novos artigos da LINDB no STF e no STJ: primeiras impressões

Felipe Romero²⁷⁷
Stela Hühne Porto²⁷⁸

Resumo

O presente trabalho é a primeira etapa de um projeto de pesquisa mais amplo, que visa a analisar, quantitativa e qualitativamente, os impactos da Lei nº 13.655/2018 — que incluiu os artigos 20 a 30 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) — nas decisões proferidas pelos órgãos de cúpula do Poder Judiciário e no Tribunal de Contas da União. Neste primeiro momento, foi feita uma análise quantitativa das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ) que mencionaram os artigos 20 a 30 da LINDB. No presente artigo, os resultados da referida pesquisa são expostos e analisados de forma preliminar.

Palavras-chave: LINDB. Pesquisa empírica. STF. STJ. Jurisprudência.

1. Introdução

A Lei nº 13.655/2018, que incluiu os artigos 20 a 30 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro — LINDB²⁷⁹ (DL nº 3.657/1942), tinha como um de seus principais objetivos “conferir mais segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade ao direito público”.^{280, 281}

277 Bacharel em Direito e mestrando em Direito Público pela UERJ. Advogado.

278 Bacharel em Direito e mestranda em Direito Público pela UERJ. Pesquisadora do Laboratório de Regulação Econômica da UERJ (UERJ Reg.). Advogada.

279 Neste artigo, usaremos a expressão LINDB (ou “nova LINDB”) como referência apenas aos seus artigos 20 a 30, desconsiderando os artigos iniciais, que não compõem o objeto desta pesquisa.

280 SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. “Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle”. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (orgs.). *Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, p. 21-24, 2016, p. 22; Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Veras de. *Comentários à Lei n. 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*. 2. Reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 17. Veja também: MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Ana Lucia Pretto. “A segurança jurídica na Administração Pública (breves notas sobre a Lei n. 13.655, de 20 de abril de 2018)”, *Revista Eletrônica da OAB/RJ*, Edição Especial de Infraestrutura, 2019, p. 1.

281 Veja também: “Justificativa do PL 349/2015”. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2919883&ts=1593913219692&disposition=inline>. Acesso em: 27 out. 2020.

A lei se originou de um projeto de autoria dos Professores Carlos Ari Sundfeld (FGV-SP) e Floriano Marques de Azevedo (USP) e, de forma mais específica, buscava solucionar três grandes impasses: (i) fundamentação de decisões de órgãos de controle baseadas exclusivamente em princípios e conceitos jurídicos indeterminados; (ii) ausência de consideração das consequências práticas em decisões tomadas por controladores; e (iii) necessária submissão prévia de decisões administrativas ao “aval do controlador”, como se elas se tratassem tão somente de “primeiras tentativas”, e não de decisões definitivas.²⁸²

Quando o projeto de lei ainda estava sendo discutido no Congresso Nacional, muitos autores já opinavam favoravelmente acerca de seus possíveis impactos, como, por exemplo, o de trazer “transparência e segurança jurídica à criação e aplicação do direito público no Brasil”²⁸³ e de “modernizar as relações entre os cidadãos e o Estado”.²⁸⁴ Outros, contudo, a despeito de reconhecerem a importância do marco normativo, mostravam-se mais céticos quanto à aplicabilidade prática da norma e à sua capacidade de cumprir com essa finalidade. Esse é o caso, por exemplo, de Fernando Leal, que assinalava que a mera exigência da consideração das consequências práticas das decisões, sem qualquer critério para identificá-las ou avaliá-las, não melhoraria, necessariamente, sua qualidade, além de, possivelmente, gerar ainda mais incertezas.²⁸⁵

José Vicente Santos de Mendonça também considerava pouco provável a concretização desse futuro ideal em que a lei geraria uma profunda transformação da atuação administrativa e judicial,

282 PALMA, Juliana Bonacorsi de. “Segurança jurídica para a inovação pública: a nova lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018)”, *Revista de Direito Administrativo*, v. 279, n. 2, maio/ago. 2020, p. 209-249.

283 JUSTEN FILHO, Marçal *et al.* “Resposta aos comentários tecidos pela consultoria jurídica do TCU ao PL 7.448/2017”, *Revista Brasileira da Advocacia*, v. 9, p. 1-17, versão eletrônica, 2018, p. 4.

284 ARAGÃO, Alexandre Santos de. “Alterações na LINDB modernizam relações dos cidadãos com o Estado”, *Consultor Jurídico*. 13 abr. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-13/alexandre-aragao-alteracoes-lindb-modernizam-relacoes-estado>. Acesso em: 27 out. 2020.

285 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 (orgs.). *Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, p. 25-30, 2016, p. 28.

justamente pela dificuldade de definição, identificação e avaliação das consequências práticas de uma decisão.²⁸⁶ O autor aponta dois outros cenários que, a seu ver, seriam mais prováveis: (i) a chamada *retórica das consequências*, em que haveria tão somente uma mudança no estilo das decisões, sem que houvesse alteração em seu conteúdo; e (ii) uma *mudança da gramática*, que educaria e constrangeria os juízes a mudar, nem que fosse um pouco, suas decisões.²⁸⁷

Dois anos e meio após a edição da lei, já começaram a surgir as primeiras pesquisas com o objetivo de avaliar os impactos das alterações da LINDB e se as expectativas se haviam confirmado. No âmbito do Tribunal de Contas da União, por exemplo, constatou-se que a lei já foi citada em mais de quarenta acórdãos.²⁸⁸ Apesar de algumas análises preliminares indicarem que a aplicação da LINDB não gerou alteração significativa no conteúdo das decisões relativas à condenação de agentes públicos,²⁸⁹ alguns autores, diferentemente, consideram que a lei já proporcionou alguma melhora na qualidade das decisões do órgão de controle.²⁹⁰

Este artigo representa a primeira etapa de um projeto de pesquisa mais amplo,²⁹¹ cujo objetivo é analisar, quantitativa e qualitativamente, os impactos da LINDB nas decisões proferidas pelos órgãos de cúpula do Poder Judiciário e também no Tribunal de Contas da União, para descobrir se, afinal, as expectativas em relação à lei se confirmaram ou foram frustradas nesses primeiros anos de sua vigência.

286 MENDONÇA, José Vicente Santos de. "Dois futuros (e meio) para o Projeto de Lei do Carlos Ari". In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (orgs.). *Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016, p. 33.

287 *Ibid.*, p. 34.

288 PALMA, Juliana Bonacorsi de. "Segurança jurídica para a inovação pública: a nova lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei n. 13.655/2018)", *Revista de Direito Administrativo*, v. 279, n. 2, maio/ago. 2020, p. 209-249.

289 BRAGA, André de Castro P. "Erro grosseiro e TCU: algo mudou?", *Jota*, 15 jul. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/control-publico/erro-grosseiro-e-tcu-algo-mudou-15072020>. Acesso em: 27 out. 2020.

290 VALIATI, Thiago Priess. "A aplicação da LINDB pelas esferas controladora e judicial", *Jota*, 22 fev. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/aplicacao-da-lindb-pelas-esferas-controladora-e-judicial-22022019>. Acesso em: 27 out. 2020.

291 A pesquisa é realizada no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), com a coordenação do professor José Vicente Santos de Mendonça. Os pesquisadores do projeto são os autores deste artigo.

2. Objetivo da pesquisa e metodologia

Para este artigo, foram analisadas decisões que mencionam a LINDB a partir da aplicação de dois recortes iniciais de análise. O primeiro diz respeito aos tribunais pesquisados. Aqui, limitamo-nos ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça. Começar por esses tribunais faz sentido em razão de sua abrangência nacional e do fato de representarem, em certa medida, uma fotografia do que se discute nas instâncias inferiores, por causa de sua ampla competência recursal. A pretensão dos pesquisadores é ampliar a investigação para o Tribunal Superior Eleitoral, o Tribunal Superior do Trabalho e o Tribunal de Contas da União nas etapas subsequentes da pesquisa.

O outro critério de recorte inicial diz respeito à natureza da análise. No caso deste primeiro relatório da pesquisa, limitamo-nos a uma análise quantitativa das decisões identificadas. Em outras palavras, não nos dedicamos à análise do conteúdo das decisões ou do mérito das discussões envolvendo a LINDB. O objetivo, na verdade, foi traçar um perfil dos casos em que os novos artigos da LINDB são suscitados no STF e no STJ. A análise qualitativa dessas decisões será o próximo passo da pesquisa.

Quatro perguntas centrais guiaram os objetivos específicos deste relatório preliminar. Os pesquisadores buscaram identificar (i) quantas decisões proferidas no STF e no STJ mencionaram a LINDB, (ii) qual o tipo de decisão em que a LINDB foi mencionada, (iii) quais órgãos fracionários dos tribunais e quais ministros mais invocaram a LINDB em suas decisões e (iv) quais foram os artigos mais discutidos.

Para alcançar esses objetivos e obter respostas às perguntas suscitadas, foram identificadas todas as decisões do STF e do STJ, colegiadas e monocráticas, que mencionaram os artigos 20 a 30 da LINDB. A coleta desses dados foi realizada a partir das ferramentas oficiais de pesquisa de jurisprudência dos sites do STF e do STJ, com os dados disponíveis até 12 de outubro de 2020, data em que a coleta das decisões pertinentes foi concluída.

Para a identificação dos acórdãos, utilizamos duas ferramentas de busca: a busca textual por termos mencionados na ementa

e a busca por legislação indexada. Isso foi necessário porque nem a ferramenta de busca de jurisprudência do STJ nem a ferramenta do STF permitem pesquisar o inteiro teor dos acórdãos (problema que, ao menos em tese, é superado com a pesquisa pela legislação indexada).

Dessa forma, os acórdãos identificados são aqueles em que a LINDB tenha sido mencionada na ementa ou tenha sido indexada como legislação referenciada na decisão. É possível que a ferramenta de pesquisa de jurisprudência apresente erros, sobretudo se houver falha na indexação de legislação em determinados precedentes, mas não identificamos problemas desse tipo durante a pesquisa.²⁹²

Para a pesquisa pela legislação indexada, selecionamos a LINDB como a norma a ser pesquisada e acrescentamos a referência a cada um dos artigos 20 a 30 da Lei. Para a pesquisa por termos citados na ementa da decisão, buscamos referência às expressões “LINDB”, “LICC” (sigla para Lei de Introdução às Normas do Código Civil — o “título” anterior da Lei), “Lei de Introdução”, “13.655” (o número da Lei que incluiu os artigos 20 a 30) e “4.657” (o número do Decreto-Lei), tudo combinado com a referência aos artigos 20 a 30.

Em relação às decisões monocráticas, como a busca em ambos os tribunais inclui o inteiro teor da decisão, o critério de pesquisa foi exclusivamente textual, a partir das mesmas expressões já mencionadas.

As decisões referentes ao objeto da pesquisa foram identificadas e classificadas de acordo com os seguintes *proxies*: (i) tribunal (STF ou STJ); (ii) competência (recursal ou originária); (iii) acórdão ou decisão monocrática; (iv) data de julgamento; (v) órgão julgador, no caso do acórdãos; (vi) relator, (vii) ramo do Direito (Direito Civil, Constitucional etc); (viii) se a referência à LINDB consta apenas do relatório da decisão ou se está também em sua fundamentação; e (ix) artigos mencionados.

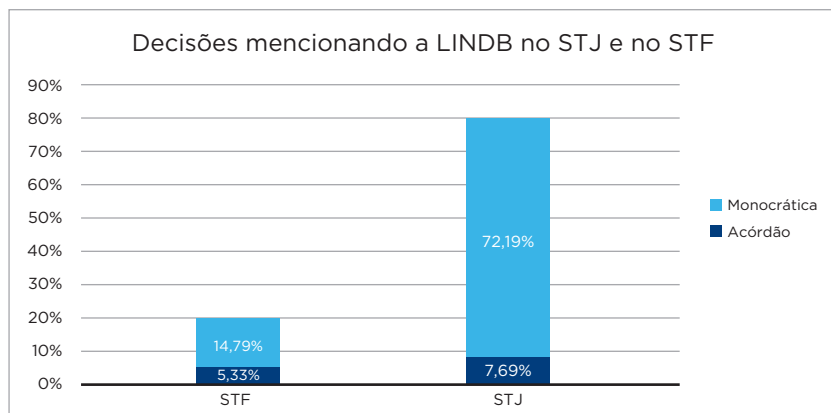
292 Durante a pesquisa, identificamos que os critérios de busca mencionados resultaram em algumas decisões classificadas como falsos-positivos, que foram descartadas da análise. Eram casos em que, por exemplo, a ementa da decisão citava o artigo 20 da LINDB, mas, na verdade, o dispositivo em questão era o artigo 2^a da Lei. O símbolo °, contudo, foi equivocadamente transcrito como 0 na ementa.

A metodologia empregada não permite identificar casos em que já tenha havido julgamento mencionando a LINDB, mas o acórdão ou a decisão monocrática ainda não tenham sido disponibilizados.

3. Resultados da pesquisa

Como já afirmado, o objetivo desta pesquisa foi mapear, nos dois anos e meio de vigência da nova LINDB, de que modo essa lei estava sendo aplicada no STF e no STJ. Nessa etapa preliminar, a análise foi meramente quantitativa, realizada com a intenção de identificar o perfil das decisões que mencionam a LINDB nesses dois tribunais.

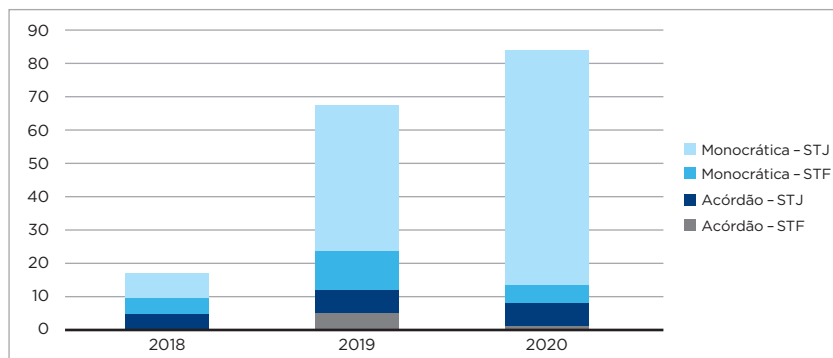
Pois bem, os mecanismos de busca do STF e do STJ indicaram existir 169 decisões, entre acórdãos e decisões monocráticas, em que a LINDB foi citada. Dessas, 34 decisões são do STF, sendo nove acórdãos e 25 decisões monocráticas; e 135 do STJ, sendo 13 acórdãos e 122 decisões monocráticas. O gráfico a seguir mostra quanto cada uma dessas categorias corresponde percentualmente ao total de decisões.



Analisando as decisões em cada tribunal, é interessante notar que 26,5% das decisões do STF são acórdãos, enquanto, no STJ, esse número corresponde a apenas 9,6% do total de decisões.

Desde 2018, quando a Lei foi promulgada, o número de decisões que mencionam a LINDB tem aumentado a cada ano. Naquele ano,

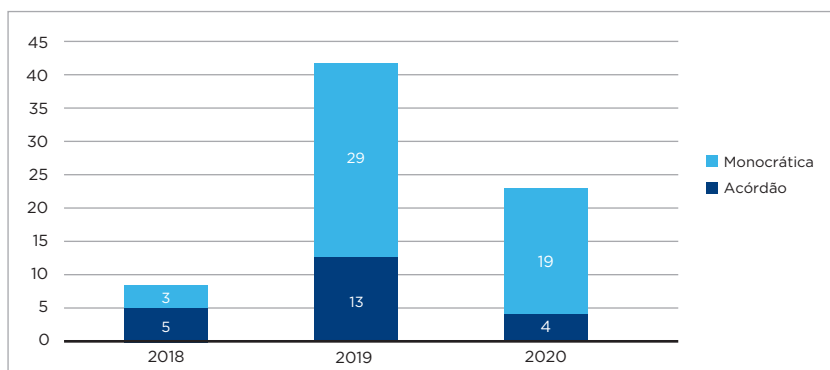
apenas 17 decisões mencionaram a LINDB (10% do total), sendo 11 no STJ e seis no STF. Em 2019, o número cresceu para 68 (40%) e já alcança 84 em 2020 (49%), considerando os dados disponíveis em 12 de outubro. Apesar disso, 2020 é, dos três, o ano com o menor número de acórdãos com menção à LINDB até agora, o que indica que o crescimento do número de decisões deve-se, sobretudo, ao aumento de decisões monocráticas. Enquanto as decisões monocráticas passaram de 55 para oitenta, os acórdãos mencionando a LINDB decresceram de 13 para quatro.²⁹³ Detalhando ainda mais esses dados, percebe-se que o principal fator responsável pelo aumento do número de decisões até outubro de 2020 é a quantidade de decisões monocráticas proferidas pelos ministros do STJ (71 das oitenta decisões monocráticas proferidas em 2020 pelo STJ e pelo STF sobre a LINDB).



Apesar do aumento, ano a ano, do número de decisões, há outro dado importante a ser considerado: das 84 decisões que mencionam a LINDB em 2020, em 61 delas (72,6%) a referência à Lei está apenas no relatório da decisão ou do acórdão. Em outras palavras, isso quer dizer que o artigo da LINDB foi invocado por alguma das partes ou mencionado em instâncias inferiores, mas não foi empregado na fundamentação da decisão. Em 2019, o percentual de decisões cuja menção à LINDB constava apenas do relatório era

²⁹³ É necessário considerar que os dados de 2020 não estão completos, de modo que essa constatação pode reverter-se até o fim do ano.

de apenas 38,2% do total. No entanto, se considerarmos apenas as decisões que mencionaram a LINDB em sua fundamentação, esse cenário se altera consideravelmente. Nesse caso, em 2018 foram proferidas oito decisões, número que subiu para 42 em 2019 e que, até outubro de 2020, contabiliza 23 decisões.



Outro dado pode ser agregado a esse cenário: o da comparação entre as decisões proferidas no exercício de competência recursal e as decisões proferidas no exercício de competência originária do STF e do STJ.

No STF, das 34 decisões mencionando a LINDB, vinte (58,8%) foram proferidas em julgamentos de ações originárias (ações diretas de inconstitucionalidade, mandados de segurança ou ações civis), enquanto 14 foram proferidas em processos de competência recursal (suspensão de segurança, recursos extraordinários e reclamações).²⁹⁴

Já no STJ, das 135 decisões mencionando a LINDB, apenas dez (7,4%) foram proferidas em processos de competência originária (ações rescisórias, mandados de segurança e homologações de sentenças estrangeiras). As demais 125 foram proferidas no exercício de competência recursal, a maioria em sede de recurso especial ou agravo em recurso especial.

²⁹⁴ Apesar de a suspensão de segurança e a reclamação não serem propriamente recursos, classificamos tais decisões como o exercício de competência recursal pois ambos os casos derivam de outros processos, em julgamento nas instâncias inferiores.

Outro conjunto de *proxies* utilizados na pesquisa buscou identificar em quais órgãos fracionários desses tribunais a LINDB foi invocada e quais foram as matérias abordadas na decisão.

No STF, dos nove acórdãos que mencionam a LINDB, quatro são do Plenário e cinco pertencem à Primeira Turma. Os resultados da pesquisa não trouxeram nenhum acórdão da Segunda Turma do STF mencionando a LINDB.

Considerando o total de 34 decisões (acórdãos e monocráticas) mencionando a LINDB no STF, 23 tratavam de temas relacionados a Direito Constitucional e Direito Administrativo. Quatro diziam respeito a temas de Direito Financeiro ou Previdenciário e três tinham relação com Direito do Trabalho. Em quatro decisões, a discussão foi eminentemente processual.

Desconsiderando-se os casos em que a LINDB é mencionada apenas no relatório da decisão ou do acórdão,²⁹⁵ o Ministro Fachin, que atualmente compõe a Segunda Turma do STF,²⁹⁶ foi o que mais citou a LINDB em suas decisões ou votos, com seis registros. O Ministro Fux, que compunha a Primeira Turma e, hoje, é o ministro-presidente do STF, aparece em segundo lugar, com cinco menções. A pesquisa realizada na base de dados do STF não encontrou decisões dos Ministros Toffoli, Barroso e Cármen Lúcia mencionando a LINDB.

Já no STJ, dos 13 acórdãos encontrados, um é da Corte Especial, cinco são da Primeira Seção, dois são da Primeira Turma, um da Segunda Turma, três da Terceira Turma e um da Quinta Turma. Cabe ressaltar que os órgãos fracionários do STJ têm competências especializadas, sendo a Primeira Seção e a Primeira e a Segunda Turmas voltadas à discussão de matérias de Direito Público; a Terceira Turma, à discussão de matérias afetas a Direito Privado; e a Quinta Turma, de Direito Penal.

295 O objetivo, aqui, foi analisar os casos em que o ministro promoveu alguma discussão de mérito envolvendo a LINDB.

296 Apesar de compor a Segunda Turma, as menções à LINDB constam de decisões monocráticas e acórdãos do Plenário do STF.

Agregando as decisões monocráticas aos acórdãos e considerando a competência especializada das turmas e seções do STJ, tem-se que 85 decisões dizem respeito a temas de Direito Público (63%); 22 a temas de Direito Privado (16%); 14 de Direito Penal (10%); e 14 sobre temas exclusivos do Direito Processual (10%).²⁹⁷

Considerando apenas as decisões que mencionam a LINDB em sua fundamentação, o Min. Marco Aurélio Belizze, que atualmente compõe a Segunda Seção e a Terceira Turma do STJ,²⁹⁸ é o que responde por mais registros, alcançando 17 das 54 decisões encontradas, sendo 16 delas monocráticas. Em seguida, aparece o Min. Napoleão Nunes Maia Filho, com seis decisões, seguido dos Ministros Mauro Campbell, Og Fernandes, Herman Benjamin e Assusete Magalhães, com quatro decisões cada um.

Por fim, buscamos também identificar quais eram os artigos da nova LINDB mais mencionados nas decisões do STF e do STJ. Dos 169 registros identificados na pesquisa, 68 decisões mencionam o art. 20 da LINDB (40,2%), que é o dispositivo mais citado tanto nas decisões do STF como nas do STJ. Em pouco menos de um terço desses casos (21 decisões), o art. 20 é mencionado em conjunto com outros artigos, principalmente com o art. 21 (14 decisões).

O segundo dispositivo mais mencionado foi o art. 23, que aparece em cinquenta das 169 decisões identificadas (29,5%). Em seguida, vêm o art. 24 (39 decisões ou 23% do total), o art. 22, que aparece em 23 decisões (13,6%), o art. 21, com vinte menções (ou 11,8% do total), o art. 28, em 11 decisões, o art. 30, em nove, e, finalmente, o art. 26, que foi suscitado em duas decisões. Não foram identificadas decisões mencionando os arts. 27 e 29 da LINDB.

297 Nesse caso, nove foram decisões monocráticas proferidas pelo ministro-presidente e uma foi um acórdão da Corte Especial, tratando das hipóteses de cabimento de agravo de instrumento.

298 Tanto a Segunda Seção como a Terceira Turma têm competência para apreciar casos de Direito Privado.

Artigos da LINDB mais citados nas decisões do STF e do STJ		
Art. 20	68	40,2%
Art. 23	50	29,5%
Art. 24	39	23%
Art. 22	23	13,6%
Art. 21	20	11,8%
Art. 28	11	6,5%
Art. 30	9	5,3%
Art. 26	2	1,2%
Art. 27	0	0%
Art. 29	0	0%

Considerando os dados de cada tribunal individualmente, no STF o art. 20 é citado em 18 das 34 decisões. O segundo dispositivo mais citado é o art. 24, com oito menções. Já no STJ, o art. 20 também é o mais mencionado, em cinquenta das 135 decisões, porém o art. 23 aparece logo atrás, com quatro decisões a menos. O quadro a seguir mostra o número total de decisões por artigo para cada um dos tribunais.

STF		
Art. 20	18	53%
Art. 24	8	24%
Art. 22	6	18%
Art. 21	5	15%
Art. 23	4	12%
Art. 28	3	9%
Art. 26	1	3%
Art. 27	0	0%
Art. 30	0	0%
Total	34	100%

STJ		
Art. 20	50	37%
Art. 23	46	34%
Art. 24	31	23%
Art. 22	17	13%
Art. 21	15	11%
Art. 30	9	7%
Art. 28	8	6%
Art. 26	1	1%
Art. 27	0	0%
Total	135	100%

O art. 20 é o único mencionado nas 14 decisões do STJ que mencionam a LINDB em discussões de Direito Penal, à exceção de uma. Nessas decisões, a LINDB não chegou a ser efetivamente debatida

pelo STJ, já que a referência ao artigo consta apenas do relatório da decisão. No único acórdão existente, da Quinta Turma, o artigo mencionado é o 23. Esse artigo também é mencionado em 21 das 22 decisões do STJ que tratam de Direito Privado. Nesse grupo, o art. 21 foi suscitado em três decisões e o art. 20 é mencionado apenas uma vez.

4. Análise dos resultados e algumas hipóteses preliminares

No tópico 2, mencionamos que, nesta etapa preliminar, formulamos quatro perguntas cujas respostas são buscadas no levantamento das decisões do STF e do STJ que citam a LINDB. Tais perguntas partiam de quatro conjuntos distintos de *proxies*: (i) critérios sobre a quantidade de decisões mencionando a LINDB e a evolução desse número no período de dois anos e meio em que a lei está em vigor; (ii) o tipo de decisão que menciona a LINDB, o que inclui investigação sobre a competência que o tribunal está exercendo em cada caso e sobre a proporção de decisões monocráticas em relação aos acórdãos; (iii) os ministros e órgãos fracionários que tratam da LINDB em suas decisões, o que leva, sobretudo no caso do STJ, a uma investigação sobre a matéria discutida nessas decisões; e (iv), por fim, os artigos que são mencionados.

Como visto, o aumento no número de decisões proferidas deve-se, substancialmente, ao aumento de decisões monocráticas do STJ que mencionam a LINDB, das quais aproximadamente três quartos não tratam da LINDB em sua fundamentação, mas apenas no relatório.

O dado parece apontar para a intensificação das discussões sobre a LINDB nas instâncias inferiores (o que aumenta o número de recursos com menção à LINDB no STJ e no STF), mas essa tendência não se faz acompanhar do aumento proporcional das discussões sobre a LINDB nesses tribunais. Constatou-se, na verdade, uma diminuição das decisões que mencionaram a LINDB na fundamentação de 2019 para 2020, mesmo que desconsiderados os meses de novembro e dezembro de 2019.

Uma vez que a competência recursal do STF e do STJ diz respeito, via de regra, à discussão sobre a interpretação de dispositivos legais e constitucionais, e não à interpretação de fatos, seria possível conjecturar que a LINDB encontra menos ressonância nesses tribunais quando utilizada como critério de decisão (ou seja, quando seus dispositivos são materialmente aplicados ao caso concreto). A esse respeito, parte-se da suposição de que, ao menos no exercício da competência recursal, o STF e o STJ estariam menos propensos a estabelecer juízos pragmáticos e consequencialistas sobre as decisões tomadas nas instâncias inferiores, privilegiando a interpretação já realizada anteriormente acerca dos fatos pertinentes à controvérsia e às consequências da solução do caso, em um ou outro sentido. Essa mesma lógica não se aplicaria às decisões recursais sobre como a LINDB deve ser interpretada e às decisões proferidas no exercício da competência originária desses tribunais. Essa hipótese precisaria ser testada por meio da análise qualitativa das decisões coletadas, examinando-se a justificativa empregada na decisão para, eventualmente, se afastar a incidência dos artigos da LINDB invocados.

Também é interessante notar que, proporcionalmente, a LINDB é mencionada em mais acórdãos do STF do que do STJ, o que pode sugerir uma ressonância maior da LINDB no Supremo em comparação com o STJ, pelo menos no período pesquisado. Aqui, outra hipótese possível é de que, pela própria natureza e a configuração do STF, o impacto e a dimensão política de muitas das suas decisões podem atrair considerações de cunho pragmático que talvez sejam identificadas com menos frequência nas decisões do STJ.

Nesse sentido, vale notar que a maioria das decisões do STF que tratam da LINDB diz respeito ao exercício de competência originária do Supremo, enquanto, no STJ, esse número é inferior a 10% das decisões. De certa forma, esse dado reflete a própria natureza da competência desses tribunais. Como o principal recurso dirigido ao STF — o recurso extraordinário — busca definir a interpretação de dispositivos constitucionais, é natural que a competência recursal do Supremo mencione a LINDB em menos casos do que no STJ. No entanto, o número de julgamentos originários do STF também

é maior do que os do STJ, quando considerados os números absolutos (vinte decisões no STF contra dez no STJ), o que incrementa a verossimilhança da hipótese suscitada.

Quanto às matérias discutidas nas decisões em que se invoca a LINDB, os resultados da pesquisa mostram que a LINDB tem sido suscitada sobretudo em discussões sobre Direito Público. Essa conclusão já é esperada, pois alguns dispositivos da Lei tratam de questões tradicionais do Direito Administrativo, como, por exemplo, a responsabilização de agentes públicos. Por outro lado, a LINDB (sobretudo os três artigos mais citados nas decisões) também tem a pretensão de ser uma lei geral sobre como decidir, sendo, nesse aspecto, pertinentes também a discussões externas ao campo do Direito Público. Porém, apesar disso, não se identificou qualquer decisão de Direito Privado ou Penal mencionando a LINDB no STF. No STJ, essas decisões respondem apenas por cerca de um quarto das decisões identificadas.

Para além da pertinência temática dos artigos da LINDB com as discussões do âmbito do Direito Público, é possível cogitar que a Lei talvez tenha sido discutida mais intensamente entre especialistas em Direito Público do que nos campos do Direito Privado ou do Direito Penal. Nesse caso, advogados litigando em ações de Direito Constitucional ou Direito Administrativo tenderiam a ter mais familiaridade com a LINDB e, portanto, a invocá-la a seu favor com mais frequência do que outros profissionais do Direito.

Apesar disso, é interessante notar que, no STF, os ministros individualmente responsáveis pelo maior número de decisões tratando da LINDB não têm especialização em Direito Público. No STF, o Ministro Fux é professor de Processo Civil,²⁹⁹ enquanto o Ministro Fachin é docente de Direito Civil.³⁰⁰ No STJ, a tendência é contrária, já que o Ministro Marco Aurélio Belizze, apesar de compor uma turma de Direito Privado, tem atuação prévia como professor de

299 Conforme currículo oficial divulgado pelo STF. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoComposicaoPlenariaApresentacao/anexo/CV_Min_LuizFux_2020_set_21.pdf. Acesso em: 29 nov. 2020.

300 Conforme currículo oficial divulgado pelo STF. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/EdsonFachin/CurriculoBiografia/Curriculo_resumido_LuizEdson-Fachin_29052020.pdf. Acesso em: 29 nov. 2020.

Direito Administrativo.³⁰¹ Nesse contexto, a análise do conteúdo dessas decisões poderá indicar se há alguma predisposição desses ministros a fazer uso da LINDB com maior frequência em relação a seus pares.

Por fim, o fato de o art. 20 ser o dispositivo mais citado parece confirmar a hipótese de que a lei é identificada, sobretudo, por sua relação com o pensamento pragmatista ou consequencialista, embora essa não seja a doutrina por trás de todos os novos artigos da Lei. O art. 20, por conter a essência dessa identidade, pode funcionar como uma epítome da nova LINDB, tal como uma cláusula geral a favor da consideração de consequências (*i.e.* empregado para afastar consequências alegadamente ruins), o que parece ser reforçado pelo fato de um terço das decisões que mencionam o art. 20 também citar outro artigo dessa Lei.

Outro dado interessante é o elevado número de decisões no STJ que mencionam o art. 23, que prevê a necessidade de se estabelecer um regime de transição nos casos em que há mudança de interpretação de uma norma de conteúdo indeterminado. Tais decisões dividem-se em igual proporção entre discussões de Direito Público e de Direito Privado. A análise do conteúdo dessas decisões poderá revelar novas perspectivas sobre a aplicação desse dispositivo e suscitar debates externos ao campo do Direito Público.

Afora o caso do art. 23, os artigos mais citados tanto no STF como no STJ seguem a mesma ordem. Em ambos os tribunais, na sequência do art. 20, aparecem, nessa ordem, os arts. 24, 22 e 21.

Os arts. 27 e 29 não foram mencionados em nenhuma decisão, o que talvez possa ser atribuído à circunstância de que tais artigos não instituem obrigações nem proibições de qualquer tipo, mas, sim, faculdades reconhecidas a juízes, controladores ou gestores públicos, no caso do art. 27; e a autoridades administrativas, no caso do art. 29. A produção de efeitos desses artigos passa menos por sua

301 Conforme currículo oficial divulgado pelo STJ. Disponível em https://www.stj.jus.br/web/verCurriculoMinistro?parametro=1&cod_matriculamin=0001213&aplicacao=ministros.ativos. Acesso em: 29 nov. 2020.

aplicação judicial, e mais pela criação de incentivos institucionais que favoreçam o uso desses instrumentos previstos na legislação.

5. Conclusão

Nesta pesquisa, expusemos os primeiros resultados de um projeto mais amplo, que busca analisar como os novos artigos da LINDB vêm sendo aplicados nos órgãos de cúpula do Poder Judiciário e no TCU. Aqui, apresentamos os resultados da pesquisa quantitativa das decisões do STJ e do STF que mencionaram a LINDB, entre a data de sua entrada em vigor e o dia 12/10/2020.

Os resultados já demonstram algumas tendências quanto ao perfil da decisão que menciona a LINDB no STF e no STJ, e quanto aos dispositivos mais discutidos nesses tribunais.

Quaisquer conclusões que se pretendam extrair das pesquisas realizadas até o momento serão necessariamente preliminares e parciais. Apenas após uma análise mais detida do conteúdo das decisões coletadas, será possível constatar os efeitos da alteração da LINDB nas decisões judiciais e averiguar se as expectativas geradas quando de sua edição se confirmaram. Por ora, constata-se tão somente que as disposições da Lei têm tido alguma ressonância nos tribunais superiores, em especial o dispositivo que trata da observância das consequências práticas da decisão (art. 20) em deliberações que abordam matérias de Direito Público.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. “Alterações na LINDB modernizam relações dos cidadãos com o Estado”, *Consultor Jurídico*. 13 abr.2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-13/alexandre-aragao-alteracoes-lindb-modernizam-relacoes-estado>. Acesso em: 27 out. 2020.

BRAGA, André de Castro P. “Erro grosseiro e TCU: algo mudou?”, *Jota*, 15 jul. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/erro-grosseiro-e-tcu-algo-mudou-15072020>. Acesso em: 27 out. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal *et al.* “Resposta aos comentários tecidos pela consultoria jurídica do TCU ao PL 7.448/2017”, *Revista Brasileira da Advocacia*, v. 9, p. 1-17, versão eletrônica, 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 (orgs.). *Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, p. 25-30, 2016.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Veras de. *Comentários à Lei n. 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*. 2. Reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. “Dois futuros (e meio) para o Projeto de Lei do Carlos Ari”. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (orgs.). *Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, p. 32-34, 2016.
- MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Ana Lucia Pretto. “A segurança jurídica na Administração Pública (breves notas sobre a Lei n. 13.655, de 20 de abril de 2018)”, *Revista Eletrônica da OAB/RJ*, Edição Especial de Infraestrutura, 2019.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de. “Segurança jurídica para a inovação pública: a nova lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei n. 13.655/2018)”, *Revista de Direito Administrativo*, v. 279, n. 2, p. 209-249, maio/ago. 2020.
- SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. “Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle”. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (orgs.). *Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, p. 21-24, 2016.
- VALIATI, Thiago Priess. “A aplicação da LINDB pelas esferas controladora e judicial”, *Jota*, 22 fev. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/aplicacao-da-lindb-pelas-esferas-controladora-e-judicial-22022019>. Acesso em: 27 out. 2020.

José Augusto Medeiros
João Otávio Bacchi Gutinieki

**A ordem econômica
constitucional resiste à
(e na) crise? O regime
jurídico emergencial e
a política econômica
concorrencial brasileira**

11

A ordem econômica constitucional resiste à (e na) crise? O regime jurídico emergencial e a política econômica concorrencial brasileira

*José Augusto Medeiros*³⁰²

*João Otávio Bacchi Gutiniekj*³⁰³

Resumo

Este trabalho avalia a política concorrencial brasileira, tomando como foco de análise os desafios impostos pela pandemia do coronavírus. De um lado, parte-se da premissa de que, no âmbito das economias desenvolvidas, a crise da Covid-19 acelerou um processo que já vinha de décadas, cuja principal característica é a utilização da política concorrencial como instrumento de proteção dos mercados internos. De outro lado, sustenta-se que o Brasil deixou de acompanhar tal movimento. Apesar de observar parâmetros internacionais de regulação da concorrência, a política concorrencial brasileira absteve-se de harmonizar com outras políticas econômicas. Nessa linha, afirma-se que a economia política concorrencial brasileira corresponderia a uma economia política liberalizante e reducionista de outras perspectivas. A primeira parte do texto é dedicada à apreciação do quadro imposto pelo Regime Jurídico Emergencial e Transitório (RJET ou Lei nº 14.010/2020). Na segunda parte, tenta-se oferecer uma reflexão crítica a respeito da separação, no campo concorrencial, entre função político-social e estratégia macroeconômica. Ao final, para comprovar a hipótese levantada, o trabalho lança mão da avaliação de casos recentes na área.

Palavras-chave: RJET. Antitruste. Política concorrencial. Pandemia.

1. Introdução

A regulação jurídica do mercado pressupõe ao menos duas ordens de fatores: (i) um sistema econômico de produção, com suas

302 Doutorando em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP). Pesquisador visitante da Sciences Po Law School.

303 Mestrando em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP). Advogado.

respectivas particularidades, e (ii) um corpo jurídico de normas que, além de permitir a realização desse sistema, empresta-lhe sentido, induzindo-o a certas finalidades. Essa afirmação revela que o desenho jurídico dos mercados corresponde à reflexão direta do momento histórico-econômico vivido por determinada sociedade. Com o controle da concorrência, não é diferente. Os debates na área variam muito de acordo com os autores, o ordenamento jurídico e, principalmente, o momento histórico,³⁰⁴ colocando em perspectiva realidade econômica, poder econômico e planejamento, respectivamente. Com efeito, o espaço dialógico estabelecido entre a economia, o mercado e a indução do poder econômico (planejamento, portanto) fica mais evidente em momentos de crise.³⁰⁵

Recentemente, tem-se um exemplo nesse sentido. O choque promovido pela pandemia da Covid-19 acelerou um processo de instrumentalização do poder econômico das economias mundiais via refuncionalização concorrencial.³⁰⁶ A deterioração real e imediata do processo econômico interno dessas economias fez com que elas rapidamente buscassem soluções jurídicas de proteção de seu mercado nacional, abandonando, inclusive, as retóricas de eficiência econômica e de concorrência perfeita. Esse movimento sugere que as economias desenvolvidas seguem à risca uma política econômica concorrencial concatenada com suas vicissitudes sociais e industriais, bem como voltada à proteção de seus mercados internos.

304 Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Direito econômico aplicado: estudos e pareceres*. São Paulo: Contracorrente, 2016, p. 400; HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust Policy After Chicago*. *Michigan Law Review*, v. 84, 1985, p. 213-216; e, do mesmo autor, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*. 3. ed. St. Paul: Thomson/West, 2005, p. 60-64.

305 A respeito da alteração das estruturas jurídicas diante de momentos de crise, ver, por todos: BROADBERRY, Stephen; HARRISON, Mark (orgs.). *The Economics of the Second World War: Seventy-five Years On*. London: Centre for Economic Policy Research, 2020; COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 54, v. 353, março de 1978; BERCOVICI, Gilberto. "O ainda indispensável direito econômico". In: BE-NEVIDES, Maria Victoria; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu (orgs.). *Direitos humanos, democracia e República: homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 503-519. Para este último autor, inclusive, o Direito Econômico seria, por excelência, uma disciplina da crise. Especialmente sobre a história brasileira, conferir: IANNI, Octavio. *Estado e planejamento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 30; LINHARES, Maria Yedda Leite; SILVA, Francisco C. T. da. *História política do abastecimento (1918-1974)*. Brasília: BINAGRI, 1979; e VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil*. Edição Fac-similar de 1968. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

306 Cf. ALEMANHA. "Monopolkommission". Biennial Report XXIII of the Monopolies Commission pursuant to Section 44 (1) sentence 1 of the Act Against Restraints on Competition, 2018.

Em diversas economias de relevo, observa-se uma “repaginação nacionalista do antitruste”,³⁰⁷ materializando uma política econômica e jurídica que deixa de lado a busca por “neutralidade” e passa a perseguir a proteção dessas economias. Essa tendência não é nova. Trata-se de um processo que já estava presente na história econômica desses países e se acelerou, em especial, após a China passar a figurar como exportadora mundial de tecnologia, dominando, por exemplo, ao lado de duas nações europeias, a tecnologia do 5G.³⁰⁸ Nesse ritmo, as potências econômicas organizam-se para fechar seus mercados a investimentos estrangeiros diretos em determinados setores estratégicos. Além disso, buscam restabelecer as condições de desenvolvimento interno. Tudo por intermédio de um regime jurídico robusto, que propõe dar resposta à altura dos anseios sociais.³⁰⁹ Em especial, um ponto se destaca nesse contexto: a regulação da concorrência passa a ser cada vez mais realizada por diversos atores institucionais, e não apenas por uma autoridade antitruste.

Apesar de compor o mesmo quadro internacional de disputas econômicas, o Brasil não segue caminho semelhante. No período

307 OCTAVIANI, Alessandro. “A repaginação nacionalista do antitruste: só a bailarina que não tem...”, *A Terceira Margem*, 18 de outubro de 2020. Disponível em: <https://aterceiramargem.org/2020/10/18/a-repaginacao-nacionalista-do-antitruste-so-a-bailarina-que-nao-tem/>. Acesso em: 26 nov. 2020; “The U.K. will follow the U.S. and Europe in getting tougher on ‘hostile’ foreign investment”, *Fortune*, 11 de novembro de 2020. Disponível em: <https://fortune.com/2020/11/11/uk-hostile-fdi-foreign-direct-investment-cfius-china/>. Acesso em: 26 nov. 2020.

308 A respeito do processo histórico econômico calcado na proteção da economia nacional via regulação da concorrência, conferir: CHANG, Ha-Joon. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. São Paulo: Editora Unesp, 2004, p. 38-94; e KUENZELER, Adrian; WARLOUZET, Laurent. “National Traditions of Competition Law. A Belated Europeanization through Convergence?” In: PATEL, Kiran Klaus; SCHWITZER, Heike (orgs.). *The Historical Foundations of EU Competition Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 89-124. Para uma perspectiva a respeito do modelo norte-americano, conferir: NOVAK, William J. “The Myth of the ‘Weak’ American State”, *The American Historical Review*, 113, nº 3, 2008, p. 752-72.

309 Cf. ALEMANHA. “Monopolkommission. Chinese state capitalism: A challenge for the European Market economy”. In: Monopolkommission. Biennial Report XXIII of the Monopolies Commission pursuant to Section 44 (1) sentence 1 of the Act Against Restraints on Competition, 2018, p. 270. De acordo com o documento, “The characteristics of Chinese state capitalism that are relevant to competition require a link to be made between the protection of the EU internal market by the competition rules (the internal dimension), as well as European commercial policy (the external dimension). The central challenge for concrete reforms here is to identify, in a first step, the tools that are available. In a second step, it is then necessary to examine their respective suitability to address the challenges posed by state-capitalist systems, as well as potential reforms, against the background of an overall macroeconomic view. For the purposes of the present report, therefore, the tools of competition law, as well as of foreign trade law, are to be regarded in terms of the areas in which they overlap”.

da pandemia, praticamente nenhuma medida foi adotada no sentido de refuncionalizar a regulação da concorrência, vinculando-a a finalidades estratégicas maiores. Como se estivesse navegando em mares calmos, a ação de maior relevância para a área se deu exclusivamente com a Lei nº 14.010, de junho de 2020, que trata do Regime Jurídico Emergencial e Transitório (RJET) nas relações de Direito Privado³¹⁰. Em resumo, a medida em questão se restringe a propor três eixos de alteração para a disciplina jurídica da concorrência, todos relacionados à Lei nº 12.529, de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência).³¹¹

Bem vistas as coisas, a reação das autoridades brasileiras desvela um cenário no qual a regulação da concorrência está afastada do apoio a políticas macroeconômicas e, na prática, concentrada em apenas uma instituição, cujo posicionamento é, em si, contraditório. Tem-se um quadro no qual as formas jurídicas de mercado e planejamento estão afastadas. O presente trabalho propõe uma análise desse quadro, colocando em perspectiva as seguintes bases de análise: (i) os efeitos concretos das mudanças propostas pela Lei nº 14.010, de junho de 2020; e (ii) uma reflexão crítica a respeito da separação, no campo concorrencial, entre função político-social e estratégia econômica.

310 O regime concorrencial é estabelecido nos seguintes dispositivos do RJET:

"Art. 14. Ficam sem eficácia os incisos XV e XVII do § 3º do art. 36 e o inciso IV do art. 90 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, em relação a todos os atos praticados e com vigência de 20 de março de 2020 até 30 de outubro de 2020 ou enquanto durar o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.

§ 1º Na apreciação, pelo órgão competente, das demais infrações previstas no art. 36 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, caso praticadas a partir de 20 de março de 2020, e enquanto durar o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, deverão ser consideradas as circunstâncias extraordinárias decorrentes da pandemia do coronavírus (Covid-19).

§ 2º A suspensão da aplicação do inciso IV do art. 90 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, referida no caput, não afasta a possibilidade de análise posterior do ato de concentração ou de apuração de infração à ordem econômica, na forma do art. 36 da Lei nº 12.529, de 2011, dos acordos que não forem necessários ao combate ou à mitigação das consequências decorrentes da pandemia do coronavírus (Covid-19)."

311 Um especificamente relacionado às práticas previstas nos incisos XV e XVII, do § 3º do artigo 36, da referida lei: controle de condutas. Outro vinculado à consideração de ato de contrato associativo de *joint ventures* — controle de estruturas. E, finalmente, um terceiro eixo que cria uma espécie de *gateway* interpretativo acerca das demais condutas previstas no art. 36 e seus incisos.

2. O regime jurídico-concorrencial transitório

2.1. O controle transitório das condutas

A parte inicial do artigo 14 do RJET tem por escopo isentar objetivamente duas práticas vedadas pela Lei nº 12.529/11, nomeadamente, “vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo” (artigo 36, § 3º, inciso XV) e “cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada” (artigo 36, § 3º, inciso XVII). Isso porque, em uma situação de “normalidade do mercado”, ambas as práticas têm possíveis consequências prejudiciais à ordem econômica constitucionalmente estabelecida, causando, de imediato ou em médio prazo, reflexos diretos no dia a dia dos consumidores e concorrentes.

O primeiro inciso diz respeito à prática de “preço predatório”, por meio da qual os agentes econômicos comercializam seus produtos por valor abaixo dos custos de produção, tendo como objetivo a eliminação de concorrentes para, posteriormente, explorar o poder de mercado conquistado. Diante da complexidade de comprovação de ilicitude dessa prática, o órgão antitruste as investiga considerando a racionalidade econômica aplicada ao caso concreto. Apenas depois de uma verificação detalhada de preço, custos de produção e outras condições de mercado é que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) determina se o caso se trata de preço predatório ou se é reflexo da eficiência da empresa investigada ou da concorrência, incapaz de causar efeitos deletérios ao mercado.

A outra conduta destacada pelo RJET — “cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada” — tem sua ilicitude atrelada à configuração de abuso de posição dominante. Em tese, a figura facilitaria que concorrentes restantes no mercado acessem ao patamar monopolístico de lucratividade.³¹² Em outras palavras, o encerramento repentino de companhia

312 Afirma Calixto Salomão Filho: “O ilícito ‘abuso de posição dominante’ não prescinde, portanto, da existência, ao menos potencial, de um resultado econômico. O aumento arbitrário dos lucros é esse resultado. Só que esse resultado não precisa ser efetivamente produzido. Assim, por exemplo, a redução da quantidade ofertada no mercado é ilícita quando injustificada e quando capaz, em tese, de levar ao aumento do lucro monopolista, independentemente da

próspera, e que detenha boa fatia do mercado, pode configurar abuso de poder econômico por parte de seus controladores,³¹³ na medida em que provoca efeitos negativos a diversos interessados, inclusive aos consumidores.

Especificamente, chama-se a atenção para o encerramento injustificado de empresas cuja atividade econômica esteja diretamente vinculada ao interesse público. Em linhas gerais, o ato ilícito do controlador não pode prevalecer sobre o interesse público na manutenção da atividade empresarial da companhia. A temática relaciona-se profundamente com o previsto no art. 136, X, da Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações) e com a função social da propriedade dos bens de produção. A Lei das Sociedades por Ações dispõe que somente por deliberação social da maioria dos acionistas é possível encerrar as atividades de uma companhia. Já o princípio da função social da propriedade, aplicado ao domínio dos bens de produção, determina a respectiva destinação social, ou seja, não pode a destinação pautar-se apenas na autonomia individual.³¹⁴

2.1.1 Uma nova metodologia para o controle de condutas?

Dotado de maior subjetividade, o art. 14, parágrafo primeiro, do RJET, influencia diretamente nas metodologias que a autoridade antitruste adota para realizar o controle de condutas. De modo geral, adotam-se duas metodologias. Se a prática se enquadra como um ilícito *per se*, que deve ser punida independentemente de suas intenções ou efeitos, ou se a prática analisada não é considerada

produção efetiva desse resultado". (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 220.)

313 De acordo com Fábio Konder Comparato: "Quando os bens de produção acham-se incorporados a um a exploração empresarial, como vimos, a discutida função social já não é um poder-dever do proprietário, mas do controlador. Malgrado o caráter elementar da distinção, importa reafirmar aqui que poder de controle não se confunde com propriedade. Não é um direito real, portanto, de caráter absoluto, incidindo sobre um a coisa, mas um poder de organização e de direção, envolvendo pessoas e coisas. A causa dessa persistente confusão conceitual está, sem dúvida, no fato de que, em regime capitalista, o poder de controle empresarial funda-se na propriedade do capital ou dos títulos-valores representativos do capital da empresa". (COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 63, p. 77, jul.-set. de 1986)

314 COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 63, p. 79, jul.-set. de 1986.

um ilícito *per se*, esta passa pelo filtro da “regra da razão”, que leva em consideração seus efeitos no mercado.

As hipóteses previstas no artigo 36 e incisos da Lei de Defesa da Concorrência abordam as condutas que podem ser materializadas individual e unilateralmente ou entre concorrentes. Na análise das condutas de colusão expressa entre concorrentes (práticas de cartel), o Cade segue a regra geral de que elas caracterizam ilícitos *per se*. As demais condutas, como o acordo de exclusividade ou a troca de informações concorrencialmente sensíveis (considerada ilícito autônomo), por exemplo, não se caracterizariam como ilícito *per se*, exigindo que a autoridade antitruste utilize metodologia distinta para avaliar sua ilicitude, a regra da razão.

Ao definir que o Cade deverá “considerar as circunstâncias extraordinárias decorrentes da pandemia do coronavírus (Covid-19)”, entre outros efeitos, o RJET abre uma espécie de *gateway*, ou seja, uma válvula de escape para a caracterização daquilo que se conhece como “cartel de crise”.³¹⁵ Embora, ao redor do mundo, referida prática seja mais comum, a verdade é que o ordenamento jurídico brasileiro não comporta essa figura, tampouco a jurisprudência do Cade pode auxiliar nesse sentido. As práticas adotadas pelos agentes de mercado para conter os efeitos resultantes da crise de 2008, por exemplo, não foram ignoradas pela autoridade antitruste.

315 Acerca da figura do “cartel de crise”, trata Calixto Salomão Filho: “É possível sustentar que medidas para enfrentar a crise, mesmo que impliquem certa coordenação da atividade dos agentes econômicos, são necessárias para a própria defesa do sistema de mercado. Permitir a destruição de capacidade produtiva implicaria a diminuição da produção e sua concentração nas mãos de um número menor e mais poderoso de empresas. A justificativa neoclássica da eficiência aqui não se aplica. Não é possível neste caso adotar uma regra de seleção natural baseada na eficiência. Isso porque as crises econômicas, sobretudo quando pronunciadas, frequentemente levam à bancarrota não apenas os agentes estruturalmente ineficientes mas também aqueles eficientes em situações normais de mercado. O sistema econômico deve dar resposta a esse tipo de situação. Um primeiro interessante instrumento de auxílio às empresas em crise é o chamado *crisis cartel*. Na Comunidade Econômica Europeia, a situação de crise é reconhecida pela Comissão CEE como uma das justificativas para admissão da formação de cartéis com base no art. 81 do Tratado CEE. (...) Há, portanto, uma crise estrutural, e não meramente conjuntural. Nesses casos, a Comissão tem permitido a conclusão de acordos entre as empresas, sobretudo aqueles que têm por fim a redução da capacidade produtiva e a especialização da produção. Ainda que a Comissão veementemente o negue, o efeito líquido desses acordos é a possibilidade de redução da produção e sustentação dos preços. A justificativa para a aprovação está, portanto, não no benefício imediato dos consumidores, mas sim nos benefícios a longo prazo para o mercado (e, portanto, para os consumidores), que a manutenção da capacidade produtiva pode implicar”. (SALOMÃO FILHO, Calixto. *In: Direito concorrencial: as estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 214-215.)

Os cartéis de crise são marcados pela necessidade de controlar a oferta e a manutenção dos preços, a fim de garantir a continuidade de determinados setores econômicos. Isso porque não é possível ao cartel de crise controlar a demanda. Em um raciocínio simples, melhor seria, temporariamente, afastar a aplicabilidade da lei de “oferta e procura”, artificializando o mercado, do que levar à bancarrota todo um setor, fazendo com que apenas os que detêm poder econômico tenham a chance de sobreviver a uma crise. Apesar de tal modalidade de colusão ser rechaçada por boa parte da doutrina econômica, há estudos no sentido de que pode ser benéfica aos países subdesenvolvidos, como, por exemplo, o Brasil.³¹⁶

Caso o cartel de crise ganhe protagonismo no atual cenário, o caminho para avaliar sua licitude deve ser outro, levando em consideração interesses que vão além dos tutelados pelo regime transitório, incluindo questões de política industrial. Uma saída possível seria a imposição de um regime de isenções antitruste, concedidas após a análise de cada caso concreto pela autoridade antitruste, a considerar os riscos para o mercado e os benefícios advindos da colusão temporária. Manter-se-ia, por conseguinte, a vigência do regime jurídico concorrencial sem se olvidar do controle sobre o mercado. O RJET, portanto, não abarcou um regime de cartéis de crise para fazer frente às consequências econômicas advindas da pandemia. É preciso compreender, contudo, que a razão disso não consiste em questões de técnica legislativa, mas na dificuldade do legislador em enxergar os problemas pelas lentes de uma política econômica global, ou seja, não segregando a política econômica concorrencial das demais.

2.2. O regime transitório do controle de estruturas

O artigo 14 do RJET, em seu *caput*, ainda dispõe acerca da suspensão da submissão de alguns atos de concentração econômica à análise do Cade, nomeadamente os contratos associativos, de consórcio ou *joint venture*. O regime jurídico de concorrência estabelece

316 Acerca dos cartéis de crise, cf. estudo lançado pela OCDE em 2011: Organisation for Economic Co-operation and Development. Directorate for Financial and Enterprise Affairs. Competition Committee. Global Forum on Competition. Crisis Cartels. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/48948847.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2020.

que os atos de concentração que atinjam determinados limites de faturamento devem ser submetidos à análise do Cade. A finalidade da lei é que a autoridade tenha condições de avaliar os efeitos de mercado de tais concentrações, segundo sua expressão econômica, podendo, no limite, vetá-las ou, quando possível, sugerir soluções comportamentais e estruturais (“remédios antitruste”) que minimizem eventuais efeitos negativos para o mercado.

Segundo a Lei de Defesa da Concorrência, os contratos associativos, de consórcio ou *joint venture* celebrados entre duas ou mais empresas são considerados “atos de concentração” (art. 90, IV). Regra geral, tais atos têm por objetivo a pesquisa e o desenvolvimento de novos produtos ou serviços, bem como a atuação em novos mercados, distintos daqueles em que as empresas atuam individualmente (p. ex., os consórcios de infraestrutura). A partir de tais associações, pode existir, inclusive, considerável troca de tecnologia e expertise, o que tem um efeito concorrencial sensível.

As análises dos atos de concentração realizadas pelo Cade envolvem matéria de acentuada complexidade jurídico-econômica. Entre diversos pontos, a autoridade antitruste avalia: o mercado relevante correlato, a parcela de mercado que as empresas detêm no mercado relevante, a possibilidade de substituição dos produtos comercializados, as eventuais barreiras de entrada e a rivalidade. A (i)licitude dos atos de concentração, portanto, não é consequência de sua mera “realização”, decorrendo dos efeitos que as associações eventualmente venham a ter no mercado.

Desse modo, a aprovação do regime transitório pode ser benéfica para atividades de desenvolvimento de fármacos e vacinas hábeis ao combate à pandemia. Por outro lado, entretanto, abre uma porta de grande liberdade a atos de concentração que detêm potencial para afetar negativamente o mercado. O risco é que se pegue carona na “onda da pandemia” e se concretizem atos de concentração que, em tempos normais e sem a isenção de submissão, dificilmente seriam aprovados sem a imposição de condições pela autoridade antitruste. Pela desnecessidade de submissão e análise, corre-se o risco de tirar do radar do Cade concentrações em setores

essenciais, cujos efeitos negativos podem ser perpetrados por décadas, impedindo que o Conselho imponha os remédios necessários ao desenvolvimento econômico e à garantia da competitividade.

O parágrafo segundo do aludido dispositivo legal busca garantir que tais atos de concentração não passem “impunes”, possibilitando e garantindo, de maneira expressa, apurações posteriores por parte da autoridade concorrencial “dos acordos que não forem necessários ao combate ou à mitigação das consequências decorrentes da pandemia do coronavírus”. É necessário compreender, todavia, que há uma clara inversão no ônus argumentativo e probatório. Explica-se. Em condições normais, cabe às partes interessadas no ato de concentração econômica comprovar, junto à autoridade antitruste, que a operação não causará efeitos deletérios ao mercado. Em tese, quanto mais clara for a ausência desses efeitos, mais rapidamente o ato será aprovado. Na prática do direito da concorrência, essa é a “regra implícita” desde que o Brasil passou ao regime de análise prévia dos atos de concentração (*pre-merger review*).

O RJET torna sem vigência o inciso IV, do artigo 90 da Lei de Defesa da Concorrência. Isso é o mesmo que dizer que não se considerará um ato de concentração a hipótese em que “2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*”. Como não serão considerados atos de concentração, em razão da não vigência temporária do artigo, tais práticas negociais estarão fora do “radar” da autoridade antitruste, pois será desnecessária a submissão imposta pelo *caput* do artigo 88 da Lei de Defesa da Concorrência. Talvez tenha faltado ao legislador um pouco de técnica de “legística”.³¹⁷ Mas fato é que se retira um ato contratual

317 Acerca do termo “legística”, escreve Carlos Blanco de Morais: “A partir da segunda metade do século XX, passou a ser insuficiente, ao jurista, o estudo da interpretação normativa num mero quadro de aplicação da lei pelo juiz, colocando-se sempre o problema prévio da validade da norma a aplicar, se bem que a mesma validade, no plano constitucional, se imbricasse com metodologias interpretativas da Constituição. De qualquer forma, a jurisdicionalização do controle de constitucionalidade fez com que a lei passasse a ter de se mover nos carris apertados das regras constitucionais de Estados plurilegislativos. E, com a normatividade plena das Constituições e a criação dos Tribunais Constitucionais, a ciência jurídico-constitucional passou a constituir uma parcela inseparável da ciência jurídica. A partir dos anos oitenta do século passado, o estudo das normas experimentou na Europa um salto qualitativo, a partir do momento em que não juristas passaram a observá-la como um instrumento de ação e transformação política e econômica, passando a lei a ser estudada no domínio das técnicas e métodos que devem reger a sua concepção, redação, avaliação, sistematização e praticabilidade. Nasceu, assim, a *Legística* como parte da Ciência da Legislação, preocupada com o

do rol das práticas consideradas atos de concentração, retirando-se, assim, também a vigência da norma³¹⁸ e deixando de se exigir um comportamento. Após, tenta-se reverter a situação com a disposição do parágrafo 2º do artigo 14 do RJET.

Portanto, com o regime transitório, há uma transferência do ônus argumentativo ao Cade, a quem caberá investigar eventuais desvios de finalidade dos atos de concentração previstos no artigo 90, inciso IV, da Lei de Defesa da Concorrência. O Cade deverá investigar as práticas e comprovar a ilicitude da concentração consumada nos tempos de vigência do regime. Isso porque, diferentemente do legalmente usual, a prática não foi considerada um ato de concentração e, por conseguinte, não foi submetida à apreciação prévia da autoridade antitruste.

2.3 O posicionamento do Cade a respeito do RJET

Em julho de 2020, foi editada pela autoridade concorrencial uma “Nota Informativa Temporária sobre Colaboração entre Empresas para Enfrentamento da Crise de Covid-19”.³¹⁹ A intenção da autarquia é esclarecer os efeitos do regime transitório, em especial, e indicar ao mercado quais são as diretrizes gerais a serem seguidas em caso de colaboração entre concorrentes para a superação do momento de crise. Tais diretrizes baseiam-se no escopo, na duração e na extensão territorial da colaboração.

Quanto ao escopo da colaboração, deve vincular-se a um problema determinado, que tenha origem na situação de pandemia. O lapso

estudo das consequências produzidas pelos atos legislativos e com a concepção de métodos e técnicas suscetíveis de potenciar a sua qualidade, simplificação e eficiência”. (MORAIS, Carlos Blanco de. “Introdução”. In: BARBOSA, Maria Nazaré Lins; MARINS, Camila Morais Cajuiba Garcez; PIRES, Ieda Maria Ferreira (orgs.). *Legística: estudos em homenagem ao Professor Carlos Blanco de Moraes*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, versão digital.)

318 “Vigente, portanto, é a norma válida (pertencente ao ordenamento) cuja autoridade já pode ser considerada imunizada, sendo exigíveis os comportamentos prescritos. Vigência exprime, pois, a exigibilidade de um comportamento, a qual ocorre a partir de um dado momento até que a norma seja revogada”. (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 198.)

319 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Nota Informativa Temporária sobre Colaboração entre Empresas para Enfrentamento da Crise de Covid-19. Julho de 2020. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-divulga-nota-informativa-sobre-colaboracao-entre-concorrentes-para-enfrentamento-da-cri-se-de-covid-19/nota-informativa-temporaria-sobre-colaboracao-entre-empresas-para-enfrentamento-da-cri-se-de-covid-19.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2020.

temporal da colaboração deve ater-se ao período necessário ao combate dos efeitos deletérios da pandemia. O território abrangido deve ser igualmente vinculado às necessidades extraordinárias. Além disso, o Cade determina que a colaboração seja pautada pela transparência, determinando que as estratégias se estabeleçam considerando “controles estritos de governança e *compliance*, como meios de demonstração da boa-fé e do compromisso com a defesa da concorrência”.

Por último, é necessário ressaltar que a Nota Informativa dispõe dos procedimentos por meio dos quais os agentes econômicos podem obter respostas do Cade acerca da licitude de determinada prática empresarial. Com isso, a autoridade busca demonstrar maneiras de se instrumentalizarem os pedidos, oferecendo ao mercado alguma garantia de licitude da prática. Os meios apresentados são o de uma consulta informal (realizada por e-mail à Superintendência-Geral), o direito de petição e o procedimento de consulta (já conhecido e regido pela Lei nº 12.529/11). Em linhas gerais, o Cade busca demonstrar sua preocupação com o momento de crise e, simultaneamente, demonstrar ao mercado que não tolerará práticas que ultrapassem os objetivos de superação das adversidades momentâneas. A nota editada reforça o aviso disposto no parágrafo 2º do artigo 14 do RJET,³²⁰ no sentido da possibilidade de análise posterior dos atos de concentração que forem além dos objetivos de combate e mitigação dos efeitos da pandemia.

3. A política concorrencial brasileira: *quo vadis?*

3.1. A política concorrencial brasileira

A atual dinâmica de regulação da concorrência é tributária de um sistema econômico que reclama uma arquitetura juridicamente adjudicada e mantida pelo Estado para realizar o mercado. Em outras palavras, o mercado é moldado e juridicamente tutelado *por* e *para* uma tendência de caráter econômico. Com efeito, a análise do aumento ou da diminuição da estatalidade sobre o domínio

320 § 2º A suspensão da aplicação do inciso IV do art. 90 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, referida no *caput*, não afasta a possibilidade de análise posterior do ato de concentração ou de apuração de infração à ordem econômica, na forma do art. 36 da Lei nº 12.529, de 2011, dos acordos que não forem necessários ao combate ou à mitigação das consequências decorrentes da pandemia do coronavírus (Covid-19).

econômico indica os meios pelos quais a política econômica recebe suas formas jurídicas, definindo o sentido do mercado. Pedro Lessa e Gilberto Bercovici ensinam que a adequada compreensão da ideia de "política econômica" exige perceber que a economia e a política, como partes da realidade social, estão intimamente associadas. Segundo esses autores, o processo econômico seria o resultado de uma complexa série de contraposições e interesses distintos, derivado da influência que vários grupos sociais e econômicos exercem junto às organizações do Estado.³²¹ Por essa razão, arremata Gilberto Bercovici, na política econômica não haveria nem fins nem meios neutros.³²²

Isso significa afirmar que, além de organizar o processo econômico capitalista de mercado, a regulação da concorrência necessariamente interage com a política econômica definida pelo Estado, o qual, por sua vez, deve dispor dessa mesma política para alterar suas estruturas, a fim de alcançar determinados objetivos. A política econômica adotada pela Constituição de 1988 compreende a transformação das estruturas sociais no sentido de promover a superação do subdesenvolvimento econômico.³²³ Ao lado de outros vetores, o texto constitucional consagra a realização da soberania econômica, cujo significado mais direto é assegurar a autonomia econômica do Estado a partir da internalização do centro das decisões econômicas.³²⁴ Nessa linha, o arcabouço jurídico destinado à regulação da concorrência a partir da Constituição integraria uma perspectiva de economia política e não autorizaria, portanto, uma interpretação restritiva da ideia de mercado ou mesmo estabeleceria que a regulação da concorrência está exclusivamente vinculada a determinada instituição.

321 LESSA, Carlos. *O conceito de política econômica: ciência e/ou ideologia*. Campinas: Unicamp, IE, 1998, p. 113-138; e BERCOVICI, Gilberto. *Política Econômica e Direito Econômico*. Pensar, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 562-588, jul./dez. 2011, p. 569

322 BERCOVICI, Gilberto. "Política econômica e direito econômico", *Pensar*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 562-588, jul.-dez. 2011, p. 569.

323 Essa afirmação é tomada da leitura conjunta dos art. 3º, 170 e 219, todos do texto constitucional.

324 BERCOVICI, Gilberto. "O ainda indispensável direito econômico". In: BENEVIDES, Maria Victória; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu (orgs.). *Direitos humanos, democracia e República: homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 518; OCTAVIANI, Alessandro. *Estudos, pareceres e votos de direito econômico*. São Paulo: Singular, 2014, p. 17.

Ao contrário, a regulação da concorrência compreenderia um sentido macroeconômico, figurando como dever-poder diluído entre diversos órgãos. Como derivada da política econômica constitucionalmente definida, a política concorrencial absorve os conflitos internos da economia brasileira e aqueles advindos da interação com outras economias internacionais. Na pista traçada por José Vicente S. de Mendonça e Cláudio P. de Souza Neto,³²⁵ isso significa afirmar que, no âmbito de análise concorrencial, não seria razoável excluir doutrinas econômicas que propugnam formas alternativas de atuação do estatal. Entendimento contrário representaria validar a “constitucionalização do *laissez-faire*” por meio da implementação de doutrinas liberais abrangentes. Nessa hipótese de supressão de outros entendimentos, não haveria mais uma “economia política constitucionalmente definida”, mas tão somente uma “economia política liberalizante”.

Antes mesmo da crise da Covid-19 e dos impactos da pandemia no ordenamento jurídico nacional, a regulação da concorrência pelas autoridades brasileiras já se demonstrava inclinada a uma restrição fundamentalista de mercado, restringindo-se a promover uma economia política liberalizante pouca atenta ao impacto macroeconômico de suas decisões e vinculada à proteção de apenas uma perspectiva de mercado/agente econômico. Esse modelo de atuação pode ser verificado, por exemplo, nos seguintes casos: (i) Embraer-Boeing, (ii) a venda de ativos do mercado de gás natural, e, mais recentemente, (iii) o caso que determinou a venda de refinarias. Nesses casos, é possível observar o esforço institucional para garantir os anseios de mercado e o favorecimento de determinada posição ideológica.

3.2. Perspectivas a partir de casos concretos

No primeiro caso, o Cade analisou a operação envolvendo a Boeing Brasil Serviços Técnicos Aeronáuticos Ltda. e a Embraer S.A.³²⁶

325 MENDONÇA, José Vicente Santos de; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre-iniciativa”. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (orgs.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 709-741

326 Ato de Concentração Ordinário nº 08700.003896/2019-11.

A operação foi aprovada sem restrições pela Superintendência-Geral do Cade (SG/Cade), que acolheu parecer prolatado pela Coordenação-Geral de Análise Antitruste 4 (CGAA4) da Superintendência-Geral do órgão.³²⁷ Em suma, a operação constituiu arranjo societário segmentado em duas transações interligadas. De um lado, a Boeing Brasil adquiriu ações representativas de 80% do capital social e do controle exclusivo sobre o negócio de aviação comercial da Embraer; e, de outro lado, criou-se uma *joint venture*, a “EB Defense, LLC”, entre a Boeing e a Embraer, com participações de 49% e 51%, respectivamente.

A matéria submetida à análise do Cade era altamente complexa. Além de expor o poder econômico da Embraer junto ao mercado relevante regional e impactar diretamente o mercado mundial correlato,³²⁸ a operação tocava em assuntos sensíveis do desenvolvimento econômico industrial brasileiro. Por fim, a operação ainda dependia do aval da Presidência da República, haja vista a União deter ação ordinária de classe especial, *golden share*, que lhe permitiria vetar atos da empresa contrários à defesa da soberania nacional ou aos interesses estratégicos do país. A aprovação da operação junto ao Cade foi publicada no Diário Oficial da União, em 28 de janeiro de 2020. Na publicação, consta o acolhimento do Parecer SG/CADE nº 1/2020 como razão de decidir.³²⁹

Por meio do parecer, a Superintendência-Geral do Cade (SG/CADE) recomenda a aprovação, sem restrições, do ato de concentração analisado. Já de início, o parecer define premissa que é repetida exaustivamente ao longo do texto, no sentido de que “a análise realizada pelo Cade tem escopo limitado à avaliação de eventuais impactos concorrenciais das operações nos mercados envolvidos”. De acordo com o parecer, essas questões não se relacionariam

327 Parecer nº 1/2020/CGAA4/SGA1/SG/CADE (SEI 0708637)

328 Como se percebe pela profundidade do processo de análise da fusão operado pela Comissão Europeia: Boeing’s Other Headache Is Its Joint Venture With Embraer”, *Bloomberg*. 2 de março de 2020. Disponível em: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-03-02/boeing-s-other-headache-is-its-joint-venture-with-embraer>. Acesso em: 26 nov. 2020.

329 “Tendo em vista as conclusões do Parecer nº 1/2020/CGAA4/SGA1/SG/CADE (SEI 0708637), de 27 de janeiro de 2020, e, com fulcro no art. 50, §1º, da Lei nº 9.784/1999, integro as suas razões à presente decisão, inclusive quanto a sua motivação. Decido pela aprovação, sem restrições, do referido ato de concentração, nos termos do art. 13, inciso XII, da Lei nº 12.529/2011. Publique-se”.

“à política industrial, política comercial, soberania nacional, direitos trabalhistas”. Tais pontos somente seriam enfrentados no “limite que tangenciem à análise concorrencial do caso”.³³⁰ Ao adotar referida premissa, o parecer volta-se exclusivamente para a análise de “mercado relevante” e, além disso, ressalta que a operação não acarretaria a possibilidade de exercício de poder de mercado no segmento mais amplo de aeronaves comerciais.

Juridicamente, a referência de “análise restritiva” feita pela Superintendência-Geral do Cade socorre-se no disposto no artigo 88, §§ 5º e 6º, da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, os quais preveem que os atos de concentração somente podem ser proibidos pela autoridade antitruste nas seguintes hipóteses: “eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante”, criar ou reforçar “uma posição dominante”; e quando resultarem em “dominação de mercado relevante de bens ou serviços”. Atos com esses efeitos, segundo a lei, podem ser autorizados desde que observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos: a) aumentar a produtividade ou a competitividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; ou, ainda, quando parte relevante dos benefícios decorrentes do ato possa ser repassada aos consumidores.

O parecer do SG trata ainda da “representação por abuso de poder econômico”, interposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT). Em suma, o PDT alega que a operação realizada inevitavelmente viola a “ordem econômica constitucional”. Na visão do partido, a operação atingiria diretamente os preceitos constitucionais de soberania, segurança, desenvolvimento e independência nacional, assim como os valores sociais do trabalho e a busca do pleno emprego. Nessa linha, a representação do PDT solicita ao Cade abertura de investigação para analisar “eventual infração à ordem econômica decorrente da operação comercial entabulada entre a Embraer e a Boeing”. Dois pontos se sobressaem das alegações inseridas na representação. O primeiro está relacionado ao

330 A premissa de restrição é reforçada pelo menos três vezes ao longo do parecer.

enfraquecimento da divisão de defesa e segurança da Embraer; o outro indica a existência de prejuízos concorrenciais no mercado de aeronaves de grande porte, como, por exemplo, diminuição de rivalidade, impacto positivo nos preços e redução nos estímulos de desenvolvimento de novos produtos.

Ao enfrentar tais pontos em seu parecer, a SG assume, mais uma vez, a premissa de que a análise do Cade teria seu escopo limitado à avaliação de eventuais impactos concorrenciais gerados pelas respectivas operações comerciais, de modo que outras questões estariam fora do âmbito da fiscalização, não constituindo aspectos “determinantes para a conclusão final do caso”. Nesse sentido, segundo o parecer, a “suposta ameaça à soberania e aos interesses nacionais” fugiria ao quadro da análise. No que diz respeito aos efeitos negativos de mercado, o parecer ressalta que o tema teria sido devidamente analisado pelos economistas do Cade. Além disso, o parecer registra que, a despeito das preocupações constantes na representação do PDT, as “forças de venda da Boeing podem ser muito importantes para a Embraer”. Para reforçar tal afirmação, o parecer transcreve a opinião emitida por Ozires Silva, segundo a SG, “um dos fundadores principais responsáveis pelo projeto de privatização da Embraer” na década de 1990.

Ao final, entretanto, a decisão a respeito da representação está circunscrita aos limites da “competência” fiscalizatória do Cade. De acordo com o documento, parte das matérias trazidas na representação do PDT seria de competência da Presidência da República. Isso porque a União daria ação ordinária de classe especial, uma *golden share*, que permitia vetar atos da empresa contrários a defesa da soberania nacional ou dos interesses estratégicos do país. Entre as matérias nas quais a União teria poder de veto, reforça o parecer, estaria a de “inviabilizar a presente transação se assim fosse desejo do governo”. Nesse aspecto, o documento ressalta que, em 10 de janeiro de 2019, por meio de “Nota à Imprensa”, a Secretaria Especial de Comunicação Social da Presidência da República deu conhecimento de que o presidente aprovou o negócio, ao argumento de que a “proposta final preserva a soberania e os interesses nacionais”. A União, portanto, ao deixar de exercer seu direito de

veto, teria autorizado a decisão do Cade. A partir dessa constatação, o parecer, mais uma vez, ratifica o limite de competência da análise do Cade, registrando estar restrito à verificação dos impactos concorrenciais da operação.

O esforço para destacar a neutralidade de análise vem à tona novamente quando o Cade analisa o recurso apresentado pelo Ministério Público Federal (MPF) no mesmo processo. Em resumo, após a decisão que acolheu o Parecer da Superintendência como razão de decidir, o MPF interpôs recurso, requerendo que, em vista da complexidade do caso, o parecer final da SG fosse submetido à decisão colegiada do Tribunal Administrativo do Cade. Para o MPF, os argumentos trazidos pelo parecer apresentariam uma lacuna, qual seja: a análise teria desconsiderado pontos significativos de alguns mercados relevantes afetados pela transação comercial. Nas palavras do MPF, tal desconsideração não se harmonizaria com a apuração de uma operação de grande relevância pela autoridade antitruste, que envolve duas das três maiores fabricantes de aeronaves comerciais do mundo, sendo a Embraer a primeira no segmento regional. O recurso do MPF não foi conhecido pelo Plenário do Cade, o qual, por maioria, entendeu que aquela instituição carecia de legitimidade para interpor reclamo contra decisão emitida pelo Cade no âmbito dos atos de concentração econômica.³³¹

O histórico da Embraer é longo. Aqui, cabe apenas registrar que a importância estratégica da empresa, tanto para a defesa nacional como para o desenvolvimento de tecnologias ou até mesmo para a posição estratégica no mercado mundial, é inquestionável. A criação da Embraer como sociedade de economia mista objetivava a promoção do desenvolvimento da indústria aeronáutica brasileira e as atividades correlatas.³³² Mesmo com a privatização

331 Interessante notar que, entre os Conselheiros que declararam o voto por escrito, todos que votaram contra o recebimento do recurso apresentado pelo Ministério Público Federal tiveram reunião anterior com as partes e seus representantes registrada em sistema. Ainda sobre a interferência política nas decisões do Cade, há interessante estudo recém-publicado no *Journal of Antitrust Enforcement*. Veja GUERRA FILHO, Arthur. "Political influence on Brazilian antitrust enforcement", *Journal of Antitrust Enforcement*, 2020, p. 1-31. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa043>>. Acesso em: 26 nov. 2020.

332 Conforme consta no Decreto-Lei nº 770, de 19 de agosto de 1969, que criou a Embraer.

ocorrida na década de 1990, a União manteve — como destacou o parecer do Cade — a ação ordinária de classe especial. A função da *golden share* é proteger o interesse nacional nas hipóteses em que o controle acionário de uma companhia pode ser transferido ao setor privado.³³³ Nessa perspectiva, o exercício da ação de classe especial reveste-se de verdadeiro instrumento jurídico de atuação do Estado na economia, podendo, inclusive, a regulação da concorrência ser feita por ele. Além disso, é importante lembrar que o crescimento comercial da Embraer pós-privatização deveu-se, fundamentalmente, ao apoio concedido pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES),³³⁴ o que reforça a ideia de que haveria um dever-poder da Presidência da República no exercício do direito de veto.

Voltemos, agora, os nossos olhos para os outros exemplos mencionados. Referidos casos se comunicam, haja vista tratem do mesmo setor. No primeiro deles, o Cade encerrou o processo de forma atípica, entabulando Termo de Cessação de Conduta (TCC) com a Petrobras, cuja condição central é a desistência da estatal em atuar no mercado de gás natural. O TCC em referência derivou do Processo Administrativo nº 08700.002600/2014-30, originário do Inquérito Administrativo nº 08700.007130/2015-82. De acordo com o item 2.1 do TCC, a Petrobras se compromete a colocar em processo de alienação suas participações societárias na Nova Transportadora Sudeste (NTS), na Transportadora Associada de Gás (TAG) e na Transportadora Gasoduto Bolívia-Brasil (TBG). Além disso, a Petrobras assumiu a obrigação de alienar sua participação acionária indireta nas companhias distribuidoras.

O segundo caso diz respeito ao mercado de refino de petróleo. No TCC nº 08700.002715/2019-30, derivado do Inquérito Administrativo nº 08700.006955/2018-22, a Petrobras assumiu o compromisso de vender as seguintes unidades: Refinaria Abreu e Lima, em Pernambuco; Unidade de Industrialização de Xisto e Refinaria Presidente Getúlio

333 KRUEGER, Juliana. Origem e desenvolvimento das *golden shares*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 103, p. 187-238, jan./dez. 2008.

334 Nesse sentido, conferir: FONSECA, Paulus Vinicius da Rocha. Embraer: um caso de sucesso com o apoio do BNDES. *Revista do BNDES*. Rio de Janeiro, n. 37, p. 39-65, jun. 2012.

Vargas, ambas no Paraná; Refinaria Landulpho Alves, na Bahia; Refinaria Gabriel Passos, em Minas Gerais; Refinaria Alberto Pasqualini, no Rio Grande do Sul; Refinaria Isaac Sabbá, no Amazonas; e Refinaria Lubrificantes e Derivados de Petróleo do Nordeste, no Ceará.

Ambas as medidas, segundo o Cade, teriam como objetivo impedir a ocorrência futura dos mesmos fatos investigados nos processos administrativos originários e estimular a concorrência setorial, por meio da entrada de novos agentes no mercado.³³⁵ A lógica de decisão é a mesma. Nas duas situações, a partir de investigações não terminadas, a autoridade concorrencial estabeleceu em TCC a saída da Petrobras como agente do mercado, obrigando-a a alienar ativos e sair do mercado. As partes acordam pela aplicação de remédios estruturais de alienação de ativos. Tais remédios são considerados os mais gravosos ao agente econômico em comparação com outros, como os comportamentais, razão pela qual raramente são utilizados pelo Cade. Com efeito, estranha-se que, dada a gravosidade dessas medidas, sejam elas aplicadas a um mercado que é constitucionalmente monopolizado pela União, conforme os incisos I e IV do artigo 177 da Constituição.

Ainda é necessário levar em consideração o conteúdo do artigo 3º da Lei nº 9.491/97, que dispõe sobre o Plano Nacional de Desestatização. Esse dispositivo legal não teria aplicação sobre os setores de monopólio legal, como disposto no referido artigo 177, em especial no caso do refino de petróleo. Conforme afirma Gilberto Bercovici, nada impediria que o Cade impusesse sanções a práticas anticoncorrenciais eventualmente perpetradas pela estatal.³³⁶ Com efeito, assumir a organização de mercado por meio de TCC assemelha-se mais a uma subversão do processo junto ao Cade, com a imposição de um acordo supostamente inconstitucional para a “abertura do mercado a novos concorrentes”. É interessante observar que, recentemente, a mesma razão de decidir — “abertura

335 “Cade e Petrobras celebram acordo para venda de ativos no mercado de gás natural”, *Cade*, 08 de julho de 2019. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-e-petrobras-celebram-acordo-para-venda-de-ativos-no-mercado-de-gas-natural>. Acesso em: 26 nov. 2020.

336 BERCOVICI, Gilberto. “A inconstitucionalidade da interferência do Cade no setor de refino de petróleo”, *Portal GGN*, 27 de julho de 2020. Disponível em: <https://jornalggm.com.br/artigos/a-inconstitucionalidade-da-interferencia-do-cade-no-setor-de-refino-de-petroleo-por-gilberto-bercovici/>. Acesso em: 26 nov. 2020.

do mercado a novos concorrentes” — foi adotada em outro caso, no sentido, entretanto, de permitir a concentração de mercado outrora retirada da Petrobras.

Trata-se da autorização de concentração concedida à Liquigás. A operação apresentada consistiu na aquisição da totalidade das ações representativas do capital social da Liquigás, subsidiária da Petrobras, pelas seguintes empresas: Copagaz e Itaúsa; Nacional Gás e Fogás. Por meio da operação, a Copagaz passou a ser a nova controladora da Liquigás. A estimativa é que a Copagaz divida esse controle com a Itaúsa, a qual, após a aprovação da operação, passará a deter de 45% a 49,9% do capital social votante da Copagaz.³³⁷ Essa decisão é importante para a presente análise, na medida em que contrasta com as justificativas das demais decisões. Aos poucos, o movimento de mercado em curso é o de substituição do “monopólio estatal” pelo monopólio privado.

Conforme afirma Calixto Salomão Filho, a aplicação da lei concorrencial deve ser direcionada à proteção de qualquer tipo de concorrente, de modo que não pode ter preferência por determinado tipo de agente econômico. Os aplicadores da lei, reforça Salomão Filho, não estão autorizados a privilegiar determinada estrutura de mercado.³³⁸ Os casos analisados, entretanto, demonstram o contrário. Há falta de uniformidade quando o assunto é política econômica concorrencial e outras políticas econômicas estratégicas. Com efeito, aludida ausência de uniformidade acaba retirando qualquer espectro de neutralidade das decisões econômicas institucionais. A falta de capacidade relacional entre política econômica concorrencial e a atuação do Cade demonstra a incapacidade de as autoridades brasileiras pensarem no conceito tão caro de planejamento.

No plano da conjunção da política concorrencial com as demais políticas econômicas, ignora-se o fato de que o Estado depende de setores estratégicos para planejar e reestruturar os fatores de produção, e que isso é peça determinante para a reorganização do processo produtivo brasileiro, sobretudo em momentos pós-crise.

337 Ato de Concentração nº 08700.000827/2020-90

338 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 84.

Ao adotar esse posicionamento, cria-se a expectativa de que uma alteração legislativa insignificante vai permitir que o mercado, por suas próprias forças, se recupere. Já no plano institucional, verificam-se orientações mais atentas à aplicação de uma lógica de entendimento sem paralelo e nada neutra, no sentido de efetivamente repensar o papel substancial que as mesmas instituições deveriam desempenhar na ordem jurídico-econômica nacional.

Se, por um lado, por exemplo, o Cade se declara impedido de analisar questões que vão além do impacto concorrencial de determinada operação (caso Boeing-Embraer), haja vista que isso seria definir política industrial — o que, inclusive, entendemos que realmente não caberia à autoridade antitruste —, por outro lado, a autarquia arroga-se nesse mesmo poder para interferir em monopólio constitucional, demonstrando preferência pela participação de agentes econômicos privados em detrimento da participação do Estado em determinados setores. Essa característica confirma a carência do Brasil quanto a uma política de concorrência integrada, com objetivos claros e holísticos, que se afaste da casuística e de interesses políticos efêmeros. Ao que tudo indica, a sombra do atual momento é a de pautar a recuperação da economia nacional retirando o Estado e alocando, em substituição ao seu papel de agente estratégico, concorrentes privados. Nesse contexto, a pergunta final que se formula é: o controle da concorrência compreenderia um fim em si mesmo?

4. Considerações finais

A proposta do RJET não vai proteger o mercado, tampouco tal diploma legal pode ser visto como um instrumento apto para socorrer as empresas ou mesmo para sanar eventuais vícios que a análise concorrencial do Cade possa apresentar no período de crise. Esses vícios, aliás, não estão claros na exposição de motivos da lei ou sequer são presumíveis da realidade. A legislação da concorrência em vigor já conferia ao Cade mecanismos para que ele, se fosse o caso, relativizasse o padrão de suas análises e/ou orientasse melhores práticas de mercado. Além disso, é preciso lembrar que o Cade não figura como o único guardião da ordem econômica no Brasil.

A partir das perspectivas sustentadas por Carlos Alberto Bello³³⁹ e Luiz Carlos Delorme Prado,³⁴⁰ é possível perceber que o Brasil ainda segue apostando no institucionalismo econômico da década de 1990, inspirado no *market friendly* e nas premissas do Consenso de Washington. Esse modelo constitui arquétipo que foi predefinido e continuamente citado em documentos e negociações internacionais pelos mais diversos órgãos durante a década de 1990.³⁴¹ Países como os Estados Unidos ou os do bloco europeu pressionaram as economias subdesenvolvidas para que aprovassem novas legislações e adaptassem os modelos de análise.³⁴² No quadro brasileiro, após a procedimentalização da regulação da concorrência, que se deu com o advento da Lei nº 8.884/1994, iniciou-se uma busca pela “institucionalização”. Este último movimento operou-se principalmente com a edição da Lei nº 12.529/2011, a partir da qual a autoridade antitruste empenhou-se para alcançar reconhecimento internacional e para atingir o “bom desempenho econômico”.

A conjuntura advinda desse quadro pode ter conduzido ao abandono de políticas econômicas alternativas, sobretudo aquelas ligadas às estratégias econômicas internacionais. Os efeitos desse abandono, num momento de crise e ante um desgoverno, tendem a se acentuar. As características históricas da economia brasileira requerem a adoção de uma política concorrencial que possibilite ao país cumprir com suas demais políticas econômicas, conforme definido pela Constituição de 1988. Nessa linha, o mercado deve deixar de ser visto como um bem em si mesmo ou como elemento orientador da política de desenvolvimento, e passar a ser visto como um instrumento articulado para promover eficiências dinâmicas combinadas com outras políticas de Estado. Faltaria às instituições brasileiras o ímpeto de perceber que a subalternidade ao mercado é a subalternidade à própria crise?

339 BELLO, Carlos A. *Autonomia frustrada: o Cade e o poder econômico*. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 45-49.

340 PRADO, Luiz C. D. Política de Concorrência e Desenvolvimento: Reflexões sobre a Defesa da Concorrência em uma Política de Desenvolvimento. *Cadernos de Desenvolvimento*. Rio de Janeiro, julho-dezembro de 2011, v. 6, n. 9, p. 321-342.

341 PRADO, Luiz C. D. “Política de concorrência e desenvolvimento: reflexões sobre a defesa da concorrência em uma política de desenvolvimento”, *Cadernos de Desenvolvimento*, Rio de Janeiro, jul.-dez. de 2011, v. 6, n. 9, p. 321-342.

342 Cf. WAKED, Dina. Adoption Of Antitrust Laws In Developing Countries: Reasons And Challenges. *Journal of Law, Economics and Policy*, Vol. 12, nº 2, 2016.

Conforme sugere Massimo Motta, é necessário perceber que há outros fatores que afetam a concorrência, como, por exemplo, o desemprego, a recessão econômica e razões estratégicas ligadas às políticas industrial e de comércio exterior.³⁴³ No caso brasileiro, o desenho de mercado definido pela Constituição de 1988 é o de internalização dos centros das decisões econômicas.³⁴⁴ Ao incluir a livre-concorrência como princípio da ordem econômica constitucional, o constituinte instrumentalizou a concorrência com o propósito de promover o rompimento com qualquer tipo de dominação, seja ela externa ou interna. No presente cenário de transformações, o papel da política de concorrência parece exigir uma revisão substancial — tanto com relação à atuação da autoridade antitruste como à redefinição de uma política industrial. Nem a livre-concorrência nem sua regulação pelas instituições brasileiras podem ser consideradas um fim em si mesmo.

Referências

- ALEMANHA. “Monopolkommission”. Biennial Report XXIII of the Monopolies Commission pursuant to Section 44 (1) sentence 1 of the Act Against Restraints on Competition, 2018.
- ALEMANHA. “Monopolkommission. Chinese state capitalism: A challenge for the European Market economy”. In: Monopolkommission. Biennial Report XXIII of the Monopolies Commission pursuant to Section 44 (1) sentence 1 of the Act Against Restraints on Competition, 2018.
- BELLO, Carlos A. *Autonomia frustrada: o Cade e o poder econômico*. São Paulo: Boitempo, 2005.

343 WAKED, Dina. “Adoption Of Antitrust Laws In Developing Countries: Reasons And Challenges”, *Journal of Law, Economics and Policy*, v. 12, n. 2, p. 17-29, 2016.

344 A orientação é de Celso Furtado. Para esse autor, o processo de desenvolvimento funda-se em decisões políticas. Para compreender tal processo, segundo Furtado, é indispensável identificar os agentes responsáveis pelas decisões estratégicas e reconhecer os fatores estruturais que condicionam a propagação dos efeitos de tais decisões pela sociedade. Ainda segundo o autor, as decisões acerca da dinâmica econômica são capazes de influenciar o comportamento de outros agentes e modificar certas situações sociais. Os fins do desenvolvimento, diante disso, segundo Furtado, devem ser fixados pela própria sociedade. Furtado ressalta que, no processo de desenvolvimento econômico, as decisões de maior importância são aquelas que modificam as condições de mercado. Tais decisões devem estar nas mãos da Nação brasileira, de modo a reduzir a vulnerabilidade externa do país, assegurar o desenvolvimento econômico em termos estruturais e proteger a economia brasileira de fatores internacionais desestabilizadores. (FURTADO, Celso. *Teoria e política do desenvolvimento econômico*. São Paulo: Nova Cultura, 1983, p. 78-81; 103-104). Na prática, os fins do desenvolvimento econômico brasileiro, orientado à superação do subdesenvolvimento, foram fixados na Constituição de 1988. É preciso, no entanto, vontade política para orientar e favorecer as transformações previstas no texto constitucional.

- BERCOVICI, Gilberto. “A inconstitucionalidade da interferência do Cade no setor de refino de petróleo”, *Portal GGN*, 27 de julho de 2020. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/artigos/a-inconstitucionalidade-da-interferencia-do-cade-no-setor-de-refino-de-petroleo-por-gilberto-bercovici/>. Acesso em: 26 nov. 2020.
- BERCOVICI, Gilberto. *Direito econômico aplicado: estudos e pareceres*. São Paulo: Contracorrente, 2016.
- BERCOVICI, Gilberto. Política econômica e direito econômico. *Pensar*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 562-588, jul.-dez. 2011.
- BERCOVICI, Gilberto. “O ainda indispensável direito econômico”. In: BENEVIDES, Maria Victoria; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu (orgs.). *Direitos humanos, democracia e República*: homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Nota Informativa Temporária sobre Colaboração entre Empresas para Enfrentamento da Crise de Covid-19. Julho de 2020. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-divulga-nota-informativa-sobre-colaboracao-entre-concorrentes-para-enfrentamento-da-cri-se-de-covid-19/nota-informativa-temporaria-sobre-colaboracao-entre-empresas-para-enfrentamento-da-cri-se-de-covid-19.pdf>. Acesso em: 30 out. 2020.
- BROADBERRY, Stephen; HARRISON, Mark (orgs.). *The Economics of the Second World War: Seventy-five Years On*. London: Centre for Economic Policy Research, 2020.
- CHANG, Ha-Joon. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. São Paulo: Editora Unesp, 2004.
- COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 63, jul.-set. de 1986.
- COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 54, v. 353, março de 1978.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FONSECA, Paulus Vinicius da Rocha. Embraer: um caso de sucesso com o apoio do BNDES. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, n. 37, jun. 2012.
- FURTADO, Celso. *Teoria e política do desenvolvimento econômico*. São Paulo: Editora Nova Cultura, 1983.
- GUERRA FILHO, Arthur. Political influence on Brazilian antitrust enforcement. *Journal of Antitrust Enforcement*, p. 1-31, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa043>. Acesso em: 26 nov. 2020.
- HOVENKAMP, Herbert. Antitrust Policy After Chicago. *Michigan Law Review*, v. 84, 1985.
- HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*. 3. ed. St. Paul: Thomson/West, 2005.
- IANNI, Octavio. *Estado e planejamento econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.
- KUENZELER, Adrian; WARLOUZET, Laurent. “National Traditions of Competition Law. A Belated Europeanization through Convergence?” In: PATEL, Kiran Klaus; SCHWITZER, Heike (orgs.). *The Historical Foundations of EU Competition Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

- KRUEGER, Juliana. Origem e desenvolvimento das *golden shares*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 103, p. 187-238, jan./dez. 2008.
- LESSA, Carlos. *O conceito de política econômica: ciência e/ou ideologia*. Campinas: Unicamp, IE, 1998.
- LINHARES, Maria Yedda Leite; SILVA, Francisco C. T. da. *História política do abastecimento (1918-1974)*. Brasília: BINAGRI, 1979.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre-iniciativa”. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (orgs.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 709-741.
- MORAIS, Carlos Blanco de. “Introdução”. In: BARBOSA, Maria Nazaré Lins; MARINS, Camila Morais Cajaiba Garcez; PIRES, Ieda Maria Ferreira (orgs.). *Legística: estudos em homenagem ao Professor Carlos Blanco de Morais*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, versão digital.
- MOTTA, Massimo. *Competition Policy: Theory and Practice*. 12 ed. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2004.
- NOVAK, William J. “The Myth of the ‘Weak’ American State”, *The American Historical Review*, 113, nº 3, 2008.
- OCTAVIANI, Alessandro. “A repaginação nacionalista do antitruste: só a bailarina que não tem...”, *A Terceira Margem*, 18 de outubro de 2020. Disponível em: <https://aterceiramargem.org/2020/10/18/a-repaginacao-nacionalista-do-antitruste-so-a-bailarina-que-nao-tem/>. Acesso em: 26 nov. 2020.
- OCTAVIANI, Alessandro. *Estudos, pareceres e votos de direito econômico*. São Paulo: Singular, 2014.
- OECD. *Directorate for Financial and Enterprise Affairs*. Competition Committee. Global Forum on Competition. Crisis Cartels. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/48948847.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2020.
- PRADO, Luiz C. D. “Política de concorrência e desenvolvimento: reflexões sobre a defesa da concorrência em uma política de desenvolvimento”, *Cadernos de Desenvolvimento*, Rio de Janeiro, jul.-dez. de 2011, v. 6, n. 9.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil*. Ed. Fac-similar de 1968. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- WAKED, Dina. “Adoption Of Antitrust Laws In Developing Countries: Reasons And Challenges”, *Journal of Law, Economics and Policy*, v. 12, n. 2, 2016.

Larissa Santiago Gebrim
Raphael Barboza Correia

Conflitos federativos na formulação de políticas públicas voltadas ao enfrentamento da pandemia do coronavírus

12

Conflitos federativos na formulação de políticas públicas voltadas ao enfrentamento da pandemia do coronavírus

*Larissa Santiago Gebrim*³⁴⁵

*Raphael Barboza Correia*³⁴⁶

Resumo

A pandemia da Covid-19 impõe aos gestores públicos as rápidas formulação e aplicação de políticas públicas de enfrentamento, mesmo que ainda não detenham informações completas sobre o problema. O modelo federativo nacional e suas fragilidades conformam a definição e a aplicação das políticas públicas elaboradas e implementadas no contexto da pandemia, podendo a eles ser atribuídos (pelo menos em parte) seus êxitos ou alguns dos desafios. A questão que se coloca neste artigo, portanto, é de que forma instrumentos de cooperação e coordenação por entidades da federação, em última análise, são aptos a endereçar os obstáculos e as dificuldades presentes em um modelo federativo cooperativo, conforme instituído na Constituição Federal de 1988. Utilizando-se como referência a pandemia da Covid-19, investigam-se as potenciais vantagens, desvantagens e limitações de cada um desses instrumentos.

Palavras-chave: Conflitos federativos. Políticas públicas. Pandemia. Cooperação.

1. Introdução: direito público, federalismo e pandemia

O surgimento do coronavírus Sars Cov-2 (Covid-19) impôs um desafio aos gestores dos mais diferentes países do globo, envolvendo

345 Graduada em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas — FGV Direito SP (2015); mestranda em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (em curso). Advogada no setor de infraestrutura do Escritório Machado, Meyer, Sendacz e Opice Advogados.

346 Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF) em 2016; mestrando em Direito Regulatório pela Fundação Getúlio Vargas — Rio de Janeiro (FGV-RJ). Advogado no setor de infraestrutura do Escritório Machado, Meyer, Sendacz e Opice Advogados.

a tomada de decisão e praticamente concomitante implantação (e avaliação) de políticas públicas de combate à pandemia. Apenas no Brasil, dados divulgados pelo Conselho Nacional de Secretários de Saúde apontam que, de março a 26 de outubro de 2020, o total de casos confirmados da doença totalizava 5.409.854, sendo o número de óbitos aferido em 157.397.³⁴⁷ Acrescenta complexidade ao tema o fato de o próprio objeto da política pública encontrar-se sob estudo por parte da comunidade científica, voltada ao mapeamento do vírus, à definição de técnicas de tratamento e redução do contágio e, evidentemente, à imunização. Se o processo de formulação de políticas públicas já é, por natureza, complexo, a agilidade requerida na adoção das medidas de combate à Covid-19 certamente trouxe um componente adicional para essa equação.³⁴⁸ Em outras palavras, o enfrentamento à pandemia da Covid-19 tem exigido a adoção de diferentes ações e medidas pelos gestores públicos de todas as esferas federativas.

Nesse contexto, observa-se uma clara situação de tensão no modelo federativo brasileiro, conforme instituído com a edição da Constituição Federal de 1988. Soluções federativas compõem o complexo feixe de elementos que fazem parte do processo de formulação de políticas públicas de enfrentamento à Covid-19. Evidente, portanto, que os modelos federativos — e suas fragilidades — conformam a definição das políticas públicas elaboradas e implementadas no contexto da pandemia, podendo a eles ser atribuído (pelo menos em parte) o êxito ou as dificuldades em sua aplicação.³⁴⁹ A batalha

347 CONASS. Painei Conass COVID-19. Disponível em: <https://www.conass.org.br/painelconass-covid19/>. Acesso em: 26 out. 2020.

348 De modo didático, Leonardo Secchi sistematiza as principais etapas que compõem o ciclo de uma política pública, ferramenta que ilustra as fases sequenciais e interdependentes que compõem o processo de elaboração de políticas públicas. O autor, assim, propõe um modelo pautado em sete fases principais. São elas: a identificação do problema, a formação de agenda, a formulação de alternativas, a tomada de decisão, a implementação, a avaliação e a extinção. Em que pese seu valor ilustrativo, pondera o mencionado autor que “o ciclo de política públicas raramente reflete a real dinâmica ou vida de uma política pública. As fases geralmente se apresentam misturadas, as sequências se alternam”. (SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2012, p. 33.)

349 ABRUCIO, Fernando Luiz *et al.* “Combate à COVID-19 sob o federalismo bolsonarista: um caso de descoordenação intergovernamental”, *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 54, n. 4, p. 663-677, agosto de 2020. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122020000400663&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 25 out. 2020.

das vacinas, encampada pelo governador do estado de São Paulo, João Doria, e o presidente Jair Bolsonaro parece ser apenas mais uma cena dessa novela.^{350, 351}

A questão que se coloca neste artigo, portanto, é de que forma instrumentos de cooperação e coordenação por entidades componentes da federação, em última análise, estão aptos a endereçar os obstáculos e as dificuldades presentes em um modelo federativo cooperativo, conforme instituído na Constituição Federal de 1988. Este artigo busca investigar, assim, as potenciais vantagens, desvantagens e limitações de cada um desses instrumentos, utilizando-se como referência a crise sanitária e econômica instaurada pela pandemia.

Para esses fins, estrutura-se este estudo em quatro seções. Na seção que se segue, expõe-se, brevemente, a distribuição de competências relacionadas ao enfrentamento da pandemia da Covid-19, com a descrição de alguns dos conflitos verificados (que se refletem em questões federativas) e seus fundamentos. Caracterizados os conflitos federativos, procede-se a uma breve revisão da literatura sobre a interação entre os entes federados e a dicotomia entre centralização e descentralização do Estado e seus impactos na formulação de políticas públicas. Na etapa seguinte, investigam-se os instrumentos de cooperação e coordenação apresentados pela literatura e de que modo poderiam ser utilizados para mitigar tais conflitos, expondo, ainda, suas limitações. Na última seção, sistematizam-se alguns desenvolvimentos e conclusões, com a proposta de reflexões adicionais para aprofundamento em estudos futuros.

350 SHALDERS, André. "Como disputa entre Bolsonaro e Doria pode atrasar vacina contra Covid-19". Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-54639750>. Acesso em: 21 out. 2020.

351 Oestopim se deu quando o ministro da Saúde, Eduardo Pazuello, recuou (diante de repressão pública pelo presidente da República), após ter anunciado a intenção de aquisição de doses da Coronavac, vacina desenvolvida por laboratório chinês em parceria com o Instituto Butantan, que, por sua vez, conta com o apoio do Governo do Estado de São Paulo — constituindo em bandeira política de João Doria, possível candidato nas eleições presidenciais de 2022.

2. Enfrentamento à Covid-19 à luz da repartição de competências constitucionais: os fundamentos do conflito

2.1. Repartição de competências constitucionais no enfrentamento à pandemia da Covid-19

Para os fins aqui propostos, cumpre, desde já, avaliar de que modo competências relevantes para o enfrentamento à pandemia da Covid-19 encontram-se distribuídas no bojo da Constituição.³⁵² Trata-se de etapa fundamental para o diagnóstico das razões subjacentes aos conflitos de competências que se vêm tornando explícitos.

Já no art. 6º da Carta, a saúde é elencada como um direito social. Dessa classificação, decorrem consequências jurídicas, notadamente o reconhecimento do direito ao recebimento de prestação material pelo Estado, “vinculado à criação, à destinação, à distribuição e à redistribuição de serviços e bens materiais”.³⁵³ Se implica um direito ao recebimento de uma prestação, há que se considerar, por outro lado, como essa competência encontra-se alocada entre os entes federativos, o que significa questionar como a política pública derivada dessa norma é concretizada, começando-se pela identificação dos atores relevantes.

352 Em breve síntese, o modelo federalista brasileiro classifica, como regra, as competências da União como expressas ou enumeradas e as competências dos estados como residuais ou remanescentes, o que pode ser percebido pela redação do §1º do art. 25 da Carta Maior: “são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”. Segundo essa concepção, as competências da União devem estar expressamente enumeradas na Constituição, delegando-se aos estados as questões remanescentes, ou seja, não expressamente delegadas à União. Observa-se, no entanto, que essa regra apresenta algumas exceções, a exemplo da matéria tributária (em relação à qual os estados têm competência expressa, conforme dispõe o art. 155 da Constituição), de competências delegáveis (art. 20 da Constituição), na atuação paralela dos entes em uma mesma área (art. 23) e na atuação concorrente entre esses entes, com a União sendo competente para definir políticas e normas gerais, enquanto a competência dos estados e municípios manifesta-se de forma suplementar. Com base nessas exceções e nos ensinamentos da doutrina de referência, é possível estabelecer uma classificação de diferentes tipos de competências presentes na Constituição de 1988. Segundo José Afonso da Silva, a classificação supracitada pode ser dividida em dois macrogrupos: um de competências materiais e um de competências legislativas, sendo as materiais relativas ao dever-poder de concretizar as normas constitucionais; e as legislativas, relativas à capacidade para editar leis e atos normativos diretamente legitimados pela Constituição (*In*: SILVA, José Afonso da. 18. ed. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 482).

353 SARLET, Ingo Wolfgang. “Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988”, *Revista Diálogo Jurídico*, ano 1, v. 1, n. 1, abril de 2001, p. 23.

Tratando-se de uma pandemia, é inevitável que haja o acionamento do sistema de saúde, o que justifica a relevância de tal questão para os fins deste artigo. Tais características ficam evidentes a partir da leitura do art. 196, que reconhece expressamente o dever do Estado de, mediante a implementação de políticas sociais e econômicas, visar “à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Sob a ótica material, a saúde representa uma competência comum da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, conforme se depreende da leitura do art. 23, II, da Constituição. As diferentes entidades federativas, portanto, compartilham o dever-poder de concretizar políticas públicas relacionadas à prestação do serviço de saúde. O Sistema Único de Saúde, conforme instituído com a aplicação do art. 196 e seguintes da Constituição, e regulamentado pela Lei nº 8.080/1990, é a política pública derivada da aplicação do mandamento constitucional, refletindo um modelo pulverizado, descentralizado, mas com direção unitária, sendo financiado pelas três esferas de governo.³⁵⁴

Sob a perspectiva legislativa, a saúde se traduz em uma competência concorrente (art. 24, XII). Como tal, a União tem competência para a edição de normas gerais, enquanto os estados e municípios detêm competência suplementar. No caso dos municípios, essa competência fica evidente pela leitura do art. 30, II, da Constituição. Logo se vê que, em um modelo marcado pela concorrência de competências sob as óticas formal e material, a capilaridade do sistema exige a noção de uma organização geral centralizada, associada às efetivas implementação e complementação nas diferentes esferas de competência. O Sistema Único de Saúde bem representa essa assertiva. Mas não são suficientes apenas as normas que tratam genericamente do tema da saúde para a identificação do

354 Nas palavras de Marta Arretche e Eduardo Marques, “o modelo de descentralização do SUS caracteriza-se por concentrar autoridade no governo federal, assim como por financiar a política de saúde por meio de um abrangente sistema de transferências inter-regionais”. (ARRETCHÉ, Martha; MARQUES, Eduardo. “Condicionantes locais da descentralização das políticas de saúde”. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHÉ, Marta; MARQUES, Eduardo (orgs.). *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, s.d.

conflito federativo que vem sendo verificado no enfrentamento à pandemia da Covid-19.

Assim, a Constituição ainda atribui à União Federal, nos termos de seu art. 21, XVIII, a competência material exclusiva representada pelo planejamento e a promoção da defesa permanente contra calamidades públicas, especialmente as secas e inundações. Nos termos do Decreto Legislativo nº 6/2020, foi reconhecida, especialmente para fins de aplicação de determinadas normas da Lei de Responsabilidade Fiscal, a ocorrência de calamidade pública, em nível nacional, com efeitos até 31 de dezembro de 2020. Dentro de sua competência material, portanto, a União seria o ente responsável pelo desenvolvimento de uma estratégia nacional de combate à Covid-19, uma pandemia que deu ensejo ao reconhecimento de situação de calamidade pública.

Expostas as normas relevantes, a próxima seção caracteriza o problema que se pretende enfrentar.

2.2. Conflitos federativos na formulação de políticas públicas de combate à pandemia da Covid-19

O modelo adotado pela Constituição e acima exposto parece lógico. Afinal, os efeitos da pandemia atingiram dimensão nacional, havendo, ao menos em tese, sob um olhar de política pública, a necessidade de uma convergência de abordagens e estratégias para a alocação de recursos de maneira organizada. No entanto, o principal ponto que permeia os conflitos federativos que se vêm verificando é o modo como a competência exclusiva da União para promover a defesa contra calamidades públicas é compatibilizada com a competência comum dos demais entes de implementar políticas públicas de saúde e legislar de forma concorrente sobre o tema.

Esse conflito é algo comum no sistema federativo de viés mais cooperativo, já que a dificuldade de se delimitarem as competências de entes específicos acaba criando, de acordo com Sergio Ferrari, “zonas cinzentas nas quais não é claro — sob o aspecto normativo — qual dos entes federativos é responsável por determinado

serviço”.³⁵⁵ Segundo o autor, essa interseção de competências pode apresentar tanto um espaço para maior colaboração entre os entes da federação como um espaço para o surgimento de conflitos e disputas³⁵⁶ (no caso brasileiro, principalmente na situação analisada neste artigo, a segunda situação claramente prevalece, o que também é observado por Ferrari).³⁵⁷

Nesse sentido, surge o problema de como compatibilizar e aplicar competências concorrentes e comuns em face de um desalinhamento ideológico entre a União Federal e os Estados. Veja-se que, nesse caso, a competência concorrente abarca um dos principais meios e instrumentos para a formalização das políticas públicas de combate à calamidade pública enfrentada, representada por uma pandemia. Por outro lado, compõe os conflitos federativos verificados a delimitação da competência dos estados para instituir políticas regionalizadas, na medida em que isso proporciona, de outra forma, a demarcação dos limites da autonomia municipal. Tais questões já chegaram ao Supremo Tribunal Federal e devem ainda suscitar novos debates na Corte.

Em um caso submetido à apreciação do STF, uma ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, o Partido Democrático Trabalhista arguiu a inconstitucionalidade parcial da Medida Provisória nº 926/2020 e do Decreto nº 10.282/2020).³⁵⁸ No mérito, o postulante alega a existência de inconstitucionalidade nos dispositivos que decorrem de atribuição exclusiva da União para dispor sobre a interdição de serviços públicos e atividades essenciais, e adotar as medidas descritas nos inc. I, II e VI do *caput* do art. 3º da Lei Federal nº 13.979, de 2020.³⁵⁹ Em análise do pedido

355 FERRARI, Sérgio. “O município na federação brasileira: limites e possibilidades de uma organização assimétrica”. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010, p. 174.

356 Id., *ibid.*

357 *Ibid.*, p. 176.

358 Referidos instrumentos normativos dispõem, respectivamente, sobre os procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da pandemia do coronavírus e definem, no âmbito do combate à pandemia, os serviços públicos e atividades essenciais.

359 STF. ADI nº 6.341/DF. Plenário. Referendo de Medida Cautelar. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/04/2020.

cautelar, o Ministro Marco Aurélio destacou que as providências listadas no ato normativo atacado não afastam os atos a serem praticados por estados, Distrito Federal e municípios, com fundamento na competência concorrente prevista no art. 23, II, da Constituição Federal. Em sua conclusão, de modo sutil, porém não menos enfático, o Min. Marco Aurélio deferiu a medida acautelatória apenas “para tornar explícita, no campo pedagógico e na dicção do Supremo, a competência concorrente dos diferentes entes federativos”. Sem declarar a nulidade das normas impugnadas, manteve, assim, a produção dos efeitos pelos dispositivos atacados.³⁶⁰ Essa decisão obteve confirmação pelo Plenário, no sentido de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inc. I do art. 198 da Constituição, o presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e as atividades essenciais.³⁶¹

O conflito entre União e estados foi igualmente levado ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal em dois precedentes envolvendo requisições administrativas formalizadas pelo Ministério da Saúde, apreciadas em sede de ações cíveis originárias.³⁶²

No âmbito da Ação Cível Ordinária nº 3.393, proposta pelo estado de Mato Grosso em face da União, o estado pretendia a invalidação de ato por meio do qual a União requisitou cinquenta ventiladores pulmonares adquiridos de uma entidade privada, além da determinação da entrega desses equipamentos.³⁶³ A requisição administrativa havia sido fundamentada com base no art. 3º, VII, da Lei nº 13.979/2020 e foi questionada pelo estado, na medida em que os ventiladores objeto da requisição, por já haverem sido adquiridos, constituiriam bens públicos, de modo que o ato do Executivo Federal representaria uma desapropriação indireta e uma violação à autonomia federativa. Entre outros argumentos, a União defendeu sua posição alegando que:

360 Id., *ibid.*

361 Id., *ibid.*

362 Nesses casos, propostas com fundamento no art. 102, I, *f*, da Constituição, em decorrência do fato de envolverem potenciais conflitos federativos.

363 STF, ACO nº 3.393. Plenário. Referendo de Medida Cautelar. Rel. Min. Roberto Barroso, j. 22/06/2020.

(...) a requisição dos ventiladores pulmonares se inseriria em estratégia para centralizar o estoque desses equipamentos no Ministério da Saúde, para que fossem distribuídos aos demais entes públicos na medida de suas necessidades, evitando a concentração por aqueles com maior poder econômico.³⁶⁴

Para deferir a cautelar, posteriormente ratificada pelo Plenário, o Ministro Roberto Barroso considerou, após a realização dos atos administrativos pela própria União, que, em verdade, os respiradores objeto da controvérsia não haviam sido requisitados pela União, na medida em que seriam destinados a uma autoridade pública. Menos do que um autêntico conflito de competências, portanto, a controvérsia girou em torno da determinação do real escopo da requisição administrativa, embora a disputa, em última análise, tenha, sim, reflexo no modelo federativo e na determinação dos limites da autonomia dos estados.

Questão similar foi, igualmente, objeto da Ação Cível Ordinária nº 3.385, de relatoria do Ministro Celso de Mello, dessa vez envolvendo o estado do Maranhão. Em suas razões de decidir, além de discorrer sobre a relevância da preservação do pacto federal, o ministro destacou que a União não teria competência para requisitar bens de propriedade de outros entes da federação, exceto em casos de estado de defesa e estado de sítio.³⁶⁵

Mais recentemente, o conflito federativo no enfrentamento da pandemia foi objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em face de atos praticados pelo Poder Executivo federal.³⁶⁶ Em sede de julgamento, voltado ao referendo de medida cautelar deferida nos autos do processo, o Ministro Alexandre de Moraes destaca o papel adotado pela Corte durante a pandemia, que, nas diferentes ocasiões em que foi provocada,

³⁶⁴ STF. ACO nº 3.393. Plenário. Referendo de Medida Cautelar. Rel. Min. Roberto Barroso, j. 22/06/2020.

³⁶⁵ STF. ACO nº 3.385 TP/MA. Rel. Min. Celso de Mello, j. 20/04/2020.

³⁶⁶ ADPF 672 MC-Ref. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Plenário, j. 13/10/2020.

“reconheceu a magnitude dos efeitos da pandemia e a necessidade extrema de coordenação entre todos os níveis de governo na destinação prioritária de recursos e esforços para a saúde pública”.³⁶⁷ Registrou, ademais, a necessidade de haver efetiva observância às competências federativas na aplicação de medidas editadas, por exemplo, no bojo da Lei Federal nº 13.979/2020, a fim de afastar conflitos federativos que acabem por ampliar a gravidade da crise. Destacou, contudo, os limites da atuação da Corte nas competências atribuídas ao presidente da República e refletidas na realização de medidas administrativas extraordinárias, ainda que estejam, por óbvio, sujeitas a controle jurisdicional. Concluiu, portanto, no sentido de reconhecer a impossibilidade, por força constitucional, de a União desautorizar medidas adotadas pelos estados e municípios para adequar o nível de proteção necessária em suas respectivas regiões. Ainda assim, segundo o ministro-relator, “a competência dos estados e municípios nessa matéria não desonera a União do *munus* de atuar como ente central no planejamento e coordenação de ações integradas de saúde pública”.³⁶⁸

Vale destacar aqui a introdução de critério adicional apontado para a resolução de conflitos de competências, que se reflete em outros precedentes julgados pela Corte. Segundo o Ministro Alexandre de Moraes, os estados e municípios teriam competência material para determinar as medidas de enfrentamento à pandemia previstas na Lei Federal nº 13.979/2020 que considerarem adequadas, desde que “fundamentadas em orientações de seus órgãos técnicos correspondentes, resguardada a locomoção de produtos e serviços essenciais definidos por ato do Poder Público federal”.³⁶⁹ A Corte, por unanimidade, acatou as razões de decidir adotadas pelo ministro-relator.

Interessante destacar os conflitos de competência envolvendo os estados e municípios levados ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal por meio de reclamações que utilizam como

367 Id., *ibid.*

368 Id., *ibid.*

369 Id., *ibid.*

referência o entendimento da Corte exarado no âmbito da ADI nº 6341. Trata-se de questionamentos apresentados por municípios contra decisões que suspendiam a validade de instrumentos normativos editados em nível local em face da existência de normas estaduais que restringiam o funcionamento de atividades econômicas. Afinal, como se interpreta a competência legislativa concorrente em casos tais?

O Supremo Tribunal Federal, em geral, manteve a preponderância das normas estaduais nessas hipóteses. Aqui, destaca-se a adoção do mesmo critério enunciado pelo Ministro Alexandre de Moraes no julgado mencionado. A determinação da repartição de competências pautou-se, mais uma vez, pelo critério da observância de fundamentos técnicos e científicos para a adoção da medida em referência como parâmetro para a determinação da prevalência de um ou outro instrumento normativo em casos de conflito.³⁷⁰

A alusão aos parâmetros técnicos e científicos como orientadores interpretativos para a resolução de conflitos de competência é um resultado que parece adaptado às circunstâncias fáticas dos conflitos federativos que se têm verificado no contexto da pandemia, marcados, essencialmente, por divergência ideológica entre as unidades da federação e por pouco apego, em certas posições, a critérios científicos e orientações internacionais. Trata-se de uma saída pragmática (e talvez política) em um contexto marcado por descoordenação e preferência de soluções centralizadoras pelo Poder Executivo federal. Não parece representar, assim, um norte interpretativo geral aplicável a outras hipóteses desencadeadoras de conflitos interfederativos.

370 Veja-se, nesse sentido, por exemplo, a conclusão do Min. Edson Fachin: "Seja o exercício da competência dos entes federados, seja o seu afastamento, deve-se fundar, em cada caso concreto, em evidências científicas e nas recomendações da OMS, o que, todavia, não consta na decisão reclamada". STF. Decisão Monocrática. Rcl 40.342. Rel. Min. Edson Fachin, j. 14/08/2020.

3. Potenciais respostas do direito público à preservação do modelo federativo cooperativo

3.1. Relação e compartilhamento de competências

Após a exposição da repartição de competências no sistema federativo brasileiro em si, esta seção apresenta uma breve exposição da literatura sobre o relacionamento e os conflitos entre os entes federativos decorrentes da repartição de competências, especificamente em relação às diferentes formas de organização federativa e aos desafios enfrentados.

A divisão de competências e responsabilidades entre entes federativos, conforme assinalam Machado e Palotti, não sugere, necessariamente, uma situação fática de cooperação.³⁷¹ De acordo com eles,³⁷² há diversos modelos de federalismo referentes ao compartilhamento de competências, com destaque para: (i) federalismo dual, no qual os poderes do governo central e dos estados federados incidem sobre o mesmo espaço territorial, mas de forma separada e independente, em suas respectivas esferas;³⁷³ (ii) federalismo cooperativo, marcado por maior interação e pelo compartilhamento de funções entre as esferas de poder de cada ente federado, caracterizando-se mais como um mecanismo único de governo do que como um mecanismo de diferentes camadas (como ocorre com o federalismo dual);³⁷⁴ e (iii) federalismo centralizado, bastante similar ao federalismo cooperativo, porém marcado pela posição do governo central como detentor de poderes regulamentares gerais, coordenando a atuação dos estados, que agem como meros agentes administrativos do governo central.³⁷⁵

371 MACHADO, J. A.; PALOTTI, P. L. M. "Entre cooperação e centralização: federalismo e políticas sociais no Brasil Pós-1988", *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 30, n. 88, jun. 2015, p. 62.

372 Id., *ibid.*

373 ACIR — Advisory Commission on Intergovernmental Relations. "The condition of contemporary federalism: conflicting theories and collapsing constraints". Washington, UNT, 1987, p. 3. Disponível em: <https://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metadcl339/>.

374 Id., *ibid.*

375 MACHADO, J. A.; PALOTTI, P. L. M. "Entre cooperação e centralização: federalismo e políticas sociais no Brasil Pós-1988", *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 30, n. 88, jun. 2015, p. 62, 63.

Portanto, vê-se que é possível, conforme observado por Machado e Palotti,³⁷⁶ agrupar tais classificações em duas esferas distintas: uma marcada pela divisão mais clara de competências, com maior independência dos governos subnacionais (ou estados); e outra marcada pelo maior compartilhamento de funções e interação entre esferas de governo. Com base nessa divisão, conforme observado por Celina Souza,³⁷⁷ fica clara a alocação do modelo de federalismo adotado no Brasil pela Constituição de 1988 na segunda esfera, marcada pelo compartilhamento. Isso pode ser justificado, principalmente, pelo grande número de competências concorrentes e suplementares estipuladas na Constituição, o que demonstra a clara intenção do legislador em promover a atuação em conjunto dos entes federados. Esse modelo, de acordo com Cibele Franzese,³⁷⁸ tornou-se o mais comumente observado nos estados federados modernos, pois, em razão da complexidade e do aumento de funções, torna-se praticamente inevitável o compartilhamento de atribuições entre os entes federados.

Apesar dessa vertente descentralizada do Estado brasileiro, ainda há uma clara tensão entre os movimentos de maior centralização ou descentralização na estrutura federativa, com alguns autores argumentando que o Estado tem caminhado para maior centralização,³⁷⁹ enquanto outros vislumbram tendência oposta.³⁸⁰ Nesse contexto, conforme argumenta Celina Souza,³⁸¹ o modelo cooperativo previsto na Constituição nem sempre resulta em cooperação de fato entre os entes federados. Souza aponta duas razões principais para essa diferença: (i) as desigualdades financeiras, técnicas e de gestão presentes nos estados, o que dificulta a implementação

376 MACHADO, J. A.; PALOTTI, P. L. M. "Entre cooperação e centralização: federalismo e políticas sociais no Brasil Pós-1988", *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 30, n. 88, jun. 2015, p. 63.

377 SOUZA, Celina. "Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988", *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 24, jun. 2005, p. 112.

378 FRANZESE, Cibele. "Federalismo cooperativo no Brasil: da Constituição de 1988 aos sistemas de políticas públicas". Tese (Doutorado). Escola de Administração de Empresas de São Paulo, 2010, p. 55.

379 MACHADO, J. A.; PALOTTI, P. L. M., op. cit., p. 111.

380 SOUZA, Celina. "Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988", *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 24, jun. 2005, p. 112.

381 Id., *ibid.*

de políticas públicas; (ii) a falta de mecanismos constitucionais ou institucionais que estimulem a cooperação entre entes.

Ainda em relação ao conflito surgido nos modelos de compartilhamento, Ronald Watts, citado por Franzese,³⁸² aponta que a prática nos estados federados modernos é de endereçar o compartilhamento de funções de duas formas distintas: uma cooperativa, com a adoção de mecanismos de fomento à colaboração entre os entes; e outra competitiva, por meio de estruturas de fomento à competição entre eles. Assim, a estrutura competitiva caracteriza-se pela descentralização mais evidente de poderes, em que os estados têm maior autonomia, o que lhes possibilita fazer frente à atuação da União.³⁸³ Por outro lado, segundo o modelo cooperativo, observa-se maior centralização, com uma divisão de poderes funcional e a execução conjunta de muitas tarefas, com o governo central, com frequência, assumindo o papel de formulador de políticas públicas e regulamentador geral. Não se confunde, ressalte-se, com um modelo autoritário e necessariamente verticalizado.

No âmbito das vantagens e desvantagens específicas de cada modelo apontado (descentralização e centralização), Marta Arretche³⁸⁴ observa que, durante a década de 1980, houve diversas reformas descentralizadoras. Essas reformas viam as formas descentralizadas de prestação de serviços públicos como mais democráticas e eficientes, elevando os níveis reais de bem-estar da população ao criar instituições que viabilizassem sua participação na democracia. Arretche observa que “formas de participação consoantes com os princípios da democracia direta supõem necessariamente *uma demos* de pequenas dimensões”,³⁸⁵ ou seja, a participação democrática no âmbito dos governos subnacionais e locais (estados e

382 WATTS, Ronald apud FRANZESE, Cibele. *Federalismo Cooperativo no Brasil: da Constituição de 1988 aos Sistemas de Políticas Públicas*. Tese (Doutorado) — Escola de Administração de Empresas de São Paulo, 2010, p. 55.

383 FRANZESE, Cibele. “Federalismo cooperativo no Brasil: da Constituição de 1988 aos sistemas de políticas públicas”. Tese (Doutorado). Escola de Administração de Empresas de São Paulo, 2010, p. 64 a 68.

384 ARRETCHE, Marta. “Mitos da descentralização: mais democracia e eficiência nas políticas públicas”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 11, n. 31, 1996, p. 1-3.

385 ARRETCHE, Marta, op. cit., p. 4.

municípios) apresenta maior viabilidade do que no âmbito do governo central (União). Por outro lado, Arretche também assinala que, não obstante uma *demos* reduzida facilitar a participação popular, acaba por limitar o escopo das discussões sobre as quais a população deve manifestar-se, de modo a impedir decisões de âmbito mais geral e mais afetas aos interesses nacionais.

Sobre o tema, Marta Arretche³⁸⁶ rebate alguns argumentos segundo os quais a maior proximidade entre prestadores e usuários de serviços públicos corresponde a uma maior *accountability* aos governos, por evitar relações clientelistas. A autora defende que o clientelismo na gestão de recursos públicos está associado às relações entre as instituições (como burocracias públicas e partidos políticos), portanto a ocorrência de relações clientelistas depende mais da natureza das instituições envolvidas (não importando se a natureza é local ou nacional) do que da escala relacionada à prestação de serviços. Nesse contexto, sustenta-se que as características das instituições envolvidas na prestação e na regulação de determinados serviços importa mais para a proteção e a democratização desses serviços do que a escala dessas instituições.

Franzese,³⁸⁷ ao discorrer sobre o sopesamento entre os modelos de centralização e descentralização, aponta para a existência de tensão entre o princípio federalista e a ideia de bem-estar social presente em cada um desses modelos. Por um lado, a descentralização representa, segundo determinado ponto de vista, um instrumento de fortalecimento da democracia, impedindo concentrações de poder autoritárias e garantindo a inovação em governos subnacionais, em face da multiplicidade de unidades administrativas e políticas autônomas. Entretanto, a centralização de poderes pode ser vista como um mecanismo de viabilização da universalização de políticas sociais, além de criar uma noção única de identidade nacional.

386 ARRETCHÉ, Marta, op. cit., p. 10.

387 FRANZESE, Cibele. "Federalismo cooperativo no Brasil: da Constituição de 1988 aos sistemas de políticas públicas". Tese (Doutorado). Escola de Administração de Empresas de São Paulo, 2010, p. 55 e 57.

Ainda sobre essa tensão, um estudo de autoria de Obinger, Leibfried e Castles,³⁸⁸ versando sobre implementação e difusão de políticas públicas de bem-estar social em diferentes países dos continentes americano e europeu, aponta, que, no âmbito da fragmentação institucional de poderes, o governo central, por contar com poucas prerrogativas de atuação unilateral e poucas áreas de decisão compartilhada com os governos subnacionais, depende da colaboração voluntária desses governos subnacionais para implementar determinadas políticas públicas. Esses governos subnacionais, economicamente mais fracos, inclinam-se à preservação do *status quo*. Desse modo, verificou-se, no estudo citado, o retardo — ou até mesmo o impedimento — na implementação de certas políticas de bem-estar social em algumas regiões.

De forma similar, Paul Peterson, ao discorrer sobre as desvantagens inerentes ao modelo federalista (especialmente o modelo marcado pela descentralização), argumenta que a necessidade de estabelecer relações interfederativas de cooperação entre os entes federados acaba por gerar ineficiência na administração de políticas públicas.³⁸⁹ Outra dificuldade enfrentada no sistema federativo competitivo é observada no fenômeno conhecido como “corrida ao fundo do poço”.³⁹⁰ De acordo com Franzese, esse fenômeno ocorre quando governos locais, propositalmente, deixam de investir em determinadas áreas, com o intuito de evitar a atração de beneficiários provenientes de outras unidades federativas.

O modelo de repartição de competências torna-se ainda mais presente em áreas com interseção e sobreposição dessas competências, como, por exemplo, a área de saúde. Essas dificuldades não se apresentam apenas na relação entre os próprios entes federados, mas também na relação entre outros entes administrativos pertencentes a cada esfera da federação.

388 OBINGER, Herbert; LEIBFRIED, Stephan; CASTLES, Francis (orgs.). *Federalism and the Welfare State: New World and European Experiences*. New York: Cambridge University, 2005, p. 332-335.

389 PETERSON, Paul E. *The price of federalism*. Washington: The Twentieth Century Fund, 1995, p. 14.

390 FRANZESE, Cibele. “Federalismo cooperativo no Brasil: da Constituição de 1988 aos sistemas de políticas públicas”. Tese (Doutorado). Escola de Administração de Empresas de São Paulo, 2010, p. 67.

Nesse cenário, percebe-se que, segundo o modelo de federalismo adotado no Brasil, ocorre relativa descentralização de poderes, o que traz obstáculos para a gestão e gera, inevitavelmente, conflito entre os entes federados. Esses conflitos são ainda mais relevantes em países como o Brasil, em face da evidente desigualdade de capacidades (principalmente de natureza financeira) entre diferentes unidades da federação.³⁹¹ O mesmo ocorre em momentos e situações de crises, como a atualmente vivida, em que é indispensável apresentar soluções rápidas, ainda que não se disponha de informações suficientes. Entre essas dificuldades e ineficiências, é possível citar a redundância de normas e ações, ineficiências de custo, criação de espaços não regulados³⁹² e criação de inação, em virtude da existência de múltiplos atores com poder de veto.³⁹³

Nesse sentido, diante dessas dificuldades, conforme preceitua Sérgio Ferrari,³⁹⁴ além da superação de certos conflitos pontuais de competência, é essencial incrementar e adotar instrumentos que venham a facilitar o difícil objetivo de integração e colaboração entre os entes federados.

A seguir, apresentam-se alguns dos mecanismos que podem ser empregados para facilitar a cooperação entre os entes federados e minimizar os problemas constatados na descentralização do Estado federado, assim como os possíveis obstáculos e dificuldades apresentados por esses instrumentos.

3.2. Instrumentos de cooperação e coordenação

No âmbito do compartilhamento de competências entre os próprios entes federados, com base na literatura de referência da

391 RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O federalismo assimétrico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 59-60.

392 FREEMAN, Jody; ROSSI, Jim. "Agency Coordination in Shared Regulatory Space", *Harvard Law Review*, v. 125, 2012, p. 1135 a 1150.

393 Situação observada, analogicamente, na literatura de Michael Heller sobre a "tragédia dos anticomuns", referente ao direito de propriedade. Segundo ele, a presença de diversos atores com poder de veto pode levar à subutilização de certos recursos. (HELLER, Michael A. "The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets", *Harvard Law Review* 111, 1998, p. 677).

394 FERRARI, Sérgio. "O município na federação brasileira: limites e possibilidades de uma organização assimétrica". Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010, p. 184.

área,³⁹⁵ identificam-se alguns mecanismos por meio dos quais a União pode conformar as condutas dos estados, de modo impositivo ou negocial. Esses mecanismos são: (i) normas impositivas ou constrangimentos constitucionais; (ii) transferências financeiras condicionadas; (iii) constituição de consórcios públicos; e (iv) constituição de arenas federativas de atuação.

As normas impositivas, ou os constrangimentos constitucionais, são disposições presentes na Constituição Federal que limitam diretamente a atuação de estados e municípios em determinadas áreas ou que autorizam a União a fazê-lo.³⁹⁶ Verifica-se, ilustrativamente, imposição constitucional direta nas restrições ou vinculações relativas a determinadas áreas de gastos públicos (p. ex., na vinculação de determinada parcela do gasto público nas áreas de educação e saúde). Por outro lado, uma imposição indireta decorre de poderes específicos da União que a autorizam a exercer maior influência na coordenação de políticas sociais. Um bom exemplo de imposição indireta é visto na Lei Federal nº 8.080/1990, que outorga à União competência para formular e coordenar determinados procedimentos de saúde pública, além de definir normas e parâmetros nacionais para o setor. Essas imposições conferem maior centralização ao modelo federalista, já que, em geral, restringem mais a atuação dos estados do que da União, a qual costuma receber a autoridade para coordenar algumas ações estatais. Esse tipo de norma pode ser visto como um mecanismo de enfrentamento aos problemas de conflito federativo, sob uma perspectiva de coordenação propriamente dita, centralizando a ação administrativa sob o controle da União e resolvendo os conflitos por meio de maior centralização.

Em cenários de crise, em que costuma haver poucas informações disponíveis e uma base científica frágil em relação ao problema enfrentado, a centralização forçada seria mais vantajosa, pois possibilitaria soluções mais rápidas e unificadas, além de facilitar o manejo de informações e pesquisas dispersas (o que se mostraria

395 MACHADO, J. A.; PALOTTI, P. L. M. "Entre cooperação e centralização: federalismo e políticas sociais no Brasil Pós-1988", *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 30, n. 88, jun. 2015, p. 64; SOUZA, Celina. Federalismo, Desenho Constitucional e Instituições Federativas no Brasil Pós-1988. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 24, jun. 2005, p. 66.

396 Id., *ibid.*, p. 66 a 68.

eficiente em cenários de crise), evitando, assim, conflitos e a oposição de outros entes. Por outro lado, embora, sob determinado ponto de vista, mostrem-se eficientes, esses mecanismos também podem ser criticados pelos argumentos opostos, já que favorecem a maior centralização do Estado, o que pode ser problemático no caso de desalinhamento ideológico. Ademais, as normas impositivas não estão presentes em todas as situações de eventual conflito.³⁹⁷ Além disso, é bastante provável que o uso de normas dessa natureza pela União seja contestado judicialmente pelo estado (como já observado), o que, por si, em vez de controlar o conflito, acabaria por exacerbá-lo. Afinal, o modelo constitucional brasileiro reflete a opção por formas cooperativas e não autoritárias de formulação de políticas públicas, em especial na área da saúde.

Portanto, apesar de sua nítida utilidade em determinadas situações, sob uma ótica estritamente pragmática, as normas impositivas não podem ser vistas como uma espécie de *panacea* para os conflitos federativos. Isso pode resultar em mais dificuldades para a formulação de estratégias de ação, mas o constituinte optou por ampliar a participação democrática, não cabendo, assim, recorrer ao autoritarismo com base na defesa da eficiência, termo inerentemente carregado de doses valorativas. Essa seria uma solução inconstitucional.

O segundo mecanismo — de transferências financeiras condicionadas — representa uma espécie de transferência intergovernamental, ou seja, um repasse de recursos financeiros entre os entes federados, seja por imposição constitucional, seja por decisão discricionária do órgão que concede o repasse, podendo ter um objetivo genérico ou determinado.³⁹⁸ Essas transferências condicionadas são, de fato, um mecanismo fundamental de integração em um sistema federalista, pois, conforme assinalado por Heleno Taveira Torres,³⁹⁹ o modelo federalista cooperativo atualmente adotado pelo Brasil é marcado pela convergência de diversos entes para a unidade

397 SOUZA, Celina. "Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988", *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 24, jun. 2005, p. 112.

398 GOMES, Emerson Cesar da Silva. "Fundamentos das transferências intergovernamentais", *Revista do TCU*, n. 110, 2007, p. 30.

399 TORRES, Heleno Taveira. "Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro", *R. Fórum Dir. Fin. e Econômico* — RFDPE, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, 2014, p. 26.

central do federalismo, que assume a responsabilidade pelo financiamento desses entes periféricos. Nesse contexto, a Constituição Financeira tem a função de “integrar a unidade central e as periféricas para um seguro e permanente financiamento do Estado”.⁴⁰⁰

No âmbito de concessão dessas receitas de transferências condicionadas, é possível classificá-las como *legais*, caso sua origem e seu valor sejam especificados em lei ou na Constituição; ou *discricionárias*, caso resultem de negociação entre os entes, sem vinculação com obrigação constitucional ou legal.⁴⁰¹ Já quanto à condicionalidade dessas transferências, é possível classificá-las como *livres*, quando o receptor desses recursos pode utilizá-los, ou como *condicionadas*, quando o uso desses recursos pelo receptor deve obedecer a uma finalidade predeterminada.⁴⁰²

No setor de saúde, essas transferências são estabelecidas na Lei nº 8.142/1990, que, entre outros pontos, disciplina as transferências condicionadas aos municípios, estados e ao Distrito Federal para cumprir ações e serviços de saúde por eles implementados, de acordo com critérios da própria lei e condições estabelecidas pelo Ministério da Saúde. No enfrentamento da crise da Covid-19, as transferências condicionadas, tratadas como auxílios financeiros diretamente vinculados à adoção de medidas de enfrentamento, desempenharam papel relevante, conforme se observa na análise da Lei Complementar nº 173, de 2020.

Esse mecanismo guarda algumas similaridades com as normas impositivas, já que também representa um instrumento de centralização de políticas públicas e de atuação administrativa. Entretanto, ao contrário das normas impositivas — instrumento de conformação compulsória —, as transferências condicionadas buscam conformidade e centralização por vias negociais, já que sua aceitação e a adoção de políticas públicas e normas centrais dela decorrentes

400 TORRES, Heleno Taveira. “Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro”, *R. Fórum Dir. Fin. e Econômico* — RFDFFE, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, 2014, p. 27.

401 PRADO, S.; QUADROS, W.; CAVALCANTI, C. E. *Partilha de recursos na federação brasileira*. São Paulo: Fundap, 2003, p. 23.

402 CONTI, J. *Federalismo fiscal e fundos de participação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 39-40.

não são compulsórias e vêm acompanhadas de contrapartida aos estados. Mas, apesar disso, as transferências condicionadas também apresentam suas fragilidades. Uma dessas fragilidades está no fato de que tais transferências apresentam custo para a União, dificultando sua viabilidade principalmente em momentos de crise. Ademais, por ser um mecanismo de cunho mais negocial, as transferências condicionadas apresentam fragilidades comuns ao processo de negociação, como, por exemplo, a dificuldade de chegar a um consenso para a distribuição de ganhos e perdas, de representação das partes e de desenvolvimento de uma base científica sólida para a resolução do problema⁴⁰³ (esse último ponto, inclusive, é ainda mais relevante em situações de crise).

O terceiro mecanismo consiste na criação, por União, estados, municípios ou Distrito Federal, de consórcios públicos (associação pública ou pessoa jurídica de direito privado) para a consecução de objetivos de interesse comum, conforme disciplinado na Lei Federal nº 11.107/2005 (Lei de Consórcios Públicos).

Esse tipo de mecanismo pode ser observado na crise atual da Covid-19, com a formação de consórcios entre estados para o endereçamento conjunto de problemas e dificuldades na área da saúde (p. ex., o caso do Consórcio Nordeste). Desse modo, os estados conseguem superar parte de suas deficiências técnicas e econômicas quando comparados com a União, o que confere maior eficiência à gestão descentralizada da crise. Entretanto, apesar da utilidade dos consórcios para a união de esforços entre os estados, do progressivo aumento na utilização desse mecanismo, assim como de sua utilidade na área da saúde pública, cabe observar, como Machado e Palotti assinalam,⁴⁰⁴ que esse instrumento contém as mesmas dificuldades inerentes ao processo de negociação anteriormente constatadas, principalmente se envolverem a União, a qual pode apresentar interesses difusos dos estados.

403 Conforme citadas em artigo de Susan Rose-Ackerman sobre negociações em âmbito regulatório (ROSE-ACKERMAN, Susan. "American Administrative Law Under Siege: is Germany a Model?", *Harvard Law Review*, v. 107, 1993, p. 1283.)

404 ROSE-ACKERMAN, Susan. "American Administrative Law Under Siege: is Germany a Model?", *Harvard Law Review*, v. 107, 1993, p. 73-77.

Por fim, as arenas intergovernamentais de pactuação ou comissões intergovernamentais são classificadas por Machado e Palotti⁴⁰⁵ como comissões reunindo representantes de cada esfera da federação para a deliberação acerca da implementação de ações e programas sociais. Essas arenas, segundo classificação de Machado e Palotti, são exclusivas da regulação e da legislação nas áreas de saúde e assistência social, não sendo utilizadas em outros setores. Entretanto, nada impede que um mecanismo de natureza similar, ou seja, de consulta e discussão entre entes públicos (p. ex., a realização de um processo de consulta pública), seja implementado em outros setores ou que envolvam outros entes administrativos (p. ex., agências reguladoras, consórcios públicos etc.), podendo também ocorrer de modo informal.

Ao contrário dos outros instrumentos, que têm natureza mais rígida em sua aplicação ou requerem disposições legais específicas, as comissões intergovernamentais apresentam-se como um mecanismo de organização negocial entre diferentes entes, tendo maior flexibilidade em sua aplicação. Soma-se a isso o fato de o processo de discussão e negociação entre diferentes entes (os próprios municípios, os estados, a União ou entidades administrativas de diferentes esferas da federação) criar um ambiente no qual todos têm papel mais ativo na elaboração de normas, estão mais próximos da decisão final e têm condições de esclarecer suas posições e preocupações diante dos outros participantes.⁴⁰⁶ Entretanto, essas comissões também apresentam obstáculos e fragilidades. As principais dificuldades desse instrumento são aquelas comuns aos mecanismos negociais. Ademais, por serem apenas um instrumento de organização dos entes envolvidos para a discussão do problema, não há garantia acerca dos resultados das discussões dessas comissões, nem meios claros de *enforcement* das posições externadas.

405 ROSE-ACKERMAN, Susan. "American Administrative Law Under Siege: is Germany a Model?", *Harvard Law Review*, v. 107, 1993, p. 71.

406 Essas vantagens do processo negocial são citadas por Phillip Harter no âmbito do processo de negociação regulatória (HARTER, Phillip J. "Negotiating Regulations: a cure for the malaise". *Environmental Impact Assessment Review*, v. 3, março de 1982, p. 75-81).

Em suma, a principal diferença entre os instrumentos apontados reside na via negocial ou impositiva, assim como na força de vinculação legal desses mecanismos.

Por fim, uma hipótese que pode ser extraída após a observação desses mecanismos e das situações práticas de conflito ocorridas no âmbito da pandemia do coronavírus diz respeito à insuficiência de meios impositivos para a coordenação centralizadora pela União com o propósito de resolver os problemas complexos que surgem em situações de crise. Um bom exemplo disso é a inabilidade do governo federal atual em criar uma política única de combate aos efeitos da crise que fosse seguida pelos estados (inabilidade que teve origem tanto na insuficiência dos mecanismos impositivos como no insucesso verificado nos processos de negociação com os estados).

Portanto, mesmo que os mecanismos impositivos desempenhem papel relevante na estrutura federativa, para que a União possa apresentar soluções eficientes de combate em situações de crise (de cunho econômico, sanitário ou outro), é indispensável envidar esforços e recorrer aos mecanismos adequados, a fim de produzir um ambiente de cooperação com os demais entes federados e, assim, facilitar a interação entre eles, inclusive com a obtenção de consensos. Isso também se aplica, de forma analógica, a outras entidades administrativas que compartilhem espaço normativo, administrativo ou regulatório entre si, principalmente se pertencerem a diferentes esferas da federação.

4. Conclusão

O federalismo brasileiro é marcado por uma estrutura complexa de competências que se inter-relacionam. Essa estrutura, de forma inevitável, conduz ao surgimento de ineficiências e dificuldades de atuação para os entes federados, principalmente nos espaços em que a competência desses entes se complementa ou se sobrepõe. Tais dificuldades mostram-se ainda mais relevantes em cenários de crise, principalmente em uma crise de impacto nacional que não pode ser combatida, de forma eficiente, em um

ambiente descentralizado, como ocorre com a atual crise sanitária e econômica relacionada à pandemia do coronavírus. Portanto, torna-se necessário recorrer a instrumentos que possibilitem maior união das políticas públicas vigentes e ações administrativas, para que se possa conferir maior cooperação no âmbito de combate à crise — resposta que se mostra mais compatível com o próprio modelo constitucional brasileiro, conforme observado nas decisões judiciais aqui citadas.

Esses instrumentos podem ser mais afetos à coordenação propriamente dita (impositiva) ou à cooperação negocial entre os entes federados. No primeiro caso, encontram-se mecanismos que outorgam à União e a outros entes administrativos federais (p. ex., Anvisa) autoridade para conformar as condutas dos entes estaduais e municipais. No segundo caso, encontram-se mecanismos que facilitam a negociação entre diferentes entes e sua atuação conjunta. Observa-se, contudo, que há argumentos contrários e favoráveis a cada uma dessas estratégias, revelando-se bastante difícil apontar qual é a mais adequada a cada caso.

É certo, contudo, que a adoção de um mecanismo em detrimento de outro deve ter como base a viabilidade de negociação (com base nos critérios referidos no tópico anterior e no clima político do período), a urgência necessária para a implementação das medidas e as particularidades da situação concreta que está sendo enfrentada, entre outros pontos.

Nesse contexto, independentemente da adoção de soluções negociais ou impositivas, a União parece desempenhar papel fundamental na organização da resposta à crise, já que ocupa posição única no cenário federal, incluindo a competência específica em certas frentes regulatórias (como o registro e a aprovação de medicamentos), detém maiores recursos financeiros e dispõe de meios para a conformação de condutas de outros entes. De todo modo, para que esse papel seja desempenhado com eficiência, espera-se que a União e seus representantes adotem uma postura conciliatória para evitar conflitos e, assim, propiciar uma tomada de decisão racional e técnica acerca dos mecanismos a serem adotados, principalmente

levando-se em consideração a relativa insuficiência, em determinados setores e situações, de mecanismos de coordenação impositiva, além da dificuldade no uso desses mecanismos em situações concretas (como nos casos aqui analisados).

Assim, critica-se a postura atual do governo federal na resposta à crise do coronavírus, não por seu mérito (que não foi objeto deste artigo), mas pelos métodos e procedimentos adotados. Isso porque, além do confronto com governos estaduais e municipais, pouco esforço foi empreendido para conciliar posições ou conformar ações, o que gerou descoordenação e ineficiência no combate à crise. Da mesma forma, a tentativa de impor soluções centrais com a adoção de mecanismos impositivos não surtiu efeitos relevantes, o que se pode atribuir à própria insuficiência desses mecanismos ou ao modo como a União os utilizou — além do potencial questionamento de sua constitucionalidade.

Por fim, observa-se que, não obstante o papel central da União na escolha dos mecanismos a serem empregados para enfrentar situações de crise, os instrumentos apresentados, principalmente os consórcios públicos, também podem servir a uma comunhão de esforços entre estados ou municípios, com vistas a superar eventuais insuficiências técnicas e financeiras. Com isso, amplia-se a viabilidade de enfrentamento da crise por esses entes nas situações em que não se verifica uma efetiva cooperação de esforços da União.

Referências

- ABRUCIO, Fernando Luiz *et al.* “Combate à COVID-19 sob o federalismo bolsonarista: um caso de descoordenação intergovernamental”, *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 54, n. 4, aug. 2020. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122020000400663&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 25 out. 2020.
- ACIR — Advisory Commission on Intergovernmental Relations. The condition of contemporary federalism: conflicting theories and collapsing constraints. Washington, UNT, 1987, Disponível em: <https://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metadc1339/>.
- ARRETCHE, Marta. “Mitos da descentralização: mais democracia e eficiência nas políticas públicas”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 11, n. 31, 1996.

- ARRETCHE, Martha; MARQUES, Eduardo. "Condicionantes locais da descentralização das políticas de saúde". In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (orgs.). *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fio-cruz, s.d.
- CONASS. Painel Conass COVID-19. Disponível em: <https://www.conass.org.br/painelconasscovid19/>. Acesso em: 26 out. 2020.
- CONTI, J. *Federalismo fiscal e fundos de participação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. "Organização do estado brasileiro: diferença entre competência material e competência legislativa". In: DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FERRARI, Sérgio. "O município na federação brasileira: limites e possibilidades de uma organização assimétrica". Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010.
- FRANZESE, Cibele. "Federalismo cooperativo no Brasil: da Constituição de 1988 aos sistemas de políticas públicas". Tese (Doutorado). Escola de Administração de Empresas de São Paulo, 2010.
- FREEMAN, Jody; ROSSI, Jim. "Agency Coordination in Shared Regulatory Space", *Harvard Law Review*, v. 125, 2012.
- GOMES, Emerson Cesar da Silva. "Fundamentos das transferências intergovernamentais", *Revista do TCU*, n. 110, 2007.
- HELLER, Michael A. "The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets", *Harvard Law Review*, 111, 1998.
- HARTER, Phillip J. "Negotiating Regulations: A Cure for the Malaise", *Environmental Impact Assessment Review*, v. 3, março de 1982.
- MACHADO, J. A.; PALOTTI, P.L.M. "Entre cooperação e centralização: federalismo e políticas sociais no Brasil pós-1988", *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 30, n. 88, jun. 2015.
- MOHN, Paulo. "A repartição de competências na Constituição de 1988", *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 47, n. 187, jul.-set. 2010, p. 220. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198704/000897830.pdf?sequence=1>>
- NASCIMENTO, Renato Mendes do. "Repartição constitucional de competência", *Revista Jus Navigandi*, agosto de 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59501/reparticao-constitucional-de-competencia>.
- OBINGER, Herbert; LEIBFRIED, Stephan; CASTLES, Francis (orgs.). *Federalism and the Welfare State: New World and European Experiences*. New York: Cambridge University, 2005.
- PETERSON, Paul E. *The price of federalism*. Washington: The Twentieth Century Fund, 1995.
- PRADO, S.; QUADROS, W.; CAVALCANTI, C.E. *Partilha de recursos na federação brasileira*. São Paulo: Fundap, 2003.

- RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O federalismo assimétrico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- ROSE-ACKERMAN, Susan. "American Administrative Law Under Siege: is Germany a Model?", *Harvard Law Review*, v. 107, 1993.
- SARLET, Ingo Wolfgang. "Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988", *Revista Diálogo Jurídico*, ano 1, v. 1, n. 1, abril de 2001.
- SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos Práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2012.
- SHALDERS, André. "Como disputa entre Bolsonaro e Doria pode atrasar vacina contra Covid-19". Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-54639750>. Acesso em: 21 out. 2020.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SOUZA, Celina. "Federalismo, Desenho Constitucional e Instituições Federativas no Brasil Pós-1988", *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 24, jun. 2005.
- TORRES, Heleno Taveira. "Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro", *R. Fórum Dir. Fin. e Econômico — RFDFFE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, 2014.
- WATTS, Ronald. "Origins of Cooperative and Competitive Federalism". In: GEER, S. L. (org.). *Territory, Democracy and Justice*. Londres: Polgrave Macmillan, 2006.

Maria Eduarda Vianna

Contas digitais como meios de distribuição de recursos emergenciais

13

Contas digitais como meios de distribuição de recursos emergenciais

Maria Eduarda Vianna⁴⁰⁷

Resumo

Este trabalho pretende demonstrar que a escolha governamental de utilização de contas digitais como meio de distribuição de recursos emergenciais em um contexto de pandemia de Sars-CoV-2 (coronavírus) decorre de uma tendência de consumo por produtos e serviços financeiros digitais que foi possibilitada por uma agenda regulatória voltada à inovação, à competitividade e à inclusão financeira. Notou-se, a partir de dados coletados junto à Febraban, que (i) não apenas houve o reforço dessa tendência de digitalização em virtude da necessidade de prática de isolamento social, aumentando o consumo de produtos e a utilização de meios digitais, e a consequente e expressiva redução de utilização de canais físicos; como também (ii) houve uma bancarização massiva da população por meio da criação de contas de poupança digitais junto à Caixa Econômica Federal, permitindo que os recursos chegassem a seus destinatários finais, em virtude da capilaridade e da conveniência das contas digitais.

Palavras-chave: Regulação financeira. Meios de pagamento. Contas digitais. Pandemia.

1. Introdução

Em março de 2020, houve a decretação de regime de calamidade pública no Brasil, decorrente da pandemia de Sars-CoV-2 (coronavírus),⁴⁰⁸ trazendo, entre outros desafios, a necessidade de rápida disponibilização de crédito e recursos a pessoas físicas ou jurídicas, a fim de mitigar seus efeitos e manter aquecidos diferentes

407 Mestranda em Direito da Regulação na Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV-RJ), com ênfase em Regulação Financeira; graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), com ênfase em Direito Empresarial. Advogada.

408 BRASIL. Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: nov. 2020.

setores da economia. Enquanto alguns segmentos, como farmácias e supermercados, notaram aumento em seus faturamentos, outros, como bares e restaurantes, precisaram não apenas reinventar seus modelos de negócios para não falir,⁴⁰⁹ como também recorrer a empréstimos para rolar dívidas e buscar manter o fluxo de caixa em dia. Em muitos casos, houve a necessidade de demitir funcionários como estratégia de redução de custos, e o prognóstico era bastante ruim, com a formação de uma massa de desempregados, pessoas em situações extremas (para além da dificuldade de acesso a serviços de saúde), aumento de violência, entre outros.

Diante dessa nova realidade que se impôs, o governo deparou-se com a necessidade de reagir rapidamente. Dadas as proporções do difícil cenário, cujas consequências e desdobramentos seriam ainda mais graves se o governo demorasse a reagir, a alternativa era a rápida criação de programas emergenciais e de políticas regulatórias focadas no combate aos efeitos da pandemia. Em abril de 2020, foi editada a Lei nº 13.982, a qual estabeleceu medidas excepcionais de proteção social durante o enfrentamento da pandemia de coronavírus. Essa lei estabeleceu o auxílio emergencial de R\$ 600,00 (seiscentos reais)⁴¹⁰ pelo período de três meses ao trabalhador que atendesse cumulativamente a determinados requisitos ali previstos:⁴¹¹ de forma geral, a condição de trabalhadores

409 Durante a pandemia de coronavírus, o IBGE criou o estudo Pulso Empresa, que pretende acompanhar os efeitos desse evento sobre as empresas brasileiras. Para mais informações, veja: <https://covid19.ibge.gov.br/pulso-empresa/>. Acesso em: nov. 2020.

410 Sendo R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) no caso de mulher provedora de família monoparental.

411 "Art. 2º Durante o período de 3 (três) meses, a contar da publicação desta Lei, será concedido auxílio emergencial no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) mensais ao trabalhador que cumpra cumulativamente os seguintes requisitos: I — seja maior de 18 (dezoito) anos de idade, salvo no caso de mães adolescentes; II — não tenha emprego formal ativo; III — não seja titular de benefício previdenciário ou assistencial ou beneficiário do seguro-desemprego ou de programa de transferência de renda federal, ressalvado, nos termos dos §§ 1º e 2º, o Bolsa Família; IV — cuja renda familiar mensal per capita seja de até 1/2 (meio) salário-mínimo ou a renda familiar mensal total seja de até 3 (três) salários mínimos; V — que, no ano de 2018, não tenha recebido rendimentos tributáveis acima de R\$ 28.559,70 (vinte e oito mil, quinhentos e cinquenta e nove reais e setenta centavos); e VI — que exerça atividade na condição de: a) microempreendedor individual (MEI); b) contribuinte individual do Regime Geral de Previdência Social que contribua na forma do caput ou do inciso I do § 2º do art. 21 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991; ou c) trabalhador informal, seja empregado, autônomo ou desempregado, de qualquer natureza, inclusive o intermitente inativo, inscrito no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico) até 20 de março de 2020, ou que, nos termos de autodeclaração, cumpra o requisito do inciso IV." Para maiores informações, veja: BRASIL. Lei nº 13.982, de 2 abril de 2020. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13982.htm. Acesso em: nov. 2020.

informativos e cidadãos inscritos no Programa Bolsa Família no Cadastro Único de Programas Sociais (CadÚnico).

Com vistas à manutenção de empregos, o governo instituiu a Medida Provisória nº 936/2020,⁴¹² a qual determinou a criação do Benefício Emergencial (BEm), com o escopo de contribuir, de forma proporcional à redução do salário, e a partir da disponibilização de seguro-desemprego, com a renda de trabalhadores que tivessem seus contratos de trabalho suspensos ou cujos salários sofressem redução. Essa medida também garantiu aos trabalhadores estabilidade no emprego por igual período após o término do recebimento do benefício. No mesmo sentido, a Medida Provisória nº 946/2020⁴¹³ autorizou o Saque Emergencial do FGTS, que permitiu o levantamento de até R\$ 1.045,00 (mil e quarenta e cinco reais) por trabalhador titular de conta FGTS com saldo, incluindo contas ativas e inativas. Todas essas iniciativas, entre outras medidas, buscaram dar assistência direta e rápida à população, com a injeção de recursos emergenciais.

Ocorre, no entanto, que, não obstante a urgência na distribuição de dinheiro, grande parte da população brasileira é “desbancarizada”,⁴¹⁴ o que representa um desafio ao objetivo regulatório. De acordo com dados do Instituto Locomotiva, um em cada três brasileiros com mais de 16 anos não tem conta em banco, o equivalente a, aproximadamente, 45 milhões de pessoas que movimentam cerca de R\$ 817 bilhões anuais na economia nacional.⁴¹⁵ Assim, a distribuição de auxílio financeiro emergencial impõe uma questão de eficiência logística fundamental ao seu propósito regulatório: como fazê-lo de forma rápida, segura e eficiente.

412 Anteriormente à edição da MP nº 936/2020, o governo editou a MP nº 927/2020, que disciplinou o teletrabalho, a antecipação de férias individuais e coletivas, o uso de banco de horas e feriados, as licenças não remuneradas, entre outros.

413 BRASIL. Medida Provisória nº 946, de 7 de abril de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv946.htm. Acesso em: nov. 2020.

414 O termo “desbancarizado” não significa, neste trabalho, o movimento de clientes percebido a partir de 2015, no sentido de desintermediação financeira, mas, sim, de pessoas que se encontram à margem do Sistema Financeiro Nacional.

415 INSTITUTO LOCOMOTIVA. “Um em cada três brasileiros não tem conta em banco, mostra pesquisa Locomotiva”. Disponível em: <https://www.locomotiva.com.br/single-post/2019/09/24/Um-em-cada-tr%C3%AAs-brasileiros-n%C3%A3o-tem-conta-em-banco-mostra-pesquisa-Lo-comotiva>. Acesso em: nov. 2020.

Este estudo descritivo pretende demonstrar que a capacidade de rápido escoamento de recursos emergenciais decorrentes de medidas governamentais de combate à pandemia de coronavírus à população procede de uma agenda regulatória financeira voltada à inclusão financeira, à inovação e à competitividade. Essa pauta permitiu o desenvolvimento de produtos e serviços on-line, conferindo maior agilidade, praticidade e conveniência na transmissão de recursos de modo eletrônico, além de desburocratizar os processos de contratação de abertura de contas bancárias.

Nesse sentido, busca-se demonstrar que a criação de contas digitais é condição necessária (embora não suficiente) à rápida transferência de recursos em um contexto emergencial marcado pela necessidade de isolamento social, que inviabilizou a utilização dos outros métodos tradicionais de pagamento (como cartões plásticos, dinheiro, cheques, entre outros). Nota-se que, embora não tenha ocorrido o abandono das formas tradicionais de pagamentos, houve uma redução drástica, seguida de forte tendência à adoção de meios de realização de transações bancárias sem qualquer contato físico, o que promoveu, portanto, uma aceleração expressiva na demanda por produtos e serviços on-line.

Este trabalho encontra-se estruturado da seguinte forma: na primeira seção, faz-se uma breve apresentação sobre as tendências no mercado de transações bancárias, de modo a demonstrar a preferência dos consumidores pela prestação de serviços financeiros on-line, sobretudo por meio de *mobile banking*. Acompanhando esse movimento, e como produto capaz de atender à realização de transações on-line, as contas digitais também têm demonstrado crescimento expressivo. Na segunda seção, busca-se demonstrar como a regulação financeira brasileira relativa às contas digitais buscou implementar mecanismos capazes de promover a inclusão financeira. A seção subsequente se encarrega de apresentar alguns resultados dos programas de distribuição e benefícios emergenciais sob o foco do comportamento das transações bancárias. Por fim, serão apresentadas as conclusões pertinentes no último tópico deste estudo.

2. Tendência ao *mobile banking* e às contas digitais

O desenvolvimento e a utilização em larga escala da internet deram azo à criação de novas tecnologias em dimensão global, sobretudo no setor de telecomunicações, com tecnologias 2G, 3G, 4G, 4.5G, *Wi-Fi*, computadores, *smartphones*, *tablets*, entre outros. Esse avanço tecnológico significativo nas últimas décadas promoveu uma tendência ao consumo de dados e ao desenvolvimento de aparelhos digitais, que rapidamente passaram a fazer parte do cotidiano de muitos brasileiros. De acordo com dados da 31ª Pesquisa Anual do Centro de Tecnologia de Informação Aplicada da Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, em junho de 2020 havia cerca de 342 milhões de dispositivos portáteis, considerando *tablets*, computadores, *smartphones*, entre outros), mantendo-se a média indicada no ano anterior, qual seja, de 1,6 dispositivo portátil por habitante.⁴¹⁶

A criação e o desenvolvimento de uma economia digital possibilitaram o surgimento de novos modelos de negócios. Essas inovações buscaram oferecer produtos e serviços personalizados, simples e direcionados, com o propósito de atender às expectativas e necessidades de seus clientes, resignificando a relação de consumo e realocando a (boa) experiência do cliente como norteadora do desenvolvimento de produtos e serviços.

No mercado financeiro, não foi diferente. Nesse setor, buscou-se a implementação dessas tecnologias disruptivas, a fim de se promover vantagens competitivas e fidelizar o cliente com o oferecimento de uma melhor experiência do usuário. Cumpre destacar, no entanto, que a aplicação de tecnologias inovadoras ao setor financeiro não é novidade, o que é percebido há décadas, conforme ressalta Bruno Diniz.⁴¹⁷

416 FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. "31ª Pesquisa Anual do Centro de Tecnologia de Informação Aplicada da Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas". 2020. Disponível em: <https://eaesp.fgv.br/producao-intelectual/pesquisa-anual-uso-ti> Pesquisa Anual do Uso de TI. Junho, 2020. Acesso em: nov. 2020.

417 DINIZ, Bruno. *O fenômeno Fintech: tudo sobre o movimento que está transformando o mercado financeiro no Brasil e no mundo*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2019.

De acordo com a Pesquisa Febraban de Tecnologia Bancária 2019⁴¹⁸, os canais digitais ampliaram sua participação no mercado brasileiro de pagamentos, sendo seis a cada dez transações bancárias realizadas por celular ou computador. O número de transações via *mobile banking* aumentou cerca de 24%, enquanto outras modalidades de transação bancária cresceram, em média, 8% em 2018, o que permite inferir que o celular passou a ter preferência quando comparado a outras modalidades de transações bancárias.

De acordo com o relatório, o número de transações realizadas por *mobile banking* aumentou aproximadamente 80% de 2017 para 2018, o que revela maior adesão para a realização de aplicações, investimentos, pagamento de contas, transferências, entre outros. Esse canal segue como o preferido também em relação ao *internet banking*,⁴¹⁹ sobretudo para o pagamento de contas e transferências bancárias (incluindo DOC e TED). Comparativamente, o volume de pagamentos de contas por meio do *internet banking* manteve-se estável.

A Pesquisa Febraban de Tecnologia Bancária 2020⁴²⁰, por sua vez, demonstra que o *mobile banking* segue na tendência de se consolidar como um canal fundamental na realização de transações financeiras e na contratação de produtos dessa natureza, atingindo a marca de 39,4 bilhões de transações, correspondentes a 44% das transações totais.⁴²¹ Novamente, comparando-se os canais de *mobile banking* e *internet banking*, nota-se que, enquanto os primeiros cresceram 41%, os segundos registraram uma leve queda de 2%. Também foi possível notar que as operações sem movimentação

418 FEBRABAN. Deloitte. Pesquisa FEBRABAN de Tecnologia Bancária 2019. Disponível em: <https://www2.deloitte.com/br/pt/pages/financial-services/articles/pesquisa-deloitte-febraban-tecnologia-bancaria.html>. Acesso em: nov. 2020.

419 Em 2017, houve 1,7 bilhão de transações com movimentação financeira pelo celular — cerca de metade dos 3,5 bilhões de operações desse tipo feita pelo computador. Em 2018, foram realizados 3 bilhões de transações bancárias com movimentação financeira por *mobile*, próximo dos 3,9 bilhões de operações com movimentação financeira realizadas via *internet banking* no mesmo período. Link do relatório de 2018.

420 FEBRABAN. Pesquisa Febraban de Tecnologia Bancária 2020. Disponível em: <https://www2.deloitte.com/br/pt/pages/financial-services/articles/pesquisa-febraban-tecnologia-bancaria.html>. Acesso em: nov. 2020.

421 Considerando os seguintes canais: *internet banking*, ATM, POS, agências, correspondentes e *contact centers*.

financeira migraram dos ATMs⁴²² e do *internet banking* para o *mobile banking*.

No que diz respeito às contas digitais, a Pesquisa 2019 identificou a abertura de 2,5 milhões de contas pelo celular, que corresponderiam a um acréscimo de 56% em relação ano anterior, atingindo setenta milhões de contas que usam *mobile banking* em comparação aos 57 milhões do ano anterior. O *internet banking*, por sua vez, registrou aumento de 26 mil contas em 2017 para 434 mil em 2018. Desse modo, é possível inferir a tendência de migração à utilização de canais digitais para contratação e serviços financeiros, sendo o *mobile banking* o canal favorito dos usuários de modo geral e apresentando diferenças bastante expressivas e cada vez maiores em relação ao *internet banking*.

Diante da observação dessas tendências pela utilização de *mobile banking* e abertura de contas digitais para utilização de serviços financeiros, as instituições financeiras têm investido cada vez mais em tecnologia, a fim de que a oferta de serviços possa acompanhar essa demanda pelo formato digital. A intenção é manter a fidelidade de seus clientes e evitar que migrem para concorrentes como o Nubank, que se tornou o mais relevante banco digital do país (sexta maior instituição financeira), com uma carteira de cerca de vinte milhões de clientes. A construção desse ambiente financeiro voltado à tecnologia, à competição e ao oferecimento de novas modalidades de serviços, no entanto, não foi espontânea; decorreu de uma agenda regulatória voltada à inovação e à inclusão financeira, a qual será analisada a seguir.

3. Regulamentação de contas digitais e inclusão financeira

Não obstante grande parte da população brasileira não ter acesso a produtos e serviços financeiros, o último relatório publicado da *Global Findex Database*⁴²³ indica que o Brasil lidera na Améri-

422 Automatic Teller Machine ou caixas eletrônicos.

423 O *Global Findex Database* é um relatório trianual publicado pelo Banco Mundial. THE WORLD BANK. The Global Findex Database 2017. Disponível em: <https://globalfindex.worldbank.org/>. Acesso em: nov. 2020.

ca Latina como o país com maior número de pessoas acima de 15 anos que têm contas em instituições financeiras (cerca de 70%). Essa mesma pesquisa também apontou que o principal motivo pelo qual os entrevistados não tinham conta bancária provinha do fato de não disporem de recursos suficientes para usar uma conta; cerca de 25% deles atribuíram a não abertura de contas ao custo de manutenção e à distância a ser percorrida até uma agência bancária.

Especificamente quanto ao custo de manutenção e à incidência de tarifas, o Conselho Monetário Nacional editou a Resolução CMN nº 3.518/07,⁴²⁴ que previa, em seu artigo 2º, a existência de serviços bancários considerados essenciais a pessoas físicas sobre os quais não poderia haver qualquer incidência de tarifa. A referida norma foi revogada, mas a Resolução CMN nº 3.919/2010,⁴²⁵ que atualmente regulamenta o tema (conforme alterada), manteve essa iniciativa, tanto para contas de depósito como para contas de poupança. Assim, a inclusão financeira pode ser considerada uma questão de exercício de cidadania, sendo os serviços bancários tidos como essenciais.

No que concerne ao quesito da distância, o regulador financeiro acompanhou esse movimento de digitalização bancária⁴²⁶ e resolveu editar a Resolução CMN nº 4.480/2016,⁴²⁷ que dispôs acerca da abertura e do encerramento de contas de depósito por meio eletrônico, despertando o interesse de algumas empresas no oferecimento desse tipo de serviço e, por conseguinte, de entrar nesse mercado. Conforme destaca Carlos Ragazzo, a conta digital (ou conta eletrônica) não permite que o cliente tenha uma interação física com uma

424 CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. Resolução nº 3.518, de 6 de dezembro de 2007. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o&numero=3518>. Acesso em: nov. 2020.

425 CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. Resolução nº 3.919, de 25 de novembro de 2010. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o&numero=3919>. Acesso em: nov. 2020.

426 De acordo com o Relatório de Economia Bancária 2019, a digitalização bancária “é a transformação dos serviços bancários para o formato on-line e digital, bem como a transformação dos processos internos que mantêm a estrutura que sustenta essa transformação”. BANCO CENTRAL DO BRASIL. Relatório de Economia Bancária 2019. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/publicacoes/relatorioeconomibancaria>. Acesso em: nov. 2020.

427 CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. Resolução nº 4.480, de 25 de abril de 2016. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o&numero=4480>. Acesso em: nov. 2020.

agência bancária, tal como na prestação de serviços de contas correntes tradicionais — o que explica sua nomenclatura —, mas apresenta funcionalidades semelhantes às aquelas, como realização de pagamentos, transferências e saques.⁴²⁸ Sua principal vantagem é o fato de serem, em geral, isentas de tarifas para os clientes que utilizam apenas canais eletrônicos em seu relacionamento, o que torna o produto mais barato e, conseqüentemente, mais acessível.⁴²⁹

Recentemente, a Resolução CMN nº 4.480/2016 foi alterada pela Resolução CMN nº 4.753/2019, que prevê a abertura de conta de depósito a partir de um processo de qualificação simplificado, observados os limites adequados e compatíveis de saldo e aporte de recursos para sua movimentação.⁴³⁰ Como é de se imaginar, essa flexibilidade permitiu um verdadeiro *boom* de aberturas de contas digitais, acolhendo uma demanda não atendida por esse serviço financeiro (liderada, sobretudo, pelas *fintechs*). Com vistas a assegurar direitos e obrigações mínimos a seus clientes e o atendimento a algumas regras prudenciais e de atendimento à prevenção de lavagem de dinheiro, exige-se, contudo, que alguns requisitos sejam cumpridos no contrato de prestação de serviços (art. 4º), incluindo as providências necessárias ao encerramento da conta digital (art. 5º).

Apesar de não contarem com um tipo de licença específica, algumas empresas oferecem apenas contas digitais, sem qualquer forma de interação com o cliente, passando a ser considerados “bancos digitais”.⁴³¹ De acordo com o Relatório de Economia Bancária do

428 Estes últimos, a partir de ATMs de concorrentes e/ou caixas eletrônicos 24 horas.

429 RAGAZZO, Carlos. *Regulação de meios de pagamento*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 81.

430 “Art. 2º As instituições referidas no art. 1º, para fins da abertura de conta de depósitos, devem adotar procedimentos e controles que permitam verificar e validar a identidade e a qualificação dos titulares da conta e, quando for o caso, de seus representantes, bem como a autenticidade das informações fornecidas pelo cliente, inclusive mediante confrontação dessas informações com as disponíveis em bancos de dados de caráter público ou privado. (...) § 2º É admitida a abertura de conta de depósitos com base em processo de qualificação simplificado, desde que estabelecidos limites adequados e compatíveis de saldo e de aportes de recursos para sua movimentação.” CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. Resolução nº 4753, de 26 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidade/financeira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o&numero=4480>. Acesso em: nov. 2020.

431 Além do Nubank, destacam-se também Banco Inter, Banco C6, Banco Original, entre outros.

Banco Central do Brasil (2019), esses tipos de instituições financeiras operantes apenas no meio digital ainda encontram dificuldade no oferecimento de preços competitivos em determinados serviços, como saques em terminais de autoatendimento, em virtude do acesso diferenciado a estruturas de mercado controladas por outros bancos, mas constituem, no entanto, uma aposta para os próximos anos.⁴³²

De todo modo, independentemente do posicionamento de mercado dos bancos digitais, nota-se um estímulo à inclusão financeira a partir da criação de um ambiente regulatório desburocratizado, voltado a garantir, a partir de processos simplificados de integração, o acesso a serviços financeiros a todos por meio de um mero “clique” de distância da contratação de contas bancárias. Evidentemente, a redução do ônus regulatório na abertura de contas digitais interessou novos entrantes, tendo redobrado a atenção dos grandes conglomerados financeiros. Isso porque, essa nova modalidade de serviço de conta apresenta uma série de vantagens que induz não apenas o acesso ao sistema financeiro, mas também a migração de clientes de instituições tradicionais para outras que sejam mais simples, baratas e desburocratizadas.

Como consequência, alguns conglomerados financeiros passaram a também oferecer essa modalidade de serviço, com vistas a manter seus clientes fidelizados e o contínuo acesso aos dados transacionais deles, o que lhes permite a definição de melhores estratégias no oferecimento de produtos adequados ao momento de vida de seus clientes, gerando, assim, maiores chances de contratação de outros produtos e serviços do conglomerado financeiro, em uma espécie de monopólio situacional. Assim, conforme ressaltam Erik Oioli, Rafael Silva e Matheus Zilioti,⁴³³ todas as partes envolvidas são beneficiadas por essa nova forma de prestação de serviços. De um lado, os clientes passam a ter acesso a uma gama maior de instituições financeiras a partir de um procedimento simplificado;

432 BANCO CENTRAL DO BRASIL. Relatório de Economia Bancária 2019. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/publicacoes/relatorioeconomiabancaria>. Acesso em: nov. 2020.

433 OIOLI, Erik Frederico (org.). *Manual de direito para startups*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 194-196.

de outro, o banco passa a ter a capacidade de atingir um número maior de clientes em potencial.

Observa-se, assim, que as contas digitais não apenas constituem serviços de fácil contratação, o que incentiva maior acesso ao sistema financeiro, como também serviços baratos, em virtude da isenção ou da baixa cobrança de tarifas, em atendimento à Resolução CMN nº 3.919/2010, sendo, portanto, passíveis de manutenção por correntistas de baixa renda. Soma-se a tais constatações o fato de as contas digitais terem uma capacidade de capilaridade significativamente maior do que as contas de depósito e contas de poupança tradicionais, que requisitavam, até então, a presença física de seus titulares para sua abertura. Logo, essas contas têm o condão de promover a inclusão financeira àqueles que careceriam de prestação de serviços dessa natureza por residirem em localidades que não contam com agências bancárias.

As contas digitais também são práticas, visto que facilmente acessíveis por meio de dispositivos eletrônicos, os quais, conforme se viu, detêm uma proporção de 1,6 por habitante brasileiro. Nesse sentido, em que pese a existência de cidadãos com vários dispositivos eletrônicos e outros sem nenhum, é possível crer em uma verdadeira disseminação de dispositivos móveis entre a população brasileira, de modo que os serviços financeiros eletrônicos como *mobile banking* e contas digitais estão — praticamente — ao alcance de todos.

Finalmente, para além desses motivos, um fator igualmente relevante à utilização desse produto como meio para distribuição de benefícios e auxílios emergenciais do governo decorre justamente do fato de serem eletrônicos e, portanto, livres de qualquer forma de contato físico. Tal característica permite não apenas a redução na aglomeração de pessoas para o recebimento dos recursos, como também a possibilidade de obtê-los sem sair de casa. Por conseguinte, as contas digitais passam a ser veículos eficientes para a distribuição de crédito de forma rápida, simples e desburocratizada a um número massivo de pessoas, de forma segura, o que releva sua conveniência como meio escolhido para a realização de políticas públicas emergenciais.

4. Contas digitais como meios de distribuição de recursos emergenciais e seus efeitos nas transações bancárias

Para o processamento dos recursos atrelados aos programas de Auxílio Emergencial, Benefício Emergencial e saques emergenciais do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), o governo optou por centralizar sua distribuição na Caixa Econômica Federal (CEF), na qualidade de instituição financeira que tem a forma de empresa pública vinculada ao Ministério da Economia. A escolha da CEF para a distribuição desses recursos decorre não apenas de sua proximidade institucional ao Ministério da Economia, mas também de sua extensa base de clientes, permitindo maior alcance dos programas.

O recebimento dos recursos — por aqueles beneficiários que não tiveram qualquer dificuldade sistêmico no cadastro — foi relativamente simples, sendo requisitado o cadastro no aplicativo Caixa Auxílio Emergencial, nos formatos iOS ou Android, e, ainda, no Caixa Tem, disponível em Android. Em maio de 2020, já haviam sido realizados mais de 75,7 milhões do aplicativo Caixa Auxílio Emergencial e 80,1 milhões do Caixa Tem, tendo sido realizados 51,1 milhões de cadastros.⁴³⁴ Os beneficiários poderiam, no entanto, indicar outras contas-correntes para recebimento, exceto no caso daqueles que já detinham conta de poupança na entidade, que, então, receberiam os benefícios por ela. Para aqueles que não tinham conta em nenhuma instituição financeira, a CEF abriu, gratuitamente, uma conta poupança digital, com a possibilidade de movimentação e saques realizados por meios físicos ou digitais.

A conta poupança digital da CEF permite a realização de até três transferências mensais para contas de qualquer banco (sendo ilimitadas para aquelas destinatárias na CEF) e, durante a pandemia, não haveria a cobrança de taxas e tarifas bancárias de transferências a outras instituições financeiras. Além disso, essa modalidade

434 BUTCHER, Isabel. "Auxílio emergencial: R\$ 2,3 bilhões vão para outros bancos", *Mobile time*. Publicado em 5 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.mobiletime.com.br/coronavirus/05/05/2020/caixa-deposita-auxilio-emergencial-em-outros-50-bancos-entre-eles-nubank-e-inter/>. Acesso em: nov. 2020.

de conta também permite o pagamento de contas domésticas e de boletos bancários pelo aplicativo Caixa Tem. Em razão da parceria existente entre a CEF e as casas lotéricas (estas, que atuam na qualidade de correspondentes bancários), o benefício poderia ser sacado presencialmente, se assim fosse desejado pelo beneficiário, nestas últimas.⁴³⁵ De acordo com o presidente da CEF, Pedro Guimarães, em entrevista coletiva on-line concedida em agosto de 2020, a CEF teria realizado o pagamento de R\$ 179 bilhões a título de Auxílio Emergencial, beneficiando cerca de 66,9 milhões de pessoas. Divulgou, ainda, que 109 milhões de pessoas se teriam cadastrado (e tiveram esse cadastramento processado), revelando-se elegíveis ao recebimento do benefício apenas 67,2 milhões.⁴³⁶

No que diz respeito aos impactos da pandemia nas transações bancárias, a Pesquisa 2020⁴³⁷ demonstrou que, até então, houve um crescimento de 22% nas transações bancárias⁴³⁸ realizadas por pessoas físicas; em contrapartida, houve uma queda de 53% nas transações realizadas em agências bancárias e de 19% nos ATMs. Evidentemente, esse resultado de queda em meios presenciais era esperado, considerando-se a necessidade de isolamento social. Do mesmo modo, houve crescimento dos canais digitais (74%) do total de transações pesquisadas em abril de 2020.

Especificamente em relação aos canais digitais, não houve grande alteração na composição de transações de pessoas jurídicas, embora tenham diminuído de volume (de 262 milhões para 231 milhões). No caso das pessoas físicas, diferentemente, houve aumento

435 Agência Brasil. "Portal Gazetaweb.com. Benefício emergencial não sacado de conta digital voltará ao governo". Publicado em 03 de maio de 2020. Disponível em: https://gazetaweb.globo.com/portal/noticia/2020/05/beneficio-emergencial-nao-sacado-de-conta-digital-voltara-ao-governo_104544.php#:~:text=Criada%20para%20atender%20%C3%A0s%20pessoas,outras%20contas%20de%20qualquer%20banco.&text=O%20benef%C3%ADcio%20pode%20ser%20pedido,benef%C3%ADcio%20ser%C3%A1%20pago%20at%C3%A9%20junho. Acesso em: nov. 2020.

436 SIMÃO, Edna. "Caixa já efetuou R\$ 179 bi em pagamentos do auxílio emergencial", *Valor Econômico*. Publicado em 27 de agosto de 2020. Disponível em: <https://valor.globo.com/financas/noticia/2020/08/27/caixa-ja-efetuou-r-179-bi-em-pagamentos-do-auxilio-emergencial.ghtml>. Acesso em: nov. 2020.

437 Neste ponto cumpre notar que houve preocupação da autora em manter a mesma fonte de dados, por entender que haveria uma padronização no processamento de dados passíveis de mitigar os riscos de enviesamento, além de facilitar a comparação dos dados pesquisados.

438 Considerados saldos, transferências, contratação de crédito, consulta de investimentos, depósitos, pagamentos de contas, saques e recargas de celular.

de 19% na utilização desses canais entre janeiro e abril de 2020, acompanhado pela queda de cerca de 25% nas transações por canais tidos como tradicionais (agências, ATMs e correspondentes).

O *mobile banking* não apenas segue como canal favorito, como também teve uma expansão significativa comparada ao ano anterior, sobretudo em consultas de investimentos (105%) e contratação de crédito (61%). O *internet banking*, por sua vez, apresentou aumentos mais relevantes em transferências e consultas de investimentos, ambas em torno de quase 50%. Comparativamente, os canais tradicionais, como agências e ATMs, demonstraram quedas expressivas, como já era esperado.

Esses dados permitem concluir que não apenas houve reforço na tendência de utilização de canais digitais para serviços e produtos bancários, como também houve um nítido deslocamento dos canais tradicionais para os canais digitais, o que pode ser explicado pelas políticas de isolamento social. No mesmo sentido, uma parcela significativa da população até então considerada “desbancarizada” necessariamente precisou abrir contas digitais para ter acesso aos benefícios e auxílios emergenciais, de modo que é possível constatar que o movimento de inclusão financeira, o qual vinha sendo estimulado pelo regulador financeiro ao longo dos anos por medidas voltadas à criação de serviços essenciais isentos de tarifas, desburocratização de aberturas de contas, entre outros, foi acelerado por um processo integralmente espontâneo.

5. Conclusão

Este trabalho pretendeu demonstrar uma tendência à contratação de produtos e serviços digitais que foi acelerada em virtude da ocorrência da pandemia de Sars-CoV-2. Em decorrência, para o recebimento de benefícios e auxílios emergenciais, houve a necessidade de abertura de contas bancárias digitais, sendo a CEF a entidade centralizadora da distribuição desses benefícios governamentais. Entidade obrigada a oferecer gratuitamente esses serviços de abertura de contas poupanças digitais, a CEF corroborou para sedimentar uma política regulatória de inclusão financeira.

Identificou-se, no entanto, que a utilização de contas digitais como meios necessários à distribuição de recursos emergenciais somente tornou-se possível por causa de uma agenda regulatória precedente voltada à inovação, à competitividade e à bancarização, que conferiu, além da conveniência de dispensa de contato físico para a prestação dos serviços, facilidade no processamento de aberturas de contas on-line, praticidade no acesso a serviços e produtos financeiros a partir de dispositivos eletrônicos (permitindo também maior capilaridade do Sistema Financeiro Nacional) e, ainda, incentivo para que os beneficiários mantenham suas contas ativas, em virtude da isenção de tarifas no caso de serviços essenciais. Espera-se, dessa forma, que essas contas abertas durante a pandemia sejam mantidas, consolidando a inclusão financeira que decorreu de uma questão circunstancial.

Referências

- AGÊNCIA BRASIL. Portal Gazetaweb.com. “Benefício emergencial não sacado de conta digital voltará ao governo”. Publicado em 03 de maio de 2020. Disponível em: https://gazetaweb.globo.com/portal/noticia/2020/05/beneficio-emergencial-nao-sacado-de-conta-digital-voltara-ao-governo_104544.php#:~:text=Criada%20para%20atender%20%C3%A0s%20pessoas,outras%20contas%20de%20qualquer%20banco.&text=O%20benef%C3%ADcio%20pode%20ser%20pedido,benef%C3%ADcio%20ser%C3%A1%20pago%20at%C3%A9%20junho. Acesso em: nov. 2020.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. Relatório de Economia Bancária 2019. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/publicacoes/relatorioeconomiabancaria>. Acesso em: nov. 2020.
- BRASIL. Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: nov. 2020.
- BRASIL. Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13982.htm. Acesso em: nov. 2020.
- BRASIL. Medida Provisória nº 946, de 7 de abril de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv946.htm. Acesso em: nov. 2020.
- BUTCHER, Isabel. “Auxílio emergencial: R\$ 2,3 bilhões vão para outros bancos”, *Mobile time*. Publicado em 05 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.mobiletime.com.br/coronavirus/05/05/2020/caixa-deposita-auxilio-emergencial-em-outros-50-bancos-entre-eles-nubank-e-inter/>. Acesso em: nov. 2020.
- CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. Resolução nº 3.518, de 6 de dezembro de 2007. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibemrmativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o&numero=3518>. Acesso em: nov. 2020.

- CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. Resolução nº 3.919, de 25 de novembro de 2010. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o&numero=3919>. Acesso em: nov. 2020.
- CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. Resolução nº 4.480, de 25 de abril de 2016. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o&numero=4480>. Acesso em: nov. 2020.
- CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. Resolução nº 4.753, de 26 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o&numero=4480>. Acesso em: nov. 2020.
- DINIZ, Bruno. *O fenômeno Fintech: tudo sobre o movimento que está transformando o mercado financeiro no Brasil e no mundo*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2019.
- FEBRABAN. Deloitte. Pesquisa FEBRABAN de Tecnologia Bancária 2019. Disponível em: <https://www2.deloitte.com/br/pt/pages/financial-services/articles/pesquisa-deloitte-febraban-tecnologia-bancaria.html>. Acesso em: nov. 2020.
- FEBRABAN. Pesquisa Febraban de Tecnologia Bancária 2020. Disponível em: <https://www2.deloitte.com/br/pt/pages/financial-services/articles/pesquisa-febraban-tecnologia-bancaria.html>. Acesso em: nov. 2020.
- FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. “31ª Pesquisa Anual do Centro de Tecnologia de Informação Aplicada da Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getulio Vargas”. 2020. Disponível em: <https://eaesp.fgv.br/producao-intelectual/pesquisa-anual-uso-ti> Pesquisa Anual do Uso de TI. Junho, 2020. Acesso em: nov. 2020.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Pesquisa Pulso Empresa: Impacto da Covid-19 nas empresas. Disponível em: <https://covid19.ibge.gov.br/pulso-empresa/>. Acesso em: nov. 2020.
- INSTITUTO LOCOMOTIVA. “Um em cada três brasileiros não tem conta em banco, mostra pesquisa Locomotiva”. Disponível em: <https://www.ilocomotiva.com.br/single-post/2019/09/24/Um-em-cada-tr%C3%AAs-brasileiros-n%C3%A3o-tem-conta-em-banco-mostra-pesquisa-Locomotiva>. Acesso em: nov. 2020.
- OIOLI, Erik Frederico (org.). *Manual de direito para startups*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- RAGAZZO, Carlos. *Regulação de meios de pagamento*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- SILVA, Gabriela Borges. “*Mobile Payments* no Brasil: aplicações práticas e desafios regulatórios”. In: *Sistema financeiro em movimento: cases, transformações e regulação*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- SIMÃO, Edna. “Caixa já efetuou R\$ 179 bi em pagamentos do auxílio emergencial”, *Valor Econômico*. Publicado em 27 de agosto de 2020. Disponível em: <https://valor.globo.com/financas/noticia/2020/08/27/caixa-ja-efetuou-r-179-bi-em-pagamentos-do-auxilio-emergencial.ghtml> Acesso em: nov. 2020.
- THE WORLD BANK. The Global Findex Database 2017. Disponível em: <https://globalfindex.worldbank.org/> Acesso em: nov. 2020.

Mauricio Soares Urti

O comportamento de atores econômicos nas telecomunicações e os incentivos da regulação

14

O comportamento de atores econômicos nas telecomunicações e os incentivos da regulação

Mauricio Soares Urti⁴³⁹

Resumo

Este artigo parte de diagnóstico da maneira como se comportam os atores econômicos inseridos no setor das telecomunicações, notadamente com relação ao uso de determinados bens essenciais, ou seja, as infraestruturas de Postes de Luz empregadas nas redes de distribuição de energia elétrica e telecomunicações. O comportamento apresentado por esses atores revela condutas predatórias e desorganizadas em relação ao uso desses bens, de maneira que este estudo as insere no fenômeno da tragédia dos comuns. Igualmente, identificam-se algumas das possíveis razões que impulsionam esses comportamentos identificados nos atores do setor, como, por exemplo, a criação de barreira à entrada de novas sociedades no mercado. Também se sinalizam alguns esforços implementados pelo regulador com vistas à criação de incentivos apropriados ao direcionamento de tomadas de decisão mais racionais por parte desses atores, defendendo-se a intensificação de incentivos.

Palavras-chave: Comportamento de atores nas Telecomunicações. Tragédia dos comuns. Incentivos do regulador. Compartilhamento de redes.

1. Introdução

Este artigo parte de um diagnóstico acerca do comportamento manifestado pelos atores econômicos inseridos no setor das telecomunicações, notadamente as prestadoras de Serviços de Telefonia Fixo Comutados (STFC),⁴⁴⁰ de Serviços de Comunicação Multimídia

439 Mestrando em Direito da Regulação pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio); pós-graduado em Direito Empresarial, com concentração em Direito Processual Civil, Societário e Mercado de Capitais, pela FGV Direito Rio; graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

440 Resolução nº 477 da ANATEL, de 07 de agosto de 2007. Art. 3º.

(SCM)⁴⁴¹ e de Serviços Móvel Pessoal (SMP),⁴⁴² quais sejam, as sociedades operadoras dos serviços de telecomunicações. Para os fins deste trabalho, doravante os serviços de STFC, SMP e SCM serão referenciados em conjunto, como “Telecomunicações”.

Este estudo se dedica à análise da forma como esses atores econômicos atuam diante de determinados bens afetos e de especial relevância para o setor das Telecomunicações, notadamente as infraestruturas empregadas nas redes de Telecomunicações, mas não menos importante no setor de distribuição de energia elétrica, os Postes de Luz (“Postes de Luz”).

Busca-se a contextualização da maneira ineficiente e/ou predatória com que os atores usufruem os Postes de Luz. Esses bens, vale dizer, por se constituírem em bens públicos, encerram, em sua natureza, o elemento de escassez. O cenário se baseia em dados e conclusões coletados pelo regulador, oriundos de estudo conjunto produzido pela Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) e a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), qual seja, a Consulta Pública para Análise de Impacto Regulatório Aneel nº 16/2018, ou a Tomada de Subsídios Anatel nº 28/2018 (Consulta Pública). A Consulta Pública foi elaborada para convidar os interessados no fenômeno do compartilhamento dos Postes de Luz a apresentarem suas colaborações, com vistas a uma ampla revisão dos marcos regulatórios editados na data de sua confecção e que tratavam desse fenômeno.

A hipótese deste trabalho consiste em que o comportamento dos atores inseridos no setor das Telecomunicações reflete uma forma de uso desses bens como se fossem recursos não dotados de escassez e, portanto, supostamente capazes de lhes oportunizar o atendimento a necessidades individuais insaciáveis, como se fossem inesgotáveis. Assim, a maneira desordenada, porquanto desconsiderados os limites dos bens doravante assinalados e sua escassez, transpõe para

441 Resolução nº 614 da ANATEL, de 28 de maio de 2013. Art. 3º.

442 Resolução nº 477 da ANATEL, de 7 de agosto de 2007. “Art. 4º Serviço Móvel Pessoal — SMP é o serviço de telecomunicações móvel terrestre de interesse coletivo que possibilita a comunicação entre Estações Móveis e de Estações Móveis para outras estações, observado o disposto neste Regulamento”.

as Telecomunicações a figura já conhecida do fenômeno da “tragédia dos comuns” — fenômeno evidenciado na esperada degradação dos recursos naturais escassos quando muitos indivíduos fazem uso deles, porque simplesmente lhes são comuns.⁴⁴³

Indicam-se, aqui, alguns esforços do regulador, notadamente por parte da Aneel e da Anatel, na tentativa de ordenar o uso desses bens, além da maximização de suas remunerações, junto aos regulados, em decorrência do uso dos Postes de Luz, bens encerrados no elenco de ativos das concessões de distribuição de energia elétrica, portanto de titularidade da União. Buscam ainda seu uso eficiente por meio da edição de regramento segundo o qual estabelecem os limites e a ordenação de seu uso.

A alternativa aqui defendida é a de que o regulador deve, preferencialmente, direcionar seus esforços para a criação de incentivos adequados aos atores econômicos do setor das Telecomunicações, com vistas ao uso eficiente e ordenado dos Postes de Luz. Sustenta-se que o uso equilibrado e eficiente dos Postes de Luz favorece um cenário de equilíbrio ótimo — cenário que, portanto, deveria nortear as tomadas de decisão por parte das prestadoras de serviços de Telecomunicações no exercício de suas atividades.

Nesse contexto, o uso eficiente e equilibrado desses bens prestigiaria sua preservação, especialmente porque, em sentido contrário, a exploração desordenada e predatória resulta em seu esgotamento prematuro. E esse esgotamento precoce acarretaria a própria derrocada das atividades empresariais desempenhadas pelos atores, na medida em que dependem da utilidade propiciada por esses recursos.

2. A relevância das estruturas de rede nas telecomunicações

O desenvolvimento de determinadas atividades econômicas pressupõe a existência da infraestrutura indispensável. Isso acontece,

443 O livro de Elinor Ostrom contextualiza a expressão cunhada por Garrett Hardin, em seu artigo “The Tragedy of The Commons”, publicado em 1968, na seguinte passagem: “Since Garrett Hardin’s challenging article in *Science* (1968), the expression ‘the tragedy of the commons’ has come to symbolize the degradation of the environment to be expected whenever many individuals use a scarce resource in common”. (OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: the evolution of institutions for collective action*. 9. ed. Cambridge University Press, 2019, p. 2).

por exemplo, na prestação de serviços de Telecomunicações — STFC, SMP ou SCM —, mas também na distribuição de energia elétrica, na adução e distribuição de água, na coleta de esgoto, no transporte de gás canalizado, nas linhas de transporte ferroviário, nas rodovias e nos aeroportos.

A construção e a manutenção dessas infraestruturas indispensáveis implicam altos investimentos por parte dos atores que pretendem explorar as atividades correlatas, de modo que os custos incorridos pelos agentes que pretendam explorá-las, tanto para fins de sua construção como de manutenção e incremento, são sempre elevados. E esses custos elevados relacionados às redes de infraestrutura essencial para a exploração de determinadas atividades econômicas influenciam esses mercados a se organizarem em forma de monopólio natural, pois a duplicação dessas redes não se justifica sob uma perspectiva econômica. Por serem exageradamente elevados os custos fixos de produção, quando comparados com os custos variáveis, em face da existência de redes de infraestrutura de grandes proporções e que se revelam essenciais à prestação de determinadas atividades, há uma situação econômica de monopólio natural.

A vantagem econômica decorre da economia de grande escala praticada pelo detentor da infraestrutura. Em outras palavras, quanto maior a produção por um único agente, menor será o custo total dividido pelo número de unidades produzidas, ou o custo unitário médio do produto. Diante do ganho de escala obtido e da inviabilidade econômica na duplicação da infraestrutura de rede, a situação de monopólio natural impossibilita, *a priori*, a prestação de algumas atividades em regime de concorrência. Isso porque os custos fixos elevados para potenciais concorrentes, coincidentes com os custos de duplicação da infraestrutura material existente, desestimulam qualquer iniciativa racional no sentido de competir com o monopolista.

Sob uma perspectiva estritamente econômica, em mercados que dependem de infraestrutura de rede para sua prestação, a princípio o regime de livre-concorrência implicaria um acréscimo de custo

impraticável para o ingresso de novos atores, os quais, necessariamente, teriam de instalar infraestrutura paralela para competir com os líderes já estabelecidos.

No entanto, a experiência do setor de Telecomunicações, especialmente a prestação de serviços STFC, concomitantemente em regimes público e privado,⁴⁴⁴ além da prestação de serviços SMP, indica que, mesmo que umbilicalmente dependente de infraestrutura de rede, a exploração dessas atividades permitiu cenários de livre-concorrência, em que se instaurou um modelo competitivo caracterizado pela pluralidade de atores competidores da clientela demandante da prestação desses serviços de Telecomunicações. Muito embora, em tese, a instauração de um ambiente concorrencial em setor organizado em monopólio natural aparente seja inviável, esse regime de concorrência pode ser viabilizado pela utilização simultânea da infraestrutura de rede por concorrentes.

O crescimento desses mercados e os avanços tecnológicos correspondentes propiciam soluções práticas com vistas à viabilização da competição nesses setores. A tecnologia possibilitou o aproveitamento de uma mesma infraestrutura, ou rede, integral ou parcialmente, por duas prestadoras concorrentes. Confere-se, assim, o direito de acesso às infraestruturas estabelecidas no setor por parte de concorrentes, desde que preenchidos certos requisitos, mediante um sistema concorrencial. É exatamente o que se percebe em acordos e modelos de negócios adotados no setor de Telecomunicações, energia elétrica, mencionados a título ilustrativo.

444 O trabalho de Sayonara de Amorim Gonçalves Leal é ilustrativo para as ponderações constantes deste artigo: "Concluído o processo de privatização, tanto a Embratel quanto as três novas empresas já enfrentam os concorrentes em suas respectivas áreas. A firma que concorre com a Embratel, a Intelig, recebeu autorização para exploração de serviços de longa distância. As concorrentes das novas operadoras terão autorização para prestar serviços locais e regionais. Num primeiro momento, as novas companhias de telefonia fixa prestam todos os serviços, desde o local até os de longa distância intra-regional, não sendo autorizada a participação do mercado inter-regional e internacional. A Embratel, ao contrário, no momento da sua privatização pôde oferecer serviços de longa distância em todo o país e agora já conta com um espelho, a Intelig". (LEAL, Sayonara de Amorim Gonçalves. "Algumas considerações sobre o modelo de regulação do mercado brasileiro de telecomunicações: os mecanismos de controle público presentes na regulamentação do setor e o papel da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel)". *Revista Electrónica Internacional de Economía de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación*, v. II, n. 3, set.-dez. 2000, p. 64).

3. O uso compartilhado de Postes de Luz pelas prestadoras de serviços de telecomunicações

No cenário de compartilhamento de infraestrutura essencial ao desenvolvimento das arquiteturas de rede afetas às Telecomunicações, há um modelo de compartilhamento intersetorial estabelecido, notadamente, entre as Telecomunicações e o setor de distribuição de energia elétrica: os já mencionados Postes de Luz. O fenômeno do compartilhamento dos Postes de Luz está intrinsecamente relacionado à demanda direcionada aos prestadores de serviços de Telecomunicações para a construção de uma infraestrutura de rede que atenda ao setor. Isso porque as Telecomunicações se veem fortemente impactadas por demandas cada vez maiores pela construção de redes e de uma infraestrutura capaz de absorver o tráfego de dados de seus clientes.

O fluxo de dados é igualmente crescente em razão do advento de novas tecnologias, como a evolução das tecnologias 2G, 3G, 4G e, mais recentemente, as expectativas quanto à tecnologia 5G. Mas não é só isso. A demanda por construção e manutenção de infraestrutura e redes essenciais ao setor das Telecomunicações é igualmente influenciada pela comercialização também crescente de equipamentos como as *Smart Tvs*, bem como pela penetração das sociedades prestadoras de conteúdo por meio da estrutura das Telecomunicações, como as *Over The Top* (OTTs). Dessa forma, a mudança do perfil comportamental das novas gerações e dos consumidores dos serviços de Telecomunicações aponta para um cenário em que é latente a migração do original consumo de voz para um contemporâneo consumo crescente de dados.

Esses fatores identificados influenciam fortemente as prestadoras de serviços de Telecomunicações a ampliar seus investimentos em infraestrutura de rede, especialmente com o objetivo de atender às crescentes demandas que lhes são endereçadas pelos usuários, ou consumidores de seus serviços. Somam-se a esses fatores a própria estrutura e o histórico do setor de Telecomunicações. A forma como o setor se estruturou não contribuiu para que os atores econômicos coordenassem suas iniciativas e seus investimentos com

vistas à criação de redes compartilhadas. Dessa forma, historicamente, cada uma das prestadoras de serviços de Telecomunicações — de SMP, STFC ou SCM — construiu sua rede de forma autônoma e apartada.

O advento da Emenda Constitucional nº 8/1995 (EC nº 08/95), a edição da Lei nº 9.472, de 11 de julho de 1997 (LGT) e a criação Anatel conduziram à abertura do setor das Telecomunicações a novos atores privados, além de consagrarem a prestação dos serviços de Telecomunicações tanto em regime público como em regime privado.

As prestadoras do setor de Telecomunicações, mesmo com a edição da EC nº 08/95 e sua conseqüente ruptura com um modelo de serviços públicos, demonstraram um comportamento de construir e investir em infraestrutura de rede de forma isolada e própria. Possivelmente, esse comportamento resulta da premissa acolhida por esses atores econômicos de que a titularidade dessas infraestruturas de rede implicaria um diferencial concorrencial.

Portanto, seja para os novos entrantes no mercado, que necessariamente tinham de investir em redes próprias, seja para os atores que se posicionaram como líderes de mercado, notadamente no Brasil — um mercado estruturado com quatro atores grandes e principais —, a necessidade de se construírem redes próprias sempre foi uma demanda que se impunha. E essa necessidade gerou um comportamento de racionalidade questionável, com a estruturação de suas arquiteturas de rede de forma a atenderem, exclusivamente, às suas demandas e necessidades, portanto sem muita coordenação entre si e de forma desordenada — em certa medida, até mesmo caótica.⁴⁴⁵

445 A Consulta Pública para Análise de Impacto Regulatório da Anel nº 16/2018, ou Tomada de Subsídios da Anatel nº 28/2018, reconhece o cenário identificado no estudo: "No Brasil, não é uma coincidência que os prestadores competitivos apostaram fortemente no lançamento de redes próprias de fibra óptica até a casa do assinante, buscando uma maior autonomia e flexibilidade na diferenciação de ofertas e na experiência do consumidor. Também os maiores operadores têm inserido em seu portfólio de investimentos planos de construção de rede óptica até a residência. Por óbvio que toda essa capacidade de rede está e se manterá altamente vinculada com a sustentação aérea em postes de distribuição de energia. Quanto à quinta geração de comunicações móveis, para além do simples aumento das velocidades oferecidas por suas antecessoras, o 5G se pretende a uma oferta realmente massiva de comunicações de altíssima confiabilidade, de baixa latência, inclusive e especialmente entre máquinas. Para cumprir com todas essas expectativas, há um esforço grande da indústria em padronizar e disponibilizar novos segmentos de espectro. Mas tão importante quanto o aumento da capacidade espectral é o movimento de fortalecimento e adensamento das redes para aprimorar a capacidade de processamento e permitir o escoamento desse volume

4. As ocupações desordenadas dos Postes de Luz

Antes de se apresentar a forma como se desenvolvem e se apresentam as ocupações nos Postes de Luz, é importante contextualizar o fenômeno. Os Postes de Luz são infraestruturas essenciais às redes de distribuição de energia elétrica. Esses bens estão encerrados no elenco de ativos das concessões cujo uso a Administração, poder concedente, confere às concessionárias, que passam a ser detentoras dos Postes de Luz. E, em face da estrutura do setor de distribuição de energia elétrica, estruturado em regime de concessão, as redes a ele afetas encontram-se em estágio de maior penetração nos rincões do Brasil em comparação às redes relacionadas às Telecomunicações.

Os Postes de Luz representam parte essencial dessas redes, organizadas por meio de estruturas aéreas, na medida em que os cabos de energia essenciais à sua distribuição são instalados nessas infraestruturas. Vale destacar que a modalidade de concessão viabiliza os subsídios cruzados necessários à prestação universal dos serviços, razão pela qual, ainda que não haja tanta atratividade sob a perspectiva econômica, permite que as tarifas cobradas pelas sociedades distribuidoras de energia elétrica — cujas atividades econômicas se desenvolvem sob o regime de concessão (“concessionárias”) — absorvam esses custos de construção e manutenção de suas redes. O mesmo, contudo, não acontece nas Telecomunicações. Isso porque as prestadoras de serviços de telecomunicações absorvem os custos de construir suas redes próprias, mas não contam, como as concessionárias, com tarifas que encampam essas rubricas. A modicidade tarifária atua em prol das concessionárias,

de tráfego gerado. Com essa orientação de adensamento de rede e o emprego de frequências substancialmente mais elevadas, projeta-se para o 5G a adoção ampliada de soluções de raio cobertura mais reduzido, do tipo small cells ou hot spots Wi-Fi, algumas de alcance limitado a dezenas de metros. Também por essa vertente o poste se revela fundamental, sendo provavelmente a principal infraestrutura candidata à sustentação aérea dos elementos irradiantes dessas small cells 5G. A mesma rede de postes deve ainda servir de suporte ao cabeamento de fibra óptica de conexão e transporte de tráfego (*backhaul*) das small cells 5G”. (ANEEL, Agência Nacional de Energia Elétrica; ANATEL, Agência Nacional de Telecomunicações. Consulta Pública para análise de impacto regulatório: Revisão da Regulamentação de Compartilhamento de Postes de Energia Elétrica por Prestadoras de Serviços de Telecomunicações, setembro de 2018; Modelo Versão 2.1. Tomada de subsídio para análise de impacto regulatório: Revisão da Regulamentação de Compartilhamento de Postes de Energia Elétrica por Prestadoras de Serviços de Telecomunicações, p. 15).

que levam em conta os custos de construção e manutenção da infraestrutura afeta às atividades desenvolvidas no setor. Em contrapartida, as Telecomunicações não contam com a mesma estrutura.

É nesse contexto que a ocupação dos Postes de Luz se desenvolve no setor de Telecomunicações. Essa infraestrutura revela-se muito atrativa às prestadoras de serviços do setor, na medida em que suas redes próprias também se estruturaram no meio aéreo. Os cabos, originalmente de cobre e atualmente de fibra, também são instalados em pontos de fixação situados nos Postes de Luz, os quais se configuram como elementos que atendem a ambas as arquiteturas: tanto as redes de distribuição de energia elétrica como a rede de Telecomunicações.

O regulador, por meio da Consulta Pública para Análise de Impacto Regulatório Aneel nº 16/2018, ou Tomada de Subsídios Anatel nº 28/2018 (Consulta Pública), aponta para um cenário de crise. A Consulta Pública revela a existência de aproximadamente 46 milhões de Postes de Luz registrados no Brasil junto à Base de Dados Geográfica da Distribuição (BGDG) da Aneel.⁴⁴⁶ A Anatel, por

446 A Consulta Pública para Análise de Impacto Regulatório Aneel nº 16/2018, ou Tomada de Subsídios Anatel de nº 28/2018, revela os seguintes dados apresentados neste estudo: “Por tudo isso, o gerenciamento dos postes pelas distribuidoras necessita de aprimoramentos urgentes, considerando que a regularização do passivo é vital nesse processo. As regras de ocupação devem ser claras e respeitadas por todos os agentes, considerando que as normas de segurança se pautam por valores não meramente econômicos e se relacionam com a saúde e a vida da população. A Resolução Conjunta nº 004/2014 representou um primeiro esforço, ainda que tímido, na busca pela regularização. Previu-se que 2.100 postes seriam regularizados por ano por cada distribuidora, número considerado pouco expressivo diante do legado da ocupação desordenada. Conforme já mencionado, há na Base de Dados Geográfica da Distribuição (BGDG) da ANEEL o registro de aproximadamente 46 milhões de postes de distribuição de energia elétrica em todo o Brasil. De outra parte, informações da Anatel sustentam que, em abril de 2018, havia 4.520 prestadores de banda larga fixa ativos que utilizam meios de acesso confinados e, portanto, demandam infraestrutura de suporte à operação do cabeamento de rede, nas tecnologias xDSL, Cable Modem, FTTH, ETHERNET, ATM, entre outras. Em locais mais adensados, como capitais e regiões metropolitanas, esse número de prestadores é da ordem de dezenas de concorrentes, os quais disputam o espaço de fixação em postes para lançamento de suas redes. Ocorre que a padronização técnica de postes prevê que uma infraestrutura típica suporta algo entre quatro ou seis redes sobrepostas na faixa de ocupação reservada a telecomunicações. Evoluindo a investigação mais granular das realidades locais, apura-se que 80% dos municípios brasileiros contam com no máximo 4 ofertantes competitivos de banda larga devidamente informados à Anatel. Isto é, as condições econômicas de oferta e demanda por serviço nesses mercados não trazem, *a priori*, uma questão severa de esgotamento da capacidade dos postes em suportar as redes dos prestadores de serviços competitivos. Já para os demais 20% dos municípios brasileiros, onde estão localizados 47% dos postes, essa é uma preocupação forte que merece uma análise mais detida. Para emular o nível de utilização da capacidade de postes em cada município, acrescenta-se à análise a informação da penetração do serviço de banda larga fixa, isto é, a proporção entre o número de acessos pelo número de domicílios existentes. É intuitivo

sua vez, revela a existência de 4.520 prestadoras de serviços de Telecomunicações demandantes de infraestrutura de suporte aos cabos de suas redes — dados relativos ao mês de abril de 2018. O regulador também sinaliza a existência de localidades em que o adensamento das redes é muito maior do que em outras. Dessa maneira, observa-se que a procura e a disputa por parte de prestadoras de serviços de Telecomunicações por Postes de Luz, com vistas à fixação de suas redes, são muito mais acentuadas em 20% dos municípios brasileiros, que concentram 47% da infraestrutura.

Esta informação, contudo, contrasta com a indicação de que há outras localidades em que há adensamento muito menor e, como consequência, a procura pelos Postes de Luz também é consideravelmente reduzida, conclusão que se extrai da informação de que 80% dos municípios brasileiros contam com quatro ofertantes competitivas de banda larga regularmente informadas à Anatel. A partir da premissa de que as localidades que convivem com mais de quatro prestadoras de serviços de Telecomunicações concorrentes tenderiam a enfrentar dificuldade de esgotamento e sobrecarga da capacidade disponível em Postes de Luz, o regulador assevera que há um total de nove milhões de Postes de Luz elegíveis a um esforço de reorganização da ocupação — dados que revelam um contexto de ocupação desordenada.

As ocupações desordenadas dos Postes de Luz incentivaram as concessionárias, detentoras das infraestruturas, a perseguir um comportamento mais eficiente por parte de seus usuários, ou seja, as prestadoras de serviços de Telecomunicações. Isso porque, com frequência, essas prestadoras são responsabilizadas por diversos agentes da Administração, especialmente por aqueles incumbidos da tutela de direitos difusos, a fiscalizar e regularizar suas ocupações. Responsabilizadas pelo advento da ocupação desordenada

reconhecer que quanto mais difundido o serviço de banda larga fixa confinada, maior será a ocupação da faixa compartilhada de postes na extensão territorial daquele município". (ANEEL, Agência Nacional de Energia Elétrica; ANATEL, Agência Nacional de Telecomunicações. Consulta Pública para análise de impacto regulatório: Revisão da Regulamentação de Compartilhamento de Postes de Energia Elétrica por Prestadoras de Serviços de Telecomunicações, setembro de 2018; Modelo Versão 2.1. Tomada de subsídio para análise de impacto regulatório: Revisão da Regulamentação de Compartilhamento de Postes de Energia Elétrica por Prestadoras de Serviços de Telecomunicações, p. 16).

das Postes de Luz, as concessionárias são impulsionadas a buscar maior eficiência em sua ocupação.

Muito embora se possa presumir que as tarifas praticadas pelas concessionárias de distribuição de energia junto aos seus usuários encampem determinados custos de manutenção das infraestruturas que lhes são indispensáveis, não é razoável concluir que os custos advindos do fenômeno do compartilhamento foram devidamente dimensionados na origem do estabelecimento dessas tarifas. Isso porque a forma como o compartilhamento dos Postes de Luz se desenvolveu reflete um cenário que dificilmente foi estimado pelas concessionárias ou pelas prestadoras de serviços de Telecomunicações. As concessionárias, portanto, se veem em um contexto não necessariamente estimado quando da estruturação do setor em que se insere. Assim, são instadas a acomodar uma externalidade negativa, consistente na ocupação desordenada dos Postes de Luz por elas detidos, muito provavelmente subdimensionada no momento de fixação das tarifas que recebem de seus usuários pela prestação dos serviços.

Ocorre que a responsabilização das concessionárias também as conduz a comportamentos pouco racionais, ao menos sob uma perspectiva de eficiência alocativa, na medida em que chegam às vias de cortar e desmobilizar os cabos afetos às redes de Telecomunicações dos Postes de Luz por elas detidos, como alternativa à soluções negociadas junto às prestadoras de SMP, STFC e SCM.

Esse tensionamento evidenciado nas relações entre as concessionárias e as prestadoras de serviços de Telecomunicações é de tal forma reconhecido pelo regulador que a Aneel editou a Resolução Normativa nº 797/2017, para tratar da ordenação das ocupações irregulares nos Postes de Luz.⁴⁴⁷ Vale destacar que o regulador, por

447 A Resolução Normativa nº 797, de 12 de dezembro de 2017, da Aneel, na tentativa de solucionar o problema das ocupações irregulares nos Postes de Luz, prevê às concessionárias a faculdade de retirada dos cabos afetos às redes de telecomunicações: “Art. 7º O compartilhamento de infraestrutura não deve comprometer a segurança de pessoas e instalações, os níveis de qualidade e a continuidade da prestação dos serviços outorgados aos Detentores. (...) §6º Na hipótese de não ser efetuada a regularização de que trata o §3º no prazo estabelecido, o Detentor pode solicitar autorização à Comissão de Resolução de Conflitos, nos termos da Resolução Conjunta ANEEL/Anatel/ANP nº 002, de 27 de março de 2001, para retirar os cabos, fios, cordoalhas e/ou equipamentos”.

meio da Comissão de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo, determinou, em 6 de abril de 2018, que as principais prestadoras de Telecomunicações regularizassem suas redes instaladas em 2.129 Postes de Luz no estado de São Paulo, observado o prazo de noventa dias, sob pena de a concessionária que atende aquele estado retirar os cabos e equipamentos instalados de forma inadequada, conforme o disposto na Resolução Normativa nº 797/2017.⁴⁴⁸

5. A tragédia dos comuns

O comportamento dos atores econômicos inseridos no setor das Telecomunicações revela que, historicamente, eles estruturaram a arquitetura de suas redes próprias de modo pouco coordenado e ordenado. Portanto, também a instalação de cabos e demais componentes instalados em suas infraestruturas ocorreu de modo desordenado e descoordenado.

448 Vale aqui destacar os conteúdos dos Despachos de nº 778, 779, 780 e 781, todos originados da já extinta Comissão de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo e publicados aos 6 de abril de 2018. O texto abaixo transcrito é idêntico nos quatro despachos proferidos e identifica com clareza a maneira como o regulador procurou disciplinar o tema das ocupações irregulares nos Postes de Luz. Despacho nº 778: “A COMISSÃO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS DOS SETORES DE ENERGIA ELÉTRICA, TELECOMUNICAÇÕES E PETRÓLEO, no uso de suas atribuições legais, regulamentares e regimentais, examinando os autos do Processo de Resolução Administrativa de Conflito de Compartilhamento de Infraestrutura nº 48500.000067/2017-96, decide: (i) determinar à TIM Celular S.A. e à TIM S.A. que, em até 90 dias contados da notificação da presente decisão, procedam à regularização dos pontos de fixação existentes nos 2.129 postes referenciados nas notificações constantes dos autos, em conformidade com a normatização técnica aplicável, sem prejuízo de regularizações imediatas em situações emergenciais ou que envolvam risco de acidente; (ii) determinar à TIM que, em até 90 dias contados da notificação da presente decisão, removam cabos e equipamentos ociosos ocupantes dos 2.129 postes referenciados nas notificações constantes dos autos; (iii) determinar à AES Eletropaulo que acompanhe e fiscalize o processo de regularização realizado pela prestadora, fornecendo as informações necessárias para sua execução; (iv) autorizar a AES Eletropaulo, exaurido o prazo do item anterior, a remover os cabos e equipamentos da prestadora afixados em sua infraestrutura de distribuição de energia elétrica, que estejam em desacordo com a normatização técnica, podendo condicionar sua devolução ao ressarcimento, pela prestadora, dos custos incorridos para a remoção; (v) determinar à AES Eletropaulo que mantenha os cabos e equipamentos eventualmente removidos, no estado em que se encontrarem após a retirada, à disposição dos proprietários por um prazo mínimo de 90 dias; (vi) enviar Memorando à Superintendência de Controle de Obrigação da Anatel para análise quanto à instauração de Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações — PADO em desfavor da Tim Celular S.A. e Tim S.A., em face da conduta imputada à Tim; (vii) extinguir e arquivar o Processo em referência, tendo em vista o exaurimento de sua finalidade, nos termos do previsto no art. 36 da Resolução Conjunta nº 002, de 27 de março de 2011 (ANEEL, Anatel, ANP), após exaurido o prazo para interposição de pedido de reconsideração sem manifestação das partes; e (viii) notificar as Partes acerca da decisão da Comissão de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo”.

A ocupação desordenada dos Postes de Luz sobrecarrega a infraestrutura de rede, que, com frequência, já está castigada pelo tempo, porque atrelada ao legado das concessões do Sistema Telebrás⁴⁴⁹ e, portanto, relacionada ao período em que as Telecomunicações se estruturavam segundo um modelo de monopólio estatal e consistiam em serviços públicos. Além disso, os Postes de Luz utilizados pelas prestadoras de serviços de Telecomunicações são detidos pelas concessionárias, ou seja, atores que pertencem a outro setor, qual seja a distribuição de energia elétrica, notadamente estruturado segundo um modelo de serviços públicos.

A maneira como os atores econômicos se comportam em relação ao uso dos Postes de Luz é relevante para este estudo. Seu comportamento demonstra uma tendência predatória das prestadoras de serviços de Telecomunicações, ao esgotarem o uso desses bens de forma desordenada e intensa, o que acaba por gerar o efeito perverso do esgotamento precoce. Esse comportamento, portanto, consistente na busca de benefícios crescentes individuais atrelados a determinados bens, mesmo resultando no esgotamento prematuro do recurso, insere-se no contexto da Tragédia dos Bens Comuns [*Tragedy of the Commons*], termo cunhado por Garret Hardin.⁴⁵⁰

As prestadoras de serviços de Telecomunicações, muito embora, *a priori*, possam aferir resultados individuais imediatos e positivos, ignoram os efeitos do esgotamento prematuro desses recursos em médio e longo prazo. Essa falta de sensibilidade denota a racionalidade limitada nas tomadas de decisão implementadas pelos atores econômicos do setor.

A Consulta Pública é didática ao materializar esse uso desordenado dos Postes de Luz. Assim, basta que sejam compulsados os dados de que as ocupações são muito mais intensas em 20% dos municípios brasileiros, que concentram 47% das infraestruturas, enquanto em 80% dos municípios brasileiros há um adensamento

449 Lei nº 5.792, de 11 de julho de 1972. Art. 3º.

450 O trabalho de Hardin é essencial para a abordagem proposta neste estudo: "Therein is the tragedy. Each man is locked in a system that compels him to increase his herd without limit — in a world that is limited. Ruin is the destination toward which all men rush pursuing his own best interest in a society that believes in the freedom of the commons". (HARDIN, Garret. "The Tragedy of the Commons", *Science*, 1968, p. 1.244.)

muito menor, não se desdobrando em cenário de severidade quanto ao esgotamento da capacidade dos postes para o suporte das redes das prestadoras de serviços de Telecomunicações.

Quando analisados sob a perspectiva das concessões de energia elétrica, os Postes de Luz ainda devem ser interpretados sob a perspectiva da reversibilidade de bens afetos e essenciais às concessões. Portanto, pondera-se que tais bens, ao final dos prazos das concessões, presumivelmente retornariam à Administração. Isso atrai para os Postes de Luz a roupagem típica dos bens públicos, ou seja, aqueles que, por natureza, são não excludentes. Portanto, evidencia-se, aqui, outro problema, consistente nos chamados *free-riders*. Ora, como não é possível privar alguns ou todos os indivíduos do uso desses bens e como os benefícios empregados por um ator serão, necessariamente, aproveitados por todos, há um incentivo perverso de que cada um, individualmente, deixe de contribuir em prol de esforços comuns⁴⁵¹ para sua preservação.

Esse comportamento dos atores econômicos é fundamentado em outras premissas, como, por exemplo, a percepção de que a maximização da ocupação da infraestrutura afeta às redes de Telecomunicações reverte-se em benefício dos indivíduos, na medida em que implicam diferencial competitivo. Outra razão para esse comportamento é a barreira aos novos entrantes, conforme já assinalado. Isso porque essas infraestruturas assumem características típicas de bens públicos, de modo que apresentam limitações físicas à recepção das redes que atendem à totalidade dos atores econômicos pertencentes ao setor. Dessa forma, quando uma

451 O estudo de Ostrom é novamente de suma importância para as reflexões realizadas no presente estudo: "The Tragedy of the commons, the prisoner's dilemma, and the logic of collective action are closely related concepts in the models that have defined the accepted way of viewing many problems that individuals face when attempting to achieve collective benefits. At the heart of each of these models is the free-rider problem. Whenever one person cannot be excluded from the benefits that others provide, each person is motivated not to contribute to the joint effort, but to free-ride on the efforts of others. If all participants choose to free-ride, the collective benefit will not be produced. The temptation to free-ride, however, may dominate the decision process, and thus all will end up where no one wanted to be. Alternatively, some may provide while others free-ride, leading to less than the optimal level of provision of the collective benefit. These models are thus extremely useful for explaining how perfectly rational individuals can produce, under some circumstances, outcomes that are not 'rational' when viewed from the perspective of all those involved" (OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: the evolution of institutions for collective action*. 9. ed. Cambridge University Press, 2019, p. 6).

prestadora ocupa determinado Poste de Luz, na prática, ela priva a ocupação concomitante por outras sociedades. Isso ainda é reforçado pelo fato de a regulação estabelecer faixas de ocupação nos Postes de Luz, o que, na prática, delimita o uso do bem. Dito isso, é inequívoca a percepção de que as prestadoras de serviços de Telecomunicações têm a flagrante intenção de perpetrar barreiras à entrada a novos atores econômicos no setor.

Por outro lado, o que não parece ser muito considerado é o fato de que uma ocupação coordenada, organizada e cooperativa levaria ao não esgotamento, em prazo precoce, dos recursos disponibilizados aos atores. Os comportamentos cooperativos potencialmente resultariam na longevidade desses bens, na medida em que o modelo compartilhado tenderia a se opor aos comportamentos individuais predatórios, nos quais se acirram os custos sociais advindos do uso ineficiente.

O regulador está atento ao comportamento dos atores econômicos inseridos nas Telecomunicações. Tanto é que as estratégias regulatórias, constantes no regramento editado pela Anatel, são no sentido de se criarem incentivos com vistas à alocação eficiente do uso desses bens pelos atores inseridos no setor.

6. Os esforços do regulador para a geração de incentivos ao compartilhamento

A LGT representou uma primeira tentativa de se criarem incentivos à ordenação do compartilhamento dos Postes de Luz. Em seu artigo 73,⁴⁵² garantiu aos prestadores de serviços de Telecomunicações o direito de utilização dos Postes de Luz detidos pelas concessionárias de energia elétrica, mediante pagamento “de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis”, sem que houvesse subsídio cruzado entre os setores.

Na sequência do esforço empreendido pela LGT, a Aneel, a Anatel e a ANP editaram a Resolução Conjunta nº 01/1999, por meio da qual o regulador, em seu art. 1º,⁴⁵³ tencionou outro incentivo com

452 Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Art. 73.

453 Nº 01, de 24 de novembro de 1999. Art. 1º.

vistas à ocupação ordenada dos Postes de Luz, qual seja, a fixação de diretrizes para o compartilhamento de infraestrutura entre os setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo. Essa Resolução Conjunta nº 01/1999, portanto, demonstrou que o regulador reconhece que os setores de Telecomunicações, de Energia Elétrica e de Petróleo, por serem estruturados e dependerem de estruturas de rede, potencialmente poderiam inaugurar algum grau de racionalidade entre si, com especial atenção ao reconhecimento da existência de compatibilidade entre suas estruturas de rede, de forma a permitir e justificar seu compartilhamento.

A intenção do regulador, que transborda na edição de resoluções conjuntas, denota preocupações centrais que se encerram em duas grandes dimensões: (i) a efetiva regularização da ocupação dos Postes de Luz, ocupados de maneira altamente desordenada; e (ii) a forma e o cálculo da justa remuneração do preço em decorrência do compartilhamento de pontos de fixação nesses Postes de Luz.

A Resolução Conjunta nº 01/1999 estabeleceu, por conseguinte, um procedimento estruturado em sequenciamento de cinco passos que deveriam ser seguidos pelos atores interessados no compartilhamento dos Postes de Luz.⁴⁵⁴

No primeiro, a prestadora de serviços de Telecomunicações deveria entrar em contato com a concessionária distribuidora de energia elétrica para saber da disponibilidade de infraestrutura e das condições de compartilhamento.

No segundo passo, haveria a apresentação, pela concessionária, das condições para o compartilhamento. Essas condições não poderiam ser discriminatórias e deveriam abranger informações sobre preço e prazo.

O terceiro passo consistiria na solicitação do compartilhamento, feita formalmente pela prestadora de serviços de Telecomunicações, segundo as diretrizes apontadas pela concessionária, incluindo o

454 A informação foi obtida junto ao guia rápido "Compartilhamento de Postes", consultado na página da Anatel https://www.anatel.gov.br/institucional/index.php?option=com_anexarlink&hash=28b5defb4afa9088283848046dd47ae6&name=Compartilhamento%20de%20Postes.pdf. Acesso em: 27 maio 2020.

pedido de informações necessárias à análise da viabilidade técnica da ocupação.

O quarto passo encerraria a análise da Anatel e o envio à Aneel, para homologação e aprovação da ocupação do bem, caso a concessionária aprovasse o compartilhamento do Poste de Luz.

O quinto e último passo diz respeito à forma como o compartilhamento seria instrumentalizado. Com fundamento no art. 20 da Resolução Conjunta nº 01/1999, o contrato de compartilhamento, que seria subscrito pelos atores interessados, deveriam conter cláusulas essenciais e indispensáveis ao parecer favorável da homologação.⁴⁵⁵

A Resolução Conjunta nº 01/1999, conforme seu art. 23, atribuiu à Comissão Conjunta de Resolução de Conflitos, organizada pela Aneel e pela Anatel, a competência para a resolução dos conflitos entre as prestadoras de serviços de Telecomunicações e as concessionárias, ou seja, as sociedades distribuidoras de energia elétrica.⁴⁵⁶ Nesse contexto, na sequência dos esforços do legislador e do regulador, notadamente identificados na redação no art. 73 da LGT e no disposto na Resolução Conjunta nº 01/1999, Aneel e Anatel editaram a Resolução Conjunta nº 04/2014, responsável pela aprovação do preço de referência para o compartilhamento dos Postes de Luz entre as concessionárias e as prestadoras de serviços de Telecomunicações.

A Resolução Conjunta nº 04/2014 enfrentou o fenômeno do compartilhamento de Postes de Luz sob três perspectivas distintas.

Na primeira perspectiva, o regulador estabeleceu o valor de R\$ 3,19 (três reais e dezenove centavos) como preço de referência do ponto de fixação para o compartilhamento dos Postes de Luz,⁴⁵⁷ o qual seria utilizado pela Comissão Conjunta, inclusive nos casos de adoção de medidas acautelatórias, quando esgotada a via negocial entre atores regulados dos setores das Telecomunicações e de energia elétrica.⁴⁵⁸

455 Resolução Conjunta nº 01/1999. Art. 20.

456 Resolução Conjunta nº 01/1999. Art. 23 e parágrafo único.

457 Resolução Conjunta nº 04/2014. Art. 1º.

458 Resolução Conjunta nº 04/2014. Art. 1º, §2º.

A segunda perspectiva se depreendia do disposto no art. 2º da Resolução Conjunta. O dispositivo estabelecia que as prestadoras de serviços de Telecomunicações pertencentes a um mesmo grupo econômico não poderiam ocupar mais de 1 (um) ponto de fixação por Poste de Luz.⁴⁵⁹

A terceira e derradeira perspectiva, direcionada aos atores interessados no compartilhamento, sobrevinha do disposto em seu artigo 4º,⁴⁶⁰ que elenca os critérios que devem ser seguidos pelas prestadoras de serviços de Telecomunicações com vistas à ocupação de Postes de Luz. Elas deveriam seguir o plano de ocupação de infraestrutura editado pelas concessionárias, além das normas técnicas aplicáveis.

7. A doutrina das *Essential Facilities*

Para melhor entendimento do fenômeno do compartilhamento de redes, ou de infraestrutura dessas redes, como, por exemplo, os Postes de Luz, é de suma relevância o aprofundamento na doutrina norte-americana das *Essential Facilities*.

A doutrina norte-americana das *Essential Facilities* foi assim originalmente cunhada, em 1977, no caso *Hecht v. Pro-Football, Inc.*⁴⁶¹ Outros casos norte-americanos também a consagraram, como *United States v. American Telephone & Telegraph Co.*⁴⁶²

459 Resolução Conjunta nº 04/2014. Art. 2º.

460 Resolução Conjunta nº 04/2014. Art. 4º.

461 Werden, ao esmiuçar as decisões que consagraram os casos decididos pelos Tribunais norte-americanos e que são classificados no seu trabalho como *Essential Facility Cases*, destaca o seguinte trecho do julgamento realizado pela Corte Distrital do Distrito de Columbia, Estados Unidos, no caso *Hecht v. Pro-Football, Inc.*: "Before reaching this conclusion, the court initially noted: 'The essential facility doctrine, also called the 'bottleneck principle' states that 'where facilities cannot practicably be duplicated by would-be competitors, those in possession of them must allow them to be shared on fair terms. It is illegal restraint of trade to foreclose the scarce facility.' This principle derives from [*Terminal Railroad*] and was recently reaffirmed in [*Otter Tail*]; the principle has regularly been invoked by the lower courts". (WERDEN, Gregory J. "The Law and Economics of the Essential Facilities Doctrine", *Saint Louis University Law Journal*, 1987, p. 433-480.)

462 O obra de Werden contextualiza a decisão proferida no caso no seguinte trecho: "(...) the court maintained that '[a]ny company which controls an 'essential facility' or a 'strategic bottleneck' in the market violates the antitrust laws if it fails to make access to that facility available to its competitors on fair and reasonable terms that do not disadvantage them". Thus, the court demed ST&T motion for summary judgment based on the government's allegations that AT&T monopolized long distance lines by refusing to offer nondiscriminatory access to

além do mais emblemático, *MCI Communications v. American Telephone & Telegraph Co.*⁴⁶³

A doutrina das *Essential Facilities* se estruturou a partir da identificação de que o desempenho de certas atividades econômicas pressupõe a existência de determinadas infraestruturas que lhes são essenciais,⁴⁶⁴ presentes nos serviços prestados em rede, incluindo as Telecomunicações.

Essas infraestruturas, por serem indispensáveis ao desempenho de determinadas atividades nos setores que delas dependem, demandam custos elevados por parte de seus titulares e conduzem a cenários classificados como “monopólios naturais”. Isso porque determinadas características podem tornar impossível duplicar essas infraestruturas, o que resulta na ausência de um cenário competitivo. A solução encontrada, na experiência estrangeira, para o enfrentamento dessas dificuldades consiste no compartilhamento compulsório dessas infraestruturas indispensáveis, tidas como o núcleo das *Essential Facilities*. A alternativa constrange os titulares da propriedade, ou dos direitos de uso de uma infraestrutura indispensável a determinada atividade econômica, ao compartilhamento com outros competidores, respeitados determinados limites e observadas certas condições. Nesse contexto, o titular de posição dominante no mercado é constrangido a ceder, a potenciais competidores, vantagens que permitam a instauração de um modelo

the local exchanges” (WERDEN, Gregory J. “The Law and Economics of the Essential Facilities Doctrine”, *Saint Louis University Law Journal*, 1987, p. 475.)

463 Werden assim contextualiza o caso na sua obra: “MCI challenged many of AT&T’s practices, including AT&T’s refusal to grant MCI access to local Bell facilities. The court of appeals sustained a jury finding that AT&T actions violated section 2 of the Sherman Act. The court cited the essential facilities doctrine as the basis of its decision and stated: The case law set forth four elements necessary to establish liability under the essential facilities doctrine: (1) control of the essential facility by a monopolist; (2) a competitor’s inability practically or reasonably to duplicate the essential facility; (3) the denial of the use of the facility to a competitor; and (4) the feasibility of providing the facility.” (WERDEN, Gregory J. “The Law and Economics of the Essential Facilities Doctrine”, *Saint Louis University Law Journal*, 1987, p. 466.)

464 O trecho subsequente da obra de Werden é novamente importante para a abordagem realizada neste artigo: “The MCI test for whether a facility is essential is keyed to the competitor’s inability to practically or reasonably duplicate the facility. This test is derived from dictum in *Hecht*: “To be ‘essential’ a facility need not to be indispensable; it is sufficient if the duplication of the facility would be economically infeasible and if denial of its use inflicts a severe handicap on potential market entrants”. (WERDEN, Gregory J. “The Law and Economics of the Essential Facilities Doctrine”, *Saint Louis University Law Journal*, 1987, p. 453.)

competitivo. Esse conceito de compartilhamento compulsório de infraestrutura indispensável é difundido nos Estados Unidos.

A doutrina das *Essential Facilities*, portanto, a partir dos precedentes norte-americanos, sustenta-se em quatro elementos substanciais: (i) o controle monopolístico da infraestrutura, ou *essential facility*; (ii) a impossibilidade prática da duplicação da infraestrutura; (iii) a negativa de acesso à infraestrutura por seu controlador ao competidor; e (iv) a possibilidade de compartilhamento.⁴⁶⁵

É bem verdade que o fenômeno do compartilhamento dos Postes de Luz envolve atores econômicos de setores que são diferentes, notadamente as prestadoras de serviços de Telecomunicações e as concessionárias distribuidoras de energia elétrica. Dessa forma, a recusa por parte das detentoras dos Postes de Luz ao uso para a fixação dos cabos de rede essenciais às Telecomunicações não se enquadra, exatamente, nas hipóteses constantes dos casos norte-americanos, consagradores da doutrina das *Essential Facilities*. Isso porque não se trata de oposição de um monopolista ao acesso à infraestrutura por concorrente entrante do mesmo setor.

No entanto, um problema que se apresenta em relação ao fenômeno do compartilhamento dos Postes de Luz remete ao fato de que as faixas ociosas dessas infraestruturas — aquelas que não estão afetas às redes de distribuição de energia das concessionárias — são escassas. Dessa forma, a capacidade de compartilhamento dos Postes de Luz é igualmente limitada, o que significa dizer que, potencialmente, as concessionárias podem entrar em acordo com determinadas prestadoras de serviços de Telecomunicações e excluir outras sociedades concorrentes do mesmo setor.⁴⁶⁶

465 Novamente o trabalho de Weden é esclarecedor em indicar os elementos que estruturam a doutrina das *Essential Facilities*: "The MCI court articulated four elements that comprise a section 2 violation under the essential facility doctrine: (1) a monopoly controller of an essential facility; (2) a facility that cannot be practically duplicated; (3) the controller denies access to a competitor; and (4) it is feasible to share". (WERDEN, Gregory J. "The Law and Economics of the Essential Facilities Doctrine", *Saint Louis University Law Journal*, 1987, p. 452.)

466 "Griffith and Berkey Photo are sometimes called leveraging cases because they involve the alleged use of monopoly power to beget monopoly power. As stated in Berkey Photo, the leveraging theory asserts "that it is improper, in the absence of a valid business policy, for a firm with monopoly power in one market to gain a competitive advantage in another Market by refusing to sell a rival the monopolized good or services he needs to compete effectively in the second Market."(WERDEN, Gregory J. "The Law and Economics of the Essential Facilities Doctrine", *Saint Louis University Law Journal*, 1987, p. 59-460.)

Dessa forma, como o fenômeno atinge setores distintos, há um esforço adicional que se apresenta à regulação, qual seja, o de evitar que as concessionárias, por privilegiarem alguns dos atores econômicos das Telecomunicações, criem uma conduta anticompetitiva em setor distinto daquele em que se insere. Isso porque, na prática, há uma potencial colaboração em favor de um diferencial competitivo de certas prestadoras de serviços de Telecomunicações em detrimento das demais prestadoras. Nesse cenário, impõem-se a regulação e a edição dos incentivos adequados, para que os atores inseridos nos dois setores afetados pelo fenômeno não perpetrem condutas anticompetitivas.

8. Alguns desdobramentos mais recentes em relação ao compartilhamento de elementos de rede

O regulador reconhece a existência de problemas relacionados ao compartilhamento dos Postes de Luz, com base, inclusive, no diagnóstico de que há um volume considerável de ocupações irregulares. Nesse cenário, a Aneel editou a Resolução Normativa nº 797/2017, uma nova tentativa de edição dos incentivos adequados à ordenação das ocupações irregulares nos Postes de Luz.⁴⁶⁷

467 Vale aqui destacar o conteúdo dos Despachos de nºs 778, 779, 780 e 781, todos originados da já extinta Comissão de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo e publicados em 6 de abril de 2018. O texto transcrito é idêntico nos quatro despachos proferidos e identifica com clareza a maneira como o regulador buscou disciplinar o tema das ocupações irregulares nos Postes de Luz. Despacho nº 778: "A COMISSÃO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS DOS SETORES DE ENERGIA ELÉTRICA, TELECOMUNICAÇÕES E PETRÓLEO, no uso de suas atribuições legais, regulamentares e regimentais, examinando os autos do Processo de Resolução Administrativa de Conflito de Compartilhamento de Infraestrutura nº 48500.000067/2017-96, decide: (i) determinar à TIM Celular S.A. e à TIM S.A. que, em até 90 dias contados da notificação da presente decisão, procedam à regularização dos pontos de fixação existentes nos 2.129 postes referenciados nas notificações constantes dos autos, em conformidade com a normatização técnica aplicável, sem prejuízo de regularizações imediatas em situações emergenciais ou que envolvam risco de acidente; (ii) determinar à TIM que, em até 90 dias contados da notificação da presente decisão, removam cabos e equipamentos ociosos ocupantes dos 2.129 postes referenciados nas notificações constantes dos autos; (iii) determinar à AES Eletropaulo que acompanhe e fiscalize o processo de regularização realizado pela prestadora, fornecendo as informações necessárias para sua execução; (iv) autorizar a AES Eletropaulo, exaurido o prazo do item anterior, a remover os cabos e equipamentos da prestadora afixados em sua infraestrutura de distribuição de energia elétrica, que estejam em desacordo com a normatização técnica, podendo condicionar sua devolução ao ressarcimento, pela prestadora, dos custos incorridos para a remoção; (v) determinar à AES Eletropaulo que mantenha os cabos e equipamentos eventualmente removidos, no estado em que se encontrarem após a retirada, à disposição dos proprietários por um prazo mínimo de 90 dias; (vi) enviar Memorando à Superintendência de Controle de Obrigação da Anatel

No entanto, muito embora o regulador tenha empreendido esses esforços, com vistas à adequação das ocupações nos Postes de Luz, o Executivo Federal dissolveu a Comissão Conjunta, por meio do Decreto nº 9.759/2019.⁴⁶⁸ Dessa forma, acenou aos atores econômicos encerrados no fenômeno do compartilhamento dos Postes de Luz em uma direção distinta daquela indicada pelos reguladores dos setores.

O Decreto nº 9.759/1999 foi na contramão dos incentivos editados pela regulação até aquele momento, no sentido de direcionar os atores à adequação do compartilhamento dos Postes de Luz, porque, na prática, esvaziou as decisões tomadas pela Comissão Conjunta, inclusive os Despachos nºs 778, 779, 780 e 781, endereçados às prestadoras de serviços de Telecomunicações. No entanto, é importante destacar a recente publicação da Resolução Conjunta nº 03/2020, por meio da qual a Aneel, a Anatel e a ANP recriaram a Comissão Conjunta. Publicada em 27 de novembro de 2020, essa Resolução, em seu art. 2º,⁴⁶⁹ também convalidou os atos praticados pela Comissão Conjunta desde 28 de junho de 2019, fundados na competência atribuída pela Resolução Conjunta nº 02/2001.

O regulador, portanto, parece, mais uma vez, sinalizar aos atores interessados pelo fenômeno do compartilhamento dos Postes de Luz que a ordenação de suas ocupações é medida premente. Assim, novamente desponta com incentivos mais adequados à adoção de decisões racionais por parte desses atores econômicos inseridos nos setores impactados pelo compartilhamento, especialmente quando considerados os dados extraídos da Consulta Pública.

para análise quanto à instauração de Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações — PADO em desfavor da Tim Celular S.A. e Tim S.A., em face da conduta imputada à Tim; (vii) extinguir e arquivar o Processo em referência, tendo em vista o exaurimento de sua finalidade, nos termos do previsto no art. 36 da Resolução Conjunta nº 02, de 27 de março de 2011 (ANEEL, Anatel, ANP), após exaurido o prazo para interposição de pedido de reconsideração sem manifestação das partes; e (viii) notificar as Partes acerca da decisão da Comissão de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo”.

468 Decreto nº 9.759, de 11 de abril de 2019: “Art. 1º Este Decreto extingue e estabelece diretrizes, regras e limitações para colegiados da administração pública federal direta, autárquica e fundacional”.

469 Resolução Conjunta nº 03/2020. “Art. 2º Ficam convalidados os atos praticados a partir de 28 de junho de 2019 pela Comissão de que o art. 1º. desta Resolução.”

9. Conclusão

Este artigo se propôs a diagnosticar a maneira como se manifesta o comportamento dos atores econômicos inseridos nas Telecomunicações, notadamente em relação à exploração do uso de bens essenciais ao próprio setor, bem como às atividades de distribuição de energia elétrica, quais sejam, os Postes de Luz. Buscou-se demonstrar que esse comportamento reflete uma racionalidade limitada, notadamente manifestada pelas prestadoras de serviços de Telecomunicações por meio de suas ações pouco coordenadas entre si. A falta de coordenação e ordenação é percebida, inclusive, no cenário de ocupação pouco estruturada dos Postes de Luz.

Vale destacar que a atuação desses atores econômicos, consistente em ocupações desordenadas e individualizadas de bens essenciais nos dois setores analisados, faz saltar a percepção de que o uso tem a falsa percepção de que esses recursos disponibilizados seriam infindáveis. O comportamento, portanto, assemelha-a às condutas identificadas no cenário da “tragédia dos comuns”.

O regulador procurou, por sua vez, criar alguns incentivos aos atores que estão inseridos no setor das Telecomunicações, com destaque para a cessação de ocupações irregulares em Postes de Luz, o que se deu, por exemplo, por meio dos Despachos nºs 778, 779, 780 e 781, todos proferidos pela Comissão de Conflitos criada para o enfrentamento do fenômeno do uso compartilhado dessas infraestruturas.

O regulador reconhece os manifestos comportamentos predatórios por parte dos atores econômicos inseridos no setor das Telecomunicações. A edição de marcos regulatórios como as Resoluções Conjuntas nº 01/99 e nº 04/2014, assim como a Resolução Normativa nº 797/2017 e, recentemente, a Resolução Conjunta nº 03/2020, denota que o regulador está atento aos movimentos dos atores econômicos inseridos nesse setor. Vale destacar que, muito embora a sinalização do Executivo Federal, mediante a edição do Decreto nº 9.759/1999, tenha sido na contramão dos incentivos editados até aquele momento pelo regulador, visto que

esvaziou as decisões tomadas pela Comissão Conjunta, até mesmo direcionando os atores do setor à não adequação das ocupações de Postes de Luz irregularmente implementadas, a Resolução Conjunta nº 03/2020, editada por Aneel, Anatel e ANP, retoma, ao menos em tese, o caminho de incentivar a adequação desses comportamentos desordenados.

Esses incentivos, por sua vez, são capazes de impulsionar tomadas de decisão mais racionais e eficientes por parte das prestadoras de serviços de Telecomunicações, notadamente sob uma perspectiva econômica, sempre com vistas à eficiência alocativa e em prol da maximização do bem-estar social. Diante desses incentivos adequados, acredita-se que os atores das Telecomunicações perseguirão comportamentos mais racionais sob uma perspectiva econômica e que privilegiarão maior eficiência alocativa.

Ao criar, potencialmente, alguns estímulos aos atores econômicos do setor, para que atuem de maneira menos predatória, o que se busca, na realidade, é a resolução das externalidades negativas associadas ao fenômeno das ocupações desordenadas dos Postes de Luz. Isso porque o uso desordenado dos Postes de Luz cria uma gama de problemas de sobrecarga, incluindo riscos à saúde e ao meio ambiente, advindos de suas potenciais quedas, além do risco decorrente dos emaranhados de fios de cobre e de fibra amplamente observados nessas infraestruturas.

Esse debate ainda adquire maior importância com o advento da tecnologia de quinta geração, a tecnologia 5G. As perspectivas são de grandes investimentos em infraestrutura. Esses aportes caminharão lado a lado com o desenvolvimento do 5G. Isso porque a baixa latência é uma das características que despontam na tecnologia. Conseqüentemente, serão ainda mais prementes os investimentos em infraestrutura e rede.

Por derradeiro, discute-se, nos dias que correm, no setor das Telecomunicações, o caminho do aterramento dos cabos de fibra como uma alternativa ao problema da ocupação desordenada dos Postes de Luz. No entanto, os custos atrelados ao aterramento, na eventualidade de serem direcionados exclusivamente a determinados

atores econômicos do setor, imputariam um ônus muito grande a essas prestadoras. Portanto, a via do compartilhamento, em que esses custos potencialmente poderiam ser de alguma maneira racionalmente partilhados entre uma pluralidade de interessados, tem o condão de tornar o aterramento viável sob uma perspectiva também econômica.

Referências

- ANEEL, Agência Nacional de Energia Elétrica; ANATEL, Agência Nacional de Telecomunicações. Consulta Pública para análise de impacto regulatório: Revisão da Regulamentação de Compartilhamento de Postes de Energia Elétrica por Prestadoras de Serviços de Telecomunicações, setembro de 2018; Modelo Versão 2.1. Tomada de subsídio para análise de impacto regulatório: Revisão da Regulamentação de Compartilhamento de Postes de Energia Elétrica por Prestadoras de Serviços de Telecomunicações.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BRADLEY, Keith. "The design of agency interactions", *Columbia Law Review*, v. 111, n. 4, maio de 2011, p. 745-794.
- CÂMARA, Jacintho Arruda. "Autorizações administrativas vinculadas: o exemplo do setor de telecomunicações". In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (orgs.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- COGLIANESE, Cary. "Presidential Control of Administrative Agencies: A Debate over Law or Politics", *Harvard Law School Library*, 15 nov. 2018.
- CROLEY, Steven. "White House Review of Agency Rulemaking: An Empirical Investigation", *The University of Chicago Law Review*, v. 70, n. 3; verão de 2003, p. 821-885.
- FREEMAN, Jody; ROSSI, Jim. "Agency Coordination in shared regulatory space", *Harvard Law Review*, v. 125, março de 2012, n. 5.
- GABATHULER, David. "Network sharing in 3rd generation mobile telecommunications systems: minding the coverage gap and complying with EC competition rules", *Competition Policy Newsletter*, n. 3, outono de 2003.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. "Regime Jurídico das Telecomunicações: autorização, permissão e concessão", *Revista Interesse Público*, v. 3, n. 12, out.-dez. 2001.
- HARDIN, Garret. "The Tragedy of the Commons", *Science*, 1968, n. 162, p. 1234-8.
- LEAL, Sayonara de Amorim Gonçalves. "Algumas considerações sobre o modelo de regulação do mercado brasileiro de telecomunicações: os mecanismos de controle público presentes na regulamentação do setor e o papel da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel)", *Revista Electrónica Internacional de Economía de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación*, v. II, n. 3, set.-dez. 2000, p. 57-75.

- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “Direito das Telecomunicações e Anatel”. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Direito administrativo econômico*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização — in memoriam de Marcos Juruena Villela Souto e Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e concorrência (compartilhamento de infraestruturas e redes)*. São Paulo: Dialética, 2006.
- OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: the evolution of institutions for collective action*. 9. ed. Cambridge University Press, 2019.
- RAGAZZO, Carlos; VELOSO, Isabel Cristina. “Regulação e novas tecnologias: verticalização das OTTs de vídeo”, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 37, p. 200-218, dez. 2017.
- WERDEN, Gregory J. “The Law and Economics of the Essential Facilities Doctrine”, *Saint Louis University Law Journal*, 1987, p. 433-480.

Natália de Macedo Couto

O papel do Estado na regulação dos serviços de transporte privado prestados por aplicativos

15

O papel do Estado na regulação dos serviços de transporte privado prestados por aplicativos

Natália de Macedo Couto⁴⁷⁰

Resumo

Este artigo busca identificar se as atividades econômicas de transporte individual de passageiros por aplicativos devem ser prestadas exclusivamente por taxistas ou podem ser abertas a outros prestadores, sob supervisão estatal. A internet possibilitou, por meio de plataformas digitais, o uso dessa tecnologia para revolucionar os modelos de negócios. Essa atividade, considerada disruptiva, desenvolve-se, portanto, em um ambiente novo e leva ao nascimento de conflitos com antigos atores já estabelecidos no mercado. Em que pese a resistência a seu desenvolvimento, as novas atividades trazem eficiências que não podem ser ignoradas. Após um silêncio de quatro anos do início dessas atividades no Brasil, sem nenhum posicionamento do legislador federal, a Lei nº 13.640/2018 conferiu um rumo às controvérsias, com um sinal verde para seu desenvolvimento. Olhando para esse cenário, o presente artigo buscou analisar o tratamento da matéria, à luz das premissas do Estado Regulador, considerando, ademais, as características e a própria natureza técnica do meio em que o serviço de transporte é prestado: a internet. Ao final, traz o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Palavras-chave: Estado regulador. Novas tecnologias. Atividades econômicas privadas. Transporte privado por aplicativo.

1. Introdução

Hoje, estamos vivendo em uma sociedade hiperconectada em suas mais variadas dimensões — conexão entre pessoas, pessoas e

⁴⁷⁰ Mestranda em Direito da Regulação na Fundação Getúlio Vargas — FGV (2020). Pós-graduada em Direito pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro — EMERJ (2011). Cursos de educação continuada em *Compliance* (2018) e *Contratos* na FGV (2019). Atualmente, é advogada e assistente de ensino da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Privado. Área de pesquisa: Regulação de Novas Tecnologias.

máquinas, e até mesmo conexão entre máquinas, sem interferência humana, tema que envolve inteligência artificial.⁴⁷¹ A transformação da sociedade pela internet, com o surgimento de novas tecnologias,⁴⁷² pode ser observada nos anos 1990. A partir de então, a sociedade, marcada pela globalização, vivenciou a superação das restrições espaciais e temporais.

Essa mudança tem o condão de alterar as dinâmicas de poder, além de efetuar transformações na economia, modificando os modelos de negócios existentes, na cultura, influenciando as pessoas em seus estilos de vida e comportamentos, bem como em suas tomadas de decisão política. Não se pode mais negar a permeabilidade da digitalização na esfera social, que se tornou a principal ferramenta da modernidade desde o exercício de atividades simples, como, por exemplo, a compra e venda por meio eletrônico, até o envolvimento de temas mais complexos, como, por exemplo, o exercício de direitos civis que envolvem liberdade de expressão, cidadania e identidade.

É nesse contexto que surgem as atividades econômicas privadas prestadas por meio de plataformas digitais e da tecnologia da informação, fazendo com que desponham novos formatos de comercialização de bens por meio do comércio eletrônico, novas formas de intermediação de moradias, bem como inovações no transporte privado de pessoas. Esses serviços, que podem ser oferecidos através de aplicativos, concedem maior autonomia aos indivíduos, já que a aquisição ocorre através da infraestrutura da internet.

Em 2009, torna-se possível aos usuários da internet utilizarem o serviço de transporte privado, popularmente conhecido como “carona remunerada”, com base em sua localização. Esse serviço

471 MAGRANI, Eduardo. *A internet das coisas*. Rio de Janeiro: FGV, 2018, p. 1-26. Segundo o autor, o termo hiperconectividade foi cunhado para descrever o estado de disponibilidade dos indivíduos para se comunicar a qualquer momento, estando atrelado às comunicações entre indivíduos; entre máquinas e entre máquinas e indivíduos.

472 BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista de Direito Administrativo — RDA*, v. 273, Rio de Janeiro, p. 123-163, 17 set. 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/66659/64683>. Acesso em: 25 jul. 2020. Segundo a autora, tecnologia é um termo amplo, considerado um processo capaz de modificar a realidade física ou virtual. Também pode ser um termo visto como um conjunto de ferramentas que as pessoas usam para modificar seu ambiente.



chega ao Brasil em 2014 pela empresa Uber.⁴⁷³ E, tão logo os usuários começam a utilizá-lo, observam-se dificuldades jurídicas para sua regulação, principalmente em razão do mercado já acomodado e dominado pelos táxis.

A discussão em torno da possibilidade de utilização ou não dos aplicativos tornou-se o foco do debate, com o endereçamento de alguns problemas relativos à sua utilização. Sob o ponto de vista concorrencial, houve grande pressão dos taxistas para sua proibição, sob a justificativa de exercerem o monopólio dessa atividade, observando-se, após, atos de protestos violentos e algumas manifestações.⁴⁷⁴

Em que pese a resistência, não há elementos econômicos que justifiquem a proibição desses novos prestadores de serviço; pelo contrário, sob a ótica concorrencial e do consumidor, isso pode ser bastante positivo, pois eles atuam de forma eficiente na mitigação das consequências geradas pela assimetria de informação nos mercados de táxi.⁴⁷⁵

É possível visualizar que o oferecimento do serviço de transporte por aplicativo, ao contrário da facilidade decorrente de seu manuseio, revela-se repleta de complicadores,⁴⁷⁶ à vista de um sistema complexo de operação que se desenvolve na camada de conteúdo da internet, em que ocorrem interações entre usuários, serviços e aplicações. Certas atividades, portanto, aumentam a preocupação, trazendo demandas sociais e econômicas que começam a atrair a atenção do Estado, exigindo, assim, atuação estatal.

473 Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/tecnologia/servico-de-caronas-remuneradas-uber-inicia-operacoes-no-brasil-12618444>.

474 Disponível em: <http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2015/08/motoristas-obrigam-casal-descer-de-carro-do-uber-e-entrar-em-taxi-no-df.html>.

475 ESTEVES, Luiz Alberto. Uber: o mercado de transporte individual de passageiros: regulação, externalidades e equilíbrio urbano. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 270, p. 325-361. set.-dez. 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/58746>. Acesso em: 10 jul. 2020.

476 Além do problema da concorrências, os serviços através de plataformas demandam outras preocupações, mas que não são objeto deste artigo, tais como vazamento de informações, espraiamento das cidades e externalidades negativas, que serão abordadas mais adiante. Veja em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/04/vazamento-da-uber-expos-nome-telefone-e-email-de-156-mil-usuarios-brasileiros.shtml> Acesso em 01 jul. 2020. (ESTEVES, op. cit.).

Nesse viés, o que se busca responder, no presente trabalho, é se as atividades de transporte por aplicativo devem ser prestadas exclusivamente por taxistas ou se devem ser abertas a outros prestadores, sob supervisão estatal.

A Lei nº 13.640/2018 alterou as regras sobre Política Nacional de Mobilidade Urbana, incluindo o artigo 4º, inciso X, e os artigos 11-A e 11-B, que, além de definir o conceito de transporte remunerado privado individual de passageiros como “serviço remunerado de transporte de passageiros, não aberto ao público, para a realização de viagens individualizadas ou compartilhadas solicitadas exclusivamente por usuários previamente cadastrados em aplicativos ou outras plataformas de comunicação em rede”, estabeleceu a competência municipal para tratar dessas questões, com a observância necessária das diretrizes mínimas para a regulamentação pelos municípios.

O debate apresenta-se, então, em meio a um ambiente de incertezas, envolvendo conflitos de interesses entre indivíduos e pessoas jurídicas, com o surgimento de novos mercados virtuais que precinizam inovação, abertura e liberdade, além de considerações sobre a natureza técnica da internet, dotada de características especiais: interoperabilidade e adoção de padrões técnicos.

A questão torna-se ainda mais controvertida quando alguns municípios, propensos a defender uma classe de prestadores de serviços, propõem leis que proíbem o serviço de transporte individual por aplicativo em seus territórios.

A justificativa desta pesquisa reside na atualidade do tema, em que novas tecnologias permeiam diversos setores da sociedade, afetando a economia e o relacionamento entre as pessoas, o que se aplica ao caso dos transportes por aplicativos, de modo a atrair um papel especial do Estado na conformação dessas atividades.

Dessa forma, o objeto do presente artigo é estudar o serviço de transporte privado individual por aplicativo, à luz de uma nova abordagem de função pública, a regulação. O objetivo é analisar a transformação do Estado Moderno de Direito até sua evolução para

o Estado Administrativo, bem como identificar o tratamento dos serviços de transporte privado por aplicativo dentro dessa realidade, de modo a considerar toda a complexidade que esses serviços prestados por novas tecnologias carregam.

O presente trabalho fará uma análise descritiva, predominantemente jurídica. O desenho de pesquisa será desenvolvido em duas partes. Na primeira seção, será descrito o desenvolvimento do Estado Moderno de Direito: do modelo de Estado Liberal ao Estado Capitalista Regulador (subseção 1.1). O fenômeno de supervisão do jogo econômico pelo Estado, entendido como “regulação”, terá sua análise voltada à regulação de novas tecnologias. Abre-se um tópico para tratar das características da internet porque os reguladores precisam saber onde se situam para, então, abordar os desafios do Estado Regulador na regulação das novas tecnologias (subseção 1.2).

A segunda seção enquadrará os serviços de transporte privado por aplicativo como atividades privadas (subseção 2.1), ressaltando algumas de suas eficiências. Na sequência, abordará o tratamento concedido pelo legislador federal à matéria, com a promulgação da Lei nº 13.640/2018, descrevendo o retrato da estrutura regulatória que deve ser observada para a recomposição das falhas de mercado surgidas (subseção 2.2). Por fim, será observado o tratamento dispensado pelo Supremo Tribunal Federal à questão (subseção 2.3).

Ao final, a conclusão abordará os pontos mais importantes deste trabalho, com ênfase para o caminho a ser seguido pelo regulador, à vista de sua escolha diante do cenário em que atua.

1. O Estado Regulador e os serviços prestados pelas novas tecnologias

O estudo desta primeira parte do artigo se dará em linha crescente, a partir da análise do desenvolvimento do Estado Moderno de Direito, desde a concepção do modelo liberal, passando pelo Estado Intervencionista, até chegar no modelo do Estado Administrativo (Regulador). Entendida a emergência da regulação como uma nova função pública (subseção 1.1), será realizada uma sondagem

das características da internet, vez que é essencial ao regulador conhecer o cenário em que se desenvolvem os novos serviços de transporte individual prestados por meio de tecnologia. No final da primeira parte deste artigo, serão abordados os desafios para o Estado Regulador frente às novas tecnologias que prestam atividades econômicas (subseção 1.2).

1.1. A evolução do Estado Moderno de Direito

O quadro institucional da Administração Pública brasileira, inspirado no modelo francês, foi marcado por forte centralização do poder nas mãos do chefe do Poder Executivo, de modo a caracterizar uma burocracia centralizada e estruturada sob uma forma piramidal (hierarquizada), com base na teoria tripartite de poderes.

A formação idealizada para o Direito Administrativo era um “conjunto de condições necessárias à conformação da estrutura burocrática governamental para a execução das regras, via regulação, criadas pelo Poder Legislativo”.⁴⁷⁷ Ao Poder Executivo, era delegada uma função marginalizada, cabendo à Administração Pública assegurar a ordem pública estabelecida pelas leis. Note-se que, dessa atuação, decorreu uma preocupação excessiva com a legalidade, deixando de fora, relegado ao segundo plano, o resultado produzido.

Essa foi a concepção predominante na Europa trazida pelo Estado Liberal do século XIX, após a ruptura do vínculo entre Estado e Monarca, com a Revolução Francesa, em 1789. Saem das mãos do monarca e depositam-se no Estado todas as faculdades e prerrogativas de domínio. A viga-mestra dessa estrutura é, justamente, a superioridade do Poder Público sobre o interesse privado, o que justifica a adoção de um regime diferenciado para a Administração Pública, autorizando a limitação do exercício dos direitos e garantias individuais através do poder de polícia e da adoção de um regime público diferenciado para o regimento de seus atos.

477 GUERRA, Sérgio. “Separação de Poderes, Executivo Unitário e Estado Administrativo no Brasil”. In: GUERRA, Sérgio. (org.). *Teoria do estado regulador*. Curitiba: Juruá, v. 3, p. 11, 2017.



Odete Medauar⁴⁷⁸ relata que, no âmbito econômico, consagrou-se o princípio da livre-iniciativa, que, por um lado, tinha como valor positivo a liberdade de empreender; e, por outro, como valor negativo, a remoção dos empecilhos sobre a liberdade econômica, o que se caracterizava como “abstenção” dos Poderes Públicos quanto às intervenções limitativas.

No final do século XIX e no início do século XX, algumas transformações na sociedade apontaram para a modificação do atuar do Estado. Medauar assinala alguns fatores que concorreram para essa transformação: atuação dos Estados em períodos de crise econômica; atuação do Estado no período de pós-guerra; mudança da população rural para a zona urbana, com o surgimento de problemas de convivência de massas humanas; o desenvolvimento tecnológico e científico etc.

Surge, então, o Estado Intervencionista ou Estado do Bem-estar, entre outras nomenclaturas encontradas na doutrina. No âmbito do poder político, observa-se o fracionamento da autoridade estatal. A imagem da pirâmide, com ênfase para a estrutura hierárquica, daria lugar a uma rede de poderes, com influência da democracia direta e representativa. Essa mudança de estrutura decorre do advento do sufrágio universal,⁴⁷⁹ que foi decisivo para que o Estado não adotasse uma postura neutra diante dos anseios sociais.

Segundo Sabino Cassese,⁴⁸⁰ é possível observar a erosão da supremacia da Administração Pública, que deixa de ser um atributo para ser considerada um privilégio concedido nas hipóteses autorizadas por lei. Supremacia e unilateralidade são substituídas por consenso e bilateralidade. Observa-se a maior influência de grupos e setores espalhados pela sociedade nas tomadas de decisão, o que não significa abandono da centralidade do poder estatal.

478 MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 81.

479 ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 56-71. O autor faz menção ao fato de que as nomenclaturas “Estado de bem-estar, Estado social, pós-capitalista, pós-industrial, intervencionista e, mais recentemente, regulador, pós-moderno etc.” não recebem denominação adequada para uma manifestação juspolítica tão complexa como essa, razão pela qual a melhor referência seria a expressão “Estado Democrático de Direito”, possibilitando a adoção de outros submodelos que melhor expressam o conteúdo da Carta Constitucional.

480 CASSESE, Sabino. *La globalización jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 175-190.

A marca do Estado Intervencionista consiste no alargamento de suas atividades para um campo que, antes, era dedicado à iniciativa privada.⁴⁸¹ Não se acredita mais na livre mão do mercado a conduzir a justiça da ordem econômica; opta-se por entregar ao próprio Estado a condição de participante, de forma que a ordem econômica seja transformada em um de seus objetos. Na esteira das lições de Odete Medauar,⁴⁸² “surgem, assim, as noções de Estado empresário, porque esse estatiza empresas, participa, com o capital privado, de empresas mistas, e cria empresas com capital público”.

A evolução rápida da vida em sociedade fez com que a lei se tornasse um instrumento insuficiente para solucionar os conflitos. As normas jurídicas passaram a conter expressões fluidas sobre política pública. Alexandre Santos de Aragão⁴⁸³ fala em características de instrumentalidade e flexibilidade, ou seja, as normas públicas são vistas como instrumentos de realização de políticas públicas que devem incidir em sociedades complexas.

No que tange ao papel desempenhado pela Administração Pública, a atuação ativa do Estado na economia trouxe a expansão da própria estrutura, com a multiplicação de entes estatais dotados de personalidade jurídica própria voltados à ação em diversos setores: atuação policêntrica.

O desinteresse pelos resultados decorrentes da atuação estatal modifica-se a partir da pressão feita por grupos sociais responsáveis pelo incremento da participação popular na vida pública, o que faz com que a Administração passe a enxergar para fora de seu aparato burocrático. Assim, a partir da década de 1970, o olhar da Administração Pública se volta para seus resultados; a eficiência entra na pauta do debate e passa-se a entender que ela deve estar presente na escolha administrativa.

481 Sobre esse ponto, deve-se ressaltar que Alexandre Santos de Aragão entende que não há correlação necessária entre Estado Social e estatização, sendo certo que dependerá da ordem econômica adotada por cada Estado.

482 MEDAUAR, op. cit., p. 88.

483 ARAGÃO, op. cit., p. 91-93.



A sociedade se transforma. A crise do Estado Social vem com a saturação da expansão da burocracia promovida, que provocou o inchaço da máquina pública, com o aumento de despesas e a redução de receitas, levando à falência do Estado como provedor da sociedade. Somam-se, ademais, problemas de governabilidade de sociedades cada vez mais complexas, em que a introdução das inovações tecnológicas e a globalização trazem novos atores, passando, assim, a se formar uma teia normativa.

O Estado se coloca diante de um novo desafio: adotar práticas de administração gerencial modernas e eficientes. Entra em cena, no início do século XXI, o Estado Regulador, também conhecido como Estado Subsidiário ou Estado Controlador, que teve suas transformações sentidas já a partir da década de 1990.

Jacques Chevallier⁴⁸⁴ e Sérgio Guerra se referem a essa época como pós-modernidade, com o propósito de indicar novas visões surgidas a partir da Segunda Guerra Mundial. Para Sérgio Guerra, “adote-se ou não essa terminologia, vive-se sob um modelo de Estado em que o jusnaturalismo liberal e a intervenção social cedem lugar e/ou se ajustam à interferência estatal nas atividades econômicas privadas e setores sensíveis sob nova configuração”.⁴⁸⁵

Odete Medauar seleciona os fatores que influenciaram a nova modelagem do Estado: (i) a globalização, conceituada por Medauar como a “transnacionalização acelerada dos mercados, dos capitais, da produção, das relações econômicas, do consumo, sem limites territoriais, em que ocorre a superação de restrições de espaço e tempo, com capacidade do tratamento instantâneo de um grande número de informações”,⁴⁸⁶ (ii) neoliberalismo, movimento adotado pelos governos de Reagan e Thatcher, na década de 1980, voltado à abertura comercial, à desregulamentação da economia, à privatização, à liberação de mercados e aos cortes de despesas sociais; e, por fim, (iii) a privatização, entendida, em seu sentido amplo, como

484 CHEVALLIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 24-28.

485 GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 5 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 116-117.

486 MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 94.

a redução do espaço do Estado no campo econômico, com a transferência das atividades econômicas desempenhadas pelo Estado aos atores privados.

O Estado Regulador é inspirado no modelo estadunidense de Estado Administrativo, que se contrapõe à essência unitária do Executivo francês. Segundo Sérgio Guerra,⁴⁸⁷ esse modelo de Estado é estruturado por meio de agências executivas e reguladoras, fora do aparato burocrático do Poder Executivo. Sua formação destacada decorre da origem do modelo de governança americano, que, em razão da influência negativa exercida pelo governo inglês sobre as colônias americanas, com origem nos abusos e nas violações de direitos e liberdades individuais, fez com que os “*Founding Fathers*” [Pais Fundadores] da Constituição americana restringissem os poderes do presidente.

O que se buscava na nação americana era evitar que os abusos se repetissem. Com isso, a estrutura de competências do Poder Executivo não foi disciplinada na Constituição, haja vista a intenção de impedir a concentração de poderes nas mãos de seu chefe. À medida que iam crescendo as necessidades estatais para o desempenho das funções, criavam-se agências que ficariam responsáveis pela condução do programa estabelecido pelo Parlamento. Esse processo foi desenvolvido paulatinamente, sendo, hoje, um modelo sólido, com mais de 150 anos de experiência.⁴⁸⁸

No Brasil, as influências do modelo estadunidense foram sentidas na Constituição de 1988, que adotou o capitalismo como sistema de mercado, pautado na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, na forma dos artigos 1º e 170, ambos da Constituição Federal. Ao Estado, couberam, então, as funções de regulação das atividades através de fiscalização, incentivo e planejamento.

A partir da década de 1990, com a grave crise econômica instaurada no país, aliada à incapacidade de se realizarem investimentos,

487 GUERRA, Sérgio. “Separação de Poderes, Executivo Unitário e Estado Administrativo no Brasil”. In: GUERRA, Sérgio. (org.). *Teoria do estado regulador*. Curitiba: Juruá, 2017, v. 3, p. 13.

488 GUERRA, Sérgio. “Aperfeiçoando a regulação brasileira por agências: quais lições podem ser extraídas do sesquicentenário modelo norte-americano?”. In: GUERRA, Sérgio. (org.). *Teoria do estado regulador*. Curitiba: Juruá, 2017, v. 3, p. 18-20.



à vista da escassez de recursos, a falência do modelo intervencionista era nítida, não mais cabendo ao Estado atuar diretamente na economia através de empresas públicas e sociedades de economia mista. Foi, então, que se deu início à reestruturação do papel do Estado na economia, com a implantação, ainda que tímida, do modelo norte-americano de Estado Administrativo pelo governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso.⁴⁸⁹ Na prática, o plano apresentado pelo governo não funcionou da forma prevista em seu esboço, visto que a Administração Pública indireta permaneceu vinculada ao Executivo, ao contrário do que se pretendia, com a transformação das autarquias e fundações em agência independentes.

A finalidade da transformação e da criação de entidades reguladoras independentes é que os objetivos a serem alcançados pela norma não fiquem nas mãos do velho modelo clientelista, com predominância dos interesses políticos, com o favorecimento de apenas uma parte da sociedade. Buscam-se tecnicidade e planejamento das decisões estatais, sendo desvinculadas das ações do governo. Por isso, é tão importante a característica da autonomia decisória, que é garantida pela impossibilidade de exoneração *ad nutum* de seus dirigentes, sendo certo que os mandatos não serão coincidentes com os mandatos dos chefes do Poder Executivo, o que proporciona o prolongamento das ações estatais por meio de governos diferentes.

A administrativização da Regulação,⁴⁹⁰ com mudança de foco do Poder Legislativo para a Administração Pública, traz como consequência a transformação da dinâmica da teoria da separação dos poderes, vez que as funções dos Poderes, notadamente da Administração Pública, são redesenhadas.

Ademais, não se pode mais dizer que a função do Executivo é executar a norma legislativa.⁴⁹¹ A atividade legislativa não se

489 GUERRA, Sérgio. "Separação de Poderes, Executivo Unitário e Estado Administrativo no Brasil". In: GUERRA, Sérgio. (org.). *Teoria do estado regulador*. Curitiba: Juruá, 2017, v. 3, p. 24.

490 ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 99-103.

491 ACKERMAN, Bruce. "Good-bye Montesquieu". In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. (orgs.). *Comparative Administrative Law*. Edward Eugar Publishing, 2012.

apresenta mais como a tarefa central do Estado, mostrando-se tão essencial quanto a conformação das políticas públicas por um Poder especializado — o Executivo, o que se faz através do desempenho de múltiplas funções. Nas palavras de Alexandre Santos de Aragão,⁴⁹²

o Legislativo não tem condições para fixar regras gerais sem ter conhecimento do que já foi ou está sendo feito pelo Executivo e sem saber de que meios este dispõe para atuar. O Executivo, por seu lado, não pode ficar à mercê de um lento processo de elaboração legislativa, nem sempre adequadamente concluído, para só então responder às exigências sociais, muitas vezes graves e urgentes.

Passa-se, então, a observar a sobrepujança do Poder Executivo, o que impõe a busca por novos modelos de legitimação — o princípio majoritário decorrente da representação popular deixa de ser a única base de legitimidade e fixa seu olhar na eficiência da atuação estatal, cujos controles estão previstos do art. 37 da Constituição Federal. Vincula-se, assim, a atuação dos administradores ao resultado das políticas públicas ditadas pela vontade popular.

Entendida toda a estrutura do Estado Regulador, é dentro dessa caixa que se deve desenvolver o enfrentamento das questões a respeito das novas tecnologias voltadas à prestação dos serviços privados através da internet. Em uma sociedade complexa, a regulação das atividades econômicas privadas, regidas pelo princípio da liberdade de iniciativa, deve ser pensada segundo a ideia de um ordenamento setorial.⁴⁹³

Para Alexandre Santos de Aragão, grande parte das atividades humanas encontra correspondência em um setor público, o que faz os aparatos burocráticos tornarem-se cada vez maiores e mais especializados. Essa necessidade de especialização conduz à retirada da competência decisória do poder central, a qual, então,

492 ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 103.

493 *Ibid.*, p. 184-191.



é repassada a outras unidades setoriais, que se tornam, portanto, mais fortes. Acrescem-se, ademais, outras forças sociais que, em face de sua importância, ganham cada vez mais autonomia por parte do Estado, o que leva à convivência das normas estatais com a autonormatização desses corpos sociais.

Visto isso, não se pode negar que a internet e os serviços dela decorrentes constituem esse novo corpo social, que, dotado de suas especificidades técnicas, trazem em si uma natureza desafiadora para os reguladores, por força de seu elevado grau de complexidade e incerteza, exigindo a observância de suas características e uma atuação mais dinâmica e flexível. Os serviços de transporte individual por aplicativo devem ser analisados sob essa ótica.

Por fim, é importante considerar que a regulação dos serviços trazidos pela internet está inserida nesse contexto, não se podendo tratar esses serviços à distância das características de seu ambiente.

1.2. Internet: o cenário para o desenvolvimento de novos serviços prestados pelas tecnologias digitais

Em um momento inicial, é necessário descrever o cenário em que essas atividades privadas de transporte individual são realizadas, a internet. É importante detalhar como a internet surgiu e se desenvolveu, observando-se que os serviços prestados por ela carregam suas características.

A internet, nas palavras de Carlos Ari Sundfeld, pode ser definida “como uma rede global de redes interconectadas, nas quais ocorrem trocas de ‘pacotes’ de dados por meio do protocolo TCP/IP (*Transmission Control Protocol/Internet Protocol*).⁴⁹⁴ Seu funcionamento decorre de um “sistema tecnológico que correlaciona um conjunto de códigos, nomes de domínio, com endereços de internet — ‘IPs’, viabilizando a comunicação entre eles, por meio da transmissão de dados”.⁴⁹⁵

494 SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. A governança não estatal da Internet e o direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 270, Rio de Janeiro, set.-dez. 2015. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/58737/57530>. Acesso: 23 jul. 2020.

495 Idem.

Esse sistema tecnológico difere do conteúdo transmitido por ele, bem como dos mecanismos próprios de transmissão — rede de telecomunicações. Nos termos do art. 60 da Lei nº 9.472/1997, haveria diferença entre o sistema de telecomunicações, “conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização da comunicação” e a “atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, ao armazenamento, à apresentação, à movimentação ou à recuperação de informações” — serviço de valor adicionado, na forma do art. 61 do diploma citado.

Note-se, portanto, que a lei brasileira adota duas figuras que permitem diferenciar a estrutura física e lógica criada para a conexão — rede física, das estruturas posteriores, que acrescentam à primeira novas utilidades, viabilizando, assim, a troca de informações por códigos.

Essa situação retrata os níveis em que a internet pode ser dividida, conforme proposto por Lawrence Lessig:⁴⁹⁶ a camada física (infraestrutura relacionada aos serviços de telecomunicações); a camada de código (inclui endereços de IP, nomes de domínio e outros protocolos-padrão da rede mundial de computadores, constituindo, assim, os recursos virtuais e exclusivos da internet); e, por fim, a de conteúdo, objeto deste trabalho, que abrange os aplicativos e dispositivos disponíveis para a interação com os usuários até o próprio conteúdo que circula na rede. Os serviços prestados por aplicativos, incluindo os de transporte individual, estão localizados na camada de conteúdo.

Quando criada, a internet destinava-se a um grupo seletivo de pessoas, os militares americanos, tendo sido projetada com base nos valores de sobrevivência, flexibilidade e alta performance.⁴⁹⁷ Os cientistas que participaram do processo de construção desenharam

496 LESSIG, Lawrence. *The future of ideas: the fate of the commons in a connected world*. New York: Random House Inc., 2001, p. 103. Disponível em: http://www.the-future-of-ideas.com/download/lessig_FOI.pdf. Acesso em: 15 jul. 2020.

497 KELLER, Carla Iglesias. *Regulação nacional de serviços na internet: exceção, legitimidade e o papel do Estado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 32.

um sistema que favorecia a coletividade, a descentralização de autoridade e a troca aberta de informações. Conforme observa Clara Iglesias Keller,⁴⁹⁸ em termos operacionais, esse sistema foi construído de forma aberta, para que qualquer usuário que tivesse acesso à rede pudesse propor e implementar novas características e ferramentas, o que lhe conferia maior flexibilidade. Posteriormente, em 1990, a APARNET — primeira versão da internet, desenvolvida na Agência de Projetos de Pesquisa Avançadas do Departamento de Defesa Norte-Americano, foi privatizada, passando a ser tratada sob uma perspectiva utilitária, voltada à pesquisa e aos interesses comerciais.⁴⁹⁹

A característica da abertura possibilita o progresso democrático, por meio de acesso não discriminatório e igualitário, bem como o progresso econômico, pois permite aos usuários se conectarem com diferentes objetivos, criando, assim, novas oportunidades de negócios. A inovação aparece como o elemento-chave dessa fusão que vai propiciar o desenvolvimento econômico.

Leslie Daigle⁵⁰⁰ acrescenta outras características, denominadas “invariáveis”, as quais devem ser observadas para que a internet permaneça evoluindo. São elas: alcance global, acessibilidade, interoperabilidade, colaboração, objetivo geral e suporte à inovação sem necessidade de autorização.

O alcance global/integridade está ligado à ideia de a internet ser um sistema único em que seus usuários estão conectados em nível global, sendo certo que todas as pontas recebem as informações pretendidas pelo remetente. Aqui, a dificuldade é a regulação dos serviços transfronteiriços, vez que se contrasta com a soberania estatal de cada país. A questão jurisdicional, portanto, apresenta-se como uma questão polêmica frente à governança da internet.

498 KELLER, Carla Iglesias. *Regulação nacional de serviços na internet: exceção, legitimidade e o papel do Estado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 33.

499 Ibid., p. 33-35.

500 DAIGLE, Leslie. “On the nature of internet”, *Centre for Internacional Governance innovation and Chantham House*. Paper series n. 7, p.-05-08, 2015. Disponível em: https://www.cigionline.org/sites/default/files/gcig_paper_no7.pdf. Acesso em 27 jul. 2020.

A acessibilidade está relacionada ao fato de que qualquer pessoa pode acessar a internet, não apenas consumindo seu conteúdo, mas também contribuindo com ele.

A interoperabilidade, por sua vez, traz a ideia de que a internet funciona com o compromisso da operabilidade perfeita, vale dizer, um mundo virtual interligado, sem fronteira. A fim de garantir esse funcionamento eficiente, é preciso reunir um conjunto de padrões técnicos aplicados aos aparelhos, de modo que possibilitem uma operação uniforme.

A colaboração surge alinhando todas essas ideias, vez que, para assegurar todo o funcionamento harmonioso do sistema, o entendimento entre as partes interessadas é a melhor solução para os problemas que surgirem, enquanto o objetivo geral está relacionado com a variedade de opções para que esse sistema seja utilizado. Não há limitações próprias nos aplicativos ou nos serviços usuários.

O suporte à inovação sem necessidade de autorização significa que qualquer pessoa ou organização pode configurar um novo serviço, que obedece aos padrões existentes, sem a necessidade de pedir permissão para sua entrada no mercado. Portanto, não devem existir condicionantes para que ocorra a inovação.

É nesse contexto que a atividade regulatória estatal deve trabalhar e é preciso ter conhecimento sobre o terreno em que se situa o novo campo de atividades econômicas a serem desenvolvidas e até mesmo onde crescem as relações sociais. Dessa forma, qualquer interferência estatal em relação aos serviços prestados através da internet deve passar pela consideração das características mencionadas.

Nessa linha de ideias, ao se deparar com um serviço prestado através de tecnologia por aplicativo, ou seja, prestado na camada de conteúdo, é preciso permitir que se desenvolva de forma livre e aberta, vez que essa é a flexibilidade que se buscava quando se criou a internet. Os usuários não podem ser tolhidos quanto à implementação de novas características e ferramentas ao sistema, sob pena de se negar a própria inovação, fator propulsor do desenvolvimento econômico. A premissa de uma internet livre não



comporta barreiras de entrada. Isso, contudo, não significa que a atuação estatal deva ser descartada; ela deve apenas ser direcionada com o mínimo de prejuízo aos benefícios democráticos e de liberdade econômica que uma internet aberta tem o potencial de gerar para a coletividade. Mostra-se perfeitamente possível ao Estado estabelecer relações de normatização⁵⁰¹ com as tecnologias digitais, em que essas se apresentam como objeto de regulação estatal através de suas competências normativas.

Por isso, conclui-se que o simples desconhecimento de uma nova tecnologia pelo legislador não tem o condão de proibir a prática de determinada atividade empresarial ou individual. Deve-se buscar o conhecimento da tecnologia em sua forma mais ampla,⁵⁰² com estudos referentes aos respectivos campos de afetação e suas eficiências para, então, permitir ao regulador a atuação necessária, com base nas políticas públicas definidas, a fim de corrigir as falhas de mercado correspondentes.

2. O serviço privado de transporte individual por automóvel prestado por aplicativos e o tratamento dispensado pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário brasileiros

Aqui, o enfoque será sobre essa inovação disruptiva,⁵⁰³ a atividade de transporte individual por veículo automotor prestada

501 BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista de Direito Administrativo — RDA*, v. 273, Rio de Janeiro, p. 123-163, 17 set. 2016, p. 137. Disponível em: <http://biblioteca-digital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/66659/64683>.

502 O enriquecimento das informações para a tomada de decisão pela autoridade pública pode ser feito, por exemplo, através da participação popular e de entidades ou associações do setor nas audiências públicas, e é uma atitude que faz parte da dinâmica do Estado Administrativo. A troca de informações visa ao entendimento sobre a atividade e as externalidades negativas produzidas, para que a Administração Pública possa atingir resultados eficientes. É desejável que as autoridades reguladoras disponham de instrumentos de análise para dimensionar os efeitos que as inovações disruptivas possam causar e quais as implicações para a coletividade.

503 BAPTISTA, op. cit. Utiliza-se o termo “inovação disruptiva” para tratar de uma inovação tecnológica “capaz de enfraquecer ou, eventualmente, de substituir indústrias, empresas ou produtos estabelecidos no mercado”. Elas são capazes de desestabilizar o mercado, retirando a regularidade e a previsibilidade dos comportamentos e alterando as estruturas de poder existentes, que asseguram a prevalência de interesses de certos grupos sociais em detrimento de outros.

por meio de plataformas digitais. Em um primeiro momento, será classificada como privada a atividade de transporte individual por aplicativos, observando as eficiências que esse serviço pode trazer para a sociedade. Após, serão descritas as falhas de mercado trazidas pelo uso do próprio serviço, observando-se, na sequência, como a legislação brasileira abordou esse tema.

Para finalizar, o estudo será complementado com as razões das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 449 e no Recurso Extraordinário nº 1.054.110/SP, ambos de relatoria do Ministro Luís Fux e publicados em 9 de maio de 2020.

2.1 O transporte privado individual por automóveis através de aplicativos como atividades privadas reguladas

As atividades desenvolvidas na camada de conteúdo da internet por meio de aplicativos que servem para prestar o serviço de transporte individual por veículo automotor têm natureza econômica e são fundadas na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa (artigos 1º e 170, ambos da Constituição Federal), devendo, portanto, ser consideradas atividades privadas.

Essas atividades econômicas são entendidas como parte do mercado, vale dizer “o conjunto de operações econômicas e modelo de trocas; conjunto de contratos, convenções e transações relativas a bens ou operações realizadas no lugar/mercado”,⁵⁰⁴ devendo, portanto, ser deixadas à livre competição.

O principal argumento para a proibição do exercício da atividade por outros concorrentes no mercado, que não os motoristas de táxi, está centrado no ponto de que as referidas atividades são ilegais, pois relacionadas a uma atividade que corresponde a um serviço público, com fulcro no artigo 12 da Lei nº 12.587/2012.⁵⁰⁵

504 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 33.

505 BRASIL, Lei nº 12.587/2012. Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana. Artigo 12: Os serviços de utilidade pública de transporte individual de passageiros deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas. Disponível em: <http://>



Como serviço público, haveria privilégio da atividade pela aplicação do regime decorrente da *publicatio* a ele inerente.⁵⁰⁶

A partir do momento em que novos entrantes praticam uma atividade que foi retirada do setor privado, haveria concorrência desleal. No entanto, autores como Flávio Amaral Garcia, Daniel Sarmento e outros já se manifestaram a respeito desse tema, considerando, ao contrário, o serviço de transporte individual por veículo automotor como de natureza privada, mas de utilidade pública.⁵⁰⁷ Isso porque as atividades de transporte individual não carregam traços de essencialidade, universalidade, continuidade ou de atendimento a necessidades coletivas que estejam intrinsecamente ligadas a direitos fundamentais para serem qualificadas como serviço público.⁵⁰⁸ Nas lições de Eros Roberto Grau,⁵⁰⁹ a atividade econômica *lato sensu* destina-se à circulação de bens ou serviços escassos, podendo ser dividida em: serviço público, as atividades tomadas pelo Estado, em razão do envolvimento com necessidades coletivas; e atividades econômicas *stricto sensu*, com a exploração de atividades econômicas pelos entes privados. Nas palavras do autor:

Serviço público, diremos, é atividade indispensável à consecução da coesão social. Mais: o que determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é a sua vinculação ao interesse social. Daí por que diremos que, ao exercer atividade econômica

www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112587.htm#:~:text=1%C2%BA%20A%20Pol%C3%ADtica%20Nacional%20de,o%20inciso%20XX%20do%20art.&text=182%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal%2C%20objetivando,cargas%20no%20territ%C3%B3rio%20do%20Munic%C3%ADpio

506 NETO, Floriano de Azevedo Marques; FREITAS, Rafael Veras de. Uber, whatsapp, Netflix: os novos quadrantes da *publicatio* e da assimetria regulatória. *Revista de Direito da Economia* — RDPE, ano 14, n. 56, p. 75-108, out.-dez. 2016. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2016/12/famn-rv.pdf> Acesso em: 30 jul. 2020.

507 GARCIA, Flavio Amaral. Uber x Táxi: a solução pela via da regulação. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/uber-x-taxi-a-solucao-pela-via-da-regulacao>>; SARMENTO, Daniel. Ordem constitucional econômica, liberdade e transporte individual de passageiros: o “Caso Uber”. *Revista Brasileira de Direito Público* — RBDP, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 9-39, jul.-set. 2015.

508 GARCIA, Flavio Amaral Garcia. Uber x Táxi: a solução pela via da regulação. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/uber-x-taxi-a-solucao-pela-via-da-regulacao>.

509 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 98-124.

em sentido amplo em função de imperativo da segurança nacional ou para atender a relevante interesse coletivo, o Estado desenvolve atividade econômica em sentido estrito; de outra banda, ao exercê-la para prestar acatamento ao interesse social, o Estado desenvolve serviço público.

Nessa linha de pensamento, a mera atribuição de uma atividade como competência do Estado não é suficiente para classificá-la como serviço público. É preciso mais: deve existir uma vinculação do interesse nacional. Logo, não se sustenta a exclusividade da prestação do serviço de transporte individual por um grupo determinado, ao argumento de que se trata de serviço público. Ao contrário, tais atividades devem ser classificadas como econômicas em sentido estrito, valendo o princípio da livre-iniciativa e da competição. Contudo, essa característica não significa que o Estado não possa intervir no desenvolvimento da atividade. Por vezes, quando o próprio mercado apresentar falhas ou não produzir a regularidade de comportamento esperado, é possível exigir a intervenção do Estado na economia. Essa intervenção é típica do modelo de Estado Regulador, em que se deve garantir a fluência do mercado com o mínimo de atuação. Nesse sentido, considera-se que as atividades privadas ora tratadas são de relevante interesse público e, portanto, podem ser submetidas a uma regulamentação específica, setorial e funcionalizada.

O conceito trazido por Alexandre Santos de Aragão⁵¹⁰ para atividades privadas regulamentadas é o seguinte:

atividades de iniciativa privada para as quais a lei, em face da sua relação com o bem-estar da coletividade e/ou por gerar desigualdades e assimetrias informativas para os usuários, exige autorização prévia para que possam ser exercidas, impondo ainda a sua contínua sujeição à regulação do poder público autorizante, através de um ordenamento jurídico setorial.

510 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 154.

Essas atividades pertencem, portanto, ao rol de atividades econômicas prestadas pela iniciativa privada, sendo, por consequência, protegidas pelo princípio constitucional da livre-iniciativa e do valor social do trabalho, expressos no artigo 1º, IV, da Constituição Federal, bem como da livre-concorrência, na forma do artigo 170, *caput*, da Carta Constitucional, como já mencionado. No entanto, por abranger um grande número de pessoas, afetando interesses da população de forma considerável, e pelo fato de o interesse coletivo sobrepor-se ao interesse específico de cada um, é possível que essas atividades recebam a interferência do Estado.

Outro ponto importante é que, considerando-se a livre-iniciativa um direito fundamental e autônomo, é possível aplicar a teoria segundo a qual há um núcleo essencial desse direito que não pode ser violado. Mesmo nos casos em que há autorização constitucional para o estabelecimento de normas restritivas por parte do legislador, essa restrição deve salvaguardar o núcleo essencial do direito restrito.⁵¹¹

Os direitos fundamentais e a democracia representam conquistas da moralidade política, sendo, além de limites do Estado, o próprio fundamento de legitimidade do Estado Democrático de Direito.⁵¹² Dessa forma, nas atividades privadas, existe o direito subjetivo à entrada e à permanência no mercado, o qual, porém, pode ser limitado por normas de Direito Público, em atenção ao interesse da coletividade.⁵¹³ Isso, conjugado com o teor do artigo 170, parágrafo único, da Constituição Federal, resulta na conclusão de que as atividades privadas, quando de relevância pública, podem ser reguladas e até submetidas à prévia autorização para seu funcionamento, mas tal fato não pode implicar a inviabilização ou a restrição total da própria atividade no mercado.

Não se olvide, entretanto, que a atuação do Estado deve ser a menor possível, apenas com vistas a garantir a proteção da sociedade

511 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 162-163.

512 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 49.

513 *Ibid.*, p. 161.

na execução de atividades econômicas pelo setor privado que sejam importantes ao bem-estar daquela. Não se trata de controlar o mercado. E a escolha regulatória, espécie de escolha administrativa, “deve ser transparente, perseguir o equilíbrio sistêmico, adotando os mecanismos que permitam, sempre que necessário, a efetiva participação popular”.⁵¹⁴

Estabelecidas as bases do arcabouço teórico sobre o Estado Regulador, passando pela análise das características das novas tecnologias e dos serviços veiculados através da internet, que não podem ser esquecidas pelo regulador, analisou-se, neste tópico, o enquadramento dessas atividades como atividades econômicas privadas, de relevante interesse público, pelo que, eventualmente, podem ser reguladas, desde que pautadas em estudos prévios que apontem os custos e benefícios da escolha regulatória, com a participação da sociedade na tomada de decisão. No próximo tópico, analisam-se a atividade de transporte individual por veículo automotivo através de aplicativo e o tratamento dispensado pela legislação brasileira.

2.2 As novas tecnologias para a prestação do serviço de transporte privado individual por automóveis através de aplicativos

O serviço de transporte individual privado por meio de aplicativo chega ao mercado sob o rótulo de “economia compartilhada” e é prestado por meio de plataformas digitais através da tecnologia da informação. Esses serviços são prestados por aplicativos (App) e concedem maior autonomia aos indivíduos. A prestação desse serviço é feita por motoristas privados, independentes, aos usuários, sob a ótica colaborativa. São os usuários que vão controlar a qualidade do serviço prestado, sendo certo que os preços serão estabelecidos pelas regras de mercado: oferta e demanda.

A ideia do serviço é promover um capitalismo mais consciente, em que se busca minimizar o consumo. Prega-se a dispensa do

514 GUERRA, Sérgio. *Discrecionalidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 5 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 146.

acúmulo de propriedade, vez que, através do compartilhamento, é possível que diversas pessoas façam uso de bens escassos.

A disponibilidade do serviço trouxe diversas eficiências que contribuem para o reconhecimento de sua atuação de forma positiva no mercado, possibilitando a redução nos custos de transação, a melhor alocação de recursos e a eficiência na troca de informações e preços. Benjamin G. Edelman e Damien Geradin⁵¹⁵ explicam que as plataformas modernas de *software* reduzem o custo de se encontrar uma contraparte para a transação adequada, além de melhorar a eficiência alocativa, já que, através das plataformas, é possível destinar um mesmo veículo a usos múltiplos. Um motorista pode usar um veículo para cumprir suas obrigações pessoais em alguns momentos do dia e, em seguida, para realizar negócios, sem o constrangimento de realizar suas atividades pessoais com um táxi.

Da mesma forma, os motoristas evitam o deslocamento, em carro pessoal ou transporte público, até o trabalho. Em vez disso, o motorista pode começar o serviço de casa ou em qualquer outro local. Isso reduz o tempo de deslocamento e os custos para o motorista, aumenta a disponibilidade do serviço para os clientes e ajuda a diminuir o congestionamento.

Um dos pontos mais importantes é a melhoria da eficiência da informação e dos preços. Os sistemas empregados pelas plataformas permitem a coleta e o processamento de informações para melhor se avaliarem o serviço e os membros da equipe, concedendo aos usuários informes sobre o carro a ser utilizado, o tempo de deslocamento e o preço, o que traz velocidade e precisão ao serviço prestado ao consumidor. Não bastasse tudo isso, o sistema de avaliação disponível permite que o passageiro reporte a cortesia do motorista e as condições do automóvel, excluindo aqueles que tenham comportamentos oportunistas ou indesejáveis. Por outro lado, também é possível avaliar os clientes, desabilitando contas no caso de mau comportamento.

515 EDELMAN, Benjamin G.; GERADIN, Damien. Efficiencies and Regulatory Shortcuts: How Should We Regulate Companies Like Airbnb and Uber. *Stanford Technology Law Review*, v. 19, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2FCxL69>. Acesso em: 10 out. 2020.

Com informações em tempo real sobre as condições de mercado e com fácil comunicação entre todas as partes, as plataformas de *software* podem ajustar os preços conforme as circunstâncias que se apresentam. Trata-se da aplicação da lei da oferta e da procura, o que representa uma eficiência na cobrança do serviço de transporte individual.

Diante desse conjunto de eficiências, somando-se a impossibilidade do argumento da atividade econômica de transporte privado por aplicativo como serviço público, chega-se à conclusão de que não cabe aos taxistas exercer essa atividade de forma exclusiva, devendo-se abri-la aos demais participantes do mercado. Todavia, é preciso exercê-la sob supervisão estatal, para que os novos entrantes tenham condições de competir de forma justa com os operadores que já estão no mercado, devendo a regulação prevenir as falhas de mercado eventualmente existentes.⁵¹⁶

A Lei nº 13.640/2018 alterou as regras da Política Nacional de Mobilidade Urbana, incluindo o artigo 4º, inciso X, e os artigos 11-A e 11-B na Lei nº 12.587/2012, instituindo as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana. Trouxe em seu corpo o conceito de transporte remunerado privado individual de passageiros:

serviço remunerado de transporte de passageiros, não aberto ao público, para a realização de viagens individualizadas ou compartilhadas solicitadas exclusivamente por usuários previamente cadastrados em aplicativos ou outras plataformas de comunicação em rede.

Dessa forma, a lei confirmou a classificação como atividade econômica privada, distinguindo-a do serviço de táxi, cuja profissão tem previsão normativa na Lei nº 12.468/2011,⁵¹⁷ sendo requisito para seu exercício a aquisição prévia de licença, o que faz com que

516 EDELMAN e GERADIN, op. cit. Acesso em 10/10/2020. As falhas de mercado, para os autores, devem ser entendidas como um conjunto de interações e relacionamentos que impedem as transações de mercado de servir adequadamente aos interesses de todos os envolvidos.

517 GUERRA, Sérgio. *Discrecionalidade, regulação e flexibilidade*: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 5 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 158.

uma parte pequena da população detenha a exclusividade na exploração desse serviço.

A licença permite a regulação da atividade, que, segundo Luiz Alberto Esteves,⁵¹⁸ é sustentada com fundamento na necessidade de implementação da segurança pública, envolvendo proteção física para o consumidor, terceiros e adequação do veículo; proteção econômica do consumidor; e congestionamento nas cidades. Entretanto, um esquema de licenciamento também convida os titulares de licenças a pressionar as autoridades públicas para excluir novos entrantes no mercado, já que tal iniciativa geraria nova concorrência e reduziria o valor de suas licenças. Abre-se, assim, uma porta para a captura regulatória.

A regulação sensata deve garantir que as atividades das plataformas de *software* não sejam proibidas ou que se façam restrições desnecessárias com pouco propósito, além de proteger os prestadores de serviços já consolidados no mercado. É claro que a remoção dessas restrições será difícil. Os titulares de licenças procuram manter e até mesmo ampliá-las, apontando as distorções decorrentes da regulação assimétrica que os onera.⁵¹⁹ Uma possível estratégia é diminuir o esquema regulatório geral para ambos os titulares e entrantes — por exemplo, renunciando a certos requisitos para ambos os grupos ou rescindindo-os.

A Lei nº 13.640/2018 estabeleceu ainda, nos artigos 11-A e 11-B, a competência municipal para a regulamentação da matéria e ressaltou a observância necessária de diretrizes mínimas: “(i) efetiva cobrança dos tributos municipais devidos pela prestação do serviço”; (ii) “exigência de contratação de seguro de Acidentes Pessoais a Passageiros (APP) e do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT)”; e, (iii) “exigência de inscrição do motorista como contribuinte individual do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)”.⁵²⁰

518 ESTEVES, op. cit.

519 EDELMAN e GERADIN, op. cit.

520 BRASIL. Assembleia Legislativa. Lei nº 13.640/2018. Altera a Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, para regulamentar o transporte remunerado privado individual de passageiros. Disponível

Nessa seara, estabelecida a possibilidade de se utilizarem os aplicativos de transporte individual pela União, não cabe aos municípios dispor de forma diferente,⁵²¹ mas tão somente regular os respectivos serviços para que não se abra espaço à ocorrência das falhas de mercado. Cabe a eles, na forma do artigo 30 da Carta Constitucional, ajustar as especificidades de acordo com o interesse local, com atenção para os requisitos mínimos mencionados na lei federal.

Na esteira do que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal,⁵²² a razão da norma do artigo 22, IX e XI, CRFB é justamente estabelecer uniformidade nacional aos serviços de mobilidade, evitando leis municipais conflitantes espalhadas pelo território nacional, caso em que o modelo federativo adotado no Brasil, com repartição constitucional de competências, representaria um óbice ao desenvolvimento do país. Dessa forma, o desejável é que eventuais intervenções municipais segundo esse novo modelo de prestação de serviços sejam feitas de forma setorizada, por equipes com expertise, e baseadas em estudos técnicos sobre os custos e os benefícios envolvidos em cada escolha, de forma paulatina em cada subsistema, de acordo com a realidade fática. Os interesses são conflituosos, pois sempre vão se refletir de forma positiva em determinado grupo e de forma negativa em outro. O importante, porém, é que as escolhas sejam realizadas de forma reflexiva,⁵²³ eficiente e transparente.

No próximo subtópico, analisa-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos precedentes que sedimentaram a orientação

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20152018/2018/Lei/L13640.

521 BRASIL. Constituição Federal. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html. Os incisos do artigo 22, IX e XI, da Constituição Federal (CRFB) estabelecem a competência da União para tratar, respectivamente sobre “diretrizes da política nacional de transportes” e sobre “trânsito e transporte”.

522 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Rel. Min. Luiz Fux. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF nº 449/DF em 08/05/2019. Publicado em 02/09/2019. Divulgado em 16/09/2019 no DJE e no DOU.

523 GUERRA, Sérgio. *Discrecionalidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 5 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 262. Para o autor, o termo “reflexividade administrativa” se apresenta como uma nova fórmula a ser utilizada para a escolha regulatória, cuja pretensão é viabilizá-la. Deve traduzir a capacidade do regulador pensar na situação concreta, de forma sistemática a transparente, com análises de custo e benefício, deixando de lado suas experiências pessoais, o que considera conveniente e oportuno. Somente assim, seria possível estabilizar sistemas complexos e minimizar a insegurança.



para o tema: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 449 e Recurso Extraordinário nº 1.054.110/SP.

2.3. Análise das atividades de transporte privado individual por automóveis através de aplicativos à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

A questão da prestação do serviço de transporte individual de passageiros por meio de aplicativos, conforme já exposto, sempre foi objeto de polêmica, principalmente em razão da concorrência acirrada que se estabeleceu com o serviço de táxi, até então exclusivo no setor de transporte privado de veículos automotivos. Por um período de quatro anos, o legislador ficou inerte. Ausente qualquer regulação no setor, a atividade foi prestada de forma livre. Em 2018, com a promulgação da Lei nº 13.640, veio à luz a regulamentação dessa questão.

Por outro lado, alguns municípios, incluindo Fortaleza/CE (Lei nº 10.553/2016), Campinas/SP (Lei nº 13.775/2010), Salvador/BA (Lei nº 9.107/2017), Aracaju/SE (Lei nº 4.738/2015) e São Paulo/SP (Lei nº 16.279/2015) optaram por proibir o uso de veículos particulares para o transporte individual de pessoas de forma remunerada. Essa decisão levou ao ajuizamento de ações, uma sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental e outra originada de controle difuso, com a interposição de recurso extraordinário em face da declaração de inconstitucionalidade declarada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que pôs uma pá de cal na controvérsia sobre a admissibilidade do serviço em nosso país.

Sobre a competência dos entes federativos municipais para dispor sobre o assunto, foi fixado, por meio de tese, em sede de repercussão geral, no RE nº 1054110/SP, que, “no exercício de sua competência para regulamentação e fiscalização do transporte privado individual de passageiros, os municípios e o Distrito Federal não podem contrariar os parâmetros fixados pelo legislador federal (CF/1988, art. 22, XI)”.⁵²⁴

524 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Rel. Min. Luiz Fux. Recurso Extraordinário: RE 1054110/SP – SÃO PAULO em 08/05/2019. Publicado em 06/09/2019. Divulgado em 05/09/2019 no DJE e no DOU.

Nas decisões proferidas pela Suprema Corte, foram destacados os princípios constitucionais da livre-iniciativa e da livre-concorrência, fincados como fundamento da República, pelo que não se pode afastá-los de forma injustificada. Ademais, recorreu-se, como fundamento histórico, ao insucesso da interferência do poder estatal no funcionamento da economia em diversas sociedades, aduzindo que esse foi justamente o ponto central que conduziu ao constitucionalismo moderno.

Observou-se, ademais, de forma negativa, que a escolha pública, em muitas ocasiões, é capturada por grupos de poder, pelo que se desvia da finalidade pública a ser alcançada. Destacou-se que um “recurso político comumente desejado por esses grupos é o poder estatal de controle de entrada de novos competidores em um dado mercado, a fim de concentrar benefícios em prol de poucos e dispersar prejuízos por toda a sociedade”.⁵²⁵ Logo, melhor seria um ambiente de livre-circulação.

Restou decidido, portanto, que “o exercício de atividades econômicas e profissionais por particulares deve ser protegido da coerção arbitrária por parte do Estado”,⁵²⁶ sob pena de invalidação pelo Poder Judiciário, restando as restrições para situações excepcionais. A prioridade deve ser a liberdade jurídica do indivíduo, sendo sua restrição fundamentada em elementos factuais que revelam sua necessidade e adequação, com a aplicação do princípio da proporcionalidade. A própria decisão informa que cabe ao regulador “embasá-la com informações — pesquisas de campo, estatísticas, levantamentos históricos etc. — que a justifiquem e demonstrem a sua eficácia”.⁵²⁷

525 STIGLER, George. “The theory of economic regulation”, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1 (primavera de 1971). Citado no acórdão da ADPF nº 4.555. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Rel. Min. Luiz Fux. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF nº 449/DF em 08/05/2019. Publicado em 02/09/2009. Divulgado em 16/09/2019 no DJE e no DOU.

526 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Rel. Min. Luiz Fux. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF nº 449/DF em 08/05/2019. Publicado em 02/09/2009. Divulgado em 16/09/2019 no DJE e no DOU.

527 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Rel. Min. Luiz Fux. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF nº 449/DF em 08/05/2019. Publicado em 02/09/2009. Divulgado em 16/09/2019 no DJE e no DOU.

Outro argumento foi que a liberação do mercado, sem barreiras, representa medida que ajuda no desenvolvimento do país e garante a concretização do princípio do pleno emprego. A insatisfação de grupo seletivo de profissionais do mesmo subsistema (taxistas) deve-se ao fato de perderem a exclusividade do mercado de transporte privado individual de passageiros, com reflexo no valor auferido nas permissões administrativas. O próprio artigo 173, §4º, da Constituição Federal, dita que a “lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Também não há que se falar em efeito prejudicial, causado pela concorrência, aos motoristas taxistas. Na linha do exposto nos precedentes do Supremo Tribunal Federal, os aplicativos são meios eficientes de trazer competição para os atores do mercado, tornando-os mais produtivos, o que resulta em benefício aos consumidores. Soma-se ainda que tal premissa se baseia em pesquisa realizada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), que identificou, na realidade, um alargamento do mercado, que trouxe consigo novos consumidores.

A fim de rechaçar outras vozes que defendiam a proibição do uso dos aplicativos, à vista da proteção do consumidor, a Suprema Corte afirmou que a teoria regulatória do interesse público, que embasa o controle de entrada no mercado como garantia da qualidade dos produtos e serviços, foi superada. Hoje, deve-se adotar a teoria regulatória do *enforcement*.

Observa-se que a prestação do serviço pelo aplicativo é um mecanismo eficiente para mitigar os problemas de assimetria de informação entre consumidores e fornecedores. Sobre o assunto, Esteves, citando Joseph Stiglitz,⁵²⁸ explica que há uma falha de mercado, consistente na informação assimétrica entre vendedores e compradores, levando o mercado a alocar os recursos de maneira ineficiente. A tecnologia permitiu a redução dessas assimetrias, orientando o mercado a atuar de forma mais eficiente e solucionando as falhas verificadas, à míngua de intervenção estatal.

528 ESTEVES, op. cit.

Por fim, a Corte Constitucional ainda aborda questões ligadas a preocupações urbanísticas e ordenamento do tráfego, externalidades na prática das atividades. Sobre o ponto, restou consignado que o regulador deve escolher, “mesmo na tarefa de ordenação das cidades, a opção pela medida que não exerça restrições injustificáveis às liberdades fundamentais de iniciativa e de exercício profissional, respeitado sempre o princípio da isonomia”.⁵²⁹

Quanto ao ordenamento do tráfego, destacou-se que a tecnologia do serviço de transporte pela internet (App.) reduz os automóveis em circulação, vez que leva os indivíduos a deixarem seus carros particulares, o que desafoga o trânsito na busca por vagas, permitindo ainda o compartilhamento de corridas entre pessoas desconhecidas. Ressaltou-se que, ainda que existam influências negativas sobre tais questões ou até mesmo outras, a restrição e a inserção de barreiras de entrada mostram-se medidas extremas que não devem ser impostas. Deve-se, por outro lado, buscar medidas mais equânimes para a solução das questões apresentadas. Uma delas, por exemplo, é a imposição de pedágios urbanos, como aqueles previstos em Londres, que permitem considerar as especificidades de cada modalidade de transporte e características dos usuários. O Supremo também mencionou o rodízio de veículos como alternativa, a teor do que acontece na cidade de São Paulo/SP.

Nessa linha de intelecção, a restrição oligopolística do mercado, limitada pelo número de participantes, com a estipulação de barreiras de entrada, é inconstitucional, por violar os princípios constitucionais da livre-iniciativa (arts. 1º, IV, e 170), da liberdade profissional (art. 5º, XIII), da igualdade (art. 5º, *caput*) e da ampla concorrência (art. 173, §4). Além disso, ressaltou-se que, à luz do princípio da proporcionalidade, não é necessário nem adequado proibir o uso de transporte individual privado por aplicativo, haja vista reduzirem os custos de transação da atividade, bem como a assimetria de informação.

529 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Rel. Min. Luiz Fux. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF nº 449/DF em 08/05/2019. Publicado em 02/09/2019. Divulgado em 16/09/2019 no DJE e no DOU.

Assim, eventuais medidas que favoreçam de forma indevida determinados grupos constituem-se em condutas arbitrárias de capturas regulatórias, devendo ser combatidas. Também será considerada arbitrária a medida que desconsidere soluções alternativas para a produção do mesmo benefício social, restringindo, de forma mais contundente, alguma liberdade constitucional — no caso analisado, a livre-iniciativa e o exercício profissional. E a justificação de qualquer restrição é um ônus do Poder Público que deve ser fundamentado em bases racionais.

3. Conclusão

Conclui-se, portanto, que o Estado tem um papel a desempenhar como regulador da atividade privada de transporte individual por aplicativos. Embora esse transporte seja considerado atividade privada, está presente um relevante interesse social, vez que atrelado a questões relacionadas ao bem-estar da coletividade, o que atrai a atenção do Estado e autoriza sua intervenção.

A escolha regulatória deve manifestar a eficiência gerencial da Administração Pública, o que se traduz em juízo de valor sobre os objetivos e as estratégias que envolvem as políticas públicas, à luz do princípio da proporcionalidade. Deve ser acompanhada de instrumentos analíticos que apontem para o custo-benefício dessa escolha, mensurando os efeitos que essa inovação disruptiva pode ter no dia a dia da sociedade. Ademais, o regulador deve conhecer o cenário de sua regulação, atuando de forma especializada e técnica, sempre levando em consideração as características do setor envolvido, no caso dos serviços prestados pela internet: abertura, flexibilidade e inovação.

Por se tratar de atividade econômica privada, o regulador deve sempre ter como norte o princípio da livre-iniciativa e da livre-concorrência para o desenvolvimento do mercado, sendo autorizada a intervenção do Estado na ordem econômica somente para garantir a segurança jurídica de seus atores. A premissa de que as liberdades fundamentais consagram limites substanciais ao poder do Estado deve ser preservada.

Dessa forma, não é possível cogitar sobre normas proibitivas para a atividade privada de transporte individual por aplicativos. De outro giro, deve-se permitir a participação de novos atores para a prestação do serviço de transporte individual de passageiros, com uma interferência estatal mínima. Eventuais conflitos ou interesses públicos posteriores a serem protegidos devem ser decididos pela Administração Pública, por meio de escolhas regulatórias, com preponderância técnica, seguindo-se sempre a orientação do padrão já estabelecido pela Lei nº 13.640/2018.

Referências

1. Livros

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- CASSESE, Sabino. *La globalización jurídica*. Madri: Marcial Pons, 2006, p. 175-190.
- CHEVALLIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 5 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- KELLER, Carla Iglesias. *Regulação nacional de serviços na internet: exceção, legitimidade e o papel do Estado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- LESSIG, Lawrence. *The future of ideas: the fate of the commons in a connected world*. New York: Random House Inc., 2001, p. 103. Disponível em: http://www.the-future-of-ideas.com/download/lessig_FOI.pdf. Acesso em 15 jul. 2020.
- MAGRANI, Eduardo. *A internet das coisas*. Rio de Janeiro: FGV, 2018.
- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2 ed. São Paulo: RT, 2003.

2. Artigos

- ACKERMAN, Bruce. "Good-bye Montesquieu". In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. (orgs.). Edward Eugar Publishing, 2012.
- BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. *Revista de Direito Administrativo — RDA*, v. 273, Rio de Janeiro, p. 123-163, 17 set. 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/66659/64683>. Acesso em: 25 jul. 2020.



- DAIGLE, Leslie. "On the nature of internet", Centre for International Governance Innovation and Chantham House. *Paper series* n. 7, p. 5-8, 2015. Disponível em: https://www.cigionline.org/sites/default/files/gcig_paper_no7.pdf. Acesso em 27 jul. 2020.
- ESTEVES, Luiz Alberto. Uber: o mercado de transporte individual de passageiros: regulação, externalidades e equilíbrio urbano. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 270, set.-dez. 2015, p. 325-361. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/58746>. Acesso em: 10 jul. 2020.
- GARCIA, Flavio Amaral Garcia. "Uber x Táxi: a solução pela via da regulação". Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/columnistas/flavio-amaral-garcia/uber-x-taxi-a-solucao-pela-via-da-regulacao>.
- GUERRA, Sérgio. "Separação de Poderes, Executivo Unitário e Estado Administrativo no Brasil". In: GUERRA, Sérgio (org.). *Teoria do estado regulador*. Curitiba: Juruá, 2017.
- GUERRA, Sérgio. "Aperfeiçoando a regulação brasileira por agências: quais lições podem ser extraídas do sesquicentenário modelo norte-americano?". In: GUERRA, Sérgio (org.). *Teoria do estado regulador*. Curitiba: Juruá, 2017.
- GUERRA, Sérgio. "Riscos, assimetria regulatória e o desafio das inovações tecnológicas". In: FREITAS, Rafael Veras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FÉLIX, Bruno (orgs.). *Regulação e novas tecnologias*. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, v. 1, 2017, p. 83-96.
- NETO, Floriano de Azevedo Marques; FREITAS, Rafael Veras de. Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da *publicatio* e da assimetria regulatória. *Revista de Direito da Economia — RDPE*, ano 14, n. 56, p. 75-108, out.-dez. 2016. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2016/12/famn-rv.pdf> Acesso em: 30 jul. 2020.
- SARMENTO, Daniel. Ordem constitucional econômica, liberdade e transporte individual de passageiros: o Caso Uber. *Revista Brasileira de Direito Público — RBDP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 9-39, jul.-set. 2015. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/58737/57530>.
- SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, ANDRÉ. A governança não estatal da Internet e o direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 270, set.-dez. 2015.

3. Legislação

- BRASIL. Constituição Federal. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html.
- BRASIL. Assembleia Legislativa. Lei nº 12.695/2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm.
- BRASIL. Assembleia Legislativa. Lei nº 13.640/2018. Altera a Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, para regulamentar o transporte remunerado privado individual de passageiros. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20152018/2018/Lei/L13640.

4. Jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Rel. Min. Luiz Fux. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF nº 449/DF em 08/05/2019. Publicado em 02/09/2019. Divulgado em 16/09/2019 no DJE e no DOU.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Rel. Min. Luiz Fux. Recurso Extraordinário: RE nº 1054110/SP — SÃO PAULO, em 08/05/2019. Publicado em 06/09/2019. Divulgado em 05/09/2019 no DJE e no DOU.

5. Reportagens eletrônicas

Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/tecnologia/servico-de-caronas-remuneradas-uber-inicia-operacoes-no-brasil-12618444>.

Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/11/1937166-dados-de-57-milhoes-de-usuarios-da-uber-foram-acessados-por-hackers.shtml>.

Disponível em: <http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2015/08/motoristas-obrigam-casal-descer-de-carro-do-uber-e-entrar-em-taxi-no-df.html>.

Regina Coeli Soares Oliveira Veloso
Luiz Felipe Monteiro Seixas

**Tributação e
extrafiscalidade no
contexto da pandemia da
Covid-19: uma análise da
aplicação dos critérios de
renúncia fiscal**

16

Tributação e extrafiscalidade no contexto da pandemia da Covid-19: uma análise da aplicação dos critérios de renúncia fiscal

*Regina Coeli Soares Oliveira Veloso*⁵³⁰

*Luiz Felipe Monteiro Seixas*⁵³¹

Resumo

O estado de emergência sanitária causado pela pandemia da Covid-19 tem ocasionado mudanças interpretativas e flexibilizações na aplicação da legislação de diferentes matérias no Brasil, incluindo o Direito Financeiro e o Direito Tributário. Sob essa perspectiva, o presente estudo pretende analisar se a concessão de incentivos fiscais no período pandêmico se submete à aplicação do art. 14 da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e ao art. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), bem como investigar a relação de extrafiscalidade e desenvolvimento no contexto de emergência sanitária, perpassando o atual entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Do ponto de vista metodológico, trata-se de uma pesquisa classificada como qualitativa, de caráter teórico-bibliográfico. Os resultados sugerem a flexibilidade na aplicação das normas de responsabilidade fiscal no contexto de crise sanitária e econômico-financeira.

Palavras-chave: Tributação. Extrafiscalidade. Covid-19. Renúncia Fiscal. Lei de Responsabilidade Fiscal.

530 Advogada; mestranda em Direito pela Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA); pós-graduada em Direito Constitucional e Tributário pela Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA); bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN); membro do grupo de pesquisa "Direito, Economia e Mercados" — DIREM. Contato: reginacoelho@ufersa.edu.br

531 Doutor (UFPE) e mestre (UFRN) em Direito; professor adjunto da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA); líder do grupo de pesquisa "Direito, Economia e Mercados" — DIREM. Mossoró/RN, Brasil. Contato: luiz.seixas@ufersa.edu.br

1. Introdução

O Estado Democrático de Direito tem como uma de suas principais razões de existência a promoção e a concretização de diversos direitos e garantias fundamentais. Mesmo em tempos de normalidade, o Direito Financeiro e o Direito Tributário são duas faces da mesma moeda pelo simples fato de que, via de regra, a tributação é o principal mecanismo de arrecadação e financiamento de políticas públicas. É majoritariamente a renda decorrente do recolhimento dos tributos que mantém a despesa pública, a qual compreende a despesa corrente e a despesa de capital.⁵³² Nesse sentido, é desejável que exista um equilíbrio entre receitas e despesas.

Quando o Estado gasta de forma exagerada ou equivocada, em geral uma das saídas buscadas pelos entes públicos é o aumento da carga tributária, de modo que os erros e acertos acerca do planejamento orçamentário e da gestão financeira são socializados, e um dos meios de compartilhamento com a sociedade é o tributo, pois cada contribuinte, à sua própria maneira, vai pagar a conta.

Se, em tempos de normalidade, a gerência da máquina pública não parece ser uma tarefa fácil — em especial no Brasil, que apresenta gargalos estruturais como corrupção e desigualdades econômicas inter-regionais, e ocupa a septuagésima nona posição no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH)⁵³³ —, em momentos de crise de natureza não só econômica, mas também social e sanitária (como a pandemia da Covid-19), a situação pode tornar-se dramática e levantar diversos questionamentos. Um deles, sem dúvida, é: como minimizar os efeitos socioeconômicos da crise?

532 Despesas correntes, de modo simplificado, são aquelas relacionadas à prestação e à manutenção dos serviços prestados pelo Poder Público, como, por exemplo, pagamento de folha de pessoal e despesas de consumo. De forma geral, elas não representam um ganho de patrimônio. Por sua vez, as despesas de capital representam uma operação financeira de caráter patrimonial. A título exemplificativo, podemos citar a realização de obras de infraestrutura, aquisição de imóveis ou até mesmo a redução da dívida pública. A classificação ora mencionada é decorrente direta do disposto no art. 12 da Lei nº 4.320/1964, que dispõe sobre regras gerais do Direito Financeiro, além de diretrizes para o âmbito orçamentário.

533 PNUD — Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Relatório do Desenvolvimento Humano 2019. Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_pt.pdf. p. 361. Acesso em: 16 nov. 2008.

Além das questões relativas à saúde coletiva da população, sob o aspecto econômico e financeiro, a pandemia da Covid-19 também trouxe diferentes dilemas. Durante o ano de 2020, houve aumento do gasto público ligado à sobrecarga do sistema público de saúde, que se somou à crise econômica decorrente do desaquecimento do comércio.⁵³⁴ Quando a pandemia se instala, além do aumento do dispêndio com recursos públicos, há diminuição da arrecadação, decorrente da redução das atividades comerciais e das medidas de isolamento.

Uma das medidas regulatórias de estímulo à economia, de modo a, em primeiro lugar, tentar salvar postos de trabalho e manter as empresas em funcionamento e, posteriormente, buscar a retomada do crescimento econômico, é por meio do uso da tributação indutora, que consiste, resumidamente, no emprego do tributo, atrelado à finalidade de induzir comportamentos, ou seja, regular.⁵³⁵ Exemplo clássico de norma tributária indutora são os incentivos fiscais.

Acontece que, em regra, para fazer uso de incentivos fiscais, a renúncia deve respeitar parâmetros legais, principalmente o art. 14 da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal ou LRF) e o art. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), incluído na Constituição Federal de 1988 (CF/1988) pela Emenda nº 35/2016, que instituiu o denominado “Novo Regime Fiscal”. Em breve análise, a legislação mencionada determina que incentivos fiscais só podem ser concedidos mediante estudo prévio de impacto orçamentário e financeiro, desde que indique a fonte de recursos que vai suprir o valor que será renunciado, como, por exemplo, elevação de alíquota ou criação de um tributo.

Considerando a excepcionalidade da pandemia da Covid-19 e seus impactos econômicos, elegeu-se, como objetivo geral para este trabalho, analisar se a concessão de incentivos fiscais no período

534 ROUBICEK, Marcelo. “Pandemia e dívida pública: qual o cenário fiscal em 2020”, *Nexo Jornal*, São Paulo, 1 jul. 2020, p. 1-6. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/07/01/Pandemia-e-d%C3%ADvida-p%C3%ABblica-qual-o-cen%C3%A1rio-fiscal-em-2020>. Acesso em: 30 out. 2020.

535 SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. “Tributação indutora e análise econômica do direito: uma investigação crítica”. 2017. 215 f. Tese (Doutorado), p. 26. — Curso de Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.

pandêmico submete-se à aplicação do art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal e do art. 113 do ADCT.

Sob o ponto de vista metodológico, trata-se de pesquisa qualitativa e descritiva, de caráter teórico-bibliográfico, que recorre a fontes secundárias — sobretudo a legislação de referência, a literatura atual sobre o tema e as posições jurisprudenciais contemporâneas, principalmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Em relação ao aspecto estrutural, no próximo tópico, serão tecidas algumas considerações acerca da tributação extrafiscal e dos incentivos fiscais; no tópico subsequente, será examinada a aplicabilidade dos parâmetros legais relativos à concessão de incentivo fiscais no contexto da pandemia da Covid-19; ao final, serão apresentadas as conclusões.

2. Sobre tributação, extrafiscalidade e incentivos fiscais

A origem dos tributos remonta à Antiguidade, havendo relatos de que a tributação já era usada com finalidade diversa da arrecadação de receita.⁵³⁶ Contudo, foi no Estado Moderno que se intensificou a percepção de que, por meio de estímulos fiscais, o Poder Público pode intervir na economia, conduzindo o mercado e a sociedade a adotarem determinados comportamentos econômicos, condição que representa a finalidade extrafiscal do tributo.⁵³⁷

Nesse sentido, a extrafiscalidade é gênero do uso do tributo com fim não arrecadatório, que, por sua vez, tem como espécie a tributação indutora, sob a perspectiva da relação de pertinência proposta por Luís Eduardo Schoueri.⁵³⁸ Enquanto, de forma genérica, a extrafiscalidade pode ter qualquer finalidade além de auferir recursos monetários, a tributação indutora tem o objetivo principal e específico

536 SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. "Tributação indutora e análise econômica do direito: uma investigação crítica". 2017. 215 f. Tese (Doutorado), p. 26. — Curso de Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017, p. 11.

537 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 64.

538 SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 115.

da intervenção sobre domínio econômico. As razões que justificam a ação de intervenção podem ser a correção de falhas de mercado, a exemplo das assimetrias de informação, das falhas de concorrência e das externalidades negativas, mas também a persecução de objetivos constitucionais, como, por exemplo, a garantia de desenvolvimento nacional e a redução das desigualdades sociais e regionais, previstos no art. 3, incisos II e III, da CF/1988, ou ainda os princípios norteadores da ordem econômica constantes no art. 170 e seguintes do texto constitucional.⁵³⁹ Assim, a extrafiscalidade nada mais é do que o emprego de normas tributárias pelo Estado com o intuito de alcançar finalidades não arrecadatórias.⁵⁴⁰

É importante mencionar que o uso de normas tributárias com caráter indutor não é propriamente uma novidade no Brasil. Principalmente no período compreendido entre os anos de 1950 a 1980, a indução de comportamentos por meio de tributo visava reduzir as desigualdades regionais e promover o desenvolvimento, destacando-se a criação da Superintendência para o Desenvolvimento do Nordeste (Sudene), em 1959. Na época em que a Sudene foi instituída, foi editada a Lei nº 3.995/1961, que continha a previsão de dedução de até 50% de imposto de renda para as empresas de capital completamente nacional que realizassem investimentos considerados prioritários para a Região Nordeste.⁵⁴¹

Embora o contexto de discussão atual seja outro, o Brasil ainda não atingiu o patamar de um país desenvolvido, e o encolhimento de sua atividade econômica em decorrência da pandemia da Covid-19 pode trazer consequências graves, uma vez que o desenvolvimento econômico não se traduz apenas na maximização de riquezas como um fim si mesmo, mas deve estar relacionado à melhoria dos níveis de bem-estar da população e à expansão de liberdades. Principalmente em países subdesenvolvidos, o desenvolvimento também

539 SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. *Tributação, finanças públicas e política fiscal: uma análise sob a óptica do direito e da economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 29.

540 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 146.

541 MENEZES, Adriana Reis Albuquerque de. "A utilização de incentivos fiscais como mecanismo de redução de desigualdades regionais: análise acerca de sua (in)efetividade à luz do modelo de estado e do projeto político de desenvolvimento insculpido na constituição de 1988". 2009. 261 f. Dissertação (Mestrado) — Curso de Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010, p. 76.

pressupõe a ampliação de liberdades básicas e a promoção de direitos fundamentais.⁵⁴²

Se, por um lado, a extrafiscalidade já foi utilizada com intuito desenvolvimentista, como ocorreu na década de 1990, havia forte crítica ao desenvolvimentismo e ao uso de tributação com esse objetivo, consistente, basicamente, no seguinte: a) seu uso desenfreado gerava endividamento público e, portanto, desequilíbrio fiscal, inflação e desemprego; b) os gastos estatais nem sempre se revertiam nos objetivos planejados, como, por exemplo, o de distribuir renda; c) a existência de corrupção e oportunismo por parte do Estado e dos particulares envolvidos nos programas.⁵⁴³

Influenciado não só pelas críticas mencionadas, mas também pela política monetária adotada pela maior parte do Ocidente à época, o Brasil adotou uma política que se aproximava do neoliberalismo e da busca por um Estado mínimo, com reduzida intervenção do Estado na economia.⁵⁴⁴

É preciso entender que, quando se opta por deixar de arrecadar determinado tributo como forma de incentivar um comportamento econômico, é preciso ter cautela, porque, caso a política adotada não atinja o fim esperado, toda a sociedade pagará duplamente, a) pela escolha errada, uma vez que o tributo que deixou de ser arrecadado poderia ser utilizado para custear serviços públicos essenciais, como, por exemplo, saúde e educação; b) porque a coletividade pagará mais por outro tributo, a fim de cobrir o que deixará de ser arrecadado mediante renúncia fiscal.

Essa discussão torna-se ainda mais relevante em contexto de crise pandêmica desencadeada por um problema de saúde pública global. Os recursos são finitos e escassos, então cada real utilizado para renúncia fiscal pode significar 1 real a menos na compra de respiradores que ajudarão a salvar vidas. Por outro lado, é papel do Estado atuar para minimizar os efeitos da desaceleração econômica.

542 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Lauro Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 376.

543 CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 110-111.

544 MENEZES, op. cit, p. 84.

Tratando-se de país com uma economia emergente, não é possível que o Brasil veja a economia ruir sem adotar nenhuma medida de incentivo à economia, e os incentivos fiscais podem, sim, ser um meio importante a ser considerado no presente contexto para atrair investimentos capazes de movimentar a economia, além de um modo de preservar os negócios já existentes.

Não há garantia de que incentivos fiscais concedidos durante a pandemia serão capazes de reerguer a economia ou pelo menos de amenizar a crise, mas essa estratégia já foi utilizada em outras crises como a de 2008, e embora tenha havido críticas à época e depois, os efeitos da variação do mercado em âmbito global foram atenuados aqui. Contudo, os critérios e limites hoje aplicáveis à concessão de benefícios fiscais, em especial o art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal e o art. 113 do ADCT (incluído na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 95/2016), têm sua razão de ser, especialmente se considerarmos que críticas como corrupção e desequilíbrio fiscal e orçamentário ainda são uma constante no cenário nacional.

Passa-se, então, a analisar se, mesmo diante de um cenário de pandemia, os limites mencionados devem ser observados para a concessão de incentivos fiscais.

3. Limites à concessão de incentivos fiscais em tempos de pandemia da Covid-19

Dada a importância do equilíbrio das contas públicas, a atividade financeira do Estado deve buscar equilíbrio entre despesas e receitas, ou seja, as despesas devem ser proporcionais às receitas.

Despesas são um conjunto de gastos praticados pela Administração Pública com o propósito de manter o funcionamento dos serviços públicos. Receitas, por sua vez, são as entradas que passam a integrar o patrimônio público sem que haja condições, reservas ou correspondência no passivo.⁵⁴⁵

Um dos principais artigos da legislação brasileira que regulam a concessão de incentivo fiscal (que representa, em essência, gasto

545 BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. Atualizado por Hugo de Brito Machado Segundo. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 75.

público indireto, ou gasto tributário) é o art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal, que assim dispõe:

Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

I — demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

II — estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

§ 1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.

§ 2º Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o *caput* deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica:

I — às alterações das alíquotas dos impostos previstos nos incisos I, II, IV e V do art. 153 da Constituição, na forma do seu § 1º;

II — ao cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança.

O art. 14 da LRF contém uma previsão essencial, qual seja, a necessidade de compensação tributária, cuja origem remonta ao princípio orçamentário norte-americano denominado *pay-as-you-go*. Esse princípio estabelece que, ao criar um programa que demande novos recursos, é necessário indicar o meio pelo qual o Estado vai compensar o aumento da despesa, seja por meio de aumento de receitas, seja pela diminuição de outras despesas.⁵⁴⁶

Seguindo a mesma linha do art. 14 da LRF, o art. 113 do ADCT prescreve a necessidade de que a criação ou a alteração de despesas obrigatórias, ou ainda a renúncia de receita, devem ser acompanhadas de um estudo, com a finalidade de prever qual será seu impacto financeiro e orçamentário.

Abrem-se parênteses para explicar que, na maioria das vezes, os incentivos fiscais mencionados implicam renúncia de receita/gasto tributário, que, por sua vez, é uma quantificação do que deixará de ser arrecadado em virtude da realização de uma política fiscal. De forma diversa de um gasto comum, o gasto tributário não está, necessariamente, subordinado a uma aprovação legislativa direta e quantificada em orçamento, nem é possível realizar controle estrito da destinação dos recursos transferidos.⁵⁴⁷

Nos primeiros meses da pandemia da Covid-19, em face da situação de calamidade pública e de desaceleração da economia, o atual presidente da República impetrou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.357, requerendo, em síntese, a relativização dos arts. 14, 16, 17 e 24, todos da Lei de Responsabilidade Fiscal, do art. 114, *caput*, parte final, e do § 14, da Lei de Diretrizes Orçamentárias do ano de 2020 (LDO/2020), no que tange às despesas realizadas em decorrência do estado de pandemia, afastando a necessidade de demonstração da adequação e da compensação orçamentárias exigidas pela legislação. É interessante notar que, no início da fundamentação da decisão liminar, proferida pelo relator, o Ministro Alexandre

546 OLIVEIRA, Weder de. *Curso de responsabilidade fiscal: direito, orçamento e finanças públicas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 835.

547 HENRIQUES, Elcio Fiori. *Os benefícios fiscais no direito financeiro e orçamentário*. 1. ed. São Paulo: QuartierLatin, 2010, p. 113.

de Moraes, são mencionados o papel estratégico e a importância de se compatibilizarem os gastos tributários com as receitas:

Naquela oportunidade, como relator da ADI 2.238/DF, ao votar pela constitucionalidade do artigo 14, inciso II, da LRF, afirmei que o art. 14 da LRF se propõe a organizar uma estratégia, dentro do processo legislativo, para que os impactos fiscais de um projeto de concessão de benefícios tributários sejam melhor quantificados, avaliados e assimilados em termos orçamentários. O mecanismo previsto no artigo 14 da LRF destina-se a promover um diagnóstico mais preciso do montante de recursos públicos de que o Estado abre mão por atos de renúncia de receita, tendo como objetivo principal a qualificação do debate legislativo sobre gastos tributários, a partir da análise de duas condições: (a) uma condição básica, primariamente exigível, que é a de inclusão da renúncia da receita na estimativa da lei orçamentária; e (b) uma condição alternativa, secundariamente acionável, mediante a efetivação de medidas de compensação, por meio de elevação de alíquotas, da expansão da base de cálculo ou da criação de tributo. Concluí, naquele julgamento, ser incontestado que a Constituição Federal exige que as renúncias de receita sejam seriamente analisadas pelas instituições brasileiras, acolhendo recomendações internacionais que exortam a criação de instrumentos de conexão dos gastos tributários com a realidade orçamentária dos governos. Igualmente, ao votar pela constitucionalidade dos artigos 17 e 24 da LRF — cuja decisão, igualmente, já conta com dez votos na CORTE —, salientei que ambos positivam mecanismos de prudência fiscal para as despesas obrigatórias continuadas, de modo geral, e ações de seguridade social, de modo específico, que trabalham com lógica semelhante à do art. 14, exigindo que a criação dessas espécies de

gastos obedeça a certas condições. Tal como acontece com o art. 14, que trata das renúncias de receitas, o art. 17 representa um dos capítulos normativos que melhor formula a ideia de equilíbrio intertemporal, sobre o qual se assenta a base da LRF, pois não é possível, nem razoável, que a sociedade precise arcar com novos gastos orçamentários, sem custo demonstrado ou estimado, sem estudo de repercussão econômico-financeira, baseados somente em propostas legislativas indefinidas, porém geradoras de despesas continuadas e descontroladas. Ressaltei que a antecipação, para o processo legislativo, da necessidade de compensação fiscal de despesas obrigatórias continuadas surgiu como um aprimoramento deliberativo da responsabilidade democrática, significando verdadeiro e necessário amadurecimento fiscal do Estado, que postula a superação da cultura do oportunismo político, da incosequência, do desaviso e do imprevisto nas Finanças Públicas, todos fomentadores da complacência ou mesmo do descalabro fiscal. O reconhecimento da constitucionalidade dos artigos 14; 17 e 24 da LRF — e essa conclusão é inteiramente aplicável aos artigos 16 da LRF e 114, *caput, in fine*, e §14 da LDO/2020 — significa que a responsabilidade fiscal é um conceito indispensável não apenas para legitimar a expansão de despesas rígidas e prolongadas sob um processo deliberativo mais transparente, probo e rigoroso, mas, principalmente, para garantir que os direitos assim constituídos venham a ser respeitados sem solução de continuidade, de forma a atender às justas expectativas de segurança jurídica dos seus destinatários e evitar a nefasta corrosão da confiabilidade conferida a gestores públicos. A LRF, portanto, instituiu um inovador modelo regulatório das finanças públicas, baseado em medidas gerais de transparência, de programação orçamentária, de controle e de acompanhamento

da execução de despesas e de avaliação de resultados, destinadas, entre outras coisas, a incrementar a prudência na gestão fiscal e a sincronizar as decisões tomadas pelos Estados e pelos Municípios com os objetivos macroeconômicos estabelecidos nacionalmente pela União.⁵⁴⁸

Não obstante todas as considerações sobre a relevância dos dispositivos legais da LRF e da Lei de Diretrizes Orçamentárias, a pandemia da Covid-19 estava instalando um abalo na sociedade em tal patamar que, dada a excepcionalidade do momento, o relator deferiu o pedido cautelar, afastando, nas três esferas de Poder, a incidência da legislação antes mencionada. Posteriormente, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 106/2020, que, em seu art. 3º, flexibilizou as limitações contidas na LRF e no artigo 113 do ADCT, enquanto permanecer o estado de emergência sanitária vivenciado pelo Brasil:

Art. 3º Desde que não impliquem despesa permanente, as proposições legislativas e os atos do Poder Executivo com propósito exclusivo de enfrentar a calamidade e suas consequências sociais e econômicas, com vigência e efeitos restritos à sua duração, ficam dispensados da observância das limitações legais quanto à criação, à expansão ou ao aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa e à concessão ou à ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita.

Parágrafo único. Durante a vigência da calamidade pública nacional de que trata o art. 1º desta Emenda Constitucional, não se aplica o disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal.

Em um primeiro momento, é essencial destacar que a alteração constitucional promovida pela Emenda Constitucional nº 106/2020

548 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.357, *Diário Oficial da União*. Brasília, 29 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/adi-6357-alexandre-lei-responsabilidade.pdf>. Acesso em: 30 out. 2020.

apresenta um controle temporal, ou seja, apenas os gastos tributários excepcionais praticados na vigência da calamidade da Covid-19 estão dispensados do cumprimento das exigências contidas nos dispositivos da LRF e no art. 113 do ADCT. Sob essa perspectiva, os incentivos fiscais concedidos sem o respeito aos critérios de responsabilidade fiscal não poderão perdurar após o término do estado de calamidade.

O principal problema das medidas excepcionais é a necessidade de redobrar o cuidado e a vigilância social, a fim de que a exceção não se torne a regra, levando, assim, a um retrocesso no que se refere à transparência fiscal e à gestão eficiente dos recursos públicos. Além disso, se os gastos tributários, por meio de incentivos fiscais, normalmente já apresentam maior dificuldade de fiscalização e controle, surge, com a dispensa do cumprimento das normas da LRF, uma margem ainda maior para a ocorrência de gastos tributários desenfreados e, por conseguinte, endividamento público — um dos principais fatores de desencadeamento do processo inflacionário.

No mesmo sentido, é preciso ter em mente que não prever receitas necessárias para cobrir as despesas decorrentes da pandemia da Covid-19 não evita que, em determinado momento, o país terá de pensar em como pagar essa conta.

4. Conclusão

O Estado deve buscar medidas que visem à promoção do desenvolvimento, com o consequente aumento dos níveis de bem-estar da população, especialmente em tempos de crise. Nesse contexto, medidas econômicas de viés extrafiscal — a exemplo dos incentivos fiscais — podem funcionar como instrumento de estímulo econômico.

Sob essa perspectiva, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a Emenda Constitucional nº 106/2020 conduzem ao entendimento de que a concessão de incentivo fiscal no período pandêmico não se submete à aplicação das limitações e dos critérios previstos no art. 14 da LRF e no art. 113 do ADCT. A não aplicabilidade da legislação de responsabilidade fiscal no tocante aos gastos

tributários é uma medida que, atualmente, pode oferecer uma saída imediata para o grave cenário econômico vivenciado. Contudo, o cenário pós-pandemia não pode ser ignorado, já que é preciso pensar em como as renúncias fiscais serão compensadas, pois o planejamento orçamentário e financeiro é essencial para as contas públicas nacionais. Ademais, é preciso garantir que os incentivos fiscais concedidos nesse período atinjam os objetivos esperados, pois, do contrário, toda a sociedade partilhará o custo desses gastos tributários sem qualquer contrapartida.

Referências

- AZEVEDO, Gislane; SERIACOPI, Reinaldo. *Projeto voaz*. São Paulo: Ática, 2013.
- BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. Atualizado por Hugo de Brito Machado Segundo. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- BERNARDES, Flávio Couto. *Lei de responsabilidade fiscal e a gestão da administração pública*. Belo Horizonte: Educação e Cultura, 2008.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. São Paulo: UNB, 2004.
- BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 29 out. 2020.
- BRASIL. Mesa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 106, de 7 de maio de 2020. Diário Oficial da União. Brasília, 07 mai, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc106.htm#:~:text=EMENDA%20CONSTITUCIONAL%20N%C2%BA%20106%2C%20DE%207%20DE%20MAIO%20DE%202020&text=Institui%20regime%20extraordin%C3%A1rio%20fiscal%2C%20financeiro,do%20%C2%A7%203%C2%BA%20do%20art. Acesso em: 30 out. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.357. Diário Oficial da União. Brasília, 29 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/adi-6357-alexandre-lei-responsabilidade.pdf>. Acesso em: 30 out. 2020.
- CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MENEZES, Adriana Reis Albuquerque de. “A utilização de incentivos fiscais como mecanismo de redução de desigualdades regionais: analise acerca de

sua (in)efetividade à luz do modelo de estado e do projeto político de desenvolvimento insculpido na Constituição de 1988”. 2009. 261 f. Dissertação (Mestrado) — Curso de Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

HENRIQUES, Elcio Fiori. *Os benefícios fiscais no direito financeiro e orçamentário*. 1. ed. São Paulo: QuartierLatin, 2010.

OLIVEIRA, Weder de. *Curso de responsabilidade fiscal: direito, orçamento e finanças públicas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

PNUD — Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Relatório do Desenvolvimento Humano 2019. Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_pt.pdf. Acesso em: 16 nov. 2008.

ROUBICEK, Marcelo. “Pandemia e dívida pública: qual o cenário fiscal em 2020”, *Nexo Jornal*, São Paulo, p. 1-6., 01 jul. 2020. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/07/01/Pandemia-e-d%C3%ADvida-p%C3%BAblica-qual-o-cen%C3%A1rio-fiscal-em-2020>. Acesso em: 30 out. 2020.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. *Tributação, finanças públicas e política fiscal: uma análise sob a óptica do direito e da economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. *Tributação indutora e análise econômica do direito: uma investigação crítica*. 2017. 215 f. Tese (Doutorado) — Curso de Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Lauro Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Moacir Marques da. *Lei de responsabilidade fiscal: enfoque jurídico e contábil para os municípios*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

Roberta Helena Ramires Chiminazzo

Leilão do 5G e análise de impacto regulatório

17

Leilão do 5G e análise de impacto regulatório

Roberta Helena Ramires Chiminazzo⁵⁴⁹

Resumo

O presente estudo pretende demonstrar a indispensabilidade da elaboração de análise de impacto regulatório sobre as alterações de gestão de faixas de radiofrequência para a realização do Leilão do 5G. Para tanto, foi elaborada uma pesquisa qualitativa, considerando a regulação da Anatel sobre o tema, as disposições do Decreto nº 10.411/2020 e conteúdo doutrinário. Além disso, analisaram-se as mudanças propostas pela Minuta de Edital e o impacto na gestão do espectro de radiofrequências, que demonstram a necessidade de uma análise mais profunda de custos, benefícios e alternativas regulatórias.

Palavras-chave: Análise de impacto regulatório. Licitações. Telecomunicações. 5G.

1. Introdução

O Decreto nº 10.411/2020⁵⁵⁰ regulamentou a Análise de Impacto Regulatório (AIR) para edição, alteração ou revogação de atos normativos, o que vinha sendo aguardado pelo menos desde a publicação da Lei nº 13.848/2019⁵⁵¹ (art. 6º, § 1º) e da Lei nº 13.847/2019⁵⁵² (art. 5º).

A Lei nº 13.848/2019 trata da gestão, da organização, do processo decisório e do controle social das agências reguladoras federais,

549 Advogada graduada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2017), com MBA em Relações Governamentais na Fundação Getúlio Vargas (em curso); atuação em Direito Administrativo e Regulatório.

550 BRASIL. Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020. Brasília. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.411-de-30-de-junho-de-2020-264424798> Acesso em: 29 out. 2020.

551 BRASIL. Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13848.htm. Acesso em: 29 out. 2020.

552 BRASIL. Lei nº 13.847, de 20 de setembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm Acesso em: 29 out. 2020.

afetando a própria Anatel (art. 2º, III) e alterando a Lei Geral de Telecomunicações (LGT, Lei nº 9.472/1997).⁵⁵³ Desse modo, há nítido impacto da nova legislação e da regulamentação nos processos regulatórios da agência, reforçando-se a incidência e a obrigatoriedade da AIR no setor de telecomunicações.

A discussão sobre AIR vem-se desenvolvendo desde 2007, com os incentivos para a melhoria da qualidade da regulação trazidos pelo Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG, Decreto nº 6.062/2007).⁵⁵⁴ Esse programa considerava essencial consolidar a AIR e tornar a análise de políticas públicas nos setores regulados mais eficiente. Além disso, no âmbito das agências reguladoras federais, a Anatel previa a exigência de AIR pelo menos desde 2013, com a Resolução nº 612,⁵⁵⁵ em seu art. 62, com uma pequena diferença: a AIR seria aplicável a atos de caráter normativo.

Quanto ao Leilão do 5G, em 31 de janeiro de 2020 o então Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, por meio da Portaria nº 418/2020,⁵⁵⁶ estabeleceu diretrizes para o certame em relação às faixas de radiofrequência a serem licitadas e definiu critérios para a proteção de usuários de TV aberta que sofrerão interferência.

A Anatel realizou a Consulta Pública nº 9/2020,⁵⁵⁷ na qual divulgou Minuta de Edital que tinha por objeto o direito de uso de faixas de radiofrequência 700 MHz, 2,3 GHz, 3,5 GHz e 26 GHz, em associação à exploração de Serviço Móvel Pessoal (“SMP”). A isso, nomeou Edital ou Leilão do 5G. A agência não realizou AIR sobre a mudança da gestão do espectro, justificando

553 BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm Acesso em: 29 out. 2020.

554 BRASIL. Decreto nº 6.062, de 16 de março de 2007. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6062.htm Acesso em: 29 out. 2020.

555 ANATEL. Resolução nº 612, de 19 de abril de 2013. Brasília. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/450-resolucao-612>. Acesso em: 29 out. 2020.

556 BRASIL. Portaria nº 418, de 31 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-418-de-31-de-janeiro-de-2020-241105488> Acesso em: 29 out. 2020.

557 Processo nº 53500.004083/2018-79; prazo de contribuição de 17/02/2020 a 17/04/2020.

a inexistência de caráter normativo nas alterações (item 5.15, Análise nº 132/2019/VA).⁵⁵⁸ Foi elaborada AIR abordando apenas o prazo estabelecido na regulamentação para a autorização de uso de radiofrequência associada à prestação do SMP.

A operação do SMP na tecnologia 5G exige a revogação das autorizações de uso de radiofrequência vigentes e a remoção da infraestrutura atualmente instalada para a implementação de novas estruturas que se mostrem compatíveis com as faixas de radiofrequência destinadas pela Anatel, com o novo serviço e com a nova tecnologia.

Assim, em face das recentes alterações normativas demonstrando a crescente valorização da AIR no sistema jurídico brasileiro como uma boa prática regulatória, e das previsões da própria Anatel sobre o tema, questiona-se se a agência poderia deixar de realizar AIR no âmbito do Leilão de 5G. Toma-se por hipótese que o Leilão do 5G gera alteração na política até então adotada para a gestão de radiofrequências. Nesse contexto, ao não realizar a AIR nesse caso, a agência afronta as disposições contidas no art. 6º da Lei nº 13.848/2019, no Decreto nº 10.411/2020 e no art. 62, parágrafo único, da Resolução nº 612/2013.

Para se demonstrar a hipótese, propõe-se a análise (i) da definição de AIR, além da análise de seus objetivos; (ii) de como a Anatel regulou o tema no âmbito do setor de telecomunicações; (iii) de como se dá a política regulatória de gestão do espectro de radiofrequência. Após esses estudos, pretende-se concluir pela necessidade de AIR para a instalação do 5G.

O trabalho assume a natureza de uma pesquisa qualitativa,⁵⁵⁹ de viés pós-positivista,⁵⁶⁰ realizado por meio de pesquisa bibliográfica

558 ANATEL. Análise nº 132, Processo nº 53500.004083/2018-79. Brasília, DF, 22 de outubro de 2019.

559 GUBA, Egon G.; LINCOLN, Yvonna S. "Competing paradigms in qualitative research". In: DENZIN, N. K.; LINCOLN, Y. S. *Handbook of Qualitative Research*. Thousand Oaks, CA: Sage, 1994, p. 105-117.

560 ANDRADE, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*. São Paulo: MP Editora, 2006, p. 167.

de natureza dogmática⁵⁶¹ e conduzido por análise documental⁵⁶² sobre enunciados normativos do ordenamento jurídico brasileiro. A compreensão dos conceitos será conduzida por meio de análise das doutrinas jurídicas nacional e estrangeira, com o apoio pontual da jurisprudência nacional.

2. Análise de impacto regulatório

Considerando que as normas federais sobre o tema são ainda recentes, entende-se relevante analisar brevemente o entendimento dos órgãos internacionais e as disposições doutrinárias sobre o tema.

O Banco Mundial define AIR como “*a flexible tool that helps governments make better regulatory and other policy decisions based on information and empirical analysis about the potential consequences of government action*”.⁵⁶³

A Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (“OCDE”), por outro lado, adota a seguinte concepção: “*Regulatory Impact Assessment (RIA) is both a tool and a decision process for informing political decisions makers on whether and how to regulate to achieve public policy goals*”.⁵⁶⁴

Patrícia Rodrigues Pessôa Valente, por sua vez, define AIR como

instrumento de controle da atividade regulatória
do Estado por meio de aplicação de procedimento

561 ADEODATO, João Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em direito. *Revista CEJ*, ano 3, v. 7, p. 143-150, 1999. Disponível em <https://revistacej.cjf.jus.br/revcej/article/view/190>. Acesso em: 6 abr. 2020.

562 CRESWELL, John. W. *Research design: qualitative & quantitative approaches*. Thousand Oaks: Sage, 1994.

563 LADEGAARD, Peter Farup; LUNDKVIST, Petter; KAMKHAJI, Jonathan Camillo. *Giving Sisyphus a helping hand: pathways for sustainable RIA systems in developing countries (English)*. Policy Research working paper; no. WPS 8367 Washington, D.C.: World Bank Group. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/691961521463875777/Giving-Sisyphus-a-helping-hand-pathways-for-sustainable-RIA-systems-in-developing-countries>. Acesso em: 27 nov. 2020. “AIR é um instrumento flexível que auxilia governos a fazerem uma melhor regulação ou auxilia decisões políticas para que sejam baseadas em informações e análises empíricas sobre as potenciais consequências das ações governamentais.” (Tradução livre.)

564 OECD (2012). *Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance*, OECD Publishing, Paris. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264209022-en>. Acesso em: 27 nov. 2020. “Análise de Impacto Regulatório (AIR) é um instrumento e um processo decisório para informar decisores sobre como regular de forma a atingir os objetivos de políticas públicas.” (Tradução livre.)

administrativo voltado à análise das medidas regulatórias a serem adotadas ou já adotadas pelos agentes reguladores com base em evidências empíricas, resultando na introdução de mecanismos de legitimação democrática e de responsabilização do regulador.⁵⁶⁵

Quanto ao momento de realização, recomenda-se que as regulações tenham avaliação antes, durante e após sua implementação. Contudo, a coleta de dados para a mudança de regulação é essencial.⁵⁶⁶ Em especial, destaca-se a necessidade de definir e conhecer claramente o problema, identificando-se as normas aplicadas ao caso, as entidades envolvidas, os riscos preliminares.⁵⁶⁷ Também é fundamental entender os objetivos envolvidos, tendo em vista a política pública que deve ser implementada.

A OCDE ressaltou a importância da realização desse instrumento na fase inicial do processo de elaboração da política pública ou da regulação, visto que as políticas e/ou regulações devem basear-se nas melhores informações disponíveis.⁵⁶⁸ Uma análise *ex ante* permite identificar as necessidades da política e as alternativas regulatórias e não regulatórias, com vistas a atingir os objetivos. Em especial, deve ajudar os *policy makers* a tomarem decisões mais eficientes, visto que a carga informacional permite o estabelecimento de uma visão sistemática e consistente.⁵⁶⁹

Para os fins deste estudo, enfatiza-se a importância da AIR no processo de tomada de decisão, visto que o objetivo é examinar a

565 VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessoa. "Avaliação de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado". 2010. 218 f. Dissertação (Mestrado) — Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 89.

566 Patrícia Pessoa Valente destaca três grandes etapas de uma AIR: processo de tomada de decisão da medida regulatória, implementação e monitoramento da decisão. (VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessoa. "Avaliação de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado". 2010. 218 f. Dissertação [Mestrado] — Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 54.)

567 *Ibid.*, p. 56.

568 OECD (2020). *Regulatory Impact Assessment, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy*, OECD Publishing, Paris. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/7a9638cb-en>. Acesso em: 27 nov. 2020.

569 LADEGAARD, Peter Farup; LUNDKVIST, Petter; KAMKHAJI, Jonathan Camillo. 2018. "Giving Sisypheus a helping hand: pathways for sustainable RIA systems in developing countries (English)", *Policy Research Working Paper*, nº WPS 8367. Washington, D.C.: World Bank Group. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/691961521463875777/Giving-Sisypheus-a-helping-hand-pathways-for-sustainable-RIA-systems-in-developing-countries>.

importância desse instrumento para as escolhas regulatórias que permeiam a concretização do 5G.

A AIR e sua publicação conferem maior possibilidade de se controlarem as etapas percorridas para a tomada de decisão, permitindo que se confira a legalidade das medidas adotadas e possibilitando tanto a legitimidade como a transparência das decisões.⁵⁷⁰ Por isso, muitas vezes esse cenário está associado à realização de consultas e audiências públicas.⁵⁷¹

O Banco Mundial elencou alguns dos possíveis métodos empregados para a AIR: análise de custo-benefício (*cost-benefit*), custo-efetividade (*cost-effectiveness*) e teste de menor custo (*least-cost tests*). Deve-se utilizar um meio que permita a análise das informações sobre os efeitos regulatórios de forma qualitativa e quantitativa.⁵⁷² Porém, a AIR também deve contemplar outros aspectos de análise que não só os eminentemente financeiros, tendo como enfoque a preservação de direitos dos consumidores, o aumento da oferta de serviços, a manutenção da concorrência e os custos pelos setores.^{573, 574} Nesse sentido é que devem ser considerados os custos diretos e indiretos das alternativas apontadas.

O objetivo último da AIR deve consistir em melhorar a qualidade da regulação⁵⁷⁵ e das políticas públicas, proporcionando uma

570 VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessoa. "Avaliação de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado". 2010. 218 f. Dissertação (Mestrado) — Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 30.

571 A recente legislação nacional ressalta a importância da realização de consultas públicas associadas à AIR no art. 9º da Lei nº 13.848/2019 e no art. 9º do Decreto nº 10.411/2020.

572 Ladegaard, Peter Farup; Lundkvist, Petter; Kamkhaji, Jonathan Camillo. 2018. "Giving Sisyphus a helping hand: pathways for sustainable RIA systems in developing countries (English)", *Policy Research Working Paper*, nº WPS 8367. Washington, D.C.: World Bank Group. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/691961521463875777/Giving-Sisyphus-a-helping-hand-pathways-for-sustainable-RIA-systems-in-developing-countries>.

573 VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessoa. *Avaliação de Impacto Regulatório: uma ferramenta à disposição do estado*. 2010. 218 f. Dissertação (Mestrado) — Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 39.

574 No mesmo sentido: "Por fim, é oportuno salientar que a AIR não deve ser pautada exclusivamente por critérios econômicos, especialmente pelo fato de que a Administração tem o dever de considerar outros aspectos igualmente fundamentais: diminuição da pobreza, qualidade do serviço ou do bem, durabilidade, confiabilidade, universalização do serviço para o maior número possível de pessoas etc." OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Governança e Análise de Impacto Regulatório. *Revista de Direito Público da Economia — RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, out./dez. 2011, p. 173-203.

575 VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessoa. "Avaliação de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado". 2010. 218 f. Dissertação (Mestrado) — Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 84.

boa administração.⁵⁷⁶ Isso ocorre quando a AIR possibilita um controle das atividades regulatórias pelo procedimento, que beneficia tanto a sociedade civil — que pode acompanhar a motivação das medidas regulatórias — como o próprio Estado — que pode sistematizar as informações para a tomada de decisão. Tais qualidades ensejam maior transparência na atuação administrativa e maior responsabilização de seus reguladores.⁵⁷⁷

A AIR também possibilita a realização de uma análise prévia da proporcionalidade da regulação, na medida em que é função do Poder Público demonstrar a razoabilidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito das escolhas feitas.⁵⁷⁸ Sem dúvida, a análise qualitativa e quantitativa das alternativas regulatórias proporciona eficiência, na medida em que a análise mais detalhada dos problemas regulatórios e das alternativas existentes, os custos e benefícios envolvidos nessas medidas e os processos normativos e regulatórios ganham racionalidade.⁵⁷⁹ Por último, isso aponta para a diligência, buscando-se eficácia e eficiência nesse processo de tomada de decisões.

2.1. Na regulação federal

Apesar de o Decreto nº 10.411/2020 ainda não estar vigente à época da realização da Consulta Pública nº 9/2020, considera-se relevante analisar suas disposições, em face de sua importância para as agências reguladoras e para o ordenamento jurídico brasileiro como um todo, ao regular o art. 6º da Lei nº 13.848/2019 e o art. 5º da Lei nº 13.874/2019, respectivamente.

576 Odete Medauar ensina que a matéria passou a se acentuar a partir de 2000, com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em Nice. (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017, p. 345.)

577 WORLD BANK GROUP. *Global Indicators of Regulatory Governance: worldwide practices of regulatory impact assessments*. Worldwide Practices of Regulatory Impact Assessments. Disponível em: <http://documents1.worldbank.org/curated/en/905611520284525814/Global-Indicators-of-Regulatory-Governance-Worldwide-Practices-of-Regulatory-Impact-Assessments.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020.

578 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Análise de impacto regulatório AIR. *Revista de Direito Público da Economia* — RDPE, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDIO006.aspx?pdCntd=70676>>. Acesso em: 19 nov. 2020.

579 SAMPAIO, Patrícia; GUERRA, Sérgio. Análise de impacto regulatório. *Revista Justiça & Cidadania*, v. 145, p. 30-33, 2012.

A recente legislação federal aponta para a realização de Análise de Impacto Regulatório previamente à edição, à alteração ou à revogação de “atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados” (art. 6º da Lei nº 13.848/2019 e Decreto nº 10.411/2020). Define-se como um procedimento de avaliação anterior aos atos normativos para a verificação da razoabilidade do impacto da medida; para servir de subsídio à tomada de decisão (art. 2º, I, Decreto nº 10.411/2020); e para se apreciar a adequação da proposta (art. 6º, §3º, Lei nº 13.848/2019). Recai sobre os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, excluídos os atos submetidos ao Congresso Nacional (art. 1º, §3º, Decreto nº 10.411/2020).

Um dos principais objetivos é averiguar os *custos regulatórios*, diretos ou indiretos, em que os agentes econômicos ou usuários venham a incorrer para estar em conformidade com as novas normas, além dos custos do próprio órgão público criador da norma para monitorar e fiscalizar seu cumprimento. Em especial, a metodologia empregada na AIR deve passar pela análise de custo, efetividade e/ou risco (art. 7º, Decreto nº 10.411/2020).

O procedimento de AIR deve dar origem a um relatório contendo a identificação do problema regulatório, os objetivos e a forma de implementação da medida pretendida, tudo isso acompanhado da devida fundamentação legal. Não basta que se analise unicamente a medida proposta; deve-se compará-la com as alternativas possíveis para o enfrentamento do problema. O relatório também deve descrever os impactos e custos previstos para os agentes econômicos, os usuários e entes afetados no geral, além dos efeitos e riscos da medida no setor. Em essência, deve identificar quem ganha e quem perde com a adoção da medida.

O mapeamento da experiência internacional também deve constar dos relatórios, com o propósito de verificar como outros locais ou países lidaram com o problema ou como os órgãos internacionais recomendam que se aborde a questão. A partir dessas providências, é possível identificar os acertos e erros, extraindo, então, as boas práticas.

A AIR é inaplicável aos atos normativos: (i) restritos ao âmbito interno do órgão público; (ii) de efeito concreto; (iii) sobre execução orçamentária ou financeira; (iv) sobre política cambial e monetária; (v) sobre segurança nacional; e (vi) de consolidação de normas sem alteração de mérito (art. 3º, §2º, Decreto nº 10.411/2020).

Por outro lado, dispensa-se a realização de AIR em casos de urgência ou de atos normativos: (i) de baixo impacto; (ii) que disciplinam norma que não permite alternativas regulatórias; (iii) que revogam normas obsoletas, sem alteração de mérito; (iv) que preservem a liquidez, a solvência ou a higidez de mercados de seguro, capitalização, previdência, mercados financeiros e sistemas de pagamentos; (v) para a convergência a padrões internacionais; (vi) que reduzam exigências, obrigações, restrições, requerimentos ou especificações com o objetivo de diminuir os custos regulatórios. Contudo, mesmo no caso de dispensa, deve-se elaborar nota técnica fundamentando o futuro ato normativo (art. 4º, *caput*, e §1º, ambos do Decreto nº 10.411/2020). Em essência, não se exige a elaboração de AIR quando o ato normativo não resultar em impacto externo ou não implicar em custos significativos para os agentes econômicos e usuários.

2.2. Na Anatel

No setor de telecomunicações, a Anatel, além da disposição em seu Regimento Interno (art. 62, Resolução nº 612/2013), estabeleceu a Portaria nº 927/2015.⁵⁸⁰ Nela, a Anatel define AIR como a aplicação de técnicas e métodos voltados a identificar e medir benefícios, custos e efeitos das ações regulatórias, de forma a subsidiar a tomada de decisões e monitorar os resultados decorrentes (art. 3º, III). Trata-se, assim, de uma etapa do processo de edição de atos de caráter normativo.⁵⁸¹

580 ANATEL. Portaria nº 927, de 5 de novembro de 2015. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/legislacao/portarias-normativas/2015/1015-portaria-927> Acesso em: 29 out. 2020.

581 Para um aprofundamento do tema do devido processo legal na edição de atos administrativos de caráter normativo, veja: SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O dever de motivação na edição de atos normativos pela administração pública. *A&C — Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 55-73, jul.-set. 2011.

Por sua vez, a *ação regulatória* é qualquer forma de intervenção da agência sobre o ambiente e os entes regulados, incluídos os atos normativos ou outros atos que tenham esse impacto, como, por exemplo, arbitragem ou alocação de recursos escassos (art. 3º, I, Portaria nº 927/2015).

A AIR deve gerar um relatório contendo: (i) os problemas identificados; (ii) os objetivos da ação regulatória; (iii) as alternativas de ação e seus impactos; (iv) os grupos afetados, especialmente o consumidor, a concorrência e o meio ambiente; (v) a base legal para a atuação da Anatel; e, por último, (vi) as conclusões que justificam a alternativa preferencial.

O *Manual de Boas Práticas Regulatórias* da Anatel⁵⁸² assinala que a AIR deve ser elaborada nos casos de ações que impliquem *alterações significativas*, ou seja, nos casos em que há o envolvimento de diversas alternativas regulatórias, custos e impacto considerável. Isso se deve à preocupação de não engessar a Administração Pública.⁵⁸³ Além disso, o *Manual* admite a possibilidade de dispensa de AIR quando se tratar de caso urgente, de atos normativos que não possibilitem diferentes alternativas regulatórias ou de atos de baixo impacto notório, desde que essa dispensa seja devidamente justificada pelo Conselho Diretor.⁵⁸⁴

Por fim, é importante observar que as disposições contidas na Lei nº 13.848/2019 e no Decreto nº 10.411/2020 não conflitam com as já existentes da Anatel quanto a se adotar formalização mais específica e detalhada da necessidade, das características e dos objetivos relacionados à realização de AIR. Ao prever AIR para atos de efeito normativo — e sendo esses atos instrumentos incrementadores da eficiência —, a Anatel apenas amplia direitos e a boa administração.

582 ANATEL. *Manual de Boas Práticas Regulatórias*. Agosto de 2018. Brasília, DF. Disponível em: https://www.anatel.gov.br/institucional/index.php?option=com_anexarlink&hash=de50d93e0c8e5cdc86274de5b3f5faae&name=MANUAL%20DE%20BOAS%20PRATICAS%20REGULAT%C3%93RIAS.pdf Acesso em: 29 out. 2020.

583 *Ibid.*, p. 38.

584 *Ibid.*, p. 37.

3. Gestão de radiofrequências

A legislação dos serviços de telecomunicações pertence privativamente à União (art. 22, IV, Constituição Federal). Esses serviços são explorados pela União, devendo haver lei que os organize e crie um órgão regulador (art. 21, XI, Constituição Federal). A Lei nº 9.472/1997 cuidou desse tema, atribuindo à Anatel a regulação e a organização dos serviços de telecomunicações. Com isso, a Anatel tem competência para gerir o espectro de radiofrequência, bem público limitado (art. 157, LGT), devendo manter um plano de atribuição, distribuição e destinação aos serviços e às atividades de telecomunicações (art. 158, LGT).

A Lei Geral de Telecomunicações estabelece as seguintes diretrizes para a gestão de radiofrequências: (i) a racionalidade, (ii) a economicidade, (iii) que sejam consideradas as atribuições e distribuições existentes, com vistas a evitar interferências prejudiciais, (iv) a adequação e (v) a eficiência (arts. 159 e 160, ambos da LGT).⁵⁸⁵

A alteração da destinação de faixas de radiofrequências pode ser feita a qualquer momento pela agência, desde que se respeitem essas diretrizes. Também é preciso estabelecer um prazo adequado e razoável para a mudança (art. 161, LGT).

O uso das radiofrequências deve ser feito por meio de autorização onerosa, também nos termos regulados pela Anatel, sempre em associação a determinado serviço de telecomunicações (art. 163, LGT). Nesse contexto, depreende-se que é função da Anatel implementar a política pública da gestão de radiofrequências no setor de telecomunicações, regulando o tema conforme as diretrizes gerais traçadas na LGT, a partir da edição de normas e da atribuição a operadoras de termos de autorização de uso, respeitando-se os tratados e os acordos internacionais.

585 Sobre a gestão de bens públicos, Floriano Marques Neto assinala: "A gestão dos bens públicos envolve dois aspectos inter-relacionados: a *gestão patrimonial*, entendida como a otimização do emprego do patrimônio público, com vistas a obter a maior racionalidade econômica, e a *disciplina do uso*, voltada a assegurar que este emprego seja consentâneo com as finalidades de interesse geral aos quais o bem está consagrado. É da combinação destes dois aspectos que se dá a adequada gestão dos bens públicos". (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos, função social e exploração econômica*: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 270.)

As políticas públicas são programas de ação governamental que resultam de um processo ou de um conjunto de processos juridicamente regulados.⁵⁸⁶ Trata-se, assim, de um conjunto de atos voltados a determinado interesse geral e estabelecidos no espaço governamental, a partir de mediação política.⁵⁸⁷

As políticas regulatórias, por sua vez, “são caracterizadas pelas opções do ente incumbido da atividade regulatória acerca dos instrumentos de regulação a seu dispor, com vistas à consecução das pautas de políticas públicas estabelecidas para o setor regulado”.⁵⁸⁸ A Anatel deve cumprir com esse objetivo e, conforme dispõe o art. 19 da LGT, concretizar o interesse público e realizar políticas regulatórias a partir das políticas públicas traçadas no âmbito político. No caso, a Anatel foi incumbida da política regulatória do espectro de radiofrequência a partir de uma política pública delineada pelos dispositivos elencados na LGT.

No âmbito de sua competência para regular o tema, a Anatel aprovou Regulamento de Uso do Espectro de Radiofrequências⁵⁸⁹ (RUE), que estabelece os parâmetros gerais de administração, condições de uso e controle de radiofrequências. Além de fazer constar as disposições da LGT quanto à eficiência na gestão do espectro, no emprego racional e econômico e na ampliação dos serviços de telecomunicações (art. 1º, §1º, Resolução nº 671/2016), estabelece como objetivos da regulamentação de uso de radiofrequência a promoção do desenvolvimento nacional; a garantia e a democratização do acesso; a viabilização da exploração de serviços e o desenvolvimento de pesquisa científica (art. 2º, Resolução nº 671/2016).

Passando-se a questões mais práticas, as autorizações de uso de radiofrequência podem ser conferidas por meio de requerimento ou de licitação promovida pela Anatel. No caso de simples requerimento, a operadora deve apresentar um projeto técnico viável

586 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 109.

587 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: instrumentos do fortalecimento do Estado*. Porto Alegre: Abar, 2003.

588 Idem.

589 ANATEL. Resolução nº 671, de 3 de novembro de 2016. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2016/911-resolu%C3%A7%C3%A3o-671> Acesso em: 24 nov. 2020.

(art. 21, IV, da Resolução nº 617/2016; e art. 90, X, da Resolução nº 65/1998).⁵⁹⁰ No caso de editais, também se exige a apresentação de proposta técnica que contenha as obrigações e os compromissos de abrangência exigidos no edital (arts. 14, 40, 67, Resolução nº 65/1998).

Nesse contexto, observa-se que, em ambos os casos, os interessados devem apresentar um plano de negócios pela operadora, comprometendo-se com a eficiência em sua utilização (art. 20 da Resolução nº 617/2016). Essas autorizações não podem ser entendidas como instrumentos precários, visto que envolvem o pagamento de valor de outorga e o comprometimento de longo prazo com a instalação de uma infraestrutura que não pode ser facilmente removida, além de investimentos vultosos que devem ser amortizados e planejamento de prestação de serviços a usuários — usuários, inclusive, que, em geral, recebem o serviço por prazo indeterminado.

A esse respeito, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello assinalam que o instrumento somente pode ser considerado precário se não envolver grandes capitais, se os equipamentos puderem ser removidos e utilizados em outro local pela autorizatária e se os riscos da precariedade forem absorvidos pelo retorno da atividade. No caso de telecomunicações, não se verifica nenhuma dessas hipóteses.⁵⁹¹ Ademais, a Anatel pode exigir dos interessados a comprovação de uso efetivo e adequado das faixas, nos termos da autorização concedida, e o emprego de técnicas específicas, o que retira a qualidade de precariedade dessas autorizações (art. 5º da Resolução nº 671/2016).⁵⁹² Portanto, há um

590 ANATEL. Resolução nº 65, de 29 de outubro de 1998. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/13-1998/164-resolucao-65> Acesso em: 24 nov. 2020.

591 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 348.

592 Jacintho Arruda Câmara aborda a impropriedade do uso “autorização” na LGT, com a atribuição ao termo de segurança e estabilidade jurídica, enquanto a doutrina tradicional administrativa aponta para a precariedade do instituto. Contudo, tais conceitos são incompatíveis, na medida em que a LGT estabelece diversas condições para a autorização que não admitem precariedade. Apesar de haver direcionado para as condições de autorização nos serviços de telecomunicações e não o direito de uso de faixas de radiofrequência, a mesma lógica pode ser estabelecida no caso das RFS. (CÂMARA, Jacintho Arruda. As autorizações da lei geral de telecomunicações e a teoria geral do direito administrativo. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações* — RDIT, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 55-68, jul.-dez. 2007, p. 55-68.

acompanhamento significativo por parte da agência em relação à atividade desenvolvida, afastando-se, assim, qualquer característica de precariedade.

Além do RUE, a Anatel conta com diversas resoluções que dispõem acerca da gestão do espectro de radiofrequências, como, por exemplo, o estabelecimento de *spectrum cap* (limites máximos de quantidade de espectro que uma operadora pode deter),⁵⁹³ o Regulamento de Cobrança de Preço Público pelo Direito de Uso de Radiofrequências,⁵⁹⁴ o Plano de Atribuição, Destinação e Distribuição de Faixas de Frequências no Brasil,⁵⁹⁵ o Regulamento para Avaliação da Eficiência de Uso do Espectro de Radiofrequências,⁵⁹⁶ regulamentos específicos para o uso de radiofrequência para radiodifusão⁵⁹⁷ e Regulamento sobre Condições de Uso da Faixa de Radiofrequências de 3,5 GHz.⁵⁹⁸ Com isso, demonstra-se que a regulação do espectro de radiofrequência é complexa e se desdobra em diversos normativos, não havendo uma consolidação sistematizada das disposições referentes a essa política.

4. Análise de impacto regulatório e o edital de 5G

Quanto ao Leilão do 5G, o antigo Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações⁵⁹⁹ estabeleceu, por meio da

593 ANATEL. Resolução nº 703, de 1 de novembro de 2018. Disponível em: [594 ANATEL. Resolução nº 695, de 7 de julho de 2018. Disponível em: \[595 ANATEL. Resolução nº 716, de 31 de outubro de 2019. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2019/1351-resolucao-716> Acesso em: 24 nov. 2020.\]\(https://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2018/1152-resolucao-695#:~:text=Aprova%20o%20Regulamento%20de%20Cobran%C3%A7a,Direito%20de%20Uso%20de%20Radiofrequ%C3%AAncias. Acesso em: 24 nov. 2020.</p></div><div data-bbox=\)](https://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2018/1178-resolucao-703#:~:text=Estabelece%20limites%20%C3%AAltimos%20de%20Quantidade%20de%20Espectro%20de%20Radiofrequ%C3%AAncias.&text=19%20da%20Lei%20n%C2%BA%209.472,CONSIDERANDO%20os%20termos%20do%20art. Acesso em: 24 nov. 2020.</p></div><div data-bbox=)

596 ANATEL. Resolução nº 548, de 8 de novembro de 2010. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2010/47-resolucao-548> Acesso em: 24 nov. 2020.

597 ANATEL. Resolução nº 688, de 7 de novembro de 2017. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2017/954-resolucao-688> Acesso em: 24 nov. 2020.

ANATEL. Resolução nº 721, de 11 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2020/1383-resolucao-721> Acesso em: 24 nov. 2020.

598 ANATEL. Resolução nº 711, de 28 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2019/1285-resolucao-711> Acesso em: 24 nov. 2020.

599 A Lei nº 14.074/2020 alterou a Lei nº 13.844/2019 para cindir o Ministério de Estado da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações em Ministério da Ciência, Tecnologia e Informações e Ministério das Comunicações.

Portaria nº 418/2020, diretrizes para o certame das faixas de 700 MHz, 2,3 GHz, 3,5 GHz e 26 GHz, além de critérios para a proteção dos usuários que recebem sinais de TV aberta e gratuita por meio de antenas parabólicas na Banda C satelital, adjacente à faixa de 3,5 GHz.

Em relação às diretrizes, pouco inovou em relação à LGT, visto que praticamente todos os itens listados no art. 2º da Portaria encontram amparo na legislação setorial, como, por exemplo, a necessidade de compartilhamento de infraestrutura (Lei nº 13.116/2015), de compromissos de abrangência, de universalização (art. 2º, I e 18, III, LGT), de incentivo à competição (art. 2º, III, art. 6º, art. 19, XXXII, LGT), eficiência (art. 37, CF, art. 127, VII; art. 160 da LGT) e atendimento de assinantes visitantes entre as redes (a interconexão está prevista no art. 19, XIV, LGT). Em relação à TV aberta, por sua vez, o MCTIC imputou à Anatel o dever de, a partir de estudos efetuados, adotar um arranjo de frequência que favoreça a convivência harmônica dos sistemas, além da competitividade e do aproveitamento de ganhos de escala, com vistas à inclusão digital (arts. 3º, §§1º, II, 4º e 6º e art. 5º da Portaria nº 418/2020).

Também cabe à agência determinar o cálculo dos custos envolvidos na solução de interferência, ao passo que o pagamento dessa medida foi imputado às empresas vencedoras do certame na faixa de 3,5 GHz.

O governo federal selecionou os critérios cumulativos para identificar os beneficiários do ressarcimento pela solução de interferências prejudiciais em serviços fixos de satélite em operação na Banda C: (i) prejuízo de acesso aos sinais de televisão aberta e gratuita causado por condição decorrente da utilização da faixa de 3,5 GHz; (ii) participação no cadastro único para programas sociais do governo federal que atenda aos critérios de família de baixa renda e (iii) demanda dos interessados no prazo a ser indicado pela Anatel (art. 4º, Portaria nº 418/2020).

A partir da Portaria, a Minuta de Edital divulgada na Consulta Pública nº 09/2020 da Anatel foi editada, resultando em grande impacto para as empresas atuantes no setor de telecomunicações.

Em primeiro lugar, a partir de então, essas faixas serão destinadas exclusivamente à prestação de Serviço Móvel Pessoal.⁶⁰⁰ Assim, quaisquer serviços prestados nessas radiofrequências devem ser desalocados. Essa mudança, por si só, já qualifica o Edital como *ação regulatória*, nos termos do art. 3º, inciso I, da Portaria nº 927/2015, visto que se trata de intervenção da Anatel sobre o ambiente e os entes regulados; mais especificamente, trata-se da alocação de recursos escassos, enquadrando-se precisamente no exemplo citado no referido dispositivo.⁶⁰¹

O Edital também implica a alteração das regras que envolvem o uso atual das radiofrequências, afetando a validade das autorizações e dos planejamentos vigentes, de que, conforme apontado, a Anatel tenha ciência. Assim, as empresas detentoras de autorização que não possam contar com o cumprimento do prazo estabelecido deverão ser ressarcidas pelo prazo remanescente que tenha sido garantido no termo de autorização. Reforça o argumento o fato de os documentos da Consulta Pública nº 09/2020 haverem incluído a Minuta de Resolução com proposta de alteração da Resolução nº 711/2019, referente ao Regulamento sobre Condições de Uso da Faixa de Radiofrequência de 3,5 GHz, e com o novo Regulamento sobre Condições de Uso da Faixa de Radiofrequência de 24,25 GHz e 27,50 GHz. Essa Minuta altera a destinação do caráter primário das faixas e subfaixas mencionadas, criando outras regras de uso. Há uma inversão das prioridades até então estabelecidas, o que é explicitamente normativo.

O caráter primário e secundário das destinações resulta em importantes decisões para o investimento em infraestrutura. Isso porque, em caráter secundário, o serviço não está protegido da interferência do serviço de caráter primário e tem uso subsidiário,⁶⁰²

600 Edital 1.2. Quanto aos serviços de telecomunicações a serem prestados utilizando as subfaixas de radiofrequência objeto deste Edital, deverão ser expedidas autorizações para exploração do Serviço Móvel Pessoal (SMP), ou as faixas deverão ser associadas a uma autorização de SMP já existente.

601 Confira-se a definição: Art. 3º, I – Ação Regulatória: qualquer forma de intervenção da Anatel sobre o ambiente e os entes regulados, tais como a edição de ato normativo, a alocação de recursos escassos e a arbitragem em situações de conflito, entre outras, que, ao afetar potencial ou efetivamente a conduta dos agentes ou a estrutura do mercado, visem melhorar o desempenho setorial.

602 Art. 3º, XXVIII e XXIX, e art. 19, §9º, todos da Resolução nº 671/2016.

o que afeta, de forma significativa, a qualidade recebida pelo usuário. Ademais, a instalação de infraestrutura também é impactada pela alocação em caráter secundário, visto que o tipo de uso exerce grande influência na viabilidade econômica da atividade.

Uma faixa de radiofrequência recebe uma destinação de acordo com a viabilidade técnica e econômica da oferta desse serviço. Envolve equipamentos produzidos em larga escala, interesse de usuários, interesse público na destinação e na existência de tratados e acordos internacionais que também suportem essa decisão. Desse modo, a motivação da decisão de destinação de faixas de radiofrequência envolve diversos fatores, com peso especial para o fator econômico, que, em essência, viabiliza a oferta do serviço.

A necessidade de limpeza de faixa, ou seja, da retirada ou da realocação das empresas que ocupam determinada faixa de radiofrequência ou faixa adjacente, exige o emprego de recursos expressivos — processo em que tanto as operadoras como os usuários são onerados. As operadoras devem arcar com a desinstalação e a nova instalação de infraestrutura, ao passo que os usuários também sofrem, direta e indiretamente, com o custo dessas adaptações, mediante o repasse dos preços pelas operadoras.

A redestinação das faixas de radiofrequência envolve, em suma, três tipos de custos: (i) custos de migração de faixa, incluindo lucros cessantes, danos emergentes, prejuízos diretos e perda de clientes; (ii) custos de capacidade de operação perdida dos satélites; e/ou (iii) custos com filtros, com vistas a evitar a interferência de outras operações.

A Minuta do Edital aborda o tema de forma bastante sucinta, sem se aprofundar nas disposições da Portaria do MCTIC e sem enfrentar, de modo efetivo, os eventuais problemas decorrentes das alterações propostas (item 6, Anexo IV; e item 3, Anexo IV-B). Consta do Anexo IV-A à Minuta de Edital a criação de um Grupo de Acompanhamento da Continuidade do Livre Acesso ao Conteúdo Audiovisual por Satélite (GAACS), com a finalidade de disciplinar e fiscalizar a implantação das soluções aos problemas de interferência (item 3).

Cabe também às entidades vencedoras constituir outro grupo, denominado Entidade Administradora de Faixa 3,5 GHz (EAF), a fim de operacionalizar os procedimentos relacionados aos problemas de interferência (item 7) e receber os valores referentes aos ressarcimentos de problemas de interferência (itens 8 e 9). Não constam quaisquer disposições práticas acerca do pagamento de custos, como, por exemplo, cálculos e metodologias para o pagamento. Também não há previsão específica para as metodologias relacionadas à realocação dos serviços dos usuários.⁶⁰³ Uma mudança dessa natureza, além dos custos, conduz, inevitavelmente, a distúrbios na prestação dos serviços e pagamento, direto ou indireto, para sua efetivação, mediante o repasse das empresas nos preços de oferta. Essa escolha leva as empresas licitantes a contabilizar em sua proposta os referidos custos e os riscos correspondentes, que não são baixos, visto que pode haver questionamentos administrativos e judiciais dos valores pagos a título do ressarcimento feito pelas autorizatárias afetadas. A ausência de especificações acerca do cronograma de limpeza de faixa também tem o potencial de gerar custos. Assim, eventuais atrasos na instalação e na operação do serviço afetam a remuneração das licitantes vencedoras e, conseqüentemente, a oferta dos serviços 5G aos usuários.

Como se nota, tanto a Portaria do MDTIC como a Minuta de Edital importam em grande impacto na política de gestão de radiofrequências, com diversos grupos afetados.⁶⁰⁴ Dessa forma, é inevitável que se considerem novos componentes da política regulatória de gestão do espectro, configurando uma ação regulatória, nos termos definidos pela própria Anatel. Aqui, é importante fazer duas considerações.

A primeira decore do entendimento da Anatel de que, pelo fato de se tratar de Edital, e não de ato normativo, não caberia

603 SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Silêncio administrativo e renovação de autorizações de uso de radiofrequência: o caso MMDS. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações* — RDIT, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 9-24, jan.-jun. 2008, p. 9-24. No artigo, foi analisada a impossibilidade de se prorrogarem as autorizações que geram consequências similares para as operadoras e os usuários.

604 O termo “grupos afetados” é definido pela Anatel como “partes que podem ser impactadas pelos efeitos de determinada ação regulatória”, nos termos do art. 3º, inciso IV, da Portaria nº 927/2015.

AIR. Embora, tipicamente, os editais não sejam um ato normativo ou regulatório,⁶⁰⁵ podem ter uma função derivada, com vistas à realização de um fim público adicional.⁶⁰⁶ Além da função de selecionar a melhor proposta para a obra, o bem ou o serviço (função primária), o outro fim público pode ser um mecanismo regulatório, funcionando como instrumento de fomento ou de inovações, bem como de incentivo à competição em geral, e introduzindo ou alterando a política até então vigente em determinado setor ou até mesmo concretizando valores constitucionais.⁶⁰⁷

Para os fins deste estudo, é importante distinguir entre as funções derivadas que apenas concretizam o que já está estabelecido em determinada política e aquelas que estabelecem parâmetros novos. Privilegiar pequenas empresas, por exemplo, não implica a criação de algo novo nem traz consequências normativas, visto que o art. 170, IV, da Constituição Federal, e o art. 5º-A da Lei nº 8.666/1993 já previam essas normas. Porém, o estabelecimento de novos parâmetros de uso de faixas de radiofrequência pela Anatel é uma alteração de normas, ou seja, é uma mudança regulatória. Desse modo, o Estado tem a possibilidade de usar os recursos à sua disposição, inclusive a licitação, a fim de instituir e concretizar regulações e políticas públicas. Porém, nesses casos, é preciso analisar detidamente as consequências e os custos dessa outra finalidade da licitação:

Para isso, deve-se instruir adequadamente o processo de contratação, com a identificação dos objetivos, o diagnóstico da situação, a motivação quanto à

605 O poder regulamentar (que permite a elaboração de atos regulamentares), segundo Odete Medauar, pode ser entendido como uma espécie do poder normativo. Especificamente, serve para explicitar o teor das leis, preparando sua execução ou completando seu sentido. Esse também é o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que define o poder de regulamentar como uma forma de expressão da competência normativa da administração pública. (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 141; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 124).

606 ZAGO, Marina Fontão. *Poder de compra estatal como instrumento de políticas públicas*. Brasília: Enap, 2018, p. 21, 92. A autora entende que a função derivada deve ser evitada pelo gestor. Caso se tenha como objetivo os fins sociais, essa deve ser a principal função da contratação, como ocorre nos contratos de fomento, por exemplo.

607 CARVALHO, Victor Aguiar de. A função regulatória da licitação como instrumento de promoção da concorrência e de outras finalidades públicas. *Fórum de Contratação e Gestão Pública* – FCGP, Belo Horizonte, ano 16, n. 186, p. 65-74, jun. 2017.

alternativa escolhida e a posterior avaliação dos resultados. O processo deverá demonstrar as vantagens (ainda que não pecuniárias) da promoção do fim por meio da derivação da contratação pública, trazendo informações que permitirão o bom diagnóstico e o cotejamento entre as alternativas, para se alcançar uma decisão informada. É importante que o diagnóstico considere a adequação da função derivada diante de características do mercado e do objeto a ser contratado, identificando se o setor produtivo está apto a cumprir os requisitos trazidos pela função derivada, e qual será o seu impacto sobre a concorrência, qualidade e preço.⁶⁰⁸

É nesse sentido que a AIR apresenta importância especial. Para os editais que apresentem função regulatória para além da contratação de obra, bem ou serviço, devem-se ponderar os custos e os benefícios envolvidos nessas funções derivadas; se essa é, de fato, a melhor alternativa para o problema que se pretende solucionar; e a forma como os atores do mercado serão afetados — todos esses aspectos são abarcados e atendidos em uma AIR. Nesse contexto, verifica-se que a Minuta do Edital do 5G apresenta funções derivadas que não se limitam à distribuição de faixas de radiofrequência (o que, por si só, já é bastante significativo), propondo-se, sim, a uma nova destinação e a uma nova alocação, à busca de atualização tecnológica, à desinstalação de serviços para a colocação de novas infraestruturas e a compromissos de abrangência.

A segunda consideração diz respeito à discricionariedade técnica, levando-se em consideração que as agências reguladoras atuam de forma eminentemente técnica e que as radiofrequências envolvem aspectos técnicos. Segundo Maria Sylvania Zanella Di Pietro, “a discricionariedade técnica não constitui verdadeira discricionariedade, não envolve decisão política, porque não dá liberdade de escolha para a Administração”. Isso porque não há oportunidade

608 ZAGO, Marina Fontão. *Poder de compra estatal como instrumento de políticas públicas*. Brasília: Enap, 2018, p. 430.

ou conveniência; existe unicamente uma solução fornecida pela ciência e baseada em critérios técnicos. Haveria apenas discricionariedade envolvendo técnica na hipótese de mais de uma opção de ordem técnica à escolha da administração ou quando a técnica se contrapõe a outros interesses públicos.⁶⁰⁹

No caso do Edital de 5G, contudo, a maior parte das escolhas regulatórias não está condicionada exclusivamente por aspectos técnicos ou científicos, de modo que a gestão de faixas de radiofrequências contempla uma margem de escolha em diversas frentes. A possibilidade de escolha da Anatel envolve desde a destinação das faixas de radiofrequência em questão, que podem estar atreladas a mais de um tipo de serviço, até a definição de preços públicos, compromissos de abrangência, modelos de estruturação de operação de limpeza de faixa e assim por diante. Note-se ainda que a exploração de determinado serviço em faixa de radiofrequência específica deve estar embasada em diversos aspectos econômicos, conforme já demonstrado. E, no contexto do 5G, isso diz respeito não só a essa nova tecnologia, mas também aos serviços realocados. Trata-se, assim, de escolhas muito distantes de uma pretensa simplicidade.

Nesse sentido, a concretização do 5G passa por diversas escolhas regulatórias, e praticamente todas as escolhas presentes na Portaria ou na Minuta de Edital apresentam pelo menos uma alternativa. Por exemplo, havia a possibilidade de ressarcimento feito pela própria agência reguladora e da atribuição da metodologia de cálculo

609 Sobre o controle das decisões administrativas envolvendo aspectos técnicos, Egon Bockmann Moreira defende que a tecnicidade das agências reguladoras não pode ser tida como imunidade: além de controle judicial e legislativo, deve ter, em seu processo, a garantia da democracia. O controle da discricionariedade que contém elementos técnicos pode ocorrer pela seguintes razões (i) o próprio conceito do que é decisão técnica é subjetivo; (ii) é possível contar com o apoio de peritos; (iii) a definição de manifesto erro técnico também enfrenta subjetividade e dificuldade de identificar onde começa e onde acaba o erro. Além disso, o processo de formação normativa pode ser avaliado sob três aspectos básicos: (i) regularidade formal (prazos, publicações, intimações), (ii) regularidade substancial (conteúdo dos atos do procedimento, especialmente a norma promulgada) e (iii) teoria dos motivos determinantes (vinculação aos motivos expostos pela agência quando do acolhimento ou da rejeição às colaborações). Desse modo, não resta espaço para dúvida de que as escolhas da Anatel podem ser alvo de questionamento, seja envolvendo questões exclusivamente técnicas ou não. (MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, *déficit* democrático e a elaboração processual de normas. *Revista de Direito Público da Economia* — RDPE, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 221-255, abr.-jun. 2003.

de ressarcimento às atuais autorizatárias. Ademais, o cronograma de desocupação poderia ter sido feito e discutido previamente, o que conferiria maior segurança jurídica ao leilão.

Embora existam diversas alternativas para a ação regulatória — e qualquer dessas escolhas tem impacto significativo no setor e em seus agentes econômicos —, nenhuma delas foi alvo de AIR. A Anatel elaborou uma AIR contemplando apenas a mudança do prazo máximo para a alteração do uso de radiofrequência associada ao SMP e, ainda assim, apresentou um relatório insuficiente para os objetivos pretendidos por uma AIR, visto que não calculou, de forma efetiva, os custos e benefícios envolvidos nas mudanças de prazo, apenas apontando, em tese, possíveis vantagens e desvantagens.

Conforme já visto, é essencial proceder a uma análise prévia das medidas regulatórias. Isso, em verdade, deveria fazer parte do planejamento inicial da agência, com vistas a garantir uma boa escolha regulatória e a adoção de medidas que mitiguem eventuais efeitos negativos:

*To the extent possible, regulatory designers should endeavour to model a proposed intervention, and anticipate the ramifications of their programme, especially the programme's potential downside risks. Planners should then seek to structure their intervention in a manner which would minimize the negative externalities in question.*⁶¹⁰

A inexistência de previsões mais específicas acerca da metodologia de cálculo dos custos de ressarcimento e dos cronogramas para desocupação pode conduzir a diversas consequências negativas para a instalação do 5G, seja pela discussão litigiosa dos valores, seja pela eventual dificuldade ou demora na desocupação. Contudo, tais efeitos sequer foram contemplados pela Anatel. O fato é que uma AIR poderia ter mapeado adequadamente os problemas regulatórios

610 Grabosky, Peter. "Counterproductive Regulation", *International Journal of the Sociology of Law*, 1995, p. 347-369. "Na medida do possível, os reguladores devem propor um modelo de intervenção e antecipar as ramificações de seus programas, especialmente seus riscos negativos. O planejador deve buscar estruturar a intervenção de modo a minimizar as externalidades negativas." (Tradução livre.)

envolvendo o 5G, o que seria capaz de conferir transparência às escolhas feitas pela agência, além de permitir a comprovação de que as medidas selecionadas seriam as mais eficientes, conhecendo-se o custo envolvido em cada medida adotada.

Diante dessa ampla possibilidade de escolhas que permeiam a Minuta de Edital de 5G, tratando-se de ação regulatória que resulta em impacto significativo na gestão do espectro, esperava-se, nos termos da regulação da Anatel, que fosse realizada AIR com a análise qualitativa e quantitativa dessas alternativas. O caso fazia jus a uma análise mais profunda dos custos, benefícios, efeitos no mercado e consequências para os grupos afetados, o que poderia ter sido devidamente endereçado com uma AIR.

5. Conclusão: análise de impacto regulatório e o 5G

A Portaria nº 418/2020 do MCTIC e, em especial, a Minuta de Edital de 5G têm o condão de inovar a política regulatória da Anatel de gestão do espectro de radiofrequências, ainda que o Edital não se qualifique como ato normativo típico. Conforme demonstrado, o Edital se enquadra como uma ação regulatória: aloca recursos escassos, de modo a afetar um número significativo de empresas e usuários, e altera o quadro de regras de gestão de espectro de radiofrequências.

Paralelamente, há uma grande projeção no ordenamento jurídico nacional da AIR como instrumento para colaborar com a formação de políticas públicas e regulatórias. Em especial, é importante levar em consideração a abrangência do instituto para a Anatel, que determinou a realização de AIR para quaisquer atos que tenham efeito normativo.

A AIR tem grande importância no processo regulatório para justificar a escolha feita pela Administração Pública. Uma análise detida do problema se revelaria algo essencial, com o esclarecimento dos objetivos do Edital e a avaliação individual de todas as escolhas possíveis, levando-se em conta a contemplação de custos, benefícios e efetividade de cada uma dessas opções.

Como existem diversos grupos afetados com a instalação do 5G e há um grande movimento de instalação de infraestruturas custosas,

seria necessário realizar uma AIR que conferisse transparência ao processo decisório e demonstrasse diligência em relação ao planejamento regulatório. Além disso — o que se revela muito importante —, essa etapa do processo de edição do Edital estava prevista na própria regulação da Anatel como hipótese de realização de AIR.

Nesse cenário, levando-se em conta o impacto financeiro e a evolução tecnológica esperados para o 5G, revela-se essencial que as alternativas regulatórias sejam devidamente quantificadas e qualificadas, com vistas a comprovar a proporcionalidade e a adequação das escolhas feitas, de modo a demonstrar a eficácia da administração.

Referências

- ADEODATO, João Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em direito. *Revista CEJ*, ano 3, v. 7, pp. 143-150, 1999. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/revcej/article/view/190>. Acesso em: 6 abr. 2020.
- ANATEL. Análise nº 132, Processo nº 53500.004083/2018-79. Brasília, DF, 22 de outubro de 2019.
- ANATEL. Resolução nº 612, de 19 de abril de 2013. Brasília, Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/450-resolucao-612>. Acesso em: 29 out. 2020.
- ANATEL. Resolução nº 617, de 19 de junho de 2013. Brasília. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/480-resolucao-617>. Acesso em: 29 out. 2020.
- ANATEL. Resolução nº 671, de 3 de novembro de 2016. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2016/911-resolu%C3%A7%C3%A3o-671>. Acesso em: 24 nov. 2020.
- ANATEL. Resolução nº 65, de 29 de outubro de 1998. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/13-1998/164-resolucao-65>. Acesso em: 24 nov. 2020.
- ANATEL. Resolução nº 703, de 1 de novembro de 2018. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2018/1178-resolucao-703#:~:text=Estabelece%20Limites%20M%C3%A1ximos%20de%20Quantidade%20de%20Espectro%20de%20Radiofrequ%C3%A4ncias.&text=19%20da%20Lei%20n%C2%BA%209.472,CONSIDERANDO%20os%20termos%20do%20art>. Acesso em: 24 nov. 2020.
- ANATEL. Resolução nº 695, de 20 de julho de 2018. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2018/1152-resolucao-695#:~:text=Aprova%20o%20Regulamento%20de%20Cobran%C3%A7a,Direito%20de%20Uso%20de%20Radiofrequ%C3%A4ncias>. Acesso em: 24 nov. 2020.
- ANATEL. Resolução nº 716, de 31 de outubro de 2019. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2019/1351-resolucao-716>. Acesso em: 24 nov. 2020.

- ANATEL. Resolução nº 548, de 8 de novembro de 2010. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2010/47-resolucao-548> Acesso em: 24 nov. 2020.
- ANATEL. Resolução nº 688, de 7 de novembro de 2017. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2017/954-resolucao-688> Acesso em: 24 nov. 2020.
- ANATEL. Resolução nº 721, de 11 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2020/1383-resolucao-721> Acesso em: 24 nov. 2020.
- ANATEL. Resolução nº 711, de 28 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2019/1285-resolucao-711> Acesso em: 24 nov. 2020.
- ANATEL. Portaria nº 927, de 5 de novembro de 2015. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/legislacao/portarias-normativas/2015/1015-portaria-927> Acesso em: 29 out. 2020.
- ANATEL. Manual de Boas Práticas Regulatórias. Agosto de 2018. Brasília, DF. Disponível em: https://www.anatel.gov.br/institucional/index.php?option=com_anexarlink&hash=de50d93e0c8e5cdc86274de5b3f5faae&name=MANUAL%20DE%20BOAS%20PRATICAS%20REGULAT%20C3%93RIAS.pdf Acesso em: 29 out. 2020.
- ANDRADE, José Maria Arruda de. *Interpretação da norma tributária*. São Paulo: MP Editora, 2006.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Análise de impacto regulatório AIR. *Revista de Direito Público da Economia* — RDPE, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, out./dez. 2010. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=70676>. Acesso em: 19 nov. 2020.
- BRASIL. Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020. Brasília. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.411-de-30-de-junho-de-2020-264424798> Acesso em: 29 out. 2020.
- BRASIL. Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13848.htm. Acesso em: 29 out. 2020.
- BRASIL. Decreto nº 6.062, de 16 de março de 2007. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6062.htm Acesso em: 29 out. 2020.
- BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm Acesso em: 29 out. 2020.
- BRASIL. Portaria nº 418, de 31 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-418-de-31-de-janeiro-de-2020-241105488> Acesso em: 29 out. 2020.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 109.
- CÂMARA, Jacintho Arruda. As autorizações da lei geral de telecomunicações e a teoria geral do direito administrativo. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações* — RDIT, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 55-68, jul.-dez. 2007.

- CARVALHO, Victor Aguiar de. A função regulatória da licitação como instrumento de promoção da concorrência e de outras finalidades públicas. *Fórum de Contratação e Gestão Pública* — FCGP, Belo Horizonte, ano 16, n. 186, p. 65-74, jun. 2017.
- CRESWELL, John. W. *Research design: qualitative & quantitative approaches*. Thousand Oaks: Sage, 1994.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2012.
- FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. *A&C — Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n. 37, p. 133-142, jul./set. 2009. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/301/136#> Acesso em: 28 de out. de 2020.
- GRABOSKY, Peter. Counterproductive Regulation. *23 International Journal of the Sociology of Law*, p. 347-369, 1995.
- GUBA, Egon G.; LINCOLN, Yvonna S. “Competing paradigms in qualitative research”. In: DENZIN, N. K.; LINCOLN, Y. S. *Handbook of Qualitative Research*, Thousand Oaks, CA: Sage, 1994.
- LADEGAARD, Peter Farup; Lundkvist, Petter; Kamkhaji, Jonathan Camillo. Giving Sisyphus a helping hand: pathways for sustainable RIA systems in developing countries (English). *Policy Research working paper*, WPS 8367. Washington, D.C.: World Bank Group. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/691961521463875777/Giving-Sisyphus-a-helping-handpathways-for-sustainable-RIA-systems-in-developing-countries>. Acesso em: 27 nov. 2020.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos, função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: instrumentos do fortalecimento do Estado*. Porto Alegre: Abar, 2003.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017.
- MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2016.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Agências reguladoras independentes, déficit democrático e a elaboração processual de normas. *Revista de Direito Público da Economia* — RDPE. Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 221-255, abr.-jun. 2003.
- OECD (2012). *Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance*, OECD Publishing. Paris. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264209022-en>. Acesso em: 27 nov. 2020
- OECD (2012). *Regulatory Impact Assessment*. OECD Publishing. Paris. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/7a9638cb-en>. Acesso em: 27 nov. 2020.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Governança e análise de impacto regulatório. *Revista de Direito Público da Economia* — RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, p. 173-203, out.-dez. 2011.

- SAMPAIO, Patrícia; GUERRA, Sérgio. Análise de impacto regulatório. *Revista Justiça & Cidadania*, v. 145, 2012.
- SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O dever de motivação na edição de atos normativos pela Administração Pública. *A&C — Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 55-73, jul.-set. 2011.
- SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Silêncio administrativo e renovação de autorizações de uso de radiofrequência: o caso MMDS. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações — RDIT*, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 9-24, jan.-jun. 2008.
- VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessoa. *Avaliação de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado*. 2010. 218 f. Dissertação (Mestrado) — Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- WORLD BANK GROUP. Global Indicators of Regulatory Governance: worldwide practices of regulatory impact assessments. Worldwide Practices of Regulatory Impact Assessments. Disponível em: <http://documents1.worldbank.org/curated/en/905611520284525814/Global-Indicators-of-Regulatory-Governance-Worldwide-Practices-of-Regulatory-Impact-Assessments.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020.
- ZAGO, Marina Fontão. *Poder de compra estatal como instrumento de políticas públicas*. Brasília: Enap, 2018.

Roberta Simões Nascimento

**O processo legislativo na
pandemia: comentários
sobre as mudanças nos ritos
para a aprovação das leis
pelo Congresso Nacional
durante a crise da Covid-19**

18

O processo legislativo na pandemia: comentários sobre as mudanças nos ritos para a aprovação das leis pelo Congresso Nacional durante a crise da Covid-19

*Roberta Simões Nascimento*⁶¹¹

Resumo

Este artigo examina as principais modificações implementadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal no processo legislativo em razão da pandemia da Covid-19. Para isso, são analisados os atos normativos internos editados pelas Casas do Congresso Nacional que estabeleceram regras para a aprovação de leis durante a pandemia e que, em diversos pontos, afastaram disposições constantes dos Regimentos Internos e da própria Constituição. Além disso, são consideradas as práticas parlamentares que se seguiram a tais atos das Casas Legislativas, algumas em descumprimento dos mesmos atos disciplinadores do rito legislativo excepcional durante a pandemia. O foco aqui empregado quanto à adaptação dos procedimentos legislativos e rotinas dos trabalhos tem ficado de fora da maioria dos textos sobre a atividade legislativa durante a pandemia, que se têm concentrado mais no conteúdo das medidas aprovadas para debelar a crise — em detrimento da forma. A análise tem o objetivo de fazer o levantamento dessas alterações no procedimento de aprovação das leis durante a pandemia e de oferecer reflexões iniciais sobre quais delas estão ou não justificadas pelas circunstâncias, bem como quais são passíveis de crítica e apresentam problemas relativos à noção de devido processo legislativo, com vistas à consolidação futura das boas práticas de um “processo legislativo das crises”.

Palavras-chave: Processo legislativo das crises. Deliberação legislativa de urgência. Câmara dos Deputados. Senado Federal. Pandemia. Covid-19.

611 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.

1. Introdução⁶¹²

À exceção da própria Constituição, as leis são as normas de máxima hierarquia no ordenamento jurídico. Idealmente dotadas de características de universalidade, generalidade, abstração e, teoricamente, consolidadoras da vontade geral, as leis em um Estado de Direito se impõem a todos, autoridades e particulares, justificando a renovada atenção que se dedica ao procedimento adotado para sua elaboração e aprovação pelos Parlamentos.

As regras básicas do processo legislativo estão previstas no próprio texto constitucional, e sua observância é condição de validade do produto legislativo, sobretudo as leis, tornando-se, assim, questão básica no Estado de Direito. No caso da Constituição de 1988, o artigo 59 estabelece que o processo legislativo compreende, além das leis, a elaboração de emendas à Constituição, de decretos legislativos, de resoluções e a aprovação das medidas provisórias editadas pelo presidente da República, ampliando a disciplina do processo legislativo.

No âmbito dos estudos institucionais, costuma-se discutir se a configuração do desenho do processo legislativo é adequada à concretização dos valores que deveriam estar plasmados nas leis, sobretudo quanto à expressão da vontade geral. Por essa perspectiva, tem-se que o *iter* da aprovação das leis deve apresentar determinados procedimentos mínimos, sem os quais não seria possível considerar um processo legislativo democrático. Naturalmente, tais requisitos ideais estão pensados para situações de normalidade e, até o momento, não existe uma teoria sobre como deveria ser o processo legislativo das crises, como, por exemplo, a acarretada por uma pandemia.

O advento crise sanitária da Covid-19 gerou, para o Poder Legislativo, a necessidade de redesenhar seu procedimento de deliberação quanto à aprovação das leis indispensáveis para contornar

612 Uma versão anterior deste trabalho foi apresentada no V Seminário de Integração FGV Direito Rio e Faculdade de Direito da UERJ — Transformações do Direito Administrativo: Direito Público e Regulação em tempos de pandemia, no dia 12 de novembro de 2020. Agradeço aos participantes do seminário pelo produtivo debate. Agradeço também, de forma especial, a Luiz Freire, pelos comentários à versão anterior deste trabalho.

as consequências do contexto excepcional. Neste sentido, a pandemia trouxe um duplo desafio ao Parlamento: em primeiro lugar, como garantir operabilidade às Casas Legislativas nesse contexto anômalo de distanciamento social sem precedentes; e, em segundo lugar, como conferir agilidade e à tramitação das matérias necessárias para debelar a crise. Isso, naturalmente, sem perder as exigências democráticas de participação e transparência no processo legislativo. Esses quatro elementos — operabilidade, agilidade, participação e transparência — devem ser mantidos no máximo grau de equilíbrio durante a crise.

Diversos textos analisando a atividade legislativa durante a pandemia, nacionais e internacionais, têm concentrado suas atenções no conteúdo das medidas aprovadas para conter a crise — a chamada legislação de emergência —, sem o foco aqui empregado quanto ao que foi necessário fazer em termos de adaptação dos procedimentos legislativos, sobretudo os constitucionalmente previstos, e das rotinas dos trabalhos para a deliberação e aprovação das leis. Sem menosprezar o que vem sendo a principal preocupação teórica, reputa-se que a questão dos ritos é um ponto que também merece atenção e justifica o presente trabalho.

Assim, dada a importância das regras constitucionais que disciplinam o processo legislativo, e tendo em vista a quantidade e o relevo das “alterações” nelas implementadas em razão da pandemia — sem que tenha sido expressamente aprovada qualquer emenda à Constituição autorizando o afastamento das formalidades procedimentais —, este estudo tem o objetivo de apresentá-las e examiná-las de forma crítica. Para compreendê-las, parte-se do exame dos atos normativos internos editados pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, bem como das práticas parlamentares que se seguiram, a partir do acompanhamento das matérias e tramitações publicadas no sítio eletrônico das Casas do Poder Legislativo.

Para isso, após esta introdução, passa-se imediatamente aos comentários sobre as modificações implementadas pelas Casas Legislativas quanto ao procedimento legislativo, sistematizando-as.

Abre-se uma seção para cada uma delas e, ao todo, foram listadas oito principais: 1) a virtualização das sessões legislativas; 2) a alteração na tramitação de medidas provisórias; 3) a separação das sessões conjuntas do Congresso Nacional; 4) a suspensão do trancamento da pauta deste último; 5) a monotematicidade e a urgência da pauta de votações; 6) a alteração do momento da contagem do quórum; 7) a (im)possibilidade de votação simbólica, e 8) a suspensão do funcionamento das comissões. Considerando que, em alguma medida, todas essas alterações vão contra os ritos adotados em tempos de normalidade (ou seja, em divergência com a Constituição e os Regimentos Internos), não se adotou qualquer critério de ordenação. Encerra-se o trabalho com conclusões, em que são retomados os principais pontos desenvolvidos ao longo do texto.

2. Virtualização das sessões legislativas

Naturalmente, a primeira modificação a ser comentada diz respeito à virtualização das deliberações legislativas. Tanto o Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD, Resolução nº 17/1989) como o Regimento Interno do Senado Federal (RISF, Resolução nº 93/1970) estabelecem a sede da Câmara dos Deputados e do Senado Federal no Palácio do Congresso Nacional, em Brasília, aí funcionando ambas as Casas Legislativas.

No artigo 1º, parágrafo único, de ambos os Regimentos, está prevista a possibilidade de funcionamento das Casas fora da sede, por motivo relevante ou força maior — o RISF ainda exemplifica as situações de guerra, comoção intestina, calamidade pública ou ocorrência que impossibilite a reunião naquele local. Nesses casos, a requerimento da maioria dos senadores, no caso do Senado, ou por deliberação da maioria absoluta dos deputados, no caso da Câmara, as reuniões podem ocorrer em outro edifício ou em outra localidade do território nacional.

Assim, dentro das situações de normalidade, as sessões do Poder Legislativo são e devem ser presenciais. Por mais que a presença física de um corpo legislativo acarrete dificuldades para a

organização dos trabalhos,⁶¹³ o comparecimento pessoal dos parlamentares para debater e votar a aprovação das leis é medida necessária para oportunizar maior qualidade dos debates, igualmente evitando a preponderância indevida de determinados segmentos ou interesses sobre outros em razão da distância geográfica. Busca-se um nivelamento, independentemente da localização original no território nacional.

Diante das recomendações de distanciamento social e dada a impossibilidade de manutenção das reuniões presenciais em segurança em razão da pandemia, as primeiras providências das Casas Legislativas consistiram na proibição de realização de eventos coletivos⁶¹⁴ nas dependências do Congresso Nacional e na implantação do Sistema de Deliberação Remota (SDR), operado pela plataforma de videoconferência Zoom,⁶¹⁵ de modo a permitir a realização das sessões deliberativas virtuais (com áudio e vídeo) em vez das tradicionais sessões presenciais nas dependências do Congresso Nacional.

Na Câmara dos Deputados, o SDR foi instituído pela Resolução nº 14/2020, e regulamentado pelo Ato da Mesa nº 123/2020. No Senado Federal, o SDR foi instituído pelo Ato da Comissão Diretora nº 7/2020, e a sistemática ainda foi complementada na Casa pela Instrução Normativa nº 14/2020, da Secretaria-Geral da Mesa, que disciplinou a apresentação de proposições (projetos de lei, emendas, pedidos de destaques etc.) e documentos legislativos

613 A organização dos trabalhos é o grande desafio dos regimentos internos dos Parlamentos. Na prática, tais regulamentos estabelecem as regras do jogo parlamentar, ao mesmo tempo que dão margem a diversas táticas parlamentares e comportamentos estratégicos. Sobre o tema, confira-se: BENTHAM, Jeremy. *Táticas parlamentarias*. Madrid: Congreso de los Diputados, 1991; SOARES, Fabiana de Menezes *et al.* (orgs). *Regimentos parlamentares do mundo: sistemas jurídicos e ação legislativa*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2018; e NASCIMENTO, Roberta Simões. *Quando calar é melhor que falar: treze táticas parlamentares para aprovação das leis*. (No prelo).

614 Nesse sentido, confira-se o Ato do Presidente do Senado Federal nº 2/2020. Editado logo no dia 12 de março de 2020, além de suspender eventos, o ato determinou que somente teriam acesso às dependências do Senado Federal congressistas, servidores, terceirizados, profissionais de veículos de imprensa, assessores de entidades e órgãos públicos, bem como demais pessoas aí listadas, desde que previamente credenciados. O ato está disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/presidencia/ato-coronavirus-2>. Acesso em: 29 out. 2020.

615 Softwares *Zoom Cloud Meetings* e *Zoom Rooms*, cujos direitos de *copyright* pertencem à empresa estadunidense Zoom Video Communications, Inc.

de forma remota (via e-mail institucional do próprio parlamentar ou de seu gabinete).

No que interessa ao presente ponto da virtualização, as principais preocupações quanto à implantação de um sistema como o SDR diriam respeito à documentação das participações dos parlamentares (o registro de suas palavras durante os debates) e à autenticação segura de suas manifestações de voto (garantida a integridade da votação).

Quanto à primeira, o SDR é de fácil acesso, funcionando em qualquer computador, *tablet* ou aparelho celular, exigindo-se apenas que haja uma câmara frontal e desobstruída integrada ao dispositivo de comunicação que permita captar a imagem do parlamentar e, naturalmente, o microfone em funcionamento, para que os parlamentares efetivamente tenham voz. Como o SDR permite a gravação na íntegra dos debates, os quais igualmente são transmitidos ao vivo pela TV Câmara e pela TV Senado, bem como pelos canais das Casas Legislativas no *YouTube*, a documentação das discussões durante o processo legislativo não restou prejudicada.

Ainda quanto à documentação, é interessante registrar a previsão do art. 10, *caput*, do Ato da Mesa nº 123/2020, da Câmara dos Deputados, a seguir transcrita:

Art. 10. Os diálogos realizados por meio do *chat* disponibilizado pela plataforma de videoconferência utilizada para transmitir o áudio e vídeo da sessão realizada por meio do SDR não integram a sessão e não farão parte das notas taquigráficas, destinando-se exclusivamente à divulgação de proposições recebidas durante a sessão e de informações acerca do andamento dos trabalhos, por parte da Presidência da Câmara dos Deputados e da Secretaria-Geral da Mesa.

Assim, corretamente, retirou-se o valor de material legislativo dessa comunicação informal via *chat* entre os parlamentares realizada pela plataforma do SDR nas sessões remotas. Cabe o paralelo com os diálogos reservados dos parlamentares entre si durante as sessões presenciais. Com efeito, qualquer reunião assemblear, pública

ou privada, contém comunicações ao “pé do ouvido” ou cochichos entre os participantes para ajustes e troca de impressões que, por óbvio, não integram a respectiva ata que documenta os trabalhos e as deliberações. Apenas o uso ostensivo e formal da palavra dirigida concomitantemente a todos os participantes é documentado.

Especificamente quanto à segurança do voto dos parlamentares, o sistema também ofereceu solução. Para garantir a autenticação, no momento da votação (ou seja, quando se abre “o painel”), é enviado um código alfanumérico de uso único para aquela votação determinada. Assim, o parlamentar acessa o sistema com seu código de identificação de três dígitos e senha pessoal (usados normalmente nas votações presenciais) e, na sequência, recebe o mencionado código alfanumérico para aquela específica votação em curso. Após votar, ato contínuo, o parlamentar recebe em seu dispositivo cadastrado uma mensagem confirmando o voto que proferiu a respeito daquela matéria.

No momento em que o parlamentar registra seu voto, o sistema capta a imagem do parlamentar, para fins de registro e eventual auditoria. Dessa maneira, garante-se a pessoalidade necessária do voto parlamentar, que é intransferível. Inclusive, a eventual disponibilização do dispositivo móvel utilizado para votação do parlamentar ou do código alfanumérico, por parte do parlamentar, a terceiro implicará a abertura de procedimento incompatível com o decoro parlamentar, nos termos do art. 55, inciso II, da Constituição.⁶¹⁶ Se essa indesejada disponibilização ocorrer, terá como resultado a anulação do voto junto ao SDR e a retificação do resultado da votação (art. 14 do Ato da Comissão Diretora nº 7/2020 do Senado Federal).

Ainda quanto ao SDR, importa chamar a atenção para a previsão normativa no sentido de que somente poderiam ser submetidas a essa sistemática as matérias de caráter urgente que não pudessem aguardar a normalização das sessões presenciais (art. 3º do Ato da Comissão Diretora nº 7/2020 do Senado Federal). De certa forma, a redação da norma foi ambígua: embora não tenha limitado

616 “Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: (...) II — cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar (...)”

de forma expressa o uso do SDR exclusivamente para proposições legislativas sobre a pandemia, usou uma expressão suficientemente ampla (matéria que “não possa aguardar a normalização”) para denotar “urgência”. Provavelmente, tratou-se de estratégia para garantir a própria aprovação do ato perante a Comissão Diretora.

Assim, embora o SDR devesse ser utilizado apenas para as proposições legislativas referentes à pandemia (essa, inclusive, foi a opinião de diversos parlamentares), a vagueza nos termos de sua regulamentação garantiu a autorização para a aprovação de diversas matérias sem qualquer urgência, relação com a pandemia nem pertinência com o necessário para debelar a crise dela decorrente.⁶¹⁷ Naturalmente, isso se deu acompanhado de manifestações de parlamentares que reclamaram do desvirtuamento do SDR.

617 Para conferir algumas das matérias sem relação com a pandemia, mas que, mesmo assim, tornaram-se leis via SDR, basta acessar o Portal da Legislação a cargo da página do Palácio do Planalto, disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/leis-ordinarias/2020-leis-ordinarias>. No portal, naturalmente, não constam as matérias que foram aprovadas em uma Casa Legislativa e remetidas à outra (e que continuam em tramitação, ainda sem terem sido aprovadas como lei), o que tornaria essa lista ainda maior. Assim, à guisa de exemplo, citem-se algumas leis que não guardam qualquer relação com a pandemia: 1) Lei nº 14.075, de 22 de outubro de 2020, que dispõe sobre a conta do tipo poupança social digital (fruto da conversão da MP nº 982/2020); 2) Lei nº 14.074, de 14 de outubro de 2020, que cria o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações e o Ministério das Comunicações (fruto da conversão da MP nº 980/2020); 3) Lei nº 14.071, de 13 de outubro de 2020, que altera o Código de Trânsito Brasileiro; 4) Lei nº 14.070, de 13 de outubro de 2020, que estabelece que as carteiras de identidade funcional de policial legislativo emitidas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal constituem prova de identidade e têm validade, para todos os fins de direito, em todo o território nacional; 5) Lei nº 14.069, de 1º de outubro de 2020, que cria o Cadastro Nacional de Pessoas Condenadas por Crime de Estupro; 6) Lei nº 14.064, de 29 de setembro de 2020, que altera a lei dos crimes ambientais (Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998) para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato; 7) Lei nº 14.062, de 23 de setembro de 2020, que institui o Dia Nacional da Pessoa com Atrofia Muscular Espinhal (AME); 8) Lei nº 14.059, de 22 de setembro de 2020, que aumenta a remuneração de carreiras policiais e de bombeiros do Distrito Federal; 9) Lei nº 14.053, de 8 de setembro de 2020, que inclui as bacias hidrográficas indicadas na área de atuação da Companhia de Desenvolvimento do Vale do São Francisco (Codevasf); 10) Lei nº 14.038, de 17 de agosto de 2020, que dispõe sobre a regulamentação da profissão de Historiador; 11) Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020, que atualiza o marco legal do saneamento básico; 12) Lei nº 14.016, de 23 de junho de 2020, que dispõe sobre o combate ao desperdício de alimentos e a doação de excedentes de alimentos para o consumo humano; 13) Lei nº 14.012, de 10 de junho de 2020, que denomina Rodovia Padre Cícero Romão Batista o trecho da rodovia BR-116 compreendido entre o Município de Pacajus, no Estado do Ceará, e a divisa do Estado do Ceará com o Estado de Pernambuco; 14) Lei nº 14.009, de 3 de junho de 2020, que dispõe sobre a acessibilidade para pessoas com deficiência nas salas de cinema; 15) Lei nº 14.004, de 26 de maio de 2020, que altera a Lei nº 6.634, de 2 de maio de 1979, que dispõe sobre a Faixa de Fronteira, e a Lei nº 10.304, de 5 de novembro de 2001, que transfere ao domínio dos Estados de Roraima e do Amapá terras pertencentes à União; 16) Lei nº 14.003, de 26 de maio de 2020, que cria funções de confiança destinadas à Polícia Federal e extingue cargos em comissão; 17) Lei nº 14.000, de 19 de maio de 2020, que dispõe sobre a elaboração do Plano de Mobilidade Urbana pelos Municípios; e 18) Lei nº 13.991, de 17 de abril de 2020, que inscreve o nome de Osvaldo Euclides de Sousa Aranha no Livro dos Heróis e Heroínas da Pátria.

Mesmo assim, é possível dizer que a virtualização da deliberação legislativa, inclusive considerando o possível desvio de finalidade do SDR, é um cenário melhor do que a marginalização dos Parlamentos ou, pior, seu simples fechamento como sucedeu, em um primeiro momento, em vários países (como, por exemplo, Canadá, China, Colômbia, África do Sul, República Tcheca e Suíça).⁶¹⁸ Em tempos de crise, quando naturalmente existe a tendência de predominância do Poder Executivo no processo de elaboração legislativa,⁶¹⁹, ⁶²⁰ de fato, a debilitação temporária do Poder Legislativo poderia acabar abrindo uma brecha indesejada para o *bypass* das legislaturas e algumas práticas não majoritárias poderiam tornar-se permanentes.⁶²¹

Justamente por essa razão — ou seja, a necessidade de leituras menos estritas das exigências que poderiam ser feitas em tempos de normalidade —,⁶²² deve ser afastada a inconstitucionalidade do uso do SDR para a aprovação de emendas à Constituição, sustentada pela simples falta de previsão específica nesse sentido nos próprios atos internos. É verdade que, quando o SDR foi concebido, não se imaginou que seria necessário utilizá-lo para a reforma constitucional: tinha-se em mente o emprego do SDR apenas para atos infraconstitucionais. No entanto, como argumentado com mais detalhes em outra oportunidade,⁶²³ não seria possível suprimir competências

618 É possível ter um panorama dos Parlamentos, quanto à atividade durante a pandemia, em: WAISMEL-MANOR, Israel *et al.* COVID-19 and Legislative Activity: A Cross-National Study. *Bar Ilan University Faculty of Law Research Paper* n. 20-12, jul. 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3641824>. Acesso em: 2 set. 2020.

619 Discutindo esses aspectos, confira-se: GRIGLIO, Elena. Parliamentary oversight under the Covid-19 emergency: striving against executive dominance. *The Theory and Practice of Legislation*, v. 8, n. 1-2, 2020, p. 49-70.

620 FOURMONT, Alexis; RIDARD Basile. "Parliamentary oversight in the health crisis", *European issues*, n. 558, 2020; UHLMANN, Felix. "Concentration of Powers in the Federal Executive: The Application of Emergency Powers in Switzerland". *Verfassungsblog*, 30 abr. 2020; MURPHY, Jonathan. "Parliaments and Crisis: Challenges and Innovations", *Parliamentary Primer* nº 1, 2020. Disponível em: <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/parliaments-and-crisis-challenges-and-innovations.pdf>. Acesso em: 29 out. 2020.

621 BAYER, Lili. "13 countries 'deeply concerned' over rule of law", *Político*, 1ª de abril de 2020. Disponível em: <https://www.politico.eu/article/viktor-orban-hungary-13-countries-deeply-concerned-over-rule-of-law/>. Acesso em: 29 out. 2020.

622 BENEDETTO, Maria De. "Regulating in Times of Tragic Choices", *The Regulatory Review*, 06 maio de 2020.

623 NASCIMENTO, Roberta Simões. "É possível emendar a Constituição via deliberação remota durante a calamidade pública?", *Jota*, 29/04/2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/e-possivel-emendar-a-constituicao-via-deliberacao-remota-durante-a-calamidade-publica-29042020>. Acesso em: 29 out. 2020.

legislativas constitucionalmente previstas — como a do art. 60 da Constituição, que autoriza o Poder Legislativo a reformar a Constituição — somente por conta da virtualização da deliberação.

Inclusive, passada a pandemia, o SDR tem grandes chances de se tornar definitivo, incorporando-se paralelamente à deliberação presencial.⁶²⁴ Caso seu uso venha a ser autorizado em caráter excepcional, não se vislumbram problemas. Do contrário, a decisão seria criticável, na medida em que as ferramentas tecnológicas da videoconferência acarretam perdas indiscutíveis em termos de captação de elementos não verbais dos debates parlamentares, como interjeições de apoio, indignação, aplausos, risadas, vaiais, brincadeiras, a linguagem corporal, os gestos, roupas etc., elementos que vêm impactando menos no “Parlamento virtual”.⁶²⁵ Além desses efeitos retóricos, nota-se também menos fluidez dos debates parlamentares (inclusive, é possível a gravação prévia de pronunciamentos que simplesmente vão ao ar no momento das sessões),⁶²⁶ menos intensidade das falas (ou seja, menos “paixão”, pois quase não há alterações) e pelo SDR não é possível verificar o nível de atenção dos demais participantes.

Como dito há pouco, não foi necessária a aprovação de uma emenda à Constituição para a instituição do SDR no Brasil, diferentemente do que ocorreu no Chile, por exemplo, que teve de mudar sua Constituição para autorizar o uso das ferramentas virtuais, tendo limitado a virtualização pelo prazo de apenas um ano.⁶²⁷ Ainda assim, o fato é que essa nova forma de deliberação virtual representou uma das maiores mudanças no desenho do processo legislativo.

624 BAPTISTA, Rodrigo. “Relator da reforma do regimento defende votações remotas para o pós-pandemia”, *Senado notícias*, 27 de outubro de 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/10/27/relator-da-reforma-do-regimento-defende-votacoes-remotas-para-o-pos-pandemia>. Acesso em: 27 out. 2020.

625 ROZENBERG, Olivier. “Post-Pandemic Legislatures: Is real democracy possible with virtual parliaments?”, *European Liberal Forum*, Discussion Paper n. 2, jul. 2020. Disponível em: https://www.liberalforum.eu/wp-content/uploads/2020/07/ELF_DiscussionPaper_2_Post-PandemicLegislatures.pdf. Acesso em: 29 out. 2020.

626 “Senado tem novas regras para as sessões deliberativas virtuais”, *Senado Notícias*, 30 de março de 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/03/30/senado-tem-novas-regras-para-as-sessoes-deliberativas-virtuais>. Acesso em: 29 out. 2020.

627 MURPHY, Jonathan. “Parliaments and Crisis: Challenges and Innovations”, *Parliamentary Primer* nº 1, 2020, p. 51-52.

Além de autorizar a discussão e a votação de matérias de forma remota, os mencionados atos normativos internos — o Ato da Mesa nº 123/2020, da Câmara dos Deputados, e o Ato da Comissão Diretora nº 7/2020, do Senado Federal — igualmente estabeleceram mais adaptações no rito de aprovação das leis, que serão compreendidas nas seções seguintes deste trabalho.

3. Alteração da tramitação de medidas provisórias

A segunda modificação mais importante no processo legislativo durante a pandemia foi aquela realizada quanto à sistemática de aprovação das medidas provisórias pelo Congresso Nacional, nos termos do Ato Conjunto das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal nº 1/2020, que se passa a comentar.

De modo excepcional, enquanto durar a pandemia, o art. 2º, parágrafo único, do referido ato conjunto autorizou a supressão da comissão mista de deputados e senadores, prevista no art. 62, § 9º, da Constituição,⁶²⁸ encarregada de emitir parecer em juízo prévio à deliberação do plenário da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, sobre o atendimento dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência, e também o mérito e a adequação das normas orçamentárias.⁶²⁹

Convém recordar que a referida comissão mista foi constitucionalizada a partir de Emenda Constitucional (EC nº 32/2001), mas sua existência já figurava no plano infraconstitucional desde a Resolução nº 1/1989, do Congresso Nacional, que dispunha sobre a apreciação das medidas provisórias no Congresso Nacional, e revogada pela Resolução nº 1/2002, que atualmente disciplina a matéria, norma que também manteve a comissão mista.

628 “Art. 62. (...) § 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional. (Incluído pela EC nº 32/2001).”

629 Como será visto mais adiante, as demais comissões nas Casas do Congresso Nacional também foram suspensas. Para uma análise global das consequências da paralisação desses colegiados, confira-se: NASCIMENTO, Roberta Simões. “Que falta fazem as comissões no Poder Legislativo?”, *Jota*, 25 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/defensor-legis/que-falta-fazem-as-comissoes-no-poder-legislativo-25112020>. Acesso em: 15 nov. 2020.

A despeito disso, desde sempre a prática parlamentar gerou o costume de não designar seus membros, nem instituir a referida comissão mista.⁶³⁰ Sequer sua inserção no texto constitucional foi suficiente para impedir que a previsão normativa se tornasse letra morta.⁶³¹ Como das Resoluções do Congresso Nacional constava a previsão de que, esgotado o prazo da comissão mista sem a apresentação do parecer, seria designado relator para proferir o parecer em plenário, em substituição à comissão,⁶³² assim tradicionalmente era feito.

No entanto, em 2012, por ocasião do julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 4.029),⁶³³ o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que a não emissão do parecer pela referida comissão mista acarreta inconstitucionalidade. Entendeu-se que a previsão desses colegiados assegura uma reflexão mais detida sobre

630 A rigor, o presidente do Congresso Nacional teria até 48 horas da publicação da medida provisória para designar a comissão mista, formada por 12 deputados federais e 12 senadores federais na qualidade de titulares e igual número de suplentes.

631 Embora sempre difícil justificar qualquer tipo de costume *contra constitutionem*, uma possível explicação para essa prática parlamentar diz respeito ao baixo interesse de determinados parlamentares pela política realizada no âmbito desses colegiados, já que os acordos aí celebrados nem sempre valem para o plenário, que tem primazia no processo decisório. Portanto, considerando que o tempo dos parlamentares é escasso, o comportamento "racional" seria concentrar esforços em outras atividades legislativas capazes de oferecer maiores retornos concretos.

632 A Resolução nº 1/2002, do Congresso Nacional, assim dispunha em sua redação original:

"Art. 5ª A Comissão terá o prazo improrrogável de 14 (quatorze) dias, contado da publicação da Medida Provisória no Diário Oficial da União para emitir parecer único, manifestando-se sobre a matéria, em itens separados, quanto aos aspectos constitucional, inclusive sobre os pressupostos de relevância e urgência, de mérito, de adequação financeira e orçamentária e sobre o cumprimento da exigência prevista no § 1º do art. 2º.

Art. 6ª A Câmara dos Deputados fará publicar em avulsos e no Diário da Câmara dos Deputados o parecer da Comissão Mista e, a seguir, dispensado o interstício de publicação, a Medida Provisória será examinada por aquela Casa, que, para concluir os seus trabalhos, terá até o 28ª (vigésimo oitavo) dia de vigência da Medida Provisória, contado da sua publicação no Diário Oficial da União.

§ 1º Esgotado o prazo previsto no caput do art. 5ª, o processo será encaminhado à Câmara dos Deputados, que passará a examinar a Medida Provisória.

§ 2º Na hipótese do § 1º, a Comissão Mista, se for o caso, proferirá, pelo Relator ou Relator Revisor designados, o parecer no Plenário da Câmara dos Deputados, podendo estes, se necessário, solicitar para isso prazo até a sessão ordinária seguinte.

Na Resolução nº 1/1989, do Congresso Nacional, já revogada, a previsão constava do seguinte dispositivo:

Art. 8ª Esgotado o prazo da Comissão sem a apresentação do parecer, tanto com referência à admissibilidade da Medida, quanto à sua constitucionalidade e mérito, será designado, pelo Presidente do Congresso Nacional, relator que proferirá parecer em Plenário, no prazo máximo de vinte e quatro horas."

633 ADI nº 4029, Rel. Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, j. em 08/03/2012, publicado em 27/06/2012.

o ato normativo emanado pelo presidente da República, “evitando que a apreciação pelo Plenário seja feita de maneira inopinada”.

Dessa forma, o STF entendeu que contrariavam a Constituição as previsões da Resolução nº 1/2002, do Congresso Nacional, que permitiam, ao fim do prazo estabelecido e em não sendo proferido o parecer pela comissão mista, o encaminhamento para a deliberação da Câmara dos Deputados, bem como a substituição da manifestação da comissão mista por parecer proferido pelo relator em plenário.⁶³⁴

Apoiando-se na doutrina, sobretudo na lição de Juliana Carla de Freitas do Valle,⁶³⁵ José Levi Mello do Amaral Júnior,⁶³⁶ e Clèmerson Merlin Clève,⁶³⁷ o STF justificou que a apreciação da comissão mista é exigência constitucional e, com seu esvaziamento, cria-se um “verdadeiro ‘império’ do relator”, que deteria amplos poderes sobre o texto levado a plenário. Portanto, a decisão na ADI nº 4.029 tinha como uma de suas preocupações pôr fim a essa situação considerada inconstitucional.⁶³⁸

Com isso, vê-se a importância da previsão do Ato Conjunto nº 1/2020, que reativou a emissão do parecer em substituição à comissão mista por parlamentar de cada uma das Casas Legislativas, designado conforme os respectivos regimentos internos. Na prática, trata-se do parecer em plenário já declarado inconstitucional pelo STF. Nesse ponto, pairam dúvidas sobre se circunstâncias

634 Assim, os dispositivos transcritos na nota de rodapé anterior foram declarados inconstitucionais.

635 VALLE, Juliana Carla de Freitas do. *Medidas Provisórias: o procedimento legislativo e seus efeitos jurídicos*. Brasília: FDK, 2004.

636 AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória e a sua conversão em lei: a Emenda Constitucional nº 32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: RT, 2004.

637 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas provisórias*. 3 ed. São Paulo: RT, 2010.

638 Vale registrar, no entanto, as dúvidas quanto a se o STF tinha verdadeiro conhecimento das práticas parlamentares. Isso porque a decisão, em um primeiro momento, implicaria a declaração de inconstitucionalidade de mais de quinhentas leis oriundas de processos de conversão semelhantes, em que não havia sido formada a comissão mista. Somente quando a Advocacia-Geral da União (AGU) trouxe esse elemento fático, a Corte deu-se conta da magnitude do costume parlamentar e cuidou de modular os efeitos da decisão, por razões de segurança jurídica. O fato de “ter voltado atrás” revela a pouca familiaridade do STF com o dia a dia legislativo. Para mais detalhes, confira-se: “Supremo decide que MPs precisam passar por comissão mista só a partir de agora”, *Senado notícias*, 08 de março de 2012. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2012/03/08/supremo-volta-atras-e-decide-que-mps-precisam-passar-por-comissao-mista-so-a-partir-de-agora>. Acesso em: 29 out. 2020.

excepcionais justificariam tal providência: em primeiro lugar, pela declaração de inconstitucionalidade do STF; em segundo lugar, porque o SDR viabilizaria a reunião da comissão mista, ou seja, não haveria óbice de ordem tecnológica para isso.

No entanto, ao que parece, as Casas Legislativas, por assim dizer, “aproveitaram” essa oportunidade da pandemia para institucionalizar algumas preferências parlamentares. No caso das comissões mistas, a obrigação de criar os colegiados determinada pela ADI nº 4.029 sempre foi objeto de críticas no meio parlamentar. Em geral, o que se argumenta é que, em muitos casos, os projetos de lei de conversão das medidas provisórias ficam parados nas comissões mistas, simplesmente consumindo tempo da tramitação sem acréscimos efetivos ao debate. Como os acordos fechados dentro das comissões mistas não necessariamente valem para o plenário, existe essa percepção de que a atuação desses colegiados é meramente procrastinatória e ineficiente. Disso, decorre a satisfação no meio legislativo com essa providência de suspender as comissões mistas, prevista no art. 62, § 9º, da Constituição.

O Ato Conjunto nº 1/2020 ainda reduziu drasticamente os prazos de tramitação das medidas provisórias. Pelo seu art. 3º, o prazo para apresentação de emendas é de apenas dois dias úteis contados da publicação da medida provisória no *Diário Oficial da União* (DOU). Pela Resolução nº 1/2002, do Congresso Nacional, esse prazo é de seis dias.

Após tal prazo de dois dias úteis para emendas, a matéria é imediatamente encaminhada (no caso, virtualmente) à Câmara dos Deputados, que terá até o nono dia de vigência da medida provisória, também contado a partir da sua publicação no DOU, para concluir sua deliberação sobre o texto. Recorde-se que, pela Resolução nº 1/2002, do Congresso Nacional, esse prazo iria até o 42º dia de vigência da medida provisória. Isso, considerando o prazo de sessenta dias do art. 62, § 3º, da Constituição. No entanto, a grande verdade é que nenhuma medida provisória é aprovada dentro desse prazo, e, como a prorrogação é automática, na prática o prazo acaba sendo mesmo de 120 dias.

Além de os prazos regimentais dificilmente serem respeitados, em pouco menos da totalidade dos casos, o prazo de tramitação das medidas provisórias é consumido quase integralmente na própria Câmara dos Deputados. Por vezes, matérias chegaram ao Senado Federal faltando pouco mais de 24 horas para o decurso do prazo constitucional de 120 dias, determinado no art. 62, § 7º, da Constituição.⁶³⁹ De fato, diversos prazos do processo legislativo não são peremptórios, ou seja, são impróprios (seu descumprimento não acarreta irregularidades), ainda mais quando não contam com qualquer previsão constitucional.

Por seu turno, pelo Ato Conjunto nº 1/2020, o Senado Federal tem somente até o 14º dia de vigência da medida provisória para apreciá-la e, caso faça modificações na medida provisória, a Câmara tem o prazo de dois dias úteis para deliberar se aceita ou rejeita tais modificações. Já na Resolução nº 1/2002, do Congresso Nacional, art. 7º, *caput*, o Senado Federal teria até o 42º dia de vigência da medida provisória para apreciá-la, ao passo que a Câmara dos Deputados tem até três dias para apreciar as modificações eventualmente feitas pelo Senado Federal (art. 7º, § 4º). No entanto, como já se disse, tais prazos dificilmente são obedecidos.

No caso dos prazos estabelecidos no Ato Conjunto nº 1/2020, isso não seria diferente. Se seus prazos fossem cumpridos na prática, a tramitação das medidas provisórias durante a pandemia duraria menos de vinte dias. No entanto, além de não terem sido satisfeitos em diversas ocasiões, o descumprimento dos novos prazos regimentais jamais poderia implicar alterações quanto à disciplina constitucionalmente prevista. Assim, somente o decurso dos 120 dias previstos na Constituição (e não o desrespeito aos prazos regimentais) poderia acarretar (como de fato acarretou) a perda de vigência das medidas provisórias.⁶⁴⁰

639 “Art. 62. (...) § 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional. (Incluído pela EC nº 32, de 2001).”

640 Isso aconteceu com as seguintes medidas provisórias de 2020: 1) MP nº 984; 2) MP nº 981 3) MP nº 978; 4) MP nº 973; 5) MP nº 972; 6) MP nº 970; 7) MP nº 968; 8) MP nº 966; 9) MP nº 965; 10) MP nº 964; 11) MP nº 958; 12) MP nº 957; 13) MP nº 956; 14) MP nº 955; 15) MP nº 954; 16) MP nº 953; 17) MP nº 952; 18) MP nº 951; 19) MP nº 950; 20) MP nº 949; 21) MP nº 947; 22)

Nesse contexto, pergunta-se: por que, então, a fixação de prazos tão exíguos? Pareceria uma autocontradição do Poder Legislativo. No entanto, a explicação pode estar relacionada ao ajuizamento de duas ações judiciais determinantes para o desenho do ato conjunto em comento: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 661) pelo Partido Progressistas (PP) e a ADPF nº 663, por parte do presidente da República logo no início da pandemia, nos dias 23 e 24 de março de 2020, respectivamente.

Na primeira ação,⁶⁴¹ o PP pretendia assegurar a continuidade dos trabalhos legislativos durante a pandemia, para o que pleiteou a concessão de medida cautelar com vistas a sustar o prazo de medidas provisórias que não versassem sobre providências quanto à contenção e ao controle da crise acarretada pela pandemia de Covid-19, e cujos debates não fossem indispensáveis à manutenção da ordem constitucional, da sociedade e da economia. Subsidiariamente, ainda pugnou pela autorização de reedição das medidas provisórias (hoje proibida pelo art. 62, § 10, da Constituição).⁶⁴² Já na ação de autoria do presidente,⁶⁴³ pleiteou-se a concessão de medida cautelar com vistas à prorrogação dos prazos de validade das medidas provisórias, em razão da pandemia de Covid-19.

Naquele momento, ainda havia o receio de que o Congresso Nacional fosse suspender suas atividades e, ainda que isso não acontecesse, considerando o elevado número de parlamentares pertencentes ao grupo de risco, temia-se que as eventuais ausências justificadas não permitissem o alcance de quórum para a votação das medidas provisórias. Ou seja, desejava-se evitar a caducidade de medidas provisórias por falta de apreciação ou a rejeição delas pelo Poder Legislativo, pelas razões de força maior acarretadas pela crise.

MP nº 946; 23) MP nº 943; 24) MP nº 940; 25) MP nº 939; 26) MP nº 937; 27) MP nº 935; 28) MP nº 933; 29) MP nº 929; 30) MP nº 928; 31) MP nº 927; 32) MP nº 922; 33) MP nº 921.

641 A petição inicial da ADPF n. 661 pode ser consultada em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752325507&prclID=5880710#>. Acesso em: 29 out. 2020.

642 “Art. 62. (...) § 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo. (Incluído pela EC nº 32, de 2001).”

643 A petição inicial ADPF nº 663 pode ser consultada em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752327447&prclID=5881118#>. Acesso em: 29 out. 2020.

Isso, por mais que, àquela altura, já tivessem sido editados os atos normativos instituindo a continuidade das deliberações legislativas, ainda que de forma virtual, via SDR — a Resolução nº 14/2020, da Câmara dos Deputados, e o Ato da Comissão Diretora nº 7/2020, do Senado Federal, foram publicados ambos no dia 17 de março de 2020. Ferramenta tecnológica já explicada na seção anterior, o SDR permitiu que o Poder Legislativo continuasse cumprindo suas atribuições constitucionais e, a rigor, não justificaria tamanho receio por parte dos autores das mencionadas ADPFs.

Ainda assim, considerando o fundado temor de uma decisão do STF, as Casas Legislativas consideraram necessário elaborar uma minuta de ato normativo propondo a tramitação sumária das medidas provisórias, e tal proposta foi submetida à análise do ministro Alexandre de Moraes, relator das referidas ADPFs.

Sob a forma de uma medida cautelar contraposta assinada em conjunto pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, pediu-se a autorização para a imediata aplicação do procedimento consubstanciado no ato conjunto durante o estado de calamidade pública decorrente da Covid-19. Nesse documento,⁶⁴⁴ as Mesas consignaram o entendimento de que a suspensão do prazo de tramitação de medidas provisórias seria (como, de fato, é) flagrantemente inconstitucional, por violação ao princípio da separação dos poderes, subtraindo do Poder Legislativo a competência para controle desses atos normativos editados pelo Poder Executivo.

À época, tal providência das Mesas rendeu críticas, ao argumento de que não se poderia converter o STF em órgão de consultoria jurídica encarregado de chancelar atos normativos *interna corporis* do Poder Legislativo.⁶⁴⁵ A rigor, não foi solicitada uma declaração de constitucionalidade preventiva da minuta do ato conjunto, não

644 A peça das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal pode ser consultada em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752354939&prcID=5881118#>. Acesso em: 29 out. 2020.

645 Nesse sentido, por exemplo: MELO, Teresa. Medidas Provisórias e estratégias anti-democráticas em tempos de Covid-19. *Jota*, 14 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/medidas-provisorias-e-estrategias-anti-democraticas-em-tempos-de-covid-19-14042020>. Acesso em: 29 out. 2020..

foi esse o pedido das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, e por nada escrito na petição seria possível extrair a pretensão de atribuir uma função consultiva ao STF. Simplesmente solicitou-se uma autorização para a adoção de um rito sumário, pois essa alternativa representaria, ao mesmo tempo, o maior respeito aos Poderes Executivo e Legislativo e a menor interferência na ordem constitucional, igualmente protegendo os preceitos fundamentais que se queriam ver tutelados com as ADPFs.

Ao que parece, no entanto, os atores envolvidos consideraram prudente construir uma alternativa em conjunto que, igualmente, já conferisse segurança jurídica, prevenindo a judicialização quanto às regras do processo legislativo excepcional e ao seu produto: as leis e os atos normativos aprovados via SDR. A providência também pode ser considerada um compromisso público do Poder Legislativo de atuar de forma diligente e responsável para conter a crise acarretada pela pandemia.

Foi dessa maneira, portanto, que se desenhou o Ato Conjunto das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal nº 1/2020, em menos de 24 horas, tendo recebido o beneplácito monocrático do relator, cuja decisão também foi referendada pelo plenário. Na fundamentação da decisão do ministro Alexandre de Moraes, chamou a atenção a falta de menção do entendimento do STF na já comentada ADI nº 4.029 para justificar seu afastamento *in concreto* nas ADPFs nº 661 e nº 663. O relator simplesmente consignou:

Me parece, razoável, em tempos de estado de emergência decretado em face de grave pandemia, a possibilidade do Congresso Nacional, temporariamente, estabelecer a apresentação de parecer sobre as medidas provisórias diretamente em Plenário, por parlamentar designado na forma regimental, em virtude da impossibilidade momentânea de atuação da comissão mista.

Essa previsão regimental excepcional possibilitará, em sua plenitude e com eficiência, a análise congressional das medidas provisórias editadas pelo Presidente da

República, respeitando a competência do chefe do Executivo para sua edição e do Congresso Nacional para sua análise e deliberação e, dessa forma, concretizando a harmonia estabelecida constitucionalmente no artigo 2º do texto constitucional.⁶⁴⁶

Nesse ponto, a decisão se mostra frágil, na medida em que se limitou a usar as razões do contexto de pandemia para permitir a supressão da comissão mista, sem haver avançado na questão tecnológica: a rigor, as ferramentas do SDR também viabilizariam a reunião desse colegiado, cujo funcionamento poderia ter sido previsto em prazo abreviado, como o restante da tramitação já analisada nesta seção. Além disso, o fato de a decisão não ter feito referência ao entendimento na ADI nº 4.029 revela a má técnica empregada e endossa a crítica de que o STF tem dificuldades de lidar com suas próprias decisões passadas, dando pouco valor aos precedentes horizontais.

Ainda assim, convém registrar que a decisão em comento não implica a revogação (*overruling*) do entendimento da ADI nº 4.029, tanto porque as circunstâncias fáticas dos dois casos são diversas como pela diferença das razões de decidir (*ratio decidendi*) dos dois julgamentos. Assim como outras decisões tomadas pelo tribunal durante a pandemia, a tendência é que o entendimento adotado nas ADPFs nº 661 e nº 663 não valha para quando já tenha passado a excepcionalidade, pois os casos e o contexto são muito singulares. Assim, pode-se concluir que o STF, ainda que implicitamente, adotou a técnica da distinção (*distinguishing*).

Do ponto de vista estritamente jurídico, a abreviação dos prazos não bem é um problema, na medida em que sempre existiu a possibilidade de os atos serem praticados antes do fim dos lapsos temporais fixados (embora isso não fosse do interesse dos parlamentares, já que o tempo é um fator de barganha política, sobretudo quanto ao rito das medidas provisórias, em que esse constrangimento é maior, pela iminente perda de eficácia). Entretanto, sob a ótica

646 ADPFs nº 661 e nº 663 MC, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAIS, decisão monocrática de 27/03/2020, publicada em 30/03/2020.

democrática, um rito mais acelerado tende a dificultar a participação dos cidadãos, o que pode ser especialmente problemático na construção de determinadas leis. A mesma consideração vale para a supressão da comissão mista. Nesse sentido, então, quanto mais acelerado for um rito, maiores serão as perdas democráticas (menor tende a ser a participação), tirando do equilíbrio desejado os quatro elementos — operabilidade, agilidade, participação e transparência — aqui usados como referências de avaliação do processo legislativo da pandemia.

4. Separação das sessões conjuntas do Congresso Nacional

Sem dúvida, a terceira modificação mais notável no processo legislativo acarretada pela pandemia foi a divisão das sessões conjuntas do Congresso Nacional. Essa alteração foi adotada com base no art. 2º do Ato Conjunto das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal nº 2/2020,⁶⁴⁷ ao argumento de impossibilidade técnica de integração das ferramentas do SDR da Câmara dos Deputados e do Senado Federal: foi dito que os sistemas de autenticação são incompatíveis entre si, tornando inviável a contagem em separado dos votos entre deputados e senadores, como determina o art. 43, § 2º, do Regimento Comum do Congresso Nacional (RCCN).⁶⁴⁸

A separação das sessões conjuntas do Congresso Nacional claramente altera o desenho constitucional do processo legislativo das matérias orçamentárias, cuja importância é sobeja no contexto de crise acarretado pela pandemia. De acordo com a Constituição, art. 48, inciso II, é competência do Congresso Nacional (ou seja,

647 “Art. 2º Os projetos de lei do Congresso Nacional serão deliberados em sessão remota da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, separadamente, nos termos que lhe forem aplicáveis do Ato Conjunto das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal nº 1, de 2020.

Parágrafo único. As sessões previstas no caput serão presididas pelo Presidente do Congresso Nacional ou seu substituto regimental.”

648 “Art. 43. Nas deliberações, os votos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal serão sempre computados separadamente.

§ 1º O voto contrário de uma das Casas importará a rejeição da matéria.

§ 2º A votação começará pela Câmara dos Deputados. Tratando-se, porém, de projeto de lei vetado de iniciativa de Senadores, a votação começará pelo Senado.”

com as duas Casas reunidas ao mesmo tempo, em sessão conjunta), a aprovação do plano plurianual, de diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado. É o que determina também o art. 166, *caput*, da Constituição.⁶⁴⁹

Como comentado em outra oportunidade,⁶⁵⁰ essa alteração do formato das sessões também altera a dinâmica da deliberação quanto aos vetos do presidente da República, gerando um desequilíbrio das Casas Legislativas entre si e perante o Poder Executivo, pois acarreta um fracionamento da decisão em dois momentos, ainda que subsequentes, de modo que a segunda Casa vota já sabendo o resultado da votação da primeira Casa. Assim, a flexibilização do caráter síncrono das reuniões do Congresso Nacional afeta a relação com o Poder Executivo, tocando em dois assuntos caros: as leis orçamentárias e a apreciação dos vetos presidenciais.

Por outro lado, diz-se que a alteração oportunizou que a aprovação dos projetos de leis orçamentárias se desse de forma mais rápida, pois as sessões conjuntas agora estariam transcorrendo sem as tradicionais táticas parlamentares obstrucionistas⁶⁵¹ que retardam a apreciação das matérias. No entanto, a ausência ou diminuição das obstruções também poderia ser fruto de um comportamento mais responsável por parte dos congressistas, em razão do contexto de crise, sem guardar necessária relação com o fato de que as sessões estão ocorrendo de forma separada.

Seja como for, pelo menos, pode-se dizer que essa alteração não afetou sobremaneira o funcionamento do Congresso Nacional em suas duas principais competências legislativas de aprovação de leis orçamentárias e apreciação dos vetos presidenciais. Especificamente

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

650 NASCIMENTO, Roberta Simões. Para onde foi o bicameralismo no Congresso Nacional?. *Jota*, 02 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/defensor-legis/para-onde-foi-o-bicameralismo-no-congresso-nacional-02092020>. Acesso em: 29 out. 2020.

651 Para conhecer algumas dessas táticas, confira-se: NASCIMENTO, Roberta Simões. *Quando calar é melhor que falar: treze táticas parlamentares para aprovação das leis*. (No prelo.)

nesse último caso, pode-se dizer que a sistemática até mesmo “ajudou” na derrubada dos vetos.⁶⁵²

5. Ausência de trancamento da pauta do Congresso Nacional

A quarta alteração do rito legislativo previsto no texto constitucional é consequência da modificação anterior quanto à separação das sessões conjuntas do Congresso Nacional: trata-se da não aplicação do trancamento da pauta previsto no art. 66, § 6º, da Constituição.⁶⁵³

Diferentemente das razões apresentadas na seção anterior quanto à impossibilidade técnica para a implementação das sessões conjuntas, não se vislumbra justificativa para o não sobrestamento das demais proposições pendentes de deliberação, a partir do decurso de trinta dias sem que o Congresso Nacional tenha apreciado as razões do veto presidencial.⁶⁵⁴

É verdade que, na prática, isso também permitiu agilidade na aprovação dos projetos de leis orçamentárias, que no atual contexto são objetivamente mais urgentes que os vetos presidenciais. Tanto que, de fato, entre março e agosto de 2020, simplesmente não foram apreciados quaisquer vetos pelo Congresso Nacional.⁶⁵⁵

Nada obstante, é preciso recordar que a previsão do trancamento da pauta existe para impedir que se acumulem vetos presidenciais pendentes de apreciação pelo Congresso Nacional, como uma espécie de prioridade que deve ser dada à deliberação dos vetos presidenciais. A previsão constitucional se justifica até mesmo por razões de segurança jurídica. Como explicado em outra

652 NASCIMENTO, Roberta Simões. Para onde foi o bicameralismo no Congresso Nacional?. *Jota*, 02 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/de-fensor-legis/para-onde-foi-o-bicameralismo-no-congresso-nacional-02092020>. Acesso em: 29 out. 2020.

653 “Art. 66. (...) § 6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final. (Redação dada pela EC nº 32, de 2001).”

654 “Art. 66. (...) § 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores. (Redação dada pela EC nº 76, de 2013).”

655 NASCIMENTO, op. cit.

oportunidade,⁶⁵⁶ o veto gera mera “suspensão” da matéria, que é devolvida para nova apreciação pelo Congresso Nacional, cujos membros têm a opção de manter ou não o veto presidencial. Enquanto os congressistas não se manifestam expressamente pelo acolhimento ou rejeição, perdura a indefinição, pois não há confirmação tácita do veto.

No entanto, esse sobrestamento da pauta acarretado pelos vetos pendentes de deliberação é uma das regras constitucionais que, mesmo antes da pandemia, por vezes era descumprida no seio do costume parlamentar: diversos vetos não eram apreciados, gerando um grande estoque pendente de deliberação, sem que isso interferisse na pauta do Congresso Nacional, que não era sobrestada de fato, quase como se fosse considerado não escrito o art. 66, §§ 4º e 6º, da Constituição. Na prática, procedia-se como se houvesse duas pautas: a das sessões destinadas à aprovação das leis orçamentárias e a das sessões dedicadas aos vetos, que quase não ocorriam.

Isso, inclusive, com o beneplácito do próprio STF. No Mandado de Segurança nº 25.939, por exemplo, o então ministro Sepúlveda Pertence chegou a consignar que “o sobrestamento de todas as demais proposições legislativas, determinado pelo art. 66, § 6º, da Constituição, pressupõe a inclusão na ordem do dia das mensagens presidenciais de veto não apreciadas no prazo”.⁶⁵⁷ Ou seja, se o presidente do Congresso não inclui os vetos na pauta, não há trancamento da pauta. Aqui, desnecessário dar maiores explicações sobre o absurdo da mencionada interpretação do STF: o sobrestamento constitucionalmente determinado é automático, dispensando quaisquer atos do presidente, cujo poder de formulação da pauta não é absoluto, estando sujeito à observância das normas constitucionais. Entender de forma diferente, como se fez no MS nº 25.939, equivale a deixar ao alvedrio do presidente do Congresso Nacional o cumprimento de norma da Constituição.

656 NASCIMENTO, op. cit.

657 MS nº 25.939, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, decisão monocrática, julgado em 10/04/2006, publicado em 19/04/2006.

Anos depois, essa situação de inércia legislativa gerou nova controvérsia, como foi o caso do MS nº 31.816, quando o ministro Luiz Fux chegou a proferir decisão monocrática determinando a apreciação dos vetos pendentes em ordem cronológica, que, posteriormente, acabou não sendo referendada pelo plenário.⁶⁵⁸ Mesmo reconhecendo inexistir um dever constitucional de análise cronológica dos vetos, a decisão do STF, no entanto, constatou a ocorrência de afronta à Constituição (art. 66, §§ 4º e 6º) quando, passado o prazo constitucional sem a deliberação, não se colocam, de forma automática, os vetos pendentes na ordem do dia, sobrestando as demais proposições até a respectiva votação. Ou seja, determinou a obrigatoriedade do trancamento da pauta e da efetiva deliberação sobre os vetos.

Após essa decisão, foi editada a Resolução nº 1/2013, do Congresso Nacional, que modificou o RCCN quanto à apreciação dos vetos. A partir disso, viveu-se um período áureo quanto à apreciação dos vetos. Dois anos depois, a Resolução nº 1/2015 voltou a modificar o rito, que ainda é o adotado até hoje. No entanto, em algum momento voltou a existir certa “desconsideração” para com o trancamento da pauta acarretada pelo acúmulo dos vetos, e que a pandemia deixou flagrante, agora sob um argumento que não a justifica (a “separação” das sessões conjuntas). Nesse caso, mais uma vez, parece haver o aproveitamento da situação para a implementação das preferências dos parlamentares quanto ao processo decisório.

6. A monotematicidade e a urgência da pauta

No Poder Legislativo, a elaboração da pauta de votações é competência dos presidentes das respectivas Casas Legislativas, contando com expressa previsão regimental nesse sentido.^{659, 660}

658 MS nº 31.816 MC-AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, rel. p/ Acórdão: TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, j. 27/02/2013, publicado em 13/05/2013.

659 Eis o que dispõe o RICD, Art. 17. “São atribuições do Presidente, além das que estão expressas neste Regimento, ou decorram da natureza de suas funções e prerrogativas: I — quanto às sessões da Câmara: (...) t) designar a Ordem do Dia das sessões, na conformidade da agenda mensal, ressalvadas as alterações permitidas por este Regimento; (...)”

660 Pelo RISF, “Art. 163. As matérias serão incluídas em Ordem do Dia, a juízo do Presidente, segundo sua antiguidade e importância, observada a seguinte sequência: (...)”

No caso da Câmara dos Deputados, costuma-se ouvir previamente o Colégio de Líderes,⁶⁶¹ órgão colegiado formado, como já diz o próprio nome, pelos líderes dos blocos parlamentares.

Embora o RISF não conte com previsão semelhante quanto à institucionalização do Colégio de Líderes, conforme o juízo e o perfil do presidente do Senado Federal, as reuniões de líderes também podem ocorrer — na verdade, são até recomendadas, a fim de reforçar a colegialidade — e determinar a construção da pauta. Na prática, é pouco prudente a ação monocrática dos presidentes nesse sentido, dadas as técnicas obstructionistas, que podem acabar impedindo ou atrapalhando as votações que se levem a cabo.

Seja como for, o fato é que as pautas costumam ser formadas por diversos itens, cujos espaço e ordem frequentemente são objeto de disputas, seja dentro do próprio Parlamento, seja por pressões advindas do presidente da República, dos governadores, dos prefeitos, de grupos de pressão organizados, da própria imprensa etc. Além disso, em tempos normais, o próprio plenário pode deliberar pela inclusão de matérias urgentes, na forma regimental.

Nesse cenário, resulta curiosa a previsão do art. 5º do Ato da Comissão Diretora nº 7/2020, do Senado Federal, pelo qual cada sessão contaria com tema único de pauta e duraria no máximo seis horas, prorrogáveis a juízo da presidência, em função da urgência. Essa seria a quinta alteração digna de nota no processo legislativo. Especula-se que, entre as possíveis razões para essa limitação, estão: 1) a tentativa de reduzir os embates quanto à própria construção da pauta, focando no que haveria de “mais urgente”; 2) a eliminação dos requerimentos para inversão da ordem da pauta que poderiam acabar colocando para o final da sessão temas importantes; e 3) a ideia de fazer uso moderado do SDR. Sem dúvida, essa previsão desempenhou importante papel para a própria aprovação do ato.

Nada obstante a mencionada previsão, logo a ideia de monotematicidade e urgência da pauta foi abandonada no curso dos

661 RICD, “Art. 17. São atribuições do Presidente, além das que estão expressas neste Regimento, ou decorram da natureza de suas funções e prerrogativas: 1 — quanto às sessões da Câmara: (...) s) organizar, ouvido o Colégio de Líderes, a agenda com a previsão das proposições a serem apreciadas no mês subsequente, para distribuição aos Deputados; (...)”

acontecimentos. A rigor, isso não se deu por questões de estrita necessidade (de dilação das discussões), ou em razão da urgência e do acúmulo de matérias cuja aprovação fosse imperativa, mas, sim, porque rapidamente os parlamentares se acostumaram à nova dinâmica dos debates, aproveitando também a janela de oportunidade aberta para a votação de várias matérias ao mesmo tempo, inclusive algumas não estritamente relacionadas com a pandemia, sobretudo com o passar do tempo e a estabilização da crise.⁶⁶²

Ainda quanto à pauta, deve-se mencionar que, a rigor, não existe previsão determinando a antecedência temporal mínima de publicação da pauta de votações⁶⁶³ (o que, naturalmente, não representa autorização para uma pauta às cegas ou de surpresa, embora seja natural haver inversões). No entanto, o art. 3º do Ato da Comissão Diretora nº 7/2020, do Senado Federal, determinou uma antecedência de 24 horas para a convocação de sessão remota.

Vale recordar que, normalmente, pelo RISF, art. 154, § 1º, as sessões deliberativas ordinárias são realizadas de segunda a quinta-feira às 14 horas e, às sextas-feiras, às nove horas, quando houver ordem do dia previamente designada. Já as sessões deliberativas extraordinárias podem ser convocadas a qualquer tempo pelo presidente, ouvidas as lideranças partidárias, se as circunstâncias o recomendarem ou caso haja necessidade de deliberação urgente. Em outras palavras, houve certa cautela, bem-vinda, na fixação desse prazo de antecedência.

Além da monotematicidade da pauta, o Ato da Comissão Diretora nº 7/2020, do Senado Federal, não trouxe qualquer previsão quanto à possibilidade de o plenário aprovar requerimentos de urgência para a inclusão de matérias na pauta e apreciação de matérias na sessão imediata à aprovação, nos termos regimentais. Ou seja, a disciplina do SDR no Senado permitiu ainda maior centralização de poderes no presidente, que passou a ter condições de decidir praticamente sozinho a pauta de deliberação.

662 Confira-se a nota de rodapé nº 7, em que algumas dessas matérias foram mencionadas.

663 No máximo, o que está previsto no RISF, “Art. 170. A Ordem do Dia será anunciada ao término da sessão anterior, publicada no Diário do Senado Federal e em avulso eletrônico antes de iniciar-se a sessão respectiva. (...)”

Já na Câmara dos Deputados, o art. 3º do Ato da Mesa nº 123, de 2020, estabeleceu que constarão da ordem do dia as matérias que contarem com a manifestação favorável de líderes que representem dois terços dos membros da Casa Legislativa ou das lideranças do governo, da maioria, da minoria e da oposição, mediante requerimento, sem prejuízo das matérias incluídas de ofício pelo próprio presidente ou a partir dos requerimentos regimentalmente previstos.⁶⁶⁴ Assim, a Casa Legislativa buscou manter o caráter mais democrático e consensual na construção da pauta.

Ainda na Câmara, foram proibidos requerimentos de retirada de pauta, adiamento da discussão ou votação, discussão ou votação parcelada ou por determinado processo, requerimentos de destaque simples ou quebra de interstício para pedido de verificação de votação simbólica. Aqui, a proibição diz respeito mais a diminuir o uso das táticas obstrucionistas, na medida em que tais requerimentos por vezes têm natureza meramente protelatória.⁶⁶⁵

7. Alteração do momento da contagem do quórum

Como explicado em outra ocasião,⁶⁶⁶ a previsão de um número mínimo de membros presentes para a instauração da sessão e a deliberação é uma necessidade decorrente da natureza colegiada do Poder Legislativo. Justamente por isso, por exemplo, a Constituição, em seu art. 47, estabeleceu que, salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros.

Na interpretação legislativa, as Casas adotam uma noção de quórum *in constituendo*, abrindo a reunião com uma fração reduzida de parlamentares (na Câmara, 1/10 dos deputados, ou seja, 51, e no Senado, 1/20 dos senadores, ou seja, quatro). Assim, ao longo

664 RICD. “Art. 155. Poderá ser incluída automaticamente na Ordem do Dia para discussão e votação imediata, ainda que iniciada a sessão em que for apresentada, proposição que verse sobre matéria de relevante e inadiável interesse nacional, a requerimento da maioria absoluta da composição da Câmara, ou de Líderes que representem esse número, aprovado pela maioria absoluta dos Deputados, sem a restrição contida no § 2º do artigo antecedente.”

665 Sobre esse assunto: NASCIMENTO, Roberta Simões. *Quando calar é melhor que falar: treze táticas parlamentares para aprovação das leis*. (No prelo.)

666 Idem.

da sessão, vai-se formando o quórum necessário para submeter matérias à deliberação. Embora a lógica seja criticável e dê margem a comportamentos estratégicos e táticas parlamentares,⁶⁶⁷ essa é a praxe parlamentar.

Na Câmara dos Deputados, o art. 5º do Ato da Mesa nº 123/2020, manteve a disciplina quanto à necessidade do quórum regimentalmente previsto para a abertura da sessão, exigindo-se a presença de 1/10 dos deputados, desprezando-se a fração, nos termos do art. 79, § 2º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD).⁶⁶⁸

Para efeito da contagem do quórum de abertura, o art. 6º do Ato da Mesa nº 123, de 2020, considera o registro do parlamentar no sistema, o que pode ser feito a partir de duas horas antes do horário designado para a sessão, e será válido para todo o tempo da sessão, ou seja, não há verificação posteriormente. Na prática, trata-se de verdadeiro abuso quanto à ideia de quórum, pois os limites semânticos dessa noção não comportariam tamanha flexibilidade. Há mera ficção de modo a operacionalizar a ideia de quórum.

Da mesma forma, subvertendo essa lógica quanto à necessidade de um quórum mínimo para abrir os trabalhos, discutir e deliberar sobre as matérias, o Senado Federal estabeleceu que o quórum será apurado apenas no momento da votação, independentemente do número de parlamentares conectados na fase de discussão da matéria. A previsão consta do art. 11, § 2º, do Ato da Comissão Diretora nº 7/2020, que também dispõe que a presença do parlamentar,

667 Confira-se: Sobre esse assunto: NASCIMENTO, Roberta Simões. *Quando calar é melhor que falar: treze táticas parlamentares para aprovação das leis*. (No prelo.)

668 “Art. 79. À hora do início da sessão, os membros da Mesa e os deputados ocuparão os seus lugares.

§ 1º A Bíblia Sagrada deverá ficar, durante todo o tempo da sessão, sobre a mesa, à disposição de quem dela quiser fazer uso.

§ 2º Achando-se presente na Casa pelo menos a décima parte do número total de deputados, desprezada a fração, o presidente declarará aberta a sessão, proferindo as seguintes palavras:

Sob a proteção de Deus e em nome do povo brasileiro iniciamos nossos trabalhos.

§ 3º Não se verificando o quórum de presença, o presidente aguardará, durante meia hora, que ele se complete, sendo o retardamento deduzido do tempo destinado ao expediente. Se persistir a falta de número, o presidente declarará que não pode haver sessão, determinando a atribuição de falta aos ausentes para os efeitos legais.”

sobretudo para os fins do art. 55, inciso III, da Constituição,⁶⁶⁹ é apurada com base nos registros de votação extraídos do SDR.

Essa novidade — a sexta da lista do presente levantamento — é criticável, na medida em que o ideal seria fomentar a presença efetiva dos parlamentares e os debates legislativos e, de preferência, torná-los mais objetivos e focados diante de um contexto de crise. No entanto, na prática, com o SDR, observou-se um aumento do quórum de “participação” dos senadores, possivelmente acarretada pela facilidade proporcionada pelo sistema remoto (o custo de participação dos parlamentares diminuiu). Na verdade, trata-se de um número inflado, pois não está refletido no aumento do uso da palavra ou em mais debates, até mesmo pelas limitações de tempo também estabelecidas nos referidos atos.

De todo modo, para fins de registro, outros países também procederam a flexibilizações quanto o quórum nos Parlamentos. Na Alemanha, por exemplo, em lugar de exigir a presença de metade dos membros, passou-se a considerar existente o quórum a partir de um quarto durante a pandemia.⁶⁷⁰ Na Austrália, permitiu-se o chamado “emparelhamento” (*pairing*), pelo qual os membros do Parlamento atuavam em duplas, de modo que a atuação de um substituiu a do par, que vão se revezando e atuando de modo alternado,

669 “Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: (...)”

III — que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; (...)”

670 Rule 126a. Extraordinary application of the Rules of Procedure in response to the general restrictions arising from Covid-19

(1) By way of derogation from Rule 45(1), a quorum of the Bundestag shall exist when more than one quarter of its Members are present in the Chamber.

(2) By way of derogation from Rule 67, a quorum shall exist in committee when more than a quarter of the committee members are present or are able to participate in the deliberations by means of electronic communication media.

(3) Committees, including the Committee for the Scrutiny of Elections, Immunity and the Rules of Procedure, may authorise their chairperson in accordance with Rule 72, even in sitting weeks, to have votes taken and decisions adopted outside a meeting; by way of derogation from the first sentence of Rule 48(1), electronic communication media may also be used for voting and for the adoption of decisions.

(4) Public committee deliberations and public hearing sessions may be conducted in such a way that the public are granted access by means of electronic transmission media only.

(5) From 30 September 2020 this Rule shall no longer apply. Before that date, the Rule may be repealed at any time by a decision of the Bundestag. Rules of Procedure of the German Bundestag and Rules of Procedure of the Mediation Committee”. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80060000.pdf>. Acesso em: 29 out. 2020.

conforme o arranjo fixado entre os próprios parlamentares, sem que a falta de um afete o resultado das votações.⁶⁷¹ Na Irlanda, o próprio Parlamento foi reduzido a um terço dos membros, selecionados em atenção à proporcionalidade dos partidos.⁶⁷² Outros países também adaptaram procedimentos na deliberação remota.⁶⁷³

8. (Im)possibilidade de votação simbólica

Acaba-se de ver que, no Senado Federal, foi dispensado o quórum para a abertura da sessão e mesmo durante as deliberações, sendo o número de parlamentares contado apenas por ocasião da votação. Teoricamente, essa flexibilização já seria o suficiente para viabilizar a aprovação das leis — eliminando, por exemplo, táticas parlamentares obstructionistas, como o pedido de verificação de quórum para derrubar a sessão.

Por tudo o que vem sendo exposto até agora, a lógica da deliberação remota — de tão excepcional que é — mostrar-se-ia incompatível com a votação simbólica, tanto que essa modalidade não foi prevista (ou expressamente autorizada) nos atos normativos editados pelo Senado Federal. O Ato da Comissão Diretora nº 7/2020, é silente quanto ao assunto, tendo disciplinado apenas a votação nominal e aberta dos parlamentares, já comentada na seção 2 deste trabalho. Assim, parece ter havido a intenção de proibir a votação simbólica no SDR do Senado.

Nos primeiros momentos, sobretudo no Senado Federal, não foram realizadas votações simbólicas, mas logo a prática acabou sendo adotada no âmbito do SDR, a partir de uma decisão conjunta nesse sentido, embora não tenha sido vertida em ato normativo

671 HARRIS, Rob. "Scaled-back Parliament to meet for stimulus legislation as building access restricted", *The Sydney Morning Herald*, 16 de março de 2020. Disponível em: <https://perma.cc/U3MG-K7Y9>. Acesso em: 29 out. 2020.

672 MURPHY, Jonathan. "Parliaments and Crisis: Challenges and Innovations", *Parliamentary Primer* nº 1, 2020, p. 23.

673 Esse foi o caso do Reino Unido, Espanha e Bélgica, por exemplo. Para detalhes quanto ao da Romênia, confira-se: TÂNĂSESCU, Elena-Simina; DIMA Bogdan. "The Role of the Romanian Parliament during the COVID-19 Sanitary Crisis. A diminishment of the executive decision-making power". In: *The Parliament in the time of coronavirus*: Romania. Robert Schuman Foundation. Disponível em: https://www.robert-schuman.eu/en/doc/ouvrages/FRS_Parliament_Romania.pdf. Acesso em: 29 out. 2020.

interno.⁶⁷⁴ Acordou-se que, para serem votadas simbolicamente, as matérias necessitariam da anuência unânime dos líderes, dada no início e válida para aquela sessão.

Já na Câmara dos Deputados, o art. 11 do Ato da Mesa nº 123, de 2020, contemplou expressamente a possibilidade de votação simbólica, levando em consideração apenas a orientação dos líderes partidários (ou seja, a rigor, votam apenas os líderes). Na prática, fica a cargo do presidente da Casa a adoção dessa modalidade de votação, já que poderá determinar a votação nominal de ofício sempre que considerar conveniente à melhor condução dos trabalhos.⁶⁷⁵

Na verdade, a previsão do referido ato normativo está denominando como “votação simbólica” o que, na prática, é a “votação de liderança”. Como explicado em outra ocasião,⁶⁷⁶ essa última sistemática constava expressamente do anterior regimento interno da Câmara dos Deputados, tendo sido eliminada do atual, muito embora continue sendo uma prática comum no dia a dia legislativo. Na votação de liderança, como o próprio nome já diz, só os líderes votam e o voto do líder tem o peso proporcional da bancada que representa.

Diversas votações (pode-se dizer, inclusive, a maioria delas) são conduzidas por esse costume parlamentar. Por um lado, como os votantes são em menor número, isso confere agilidade às votações (sobretudo em matérias mais consensuais). Por outro lado, no entanto, a votação de liderança — justamente porque só os líderes votam — esvazia a lógica da igualdade entre os parlamentares (*one man, one vote*), da representatividade e de uma deliberação coletiva prevista na Constituição.

674 “Senado tem novas regras para as sessões deliberativas virtuais”. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/03/30/senado-tem-novas-regras-para-as-sessoes-deliberativas-virtuais>. Acesso em: 29 out. 2020.

675 “Art. 11. A votação simbólica será decidida levando em consideração a orientação ostensiva dada pelos líderes aos respectivos partidos e blocos parlamentares.

§ 1º Os líderes que estiverem presentes em Plenário poderão formular oralmente o pedido de verificação, se atenderem aos requisitos regimentais.

§ 2º O Presidente poderá determinar a votação nominal de ofício sempre que considerar conveniente à melhor condução dos trabalhos.”

676 NASCIMENTO, Roberta Simões. *Quando calar é melhor que falar: treze táticas parlamentares para aprovação das leis*. (No prelo).

Ainda na ordem constitucional anterior, a constitucionalidade dessa sistemática de votação chegou a ser levada ao STF no MS nº 20.499, mas o *writ* acabou sendo julgado prejudicado pela perda superveniente da legitimidade *ad causam* (término do mandato do parlamentar impetrante).⁶⁷⁷

Se a própria adoção dessa sistemática já é juridicamente polêmica nas sessões presenciais, imagine-se nas deliberações via SDR e em um contexto de crise, em que o ideal seria incentivar os parlamentares a se engajar nos debates, pois isso potencialmente incrementaria a racionalidade da decisão legislativa e garantiria a representatividade da medida. No meio legislativo, entretanto, as votações de liderança e simbólicas são associadas a matérias consensuais, sendo um indicador do baixo grau de conflitualidade na Casa Legislativa.

9. A suspensão do funcionamento das comissões

Fechando a lista das principais alterações do processo legislativo da pandemia, deve-se citar a que talvez seja a mais importante de todas: a paralisação das comissões especiais, permanentes e temporárias, cujo funcionamento está determinado pelo art. 58, *caput*, da Constituição (“O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões”).⁶⁷⁸ O texto constitucional não deixou espaço para a não adoção dessa forma de organização dos trabalhos legislativos.

Isso porque, partindo da premissa de que — sendo os Parlamentos órgãos multitudinários — não seria razoável ou operacional fazer com que todos os projetos de leis passassem pelo plenário, as comissões existem na forma de órgãos legislativos fracionários aos quais se delegam competências especiais, inclusive para a aprovação de projetos de leis em caráter terminativo, ou seja, independentemente da aprovação pelo plenário, nos termos do art. 58, § 1º, inciso I,

677 MS nº 20.499, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO, Tribunal Pleno, j. 19/08/1987, publicado em 06/11/1987.

678 “Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.”

da Constituição.⁶⁷⁹ Recorde-se que, de forma semelhante, o Poder Judiciário também se organiza internamente em turmas e câmaras, cujas competências também costumam ser segmentadas por temas.

Nesse sentido, como explicado em outro momento,⁶⁸⁰ as comissões cumprem importantes funções na racionalização dos trabalhos legislativos, na especialização dos debates parlamentares, na oportunidade de *locus* privilegiado de participação popular, na realização de audiências públicas, na geração de informação e na eficiência da atividade legislativa⁶⁸¹. Ou seja, mesmo quando não exercem seus poderes conclusivos, as comissões desempenham importante papel de rota de passagem obrigatória dos projetos de leis, com maiores chances de um debate mais aprofundado e com membros mais experimentados.

Além do papel importante no processo de aprovação das leis, a presença das comissões também é capaz de alterar o jogo de poder dentro das Casas Legislativas, já que os presidentes das comissões têm poder de agenda e podem confrontar a atuação do presidente da Casa Legislativa respectiva ou do próprio Poder Executivo, mesmo com todas as críticas que se costumam fazer às possibilidades de tirar os poderes desses colegiados.⁶⁸² Com isso, seja como for, o simples fato de estarem funcionando regularmente impõe a necessidade de mais atenção e maior coordenação dos demais atores para eventualmente “controlar” a ação de tais colegiados. A paralisação das comissões, portanto, confere um descanso nessa atividade política.

679 “Art. 58. (...) § 2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe:

I — discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa; (...).”

680 Abordou-se o tema com mais detalhes aqui: NASCIMENTO, Roberta Simões. Que falta fazem as comissões no Poder Legislativo?. *Jota*, 25/11/2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/defensor-legis/que-falta-fazem-as-comissoes-no-poder-legislativo-25112020>. Acesso em: 15 nov. 2020.

681 Para mais detalhes sobre o funcionamento das comissões no processo legislativo ordinariamente, veja-se: CASSEB, Paulo Adib. *Processo legislativo: atuação das comissões permanentes e temporárias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

682 Para mais análises sobre o papel “político” das comissões, recomendam-se, por todos: SANTOS, Fabiano. “Partidos e Comissões no Presidencialismo de Coalizão”, *Dados*, v. 45, nº 2, 2002, p. 237-264; SANTOS, Fabiano; ALMEIDA, Acir. “Teoria informacional e a seleção de relatores na Câmara dos Deputados”, *Dados*, v. 48, n. 4, 2005, p. 693-735; PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo. “Uma teoria da preponderância do Poder Executivo”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 15, n. 43, 2000, p. 45-67.

Tais colegiados se encontram suspensos, desde o dia 20 de março de 2020, até que sejam retomadas as atividades regulares do Congresso Nacional. No caso do Senado, a decisão foi tomada quando da resposta à Questão de Ordem nº 1, de 2020, no dia 22 de abril, com efeitos retroativos ao dia 20 de março.⁶⁸³ Essa decisão serviu de fundamento para a suspensão de todos os colegiados na Casa, inclusive o Conselho de Ética e Decoro Parlamentar e as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), afetando a atividade legislativa disciplinar e de controle do governo.

Durante a pandemia, só esteve em funcionamento a comissão encarregada de acompanhar a execução orçamentária quanto às medidas adotadas para a contenção da pandemia, criada pelo Decreto Legislativo nº 6/2020, que reconheceu o estado de calamidade pública. Depois, em 31 de julho de 2020, autorizou-se o retorno da comissão mista da reforma tributária, cujo trabalho também tinha sido suspenso.⁶⁸⁴

Enquanto isso, todas as decisões legislativas ficam concentradas nos plenários das duas Casas Legislativas, com o agravante de que, durante a pandemia, as pautas — como já explicado na seção 6 deste trabalho — vêm sendo formadas sobretudo (no caso do Senado, exclusivamente) pelo presidente. Na Câmara, só o que é consenso entre todos entra na ordem do dia. Por isso, a suspensão das comissões é uma das mais negativas alterações feitas pelo processo legislativo na pandemia, na medida em que, nesses órgãos fracionários, costuma haver maior especialização dos debates e divisão de poderes.

Com essa decisão, foram suprimidas duas vertentes importantes desses colegiados na formação da vontade legislativa: 1) o

683 A decisão foi tomada em resposta à Questão de Ordem do Senado Federal nº 1, de 2020, formulada em 13 de abril de 2020, pelo senador Angelo Coronel, tendo por objetivo específico a CPMI das *Fake News*. Os detalhes podem ser consultados em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/questoes-de-ordem/-/q/detalhe/2866>. Acesso em: 29 out. 2020.

684 Mais dados sobre a atuação do Congresso Nacional podem ser conferidos no Relatório Mensal da Atividade Legislativa. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/documents/12427/105647557/10%20-%20Relatório%20de%20Outubro%20de%202020>. Acesso em: 10 nov. 2020.

funcionamento das comissões como espécie de “primeira instância” dos debates dos projetos de leis, tendo como consequência a de que diversas matérias importantes foram aprovadas sem esse debate especializado;⁶⁸⁵ e 2) a possibilidade de aprovação de determinadas matérias em caráter terminativo, dispensando a aprovação pelo plenário da Casa Legislativa.⁶⁸⁶

Isso, além da diminuição da capacidade legislativa de debater mais temas simultaneamente, da menor interferência no jogo político, sobretudo quanto à comissão mista prevista no art. 62, § 9º, para apreciar as medidas provisórias, como já comentado na seção 3 deste trabalho. Mesmo com as críticas feitas ao funcionamento desses colegiados — notadamente, a ineficiência deles, já que diversos debates são completamente alterados no plenário e por vezes há comissões mistas que acabam simplesmente consumindo o tempo da tramitação sem efetivamente contribuir para o debate. Como comentado em outra ocasião, tais críticas ao funcionamento em concreto não poderiam servir para o simples descumprimento do preceito constitucional.⁶⁸⁷

10. Demais alterações e análise do processo legislativo da pandemia

Nesta seção, reúnem-se as demais modificações adotadas quanto aos procedimentos legislativos durante a pandemia, com abordagem mais telegráfica, para logo apresentar comentários em forma de síntese. Nesse sentido, citam-se as seguintes alterações: a) a limitação temporal dos pronunciamentos a cinco minutos, que

685 NASCIMENTO, Roberta Simões. Que falta fazem as comissões no Poder Legislativo?. *Jota*, 25/11/2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/defensor-legis/que-falta-fazem-as-comissoes-no-poder-legislativo-25112020>. Acesso em: 15 nov. 2020.

686 Só no Senado Federal, por exemplo, a paralisação das comissões implicou uma grande diferença quanto ao número de matérias aprovadas. Só para comparar com o ano passado (2019), em que 108 matérias foram aprovadas pelas comissões, neste ano de 2020, esse número ficou em apenas 33 (dados consolidados até 31/10/2020). Esses e outros números podem ser consultados no Painel Legislativo disponível em: <http://www9.senado.gov.br/QvAJAXZfc/opedoc.htm?document=senado%2Fpainel%20legislativo.qvw&host=QVS%40www9&anonymous=true>. Acesso em: 25 nov. 2020.

687 NASCIMENTO, Roberta Simões. Que falta fazem as comissões no Poder Legislativo?. *Jota*, 25/11/2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/defensor-legis/que-falta-fazem-as-comissoes-no-poder-legislativo-25112020>. Acesso em: 15 nov. 2020.

posteriormente foram reduzidos a três minutos⁶⁸⁸ (e que normalmente são flexibilizados, tal como ocorre com os tempos previstos nas sessões presenciais); b) o encaminhamento das votações por apenas um minuto;⁶⁸⁹ c) o rito *fast track* de tramitação pelo SDR: as emendas devem ser enviadas até 14h, o relatório até 15h e os pedidos de destaques, até 16h; e d) a virtualização dos mecanismos de participação social, com audiências públicas prejudicadas e redução dos canais de participação social, tendo sido convocados especialistas de forma remota.⁶⁹⁰

No plano fático, as principais marcas do processo legislativo da pandemia têm sido a escassez de tempo para as deliberações legislativas e, ao mesmo tempo, o aumento da produtividade.⁶⁹¹ O que pode ser extraído desses dados é que a pandemia contou com um compromisso político entre os próprios parlamentares para operacionalização do SDR, tanto que diversas modificações não foram formalizadas em atos normativos, mas simplesmente acordadas. Além disso, foi baixo o grau de judicialização quanto aos procedimentos.

11. Conclusões

O presente trabalho descreveu as principais modificações realizadas no processo legislativo durante a pandemia, apresentando reflexões preliminares sobre alguns de seus problemas, em contraste com a noção de devido processo legislativo dos tempos de normalidade, com o propósito de, no futuro, consolidar quais seriam boas práticas de um “processo legislativo das crises”, com os procedimentos mínimos indispensáveis à aprovação das leis,

688 Ato da Comissão Diretora nº 7, de 2020, art. 8º. “Após reclamação dos próprios parlamentares, o prazo foi reduzido para três minutos, de modo a permitir que todos os parlamentares tivessem condições de fazer uso da palavra”. Nesse sentido, “Davi: nova regra vai garantir a palavra a mais senadores nas sessões remotas”. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/13/davi-nova-regra-vai-garantir-a-palavra-a-mais-senadores-nas-sessoes-remotas>. Acesso em: 29 out. 2020. Como se disse, a reclamação dos senadores pode ser conferida em: “Senadores questionam tempo para manifestações durante sessões virtuais”. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/13/12/senadores-questionam-tempo-para-manifestacoes-durante-sessoes-virtuais>. Acesso em: 29 out. 2020.

689 Ato da Comissão Diretora nº 7/2020, art. 9º.

690 Tais mudanças também são relevantes, mas deixam de ser aprofundadas nesta oportunidade, simplesmente por razões de tempo e espaço.

691 É possível consultar as estatísticas legislativas a partir do Painel Legislativo em: <http://www9.senado.gov.br/QuAJAZfc/opendoc.htm?document=senado%2Fpainel%20legislativo.qvw&host=QVS%40www9&anonymous=true>. Acesso em: 25 nov. 2020.

mesmo em tempos de grande adversidade, como a crise acarretada pela Covid-19.

Nesse sentido, explicou-se a instituição dos Sistemas de Deliberação Remota (SDR) na Câmara dos Deputados e no Senado Federal — responsáveis pela virtualização da deliberação legislativa —, a partir de sua disciplina normativa e das práticas parlamentares que se seguiram na sequência. Pontuou-se que a ferramenta tecnológica conseguiu garantir dois elementos importantes no processo legislativo: a documentação das intervenções dos parlamentares e a segurança da votação, por intermédio de uma etapa de autenticação do parlamentar (no caso do Senado Federal).

Foram apresentadas as principais modificações efetuadas no rito para a aprovação das leis, com destaque para a tramitação abreviada das medidas provisórias, a separação das sessões conjuntas do Congresso Nacional, a ausência de trancamento da pauta deste último, a forma de construção da ordem do dia, a alteração na contagem do quórum, na dinâmica da votação e a supressão das comissões especiais, permanentes e temporárias. Nessa oportunidade, o propósito foi o de inventariar e compreender tais transformações no processo legislativo na pandemia.

Como visto, a opção do Parlamento brasileiro de permanecer funcionando o colocou à frente de diversos outros países que cessaram suas atividades durante a pandemia, delegando amplos poderes legislativos ao Poder Executivo. No Brasil, a despeito das criticáveis mudanças informais das regras constitucionais comentadas (algumas justificadas, outras não, como foi possível ver), houve margem para atuação do Poder Legislativo: no geral, as Casas Legislativas continuaram aprovando projetos de lei, emendas à Constituição, convertendo medidas provisórias em lei (e deixando algumas delas caducar pelo decurso do tempo) e até mesmo a apreciação dos vetos presidenciais, retomada apenas em agosto de 2020, não restou sobremaneira prejudicada.

Nesse contexto, considerando as quatro valências mencionadas no trabalho — operabilidade, agilidade, participação e transparência —, pode-se dizer que, a despeito dos ganhos quanto à agilidade dos

trabalhos e à manutenção da operabilidade do Poder Legislativo em meio às recomendações de distanciamento social, observou-se alguma perda nas funções democráticas, em termos de participação social e transparência, que ficaram prejudicadas com a virtualização e a rapidez da tramitação. Como explicado oportunamente, quanto mais célere é o processo de tomada de decisão legislativa, menos chances há de interferir em seu curso.

Embora a crise acarretada pela pandemia da Covid-19 não tenha sido capaz de paralisar as atividades do Congresso Nacional, como se viu, restam grandes incógnitas sobre os efeitos desse novo processo legislativo da pandemia nas práticas parlamentares pós-crise. Como foi possível observar, houve aspectos positivos — como a modernização e a maior agilidade na tramitação de matérias urgentes e importantes para amenizar a crise —, sem prejuízo dos aspectos negativos, sobretudo o descumprimento injustificado da ordem constitucional quanto rito do processo legislativo. Será necessário observar o processo legislativo pós-pandemia.

De antemão, por exemplo, pode-se imaginar o cenário de que o SDR tem grandes chances de ser mantido, na forma de um sistema híbrido, sendo usado para matérias menos polêmicas, ou permitindo excepcionalmente a participação remota de parlamentares, mesmo quando tudo voltar à normalidade. Em todo caso, seria recomendável limitar o uso do SDR às etapas embrionárias (nas comissões) e exigir a presença física dos parlamentares para os estágios mais avançados do debate, sobretudo no que diz respeito ao plenário.

Adicionalmente, seria interessante desenvolver os estudos em uma perspectiva comparada, verificando a experiência dos outros Parlamentos, com vistas a constatar se houve muitas disparidades entre o que foi feito aqui e no restante do mundo em termos de alteração das regras do processo legislativo. Tal estudo revelaria as boas práticas parlamentares no período da crise.

Além disso, ainda é necessário aprofundar as reflexões quanto aos impactos dessas modificações na deliberação legislativa para as relações entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, já que

o comportamento estratégico costuma ocorrer de lado a lado nas diversas situações de conflito de interesses. Aqui, a agenda de pesquisa implicaria verificar quais das modificações no rito legislativo da pandemia favoreceram os interesses do presidente da República, já que, em algumas matérias, obteve resultado expressivo, de acordo com suas preferências, mas, em outras, também sofreu derrotas (com medidas provisórias não aprovadas e vetos derrubados). Tais reflexões, no entanto, deverão ficar para uma próxima oportunidade.

Referências

- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória e a sua conversão em lei: a Emenda Constitucional n. 32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: RT, 2004.
- BAPTISTA, Rodrigo. “Relator da reforma do regimento defende votações remotas para o pós-pandemia”, *Senado notícias*, 27 de outubro de 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/10/27/relator-da-reforma-do-regimento-defende-votacoes-remotas-para-o-pos-pandemia>. Acesso em: 27 out. 2020.
- BAYER, Lili. “13 countries ‘deeply concerned’ over rule of law”, *Político*, 1º de abril de 2020. Disponível em: <https://www.politico.eu/article/viktor-orban-hungary-13-countries-deeply-concerned-over-rule-of-law/>. Acesso em: 29 out. 2020.
- BENEDETTO, Maria De. “Regulating in Times of Tragic Choices”, *The Regulatory Review*, 06 maio de 2020.
- BENTHAM, Jeremy. *Táticas parlamentarias*. Madrid: Congreso de los Diputados, 1991.
- BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Ato Conjunto das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal nº 1, de 2020.
- BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Ato Conjunto das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal nº 2, de 2020
- BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Ato da Mesa nº 123, de 2020.
- BRASIL. SENADO FEDERAL. Ato da Comissão Diretora nº 7, de 2020.
- BRASIL. SENADO FEDERAL. Instrução Normativa da Secretaria Geral da Mesa nº 14, de 2020.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4029, rel. min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2012, publicado em 27-06-2012.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 661 MC, rel. min. ALEXANDRE DE MORAIS, decisão monocrática de 27/03/2020, publicada em 30-03-2020.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 663 MC, rel. min. ALEXANDRE DE MORAIS, decisão monocrática de 27/03/2020, publicada em 30-03-2020.

- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 20499, rel. min. ALDIR PASSARINHO, Tribunal Pleno, julgado em 19/08/1987, publicado em 06-11-1987.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 25939, rel. min. SEPÚLVEDA PERTENCE, decisão monocrática, julgado em 10/04/2006, publicado em 19-04-2006.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 31816 MC-AgR, rel. min. LUIZ FUX, rel. p/ Acórdão: TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 27/02/2013, publicado em 13-05-2013.
- CASSEB, Paulo Adib. *Processo legislativo: atuação das comissões permanentes e temporárias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas provisórias*. 3 ed. São Paulo: RT, 2010.
- FOURMONT, Alexis; RIDARD Basile. “Parliamentary oversight in the health crisis”, *European issues*, n. 558, 2020.
- GRIGLIO, Elena. “Parliamentary oversight under the Covid-19 emergency: striving against executive dominance”, *The Theory and Practice of Legislation*, v. 8, n. 1-2, 2020, p. 49-70.
- HARIS, Rob. “Scaled-back Parliament to meet for stimulus legislation as building access restricted”, *The Sydney Morning Herald*, 16 de março de 2020. Disponível em: <https://perma.cc/U3MG-K7Y9>. Acesso em: 29 out. 2020.
- MELO, Teresa. “Medidas Provisórias e estratégias anti-democráticas em tempos de Covid-19”, *Jota*, 14 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/medidas-provisorias-e-estrategias-anti-democraticas-em-tempos-de-covid-19-14042020>. Acesso em: 29 out. 2020.
- MURPHY, Jonathan. “Parliaments and Crisis: Challenges and Innovations”, *Parliamentary Primer* nº 1, 2020.
- NASCIMENTO, Roberta Simões. “É possível emendar a Constituição via deliberação remota durante a calamidade pública?”, *Jota*, 29 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/e-possivel-emendar-a-constituicao-via-deliberacao-remota-durante-a-calamidade-publica-29042020>. Acesso em: 29 out. 2020.
- NASCIMENTO, Roberta Simões. “Cabe controle de constitucionalidade do veto presidencial?”, *Jota*, 16 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/cabe-controle-de-constitucionalidade-do-veto-presidencial-16072020>. Acesso em: 29 out. 2020.
- NASCIMENTO, Roberta Simões. “Para onde foi o bicameralismo no Congresso Nacional?”, *Jota*, 02/09/2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/defensor-legis/para-onde-foi-o-bicameralismo-no-congresso-nacional-02092020>. Acesso em: 29 out. 2020.
- NASCIMENTO, Roberta Simões. “Que falta fazem as comissões no Poder Legislativo?”, *Jota*, 25/11/2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/defensor-legis/que-falta-fazem-as-comissoes-no-poder-legislativo-25112020>. Acesso em: 25 nov. 2020.
- NASCIMENTO, Roberta Simões. “Quando calar é melhor que falar”. Treze táticas parlamentares para aprovação das leis. (No prelo).
- PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo. “Uma teoria da preponderância do Poder Executivo”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 15, n. 43, 2000, p. 45-67.

- ROZENBERG, Olivier. "Post-Pandemic Legislatures: Is real democracy possible with virtual parliaments?", *European Liberal Forum*, Discussion Paper n. 2, jul. 2020. Disponível em: https://www.liberalforum.eu/wp-content/uploads/2020/07/ELF_DiscussionPaper_2_Post-PandemicLegislatures.pdf. Acesso em: 29 out. 2020.
- RULES of Procedure of the German Bundestag and Rules of Procedure of the Mediation Committee. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80060000.pdf>. Acesso em: 29 out. 2020.
- SANTOS, Fabiano. "Partidos e Comissões no Presidencialismo de Coalizão", *Dados*, v. 45, nº 2, 2002, p. 237-264.
- SANTOS, Fabiano; ALMEIDA, Acir. "Teoria informacional e a seleção de relatores na Câmara dos Deputados", *Dados*, v. 48, n. 4, 2005, p. 693-735.
- SANTOS, Fabiano. *Fundamentos informacionais do presidencialismo de coalizão*. Curitiba: Appris, 2011.
- SOARES, Fabiana de Menezes *et al.* (orgs). *Regimentos parlamentares do mundo: sistemas jurídicos e ação legislativa*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2018.
- TA NA SESCOU, Elena-Simina; DIMA Bogdan. "The Role of the Romanian Parliament during the COVID-19 Sanitary Crisis. A diminishment of the executive decision-making power". In: *The Parliament in the time of coronavirus*: Romania. Robert Schuman Foundation. Disponível em: https://www.robert-schuman.eu/en/doc/ouvrages/FRS_Parliament_Romania.pdf. Acesso em: 29 out. 2020
- UHLMANN, Felix. "Concentration of Powers in the Federal Executive: The Application of Emergency Powers in Switzerland", *Verfassungsblog*, 30 abr. 2020.
- VALLE, Juliana Carla de Freitas do. *Medidas Provisórias: o procedimento legislativo e seus efeitos jurídicos*. Brasília: FDK, 2004.
- WAISMEL-MANOR, Israel *et al.* COVID-19 and Legislative Activity: A Cross-National Study. *Bar Ilan University Faculty of Law Research Paper* n. 20-12, jul. 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3641824>. Acesso em: 2 set. 2020.

Thamar Cavalieri

Controle da captura regulatória: fundamentos, etapas e estratégias

19

Controle da captura regulatória: fundamentos, etapas e estratégias

Thamar Cavalieri⁶⁹²

Resumo

Este trabalho pretende demonstrar que a captura é projeção do fenômeno dos conflitos de interesses para o Direito Regulatório e, a partir dessa premissa, busca parâmetros para aprimorar o controle da captura pelas ferramentas trazidas pelo controle dos conflitos de interesses. Ele se inicia pela exposição do conceito de conflitos de interesses, de sua origem e de suas manifestações no ordenamento brasileiro. Destaca peculiaridades desses conflitos na seara do Direito Público e identifica fundamentos para o controle de conflitos no Direito Regulatório. Em seguida, organiza o controle da captura em etapas, conforme teoria francesa sobre o controle de conflitos de interesses, e identifica os graus de captura aos quais deve corresponder tratamento jurídico diverso. Finalmente, a partir da experiência norte-americana, problematiza as diferentes estratégias de controle, na esperança de contribuir para o desenho de um sistema de proteção mais eficiente no Brasil.

Palavras-chave: Captura regulatória. Conflitos de interesses. Controle. Imparcialidade. Impessoalidade. Desvio de finalidade.

1. Introdução

Controlar captura regulatória é uma preocupação que nasceu na literatura norte-americana de análise econômica do Direito.⁶⁹³ No Brasil, a preocupação em controlar captura é relativamente recente⁶⁹⁴ e não necessariamente é levada a sério: uma pesquisa empírica

692 Advogada e mestranda em Direito Público pela UERJ. Foi *auditrice-libre* no *master II* de Direitos Fundamentais da Paris 1 (*Panthéon-Sorbonne*) em 2018.

693 Nos Estados Unidos, a expressão foi cunhada há mais de meio século, desde o texto seminal de STIGLER, George J. "The Theory of Economic Regulation", *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1, primavera de 1971, p. 3-21.

694 Todo o sistema regulatório, da forma como hoje se encontra estruturado, é relativamente recente.

realizada em 2017 revelou, entre outros problemas que contribuem para o descontrole da captura, que apenas 58% dos dirigentes das agências têm trajetória profissional conexas com a função; que as agências, em sua maior parte, não detalham o que é considerado “reputação ilibada” para fins de apontamento de dirigentes; não têm vedação a impedimentos; são dirigidas, por longos períodos de vacância, por dirigentes provisórios que não cumprem os requisitos dos definitivos; não dispõem de mecanismos efetivos de controle social e participação popular; e não contam, de modo geral, com procedimentos transparentes.⁶⁹⁵

Talvez a questão também não receba a devida atenção dos órgãos de controle externo.⁶⁹⁶ Não é comum encontrar jurisprudência que utilize expressamente o termo “captura regulatória”,⁶⁹⁷ não é grande o volume de literatura nacional especializada sobre o tema.⁶⁹⁸ Além disso, é de se esperar que exista resistência cultural ao controle da captura em um contexto político marcado pelo personalismo dos donos do poder.⁶⁹⁹

A importância de se construírem mecanismos efetivos de controle de captura se impõe pela gravidade dos prejuízos que as decisões capturadas podem causar.⁷⁰⁰ Além de importante, o aprimoramento do arcabouço jurídico brasileiro sobre o tema tornou-se urgente, diante da necessidade de conferir boa aplicação a novas

695 SALAMA, Bruno Meyerhof; BARRIONUEVO, Arthur (orgs.). “Processo de nomeação de dirigentes de agências reguladoras: uma análise descritiva”. São Paulo, Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/24851>.

696 Parece sugerir isso a pouca quantidade de ocorrências da expressão “captura regulatória”, conforme busca no espaço destinado a pesquisas de acórdãos do sítio virtual do Tribunal de Contas da União.

697 Como referência disso, uma busca realizada em sítio virtual que agrega acórdãos de todos os tribunais de justiça nacionais, por decisões de qualquer data, encontrou apenas 16 ocorrências de acórdãos com a expressão “captura regulatória”.

698 Busca no catálogo de teses e dissertações da Capes por ocorrências da expressão obteve apenas cinco resultados satisfatórios.

699 Sobre o personalismo e a cultura de patrimonialismo que marca as instituições brasileiras, veja FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. 11. ed. São Paulo: Globo, 1997; HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro, 2006; LAZARINI, Sérgio. *Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

700 Além dos danos inerentes à regulação capturada em si — uma regulação que não se presta a promover eficiência, a otimizar o funcionamento do mercado, a, enfim, promover o interesse público —, há danos colaterais relativos, por exemplo, à falta de confiança dos cidadãos nas instituições democráticas.

leis que endereçam o tema, direta ou indiretamente,⁷⁰¹ e dos desafios impostos pela regulação de novas tecnologias.⁷⁰²

A hipótese deste trabalho é a de que captura regulatória resulta de conflitos de interesses, e tratá-la como tal possibilita legitimizar, organizar e aprimorar seu controle.

O trabalho tem início com uma breve exposição sobre o conceito e a origem da categoria, os conflitos de interesses e a demonstração de normas espalhadas por todo o ordenamento brasileiro cujo objetivo é evitar ou mitigar riscos morais advindos desses conflitos. Em seguida, trata das peculiaridades dos conflitos de interesses ocorrentes em instituições de Direito Público, a partir do conceito de corrupção institucional. Então, passa a abordar especificamente os conflitos de interesses do Direito Regulatório, identificando, no ordenamento, os fundamentos jurídicos que permitem considerar a captura um ilícito e que geram o dever estatal de controlá-la.

O objetivo do segundo tópico é, a partir de uma moldura geral da literatura francesa sobre a gestão de conflitos de interesses, organizar em etapas o controle da captura. Apresentam-se os conteúdos das etapas de identificação, qualificação, processualização e sanção de conflitos, e destacam-se as peculiaridades do contexto da captura regulatória. A ideia central é a de que o fenômeno da captura ocorre em diferentes graus, cada um merecendo tratamento jurídico diverso.

Para evitar que o controle da captura torne-se excessivamente formalista ou gere ineficiência, o terceiro tópico discute estratégias de controle a partir de experiências norte-americanas. Primeiro, discute medidas relativas à análise institucional. Em seguida, aponta para a importância de haver instâncias extraestatais de controle (basicamente, a mídia e a sociedade). Após, discute as vantagens e as desvantagens do controle judicial da captura e, por fim, distingue hipóteses em que o controle em cada instância se faz desejável.

701 Por exemplo, a Lei de Conflitos de Interesses e a Nova Lei das Agências Reguladoras.

702 O caso Uber (ADPF nº 449/DF) trouxe precedente vinculante emblemático sobre captura. De modo geral, as disrupções mercadológicas trazidas pelas novas tecnologias colocam em questão se há interesse público nas razões que inspiram as regulações existentes.

1. Captura como espécie do gênero “conflito de interesses”

Este tópico se ocupará de dois objetivos: (i) posicionar a captura em um sistema maior, de tratamento de conflitos de interesses; e (ii) demonstrar a existência de um dever estatal de instituição de mecanismos de proteção contra ela.

A visão do contexto no qual se situa a captura é importante por quatro razões.

Em primeiro lugar, viabiliza o intercâmbio de ideias nascidas em conflitos de interesses de outros campos. Há, como será demonstrado, conceitos e mecanismos de proteção desenvolvidos no contexto da proteção da parcialidade dos árbitros perfeitamente aplicáveis ao contexto da captura.

Em segundo lugar, essa visão reforça a legitimidade do combate à captura ao demonstrar que a ilegalidade decorrente do fenômeno não é exclusiva da regulação. Como afirmado, a proteção contra a captura, no Brasil, está inserida em um contexto político marcado por mazelas históricas de patrimonialismo⁷⁰³ e constitui uma iniciativa recente e incipiente quando comparada à proteção operada em outros países.⁷⁰⁴

Além disso, a visão do contexto tende a aumentar a qualidade da interpretação. Normas sobre conflitos de interesses tendem a ser mais bem aplicadas se o intérprete tiver como ponto de partida o conflito subjacente a elas e, a partir disso, procurar identificar quais interesses estão potencialmente em questão no caso concreto. Isso tende a evitar aplicações formalistas de sua literalidade, dissonantes de sua razão de ser. Como toda legislação, normas sobre conflitos de interesses serão sempre insuficientes para lidar com a

703 A afirmação se baseia nas conclusões dos ensaios de FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. 11. ed. São Paulo: Globo, 1997; HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro, 2006; LAZARINI, Sérgio. *Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

704 Em pesquisa realizada pelas palavras-chave “captura regulatória” e “captura” em sites de tribunais brasileiros, encontra-se pouca ou nenhuma jurisprudência. Nos Estados Unidos, a expressão foi cunhada há mais de meio século. (STIGLER, George J. “The Theory of Economic Regulation”, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1, primavera de 1971, p. 3-21).

complexidade da realidade e deixarão vácuo de sobreinclusão e de subinclusão.⁷⁰⁵ Esse risco de má aplicação pode ser mitigado pela “visão da floresta”.⁷⁰⁶

A quarta razão pela qual a visão do contexto importa é o fato de que faz transparecer que há um arcabouço principiológico constitucional suficiente para autorizar (e, em verdade, impor) a gestão de conflitos de interesses no Direito Regulatório, inclusive nos casos em que o legislador ordinário não a tenha positivado.

1.1. Conflitos de interesses: conceito e origem

Vista a partir de um panorama mais abrangente, a captura é o resultado da projeção para a regulação de um problema ético que perpassa todas as relações de representação da sociedade. Trata-se dos conflitos de interesses.

A expressão “conflitos de interesses” é usada no campo jurídico, em geral, para designar uma pretensão titularizada por um indivíduo e resistida pela pretensão contrária de outro indivíduo: é o interesse do credor, que se contrapõe ao interesse do devedor; é o interesse do particular, que se contrapõe àquele da Administração.⁷⁰⁷

Entretanto, os interesses em conflito que são objeto desta análise têm a peculiaridade de ser titularizados por uma mesma pessoa. Essa pessoa se encontra, em regra, encarregada de defender o interesse de outrem. Daí a definição do fenômeno apontada por Moret-Bailly como sendo a mais antiga: “O conflito de interesses nasce quando algum interesse pessoal se opõe ao interesse que o indivíduo está encarregado de defender”.⁷⁰⁸

705 Citando SCHAUER, Noel STRUCHINER explica: “A generalização é sobreinclusiva na medida em que, em certos casos, não generalizamos quando falamos. A afirmação é subinclusiva na medida em que deixa de fora outras características da linguagem, além de seu caráter de generalidade, que poderiam ter sido ressaltadas”. (STRUCHINER, Noel. “Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito”. Tese (Doutorado). Filosofia — PUC-Rio, agosto de 2005, p. 149.)

706 “A sua análise [do direito] há de ser sempre empreendida desde uma perspectiva globalizante; não se o pode analisar em tiras, em pedaços, visto que não poderá ser ele compreendido se o visualizarmos dissociado da estrutura global na qual se compõe como instância.” (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 68)

707 AGARWAL, Shubhi; GOEL, Rohit; VASHISHTHA, Pushpendra. “A literature review on agency theory”, *Indian Journal of Research*, v. 3, maio de 2014, p. 30.

708 “(...) [D]es situations dans lesquelles un acteur chargé de défendre un intérêt, quel que soit le contexte, se retrouverait ou pourrait se retrouver en position de le trahir.” (...) “[L]e conflit

A expressão “conflitos de interesses”, tal como é usada aqui, tem origem em trabalhos produzidos no século XVIII no campo da Economia e foi importada pela Administração de Empresas, por trabalhos no campo de Governança Corporativa na década de 1990, sob o nome de *agency theory*,⁷⁰⁹ a teoria da agência. O tema é verdadeiramente interdisciplinar. A teoria da *public choice*, advinda de trabalhos que promovem diálogo entre Ciência Política e Economia, endereça o mesmo fenômeno.⁷¹⁰

Ontologicamente, o conflito de interesses consubstancia um problema ético que não se restringe aos campos da Economia, da Administração ou do Direito, mas está presente nas tomadas de decisão em toda a vida humana. Quando se tem um interesse pessoal apontando para um comportamento contrário àquele que o indivíduo sabe que deve ter, surge a tensão entre a vontade autointeressada e a vontade de “fazer o que é correto”. Portanto, “conflito de interesses” é o nome que se dá a situações em que existem interesses divergentes daqueles com os quais o agente se comprometeu. Essa situação gera um risco moral que dificulta a tomada de decisões corretas pelo agente. Um agente moralmente *virtuoso* terá melhores condições de tomar decisões corretas, mesmo se encontrando

d'intérêts prend naissance lorsque l'intérêt personnel s'oppose à l'intérêt que l'on est en charge de défendre.” Em tradução livre: “As situações nas quais um agente encarregado de defender um interesse, qualquer que seja o contexto, se encontrará ou poderá encontrar-se em posição de trai-lo. (...) O conflito de interesses nasce quando o interesse pessoal se opõe ao interesse que a pessoa está encarregada da defender”. (MORET-BAILLY, Joel. *Les Conflits d'intérêts: définir, gérer, sanctionner*, LGDJ, Lextenso Éditions, 2014, p. 23-24.)

709 AGARWAL e outros apontam que o problema foi reconhecido pela primeira vez no século XVIII por Adam Smith: “*The agency problem inherent in the separation of ownership and control of assets was recognised as far back as in the 18th century by Adam Smith in his Wealth of Nations, and studies such as those by Berle and Means (1943) and Lorsch and MacLaver (1989) show the extent to which this separation has become manifest in firms throughout the world.*” (AGARWAL, Shubhi; GOEL, Rohit; VASHISHTHA, Pushpendra. “A literature review on agency theory”, *Indian Journal of Research*, v. 3, maio de 2014, p. 51.

710 Sobre a teoria das escolhas públicas, veja TULLOCK, Gordon. “Public Choice”. In: P. Newman (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law. The New Palgrave Dictionary of Economics*. Londres: Macmillan, 2008; FARBER, Daniel A.; FRICKEY, Philip P. *Law and public choice: a critical introduction*. Chicago: University of Chicago Press, 1991; BRENNAN, Geoffrey; BUCHANAN, James M. “Is Public Choice Immoral? The Case for the ‘Nobel’ Lie”, *Virginia Law Review*, v. 74, n. 2, Symposium on the Theory of Public Choice, 1988; MASHAW, Jerry L. *Greed, chaos, & governance. Using public choice to improve public law*. New Haven: Yale University Press, 1997; STEARNS, Maxwell L.; ZYWICKI, Todd J. *Public choice concepts and applications in law*. St. Paul, Thompson Reuters, 2009, p. 1-29, 76-89, 123-126; SUNSTEIN, Cass, “Interest Groups in American Public Law”, *Stanford Law Review* 29 (1985); SKEEL JR., David. “Public choice and the future of public-choice-influenced legal scholarship”, *Vanderbilt Law Review*, v. 50, 1997, p. 647-672.

em uma situação de conflito. Outro, com identidade moral menos forte,⁷¹¹ produzirá uma decisão capturada. Como não é prudente depender da virtude moral alheia, alguns conflitos de interesses foram detectados como situações de risco e receberam tratamento jurídico peculiar, como se passa a descrever.

1.1.1 *Projeções da proteção contra conflitos de interesses pelo ordenamento*

Os conflitos de interesses são a raiz teleológica de inúmeras normas por todos os campos do Direito, as quais, com frequência, não são percebidas como normas sobre conflitos de interesses. Passa-se a enunciar de forma exemplificativa algumas delas.

No Direito Privado, destacam-se: a invalidade do testamento conjuntivo, também, não coincidentemente, denominado captatório (arts. 1.863 e 1.900, I, do Código Civil),⁷¹² as regras de impedimento do Direito Empresarial (art. 30 da Lei de Falências,⁷¹³ art. 1.066, parágrafo 1º do Código Civil,⁷¹⁴ entre outros); e a exigência de legitimação negocial do comprador⁷¹⁵ (art. 497 do Código Civil), com a consequente invalidade da compra em hasta pública feita por quem não tem essa capacidade específica.⁷¹⁶

711 É a expressão utilizada pela OCDE em: OECD (2018). "Behavioural Insights for Public Integrity: Harnessing the Human Factor to Counter Corruption", *OECD Public Governance Reviews*, OECD Publishing, Paris. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264297067-e>, p. 13; OECD. *Managing Conflict of Interest in the Public Sector*. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/governance/managing-conflict-of-interest-in-the-public-sector_9789264018242-en#page2. Acesso em: 24 nov. 2020

712 BRASIL. Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. "Art. 1.863. É proibido o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo; [...] Art. 1.900. É nula a disposição: I — que institua herdeiro ou legatário sob a condição captatória de que este disponha, também por testamento, em benefício do testador, ou de terceiro."

713 BRASIL, Lei de Falências e Recuperação, Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. "Art. 30. Não poderá integrar o Comitê ou exercer as funções de administrador judicial quem, [...]. § 1º Ficará também impedido de integrar o Comitê ou exercer a função de administrador judicial quem tiver relação de parentesco ou afinidade até o 3º (terceiro) grau com o devedor, seus administradores, controladores ou representantes legais ou deles for amigo, inimigo ou dependente."

714 BRASIL, Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. "Art. 1.066, § 1º. Não podem fazer parte do conselho fiscal, além dos inelegíveis enumerados no § 1º do art. 1.011, os membros dos demais órgãos da sociedade ou de outra por ela controlada, os empregados de quaisquer delas ou dos respectivos administradores, o cônjuge ou parente destes até o terceiro grau."

715 A expressão é de Marco Aurélio Bezerra de Melo apud SCHREIBER, Anderson *et al.* *Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 298.

716 A lógica de proteção fica clara no caso de proibição da aquisição por tutores e curadores dos bens confiados à sua guarda: evitar o conflito entre dois interesses que o comprador poderia ter, o interesse de administrar o bem da melhor forma possível vs. o interesse de adquirir o bem pelo menor preço possível.

A projeção do mesmo fenômeno no campo do Direito Processual, seja ele Penal, Trabalhista, Civil ou Arbitral, é a proteção à independência e à imparcialidade do juiz ou do árbitro.⁷¹⁷ Nesses casos, a questão se reveste da natureza de garantia fundamental do processo⁷¹⁸, gera o dever de revelação (do árbitro)⁷¹⁹, autoriza instauração de incidente⁷²⁰ ou de impugnação⁷²¹ durante o procedimento, assim como, após o procedimento, viabiliza o ajuizamento de anulatória de sentença arbitral⁷²² e de rescisão da sentença judicial⁷²³. Gera, enfim, um conjunto de mecanismos preventivos e repressivos, um sistema de controle.

No Direito Público os exemplos também são diversos. No vértice do ordenamento, a Constituição institui, no art. 54,⁷²⁴ vedações a deputados e senadores, visando evitar que eles se coloquem em situações de conflitos éticos entre seu interesse particular financeiro e o interesse em desempenhar a função pública de acordo com

717 BRASIL, Lei de Arbitragem, Lei nº 9.306 de 23 de setembro de 1996, Art. 13, §6º. "No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção."

718 GRECO, Leonardo, *Instituições de Processo Civil*, v. 1, 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 19-20.

719 BRASIL, Lei de Arbitragem, Lei nº 9.306 de 23 de setembro de 1996, Art. 14, § 1º "As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência."

720 BRASIL, Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, Art. 146. "No prazo de 15 (quinze) dias, a contar do conhecimento do fato, a parte alegará o impedimento ou a suspeição, em petição específica dirigida ao juiz do processo, na qual indicará o fundamento da recusa, podendo instruí-la com documentos em que se fundar a alegação e com rol de testemunhas."

721 BRASIL, Lei de Arbitragem, Lei nº 9.306 de 23 de setembro de 1996, Art. 15. "A parte interessada em arguir a recusa do árbitro apresentará, nos termos do art. 20, a respectiva exceção, diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, deduzindo suas razões e apresentando as provas pertinentes. Parágrafo único. Acolhida a exceção, será afastado o árbitro suspeito ou impedido, que será substituído, na forma do art. 16 desta Lei."

722 BRASIL, Lei de Arbitragem, Lei nº 9.306 de 23 de setembro de 1996, Art. 32. "É nula a sentença arbitral se: II — emanou de quem não podia ser árbitro; (...)."

723 BRASIL, Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, Art. 966. "A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: II — for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente; (...)"

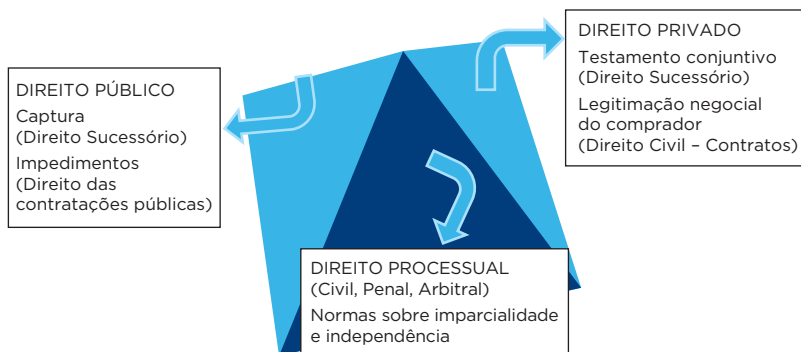
724 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, "Art. 54. Os Deputados e Senadores não poderão: I — desde a expedição do diploma: a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública [...]; b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que sejam demissíveis "ad nutum", nas entidades constantes da alínea anterior; II — desde a posse: a) ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada; b) ocupar cargo ou função de que sejam demissíveis *ad nutum*, nas entidades referidas no inciso I, "a"; c) patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere o inciso I, "a"; d) ser titulares de mais de um cargo ou mandato público eletivo."

suas convicções sobre os interesses de seus representados. Regras de impedimento nas contratações públicas (art. 9º da nº Lei 8.666,⁷²⁵ por exemplo) também estão fundadas no mesmo propósito.

Por fim, em nível federal, a Lei de Conflitos de Interesses (Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013)⁷²⁶ conceitua e aplica expressamente o instituto e “dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego (...)”, vinculando todos os agentes públicos federais, inclusive, é claro, aqueles lotados em agências reguladoras.

Todos esses exemplos são uma mostra de que o Direito se preocupa em evitar riscos éticos causados por potenciais conflitos de interesse e que a proteção contra eles se projeta por todo o ordenamento em normas de diversos ramos. O tópico seguinte aborda elementos que distinguem os conflitos éticos na seara do Direito Público dos demais, que ajudam a identificá-los e que são fundamentais para se compreender o fato de que sua antijuridicidade independe de positivação.

Exemplos de proteção contra conflitos éticos no ordenamento



725 BRASIL. Lei de Licitações e Contratos, Lei nº 8.666 de 21 de julho de 1993, Art. 9º “Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários: [...] III – servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação. [...] § 3º Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários. § 4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se aos membros da comissão de licitação.”

726 BRASIL, Lei de Conflitos de Interesses, Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013.

1.2. Conflitos de interesses em instituições de Direito Público: corrupção institucional

Em *Institutional Corruptions*, Lawrence Lessig convida o leitor a imaginar *Lesterland*, uma democracia cujo sistema eleitoral é composto por duas eleições. Na primeira, podem votar somente os *Lesters*, um grupo pequeno; e, na segunda, votam todos os cidadãos maiores. Ter bons resultados na primeira eleição é requisito para que um candidato possa disputar a segunda eleição em *Lesterland*.

Esses elementos bastam para que se possa chegar a duas conclusões sobre essa democracia.

Em primeiro lugar, sua estrutura eleitoral cria dois fortes incentivos aos candidatos: (i) vincularem-se à vontade os *Lesters*,⁷²⁷ e (ii) não se oporem ao sistema que dá aos *Lesters* esse poder.

Em segundo lugar, os legisladores dependem de dois públicos: o povo e os *Lesters*, ou seja, os legisladores não dependem *somente* do povo.

Lessig prossegue com a construção de seu raciocínio: os representantes de *Lesterland* têm pelo menos duas dependências, as quais estão em conflito.⁷²⁸ Uma delas é positiva: aquela que vincula os interesses de uma pessoa ou de uma instituição a determinado tipo de foco considerado correto. Por outro lado, dependência negativa é aquela que volta a pessoa ou a instituição para focos distintos do correto, como a dependência que os candidatos de *Lesterland* têm em relação aos *Lesters*. Assim, Lessig chega ao conceito de “corrupção institucional”. Em contraste com a corrupção individual, que descreve ações imorais de pessoas físicas, a corrupção institucional teria lugar quando a instituição, em sua estrutura, incentiva conflitos de interesses.

727 LESSIG, Lawrence. “Institutional Corruptions”. *Edmond J. Safra Working Papers*. nº 1, 15 de março de 2013. Disponível em: <http://www.ethics.harvard.edu/lab>. “Se um candidato quer ser bem-sucedido na primeira eleição, tem forte motivo para dar aos *Lesters* razão para gostarem dele. Essa razão pode ser uma interpretação que lhes seja mais favorável do que o ‘interesse público’ em um caso. Ou melhor, habilidade para satisfazer aos interesses particulares dos *Lesters*”. (Tradução livre.)

728 Idem, *ibidem*, p. 13.

A única descoberta necessária para se identificar a “corrupção por dependência” é identificar outra dependência que conflite com a dependência “da lei” (no caso dos juízes) ou “do povo” (no caso da democracia), quer dizer, com aquilo de que o agente público deve efetivamente depender. Na visão de Lessig, não seria necessário demonstrar prejuízo em concreto. Para que se configure a corrupção institucional, basta realizar o teste da possibilidade: a corrupção institucional é o conflito.

As reflexões de Lessig inspiram a conclusão de que não se pode depender de virtude pessoal para garantir a qualidade de uma instituição. É necessário estruturar a instituição de forma a não criar incentivos ou interesses que conflitem com aquele interesse que deve mover os agentes.

Portanto, dois elementos fundamentais distinguem os conflitos éticos na seara do Direito Público: (i) em um Estado Democrático de Direito, todo agente público está em uma relação de representação e, conseqüentemente, encontra-se sujeito ao risco de que seus interesses pessoais conflitem com os do representado, o povo; (ii) qualquer ato administrativo deve, obrigatoriamente, ser regido *soamente* pela finalidade de promover o interesse público.

Por essa razão, o risco de se desviar do atingimento do interesse público deve inspirar normas que previnam conflitos éticos por todo o Direito Administrativo, em todas as instituições públicas. É urgente repensar as instituições e os procedimentos do Direito Público e, em especial, aqui, os relativos à Regulação, a partir da estrutura de incentivos que eles geram e detectar *dependências negativas*, conflitos éticos de interesses que desviam o agente público da finalidade pública por excelência, a promoção do interesse público.

1.3. Um recorte da pirâmide: fundamentos jurídicos de um sistema de proteção contra a captura

O conceito bastante técnico de captura é formulado por Carpenter e Moss (2014), para quem a captura regulatória é “o resultado ou o processo pelo qual a regulação, no Direito ou na prática, é consistente e repetidamente desviada do interesse público e direcionada aos interesses especiais da indústria regulada, pelo intento e ação

dessa própria indústria” (grifos apostos).⁷²⁹ Se a captura coloca o Estado a serviço de alguns particulares, e não a serviço de todos, é intuitivo que ela é antidemocrática, antirrepublicana e viola cláusulas fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Parte-se, aqui, do pressuposto antistigleriano,⁷³⁰ de que “a captura não é uma explicação necessária e suficiente de toda e qualquer regulação”. É, diversamente, “um fenômeno contingente (um risco) cuja concretização não se relaciona exclusivamente com o agir individual dos agentes responsáveis pela regulação, mas também com as estruturas sociais em face das quais a regulação é exercida”.⁷³¹ Relaciona-se também com as estruturas institucionais de organização do Estado Regulador.

Se as áreas nas quais se divide epistemologicamente o Direito podem ser vistas como faces de uma pirâmide, o recorte desse tópico consiste na identificação (não exaustiva) da faceta triangular que corresponderia às normas jurídicas sobre captura regulatória. No vértice dessa figura, a Constituição da República contém fundamento que embasa todo o sistema de proteção contra conflitos de interesses, os princípios da moralidade e da impessoalidade, expressos no *caput* do art. 37.⁷³²

729 CARPENTER, Daniel; MOSS, David. A. “Introduction”. In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. (orgs.). *Preventing Regulatory Capture: special influence and how to limit it*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 13. Trecho citado em tradução livre. No original: “Regulatory capture is the result or process by which regulation, in law or application, is consistently or repeatedly directed away from the public interest and toward the interests of the regulated industry, by the intent and action of the industry itself.”

730 Stigler, o primeiro autor a escrever sobre captura, com base em teorias econômicas que pressupõem que o ser humano sempre agirá para maximizar suas próprias utilidades, defendia que toda regulação era necessariamente capturada. (STIGLER, George J. “The Theory of Economic Regulation”, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1, primavera de 1971, p. 3-21).

731 BAGATIN, Andrea Cristina. “Teoria da captura: explicação necessária e suficiente para a existência de regulação?”, *Revista de Direito Público da Economia — RDPE*, ano 7, n. 28, out.-dez. de 2009. Belo Horizonte: 2009.

732 No sentido de que o princípio da impessoalidade tem por fundamento o Estado Democrático de Direito, GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. “O princípio da impessoalidade”, *Revista Brasileira de Direito Público — RBDP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, jul.-set. 2007, p. 61-98: “O princípio da impessoalidade encontra justificativa no fato de que o comportamento da administração pública deve ser impessoal pela simples razão de que uma administração pública pessoal é incompatível como o Estado Democrático de Direito e com os subprincípios que lhe informam e lhe dão conteúdo. [...] Nesse sentido, então, pode-se formular o enunciado de que o princípio da impessoalidade encontra fundamentação no princípio do Estado de Direito e nos subprincípios da legalidade, da igualdade, da democracia e no princípio republicano”.

Em relação ao conteúdo do princípio da impessoalidade, haveria, de acordo com Gavião Filho, certa controvérsia. Para alguns autores, não seria outra coisa senão o clássico princípio da finalidade, que impõe ao administrador público o dever de somente praticar o ato para seu fim legal e o obriga a perseguir o interesse público, sob pena de desvio de finalidade, vedando que se comporte em favor da satisfação de interesses próprios ou de terceiros.⁷³³ Para outros, seria um mero reforço argumentativo do princípio da igualdade. Gavião Filho, contudo, defende que o conteúdo do princípio da impessoalidade não se esgota no conteúdo dos outros princípios mencionados e o toma, em sentido amplo, como “gênero do qual podem ser retirados os deveres de conduta de: i) objetividade; ii) neutralidade; iii) imparcialidade”.⁷³⁴ E acrescenta:

[A] impessoalidade impõe à administração pública os deveres de conduta vinculantes de: a) respeitar o direito de igualdade dos administrados; b) não utilização da coisa pública em proveito próprio ou alheio; c) proceder com objetividade na escolha dos meios para realização do bem comum; d) imparcialidade na prática de atos administrativos e de tomada de decisões administrativas que afetem interesses privados e públicos; e) neutralidade dos agentes públicos e políticos, no sentido de não atuarem movidos por interesses político-partidários ou ideológicos.⁷³⁵

Por isso mesmo, pode-se formular o enunciado no sentido de que a impessoalidade impõe limitações à atividade administrativa: a) restringindo o espaço da atividade discricionária; b) fixando parâmetros decisórios para a determinação do interesse público; c) fixando critérios objetivos para o processo

733 Parafraseei GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. “O princípio da impessoalidade”, *Revista Brasileira de Direito Público* — RBDP, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, jul.-set. 2007, p. 61-98.

734 Id., *ibid.*

735 Id., *ibid.*

administrativo; d) estabelecendo critérios objetivos para a solução dos conflitos de interesses privados postos perante a administração pública.⁷³⁶

Como os conflitos de interesses estão relacionados à imparcialidade e à regularidade da decisão administrativa, a Administração tem o dever de controlá-los.⁷³⁷

No plano internacional, fala-se no *direito fundamental a uma boa administração*, expressamente previsto nos itens 1 a 4 do artigo 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁷³⁸ e extraído por via de interpretação de convenções sobre direitos humanos.⁷³⁹ A respeito do conteúdo desse direito, Ismail Filho afirma que consiste na observância pelo administrador público “dos princípios da administração pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, igualdade, razoabilidade, proporcionalidade etc.), das tarefas fundamentais do Estado e dos direitos referentes à participação procedimental do particular na gestão pública”, e completa: “Administrar recursos públicos é gerir interesses alheios, dentro de uma ética de moralidade (honestidade) cuja principal meta deve ser, não o interesse pessoal do administrador, mas servir à comunidade”.⁷⁴⁰

736 GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. “O princípio da impessoalidade”, *Revista Brasileira de Direito Público* — RBDP, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, jul.-set. 2007, p. 71.

737 Nesse mesmo sentido, Moret-Bailly: “*Dès lors que les conflits d'intérêt deviennent une problématique qui renvoie à l'impartialité et donc à la régularité de la décision administrative, l'administration doit contrôler les liens d'intérêts de l'expert pour vérifier s'ils constituent ou non un conflit.*» (MORET-BAILLY, Joel. *Les Conflits d'intérêts: définir, gérer, sanctionner*, LGDJ, Lextenso Éditions, 2014, p. 143.) Em tradução livre: “Desde o momento em que os conflitos de interesse se tornam uma problemática relativa à imparcialidade e, portanto, à regularidade da decisão administrativa, a administração deve controlar os elos e as ligações de interesses do expert para verificar se eles constituem ou não um conflito”.

738 Reza o dispositivo: Artigo 41. O Direito a uma boa administração. 1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende, nomeadamente: o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente, o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial, a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros. 4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.

739 Artigos 8º e 25º da Convenção Americana de Direitos Humanos, por exemplo.

740 ISMAIL FILHO, Salomão. “Boa administração: um direito fundamental a ser efetivado em prol de uma gestão pública eficiente”, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, set.-dez. 2018, p. 105-137.

Em um nível abaixo na pirâmide, estão os dispositivos de leis nacionais que veiculam normas gerais. Em primeiro lugar, o art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), classifica como ato de improbidade administrativa aquele que é praticado em desvio de finalidade, ou seja, “visando a fim diverso daquele previsto na regra de competência”. É um interesse especial ou privado que leva o agente a agir em desvio de finalidade, razão pela qual o desvio aponta para a existência de um conflito de interesses. Justen Filho chega a identificar a captura regulatória como desvio de finalidade.⁷⁴¹

Além disso, o art. 4 da Lei nº 13.848/2019 (Lei das Agências Reguladoras) vincula as decisões dos dirigentes de agências reguladoras ao interesse público:⁷⁴² “A agência reguladora deverá observar, em suas atividades, a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público”.

Finalmente, o art. 3, I, da Lei nº 12.813/2013 (Lei de Conflitos de Interesses), aplicável, como visto, aos agentes públicos de agências reguladoras federais, conceitua conflito de interesses como “a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública”.

A Lei determina o dever do agente público de prevenir ou impedir possível conflito de interesses,⁷⁴³ e enuncia que a ocorrência de conflito independe da existência de lesão ao patrimônio público ou de vantagem para o agente.⁷⁴⁴ Os dispositivos seguintes

741 JUSTEN FILHO apud GUERRA, Sérgio. “Teoria da captura de agência reguladora em sede pretoriana”, *Revista de Direito Administrativo* — RDA, Belo Horizonte, jan.-abr. 2007, p. 13; JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética: 2002, p. 378 e 586: “A captura da agência se configura, então, como mais uma faceta do fenômeno de distorção de finalidades dos setores burocráticos estatais.”

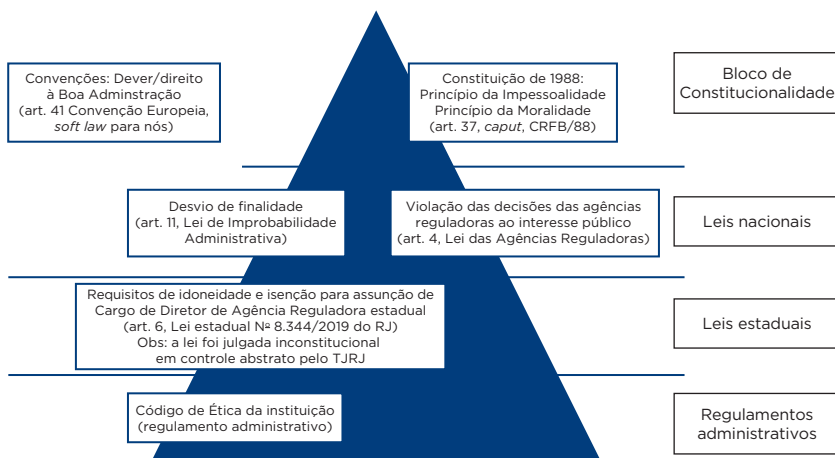
742 BRASIL, Lei das Agências Reguladoras, Lei nº 13.848 de 25 de junho de 2019. “Art. 4º A agência reguladora deverá observar, em suas atividades, a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público.”

743 BRASIL, Lei dos Conflitos de Interesses, Lei nº 12.813 de 16 de maio de 2013. Art. 4º “O ocupante de cargo ou emprego no Poder Executivo federal deve agir de modo a prevenir ou a impedir possível conflito de interesses.”

744 BRASIL, Lei dos Conflitos de Interesses, Lei nº 12.813 de 16 de maio de 2013. Art. 4º, § 2º “A ocorrência de conflito de interesses independe da existência de lesão ao patrimônio público, bem como do recebimento de qualquer vantagem ou ganho pelo agente público ou por terceiro.”

elencam situações de conflito no exercício de cargo ou emprego e após o exercício de cargo ou emprego, além de atribuir uma série de competências à Controladoria-Geral da União e à Comissão de Ética Pública para monitoramento de tais conflitos.

Recorte da Pirâmide: previsões normativas sobre captura



Na esfera dos entes federativos, há o exemplo da Lei nº 8.344/2019, do estado do Rio de Janeiro, cujo art. 6º⁷⁴⁵ definiu requisitos de idoneidade e *isenção* para a assunção de cargo de diretor de agência reguladora estadual. A lei foi julgada inconstitucional

745 ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, Lei nº 8.344/2019, de 1 de abril de 2019. Art. 6º “A Diretoria Colegiada da ARSERJ é o seu órgão deliberativo superior, incumbindo-lhe exercer as competências previstas nesta Lei, conforme dispuser o seu regimento interno. § 1º A Diretoria Colegiada será composta por cinco Diretores, entre cidadãos brasileiros de reputação ilibada e elevado conceito em seu campo de especialidade, nomeados pelo Governador de Estado após aprovação pelo Plenário da Assembleia Legislativa, devendo ser atendidos, previamente, os seguintes requisitos: I – ter experiência profissional de, no mínimo, 5 (cinco) anos no setor público ou privado, no campo de atividade da ARSERJ ou em área a ela conexa; II – ter formação universitária e compatível com o cargo para o qual foi indicado; III – ter ficha limpa, conforme dispõe o inciso XXIX, artigo 77 da Constituição Estadual, regulamentado pela Lei Complementar Estadual nº 143/2012, bem como com a Lei Complementar Federal nº 135/2010; IV – não possuir filiação ou atuação partidária nos últimos dois anos anteriores à data de investidura; V – não ter exercido qualquer cargo ou função de controlador, diretor, administrador ou gerente de sociedade empresária ou entidade submetida à competência regulatória da ARSERJ, nos últimos dois anos anteriores à data da indicação; VI – não ter exercido cargo eletivo nos últimos dois anos anteriores à data de investidura; VII – não ser cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, de dirigente, administrador ou conselheiro de empresas submetidas efetiva ou potencialmente à jurisdição da ARSERJ, ou com pessoa que detenha mais de 1% (um por cento) de seu capital.”

em controle abstrato pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Embora extirpada do ordenamento, é uma boa ilustração de regra específica estadual que embasa prevenção contra a captura.

Finalmente, na base da pirâmide, estão os atos administrativos normativos que trazem regras institucionais sobre ética, *compliance* e assuntos correlatos.

2. Etapas possíveis do controle da captura

Se captura é o resultado de conflitos de interesses, quer de agentes públicos individualmente considerados, quer das instituições públicas, a teoria geral sobre tratamento de conflitos de interesses pode ser uma ferramenta útil para se aprimorar seu controle.

Este tópico tem o objetivo de aplicar, de forma crítica, ao contexto da captura regulatória a teoria geral sobre conflitos de interesses formulada por Moret-Bailly.⁷⁴⁶ O autor explica que só recentemente a expressão passou a ser alvo do Direito Positivo e objeto de doutrina jurídica,⁷⁴⁷ e que essa costuma tratar da questão de maneira setorizada (conflitos de determinado contexto). Sublinha, entretanto, que os mecanismos de controle de conflitos são semelhantes, de modo que seria possível categorizar suas medidas em: identificação, controle ou gerenciamento — que estaria subdividido em prevenção, qualificação e processualização — e sanção.⁷⁴⁸

746 MORET-BAILLY, Joel. *Les Conflits d'intérêts: définir, gérer, sanctionner*, LGDJ, Lextenso Éditions, 2014.

747 Segundo ele, na França, só na década de 1990 a expressão começou a ser usada no direito da saúde, após haver sido importada do direito anglo-saxão, onde teve origem no contexto do Direito Societário. MORET-BAILLY, Joel. *Les Conflits d'intérêts: définir, gérer, sanctionner*, LGDJ, Lextenso Éditions, 2014, p. 41-43.

748 "On peut alors tirer trois conclusions des développements de cette partie: la gestion des conflits d'intérêts emprunte à trois modalités: la prévention, le contrôle et la procéduralisation. Les techniques mobilisées sont alors multiples: incompatibilités, information sur les liens, réorganisation du travail, productions normatives internes aux institutions concernées, institution d'un organe en matière de gestion de conflits, désignation d'autorités en matière de qualification, retraits, départs, récusations, mais également recrutement ou maintien exceptionnel dans les fonctions d'une personne en situation de conflit." Em tradução livre: Podemos tirar três conclusões dos desenvolvimentos desta parte: o gerenciamento de conflitos de interesses toma emprestado de três modalidades: prevenção, controle e proceduralização. As técnicas mobilizadas são múltiplas: incompatibilidades, informações sobre links, reorganização da gravata, produções normativas internas às instituições envolvidas, instituição de um órgão em matéria de gestão de conflitos, designação de autoridades em matéria de qualificação, retirada, deportação, desafios, mas também recrutamento ou retenção excepcional no cargo de uma pessoa em situação de conflito. (MORET-BAILLY, Joel. *Les Conflits d'intérêts: définir, gérer, sanctionner*, LGDJ, Lextenso Éditions, 2014, p. 160.)

2.1. Identificação

O primeiro passo para gerenciar conflitos consiste em identificar os interesses em jogo em dada situação, levantando e verificando as informações. Moret-Bailly usa uma expressão que pode ser traduzida como *elos* ou *ligações* para definir as situações fáticas que serão identificadas neste momento. Elas podem caracterizar ou não conflitos. É no momento seguinte, o da chamada *qualificação* jurídica, que se decide se essa caracterização ocorre ou não e — este trabalho propõe — em que grau.⁷⁴⁹

A partir da análise de conflitos de interesses no âmbito da saúde, das profissões liberais, do funcionalismo público e das empresas privadas, Moret-Bailly afirma que há uma exigência que se extrai sistematicamente dos diferentes corpos de regras: a obrigação do agente de declarar seus elos e ligações e de especificar a qual título se exprimem.⁷⁵⁰ Trata-se do chamado dever de revelar, instituto bem desenvolvido no Brasil no contexto da arbitragem comercial.⁷⁵¹ O autor o destaca como mecanismo primordial para essa etapa da gestão de conflitos.

Uma das propostas deste consiste em que, nas relações que envolvam interesse público, como na Regulação, o dever de revelação é extraído diretamente dos princípios constitucionais de imparcialidade, impessoalidade, publicidade e transparência, independentemente de previsão legal.⁷⁵² A delimitação dos limites desse dever, do que deve ou não ser revelado, não é objeto deste trabalho.

749 MORET-BAILLY, Joel. *Les Conflits d'intérêts: définir, gérer, sanctionner*, LGDJ, Lextenso Éditions, 2014, p. 143.

750 “Une exigence s'évince cependant systématiquement des différents corps de règles analysés: toujours déclarer ses liens et préciser à quel titre on s'exprime (ou d'où l'on parle)». Em tradução livre: uma exigência que entretanto se extrai sistematicamente dos diferentes conjuntos de regras analisadas: sempre declarar seus elos e precisar a qual título se exprimem (ou de onde ou de quem se fala). (MORET-BAILLY, Joel. *Les Conflits d'intérêts: définir, gérer, sanctionner*, LGDJ, Lextenso Éditions, 2014, p. 73.)

751 Essa obrigação está expressa no parágrafo único do art. 14 da Lei nº 9.307/96, o qual, reproduzindo o art. 12 da Lei Modelo da UNCITRAL, prescreveu o dever do árbitro de revelar, “antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência”.

752 A ideia de que o dever de controlar a captura e o próprio dever de revelar independem de previsão repousa sobre a vinculação da Administração ao ordenamento jurídico como um todo, o conceito de juridicidade administrativa, de Binembomj: “A ideia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da *legalidade* administrativa. Isso significa que a atividade administrativa continua a se realizar, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional

A identificação dos conflitos de interesses no âmbito regulatório envolve peculiaridades. De acordo com o conceito de captura acima mencionado, a captura resulta do desvio da regulação do interesse público para os interesses especiais da indústria regulada.⁷⁵³ Daí, intui-se que identificar uma regulação capturada requer (i) definir quais são os interesses específicos da indústria regulada e (ii) definir qual é o objetivo da regulação, ou seja, qual interesse público deve orientá-la.

Carpenter e Moss⁷⁵⁴ afirmam que o conceito de interesse público deve ser falseável (*defeasable*), quer dizer, deve ser possível prová-lo como falso.⁷⁵⁵ Proteger a concorrência e reduzir a assimetria de informação parecem ser bons exemplos de objetivos regulatórios suficientemente carregados de objetividade.

Trazendo o conceito para a realidade prática, os autores criaram parâmetros empíricos para um diagnóstico de captura.⁷⁵⁶ De acordo com eles, para concluir pela ocorrência de captura, o argumento deve:

- (i) definir um *modelo falseável de interesse público* da regulação da atividade em concreto,
- (ii) mostrar que a *política regulatória* se desviou do interesse público e foi *direcionada ao interesse especial* da indústria,
- (iii) mostrar que *intento e ação* por parte da indústria (interesse especial) é plausivelmente causa parcial

(atividade secundum legem), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade praeter legem) (...). (BINENBOJM, Gustavo, *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 142-143).

753 CARPENTER, Daniel; MOSS, David. A. "Introduction". In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. (orgs.). *Preventing Regulatory Capture: special influence and how to limit it*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 13. No original: "Regulatory capture is the result or process by which regulation, in law or application, is consistently or repeatedly directed away from the public interest and toward the interests of the regulated industry, by the intent and action of the industry itself." Em tradução livre: *Definições tautológicas ou vagas demais de interesse público são inaceitáveis para perquirir sobre o grau de captura da regulação de uma atividade.*

754 Ibid., p. 14.

755 Id., ibid.

756 Os autores chamam de *Gold Standard for a Diagnosis of Capture*.

do desvio. Indicações de que a indústria tem *motivo* para tentar desviar a regulação não são suficientes.⁷⁵⁷

Os parâmetros são de grande utilidade, mas é evidente que representam apenas uma primeira etapa de análise. Diagnosticar empiricamente uma situação de captura é tarefa complexa, que requer a avaliação das inúmeras peculiaridades fáticas do caso em apreço. Detectar macrointeresses, públicos e especiais, que eventualmente estejam em conflito é um primeiro passo, o qual pode alertar para a necessidade de se realizar uma análise mais minuciosa e concreta.

Após o levantamento dessas informações, tenha ele sido fruto do cumprimento do dever de revelar pelo próprio agente, da denúncia de terceiro (interessado ou não) ou de averiguação da estrutura hierárquica ou de controle, a etapa seguinte seria qualificar os fatos como captura ou não e, caso sejam, em qual grau, para, em seguida, atribuir-lhes um “prognóstico” para evitá-los em situações futuras (prevenção) ou corrigi-los (sanção).

2.2. Qualificação: da inclinação inconsciente ao crime: os graus de captura

*The regulatory world is one of shades of gray.*⁷⁵⁸

De acordo com Moret-Bailly, a verificação de informações sobre elos e ligações de interesse tem apenas um objetivo: permitir seu exame, a fim de determinar se podem ser qualificados como

757 CARPENTER, Daniel; MOSS, David. A. “Introduction”. In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. *In: Preventing Regulatory Capture: special influence and how to limit it*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 15-16. *Intento* é outro aspecto importante do conceito de captura trazido por esses autores. De acordo com eles, o simples fato de uma indústria estar bem servida por uma regulação não é suficiente para concluir sobre captura: tanto *intenção* como *ação por parte da indústria* seriam necessárias para sua ocorrência. Eles reconhecem que exigir prova do intento dificulta o diagnóstico de que uma regulação foi capturada, mas defendem que o requisito é importante, pois é comum que se atribua à captura o que, na realidade, são apenas problemas regulatórios. Os autores defendem que a academia norte-americana tem pecado pelo excesso, não pela falta de diagnóstico, atribuindo à captura casos que refletem apenas problemas regulatórios. A análise empírica de Nolan McCarty’s demonstra uma tendência a superdiagnosticar a captura (Capítulo 5).] Esse aspecto do conceito parece desconsiderar a captura ligada à estrutura institucional, como antes demonstrado neste trabalho. CARPENTER E MOSS também sublinham que outros atores, além das sociedades empresárias que exercem atividade regulada, como sindicatos e associações, podem distorcer a regulação. No entanto, as empresas e indústrias estão em posição privilegiada para influenciar a regulação, razão pela qual os estudos mais recentes têm focado na atuação delas. A ressalva é importante, pois, no Brasil, há atividades que não são propriamente privadas, mas que são objeto de descritiva regulação estatal.

758 *Ibid.*, 2014, p. 9

conflitos (A). Se a classificação de conflito de interesses for mantida, terá consequências diferentes, principalmente a exclusão da pessoa em situação de conflito em relação à função ou à operação prevista (B).⁷⁵⁹

No contexto de captura, a qualificação parece consistir em indagar o seguinte: Os fatos consubstanciam risco relevante de captura (em caso de análise *ex ante*) ou caracterizam a ocorrência de captura (em caso de análise *ex post*)? E captura de qual gravidade?

Captura regulatória, como todo resultado de conflito de interesses, não é uma situação de “tudo ou nada”. É, como defendem Moss e Carpenter, mitigável. Tanto a análise como a defesa de medidas particulares com esse fim devem focar nos graus de captura, e não em um improdutivo e falso binário de “regulação pura” *versus* “regulação capturada”.⁷⁶⁰

Uma primeira gradação feita pelos autores distingue entre captura forte e captura fraca. Deve-se perguntar: o grau de captura vicia a capacidade da política regulatória de servir ao interesse público? Se a resposta for positiva, a captura é forte.⁷⁶¹ De acordo com os autores, na forma *fraca*, a captura coexiste com um funcionamento regulatório saudável. A política regulatória seria melhor se a captura fosse mitigada, mas, mesmo com ela, o conjunto permanece, de forma geral, positivo.⁷⁶²

759 MORET-BAILLY, Joel. *Les Conflits d'intérêts: définir, gérer, sanctionner*, LGDJ, Lextenso Éditions, 2014, p. 143. Parafraseei. No original: “*Contrôler information sur les liens d'intérêts n'a qu'un but: permettre l'examen des liens concernés afin e déterminer s'ils peuvent être qualifiés de conflits AL Si la qualification de conflit d'intérêts est retenue, elle aura alors différentes conséquences, principalement la mise à l'écart de la personne en situation de conflit relativement à la fonction ou à l'opération envisagée (B).*” Em tradução livre: “Controlar informações sobre links de interesse tem apenas um objetivo: permitir o exame dos links em questão, a fim de determinar se eles podem ser qualificados como conflitos. (A) Se a classificação como conflito de interesses for mantida, terá consequências diferentes, principalmente a exclusão da pessoa em situação de conflito em relação à função ou à operação prevista (B).

760 CARPENTER, Daniel; MOSS, David. A. “Introduction”. In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. In: *Preventing Regulatory Capture: special influence and how to limit it*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 20. (Tradução livre). No original: *Capture is, at least at the margins, preventable, and both analysis and advocacy of particular measures should focus on degrees of capture rather than on the unproductive and false binary of pure versus captured regulation.*

761 Ibid., p. 11.

762 Ibid., p. 14. Por outro lado, na forma *forte*, a captura viola o interesse público a uma medida a tal ponto que ele estaria mais bem-servido (i) pela não regulação da atividade em questão, pois os benefícios da regulação são superados pelos custos da captura; ou (ii) pela substituição

Uma segunda distinção é feita entre captura limitada e captura penetrante, conforme a presença de interesses especiais indevidos influencie ou não a política regulatória. Deve-se perguntar: Em que medida o regulador age com base nos interesses da indústria?

Os autores destacam que a presença desses interesses especiais necessariamente resulta em uma regulação subótima na perspectiva do interesse público. No entanto, isso não significa que a regulação necessariamente *violará* o o interesse público. Segundo eles, a distinção entre “captura forte” e “captura fraca” é que aponta para esse fator, pois, como dito, a forte viola o interesse público.⁷⁶³ A captura penetrante, diferentemente, é subótima, no sentido de que *serve menos* ao interesse público do que poderia servir.⁷⁶⁴

A distinção entre captura *forte* e *fraca* varia, portanto, em relação ao benefício geral que a política regulatória capturada traz — ela não rastreia o grau de influência que os interesses especiais têm sobre o público, o que é feito pela distinção entre captura *penetrante* e captura *limitada*.⁷⁶⁵ Dessa forma, a captura pode ser *penetrante*, mas *fraca*, se os benefícios sociais da regulação capturada pesarem mais que seus custos. Pode, por outro lado, ser empiricamente *limitada*, mas *forte*, se a regulação capturada acabar prejudicando o interesse público de modo geral.⁷⁶⁶

É evidente que, quando a captura é empiricamente *limitada*, é menos provável que vicie benefícios potenciais da regulação. Em outras palavras, é mais provável que a captura *limitada* seja *fraca* que *forte*. É possível, entretanto, que a regulação seja completamente

da política e da agência em questão. Exemplo de captura forte seria uma regulação que reduz o bem-estar do consumidor ao bloquear completamente a entrada no mercado.

763 Ibid., 2014, p. 454. Tradução livre. No original: ‘While the presence of undue special interest influence in the policymaking process means that the resulting regulation will be suboptimal from a public interest perspective, it does not imply that the regulation will necessarily harm the public interest, on net.’

764 Ibid., 2014, p. 454. No original: ‘We stress this point by distinguishing between strong and weak capture; the former is associated with regulation that actually harms the public interest, whereas the latter produces regulation that is less public serving than it could be, but not harmful, on net.’

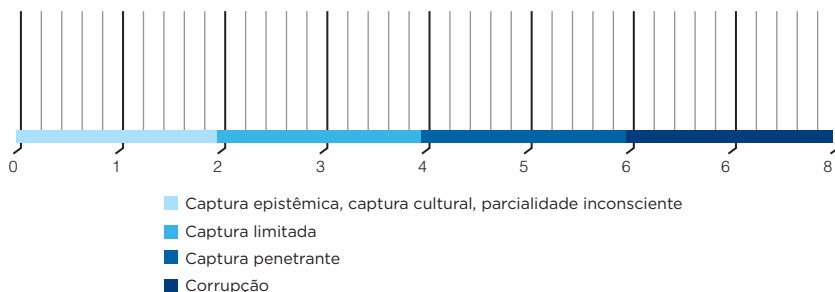
765 Ibid., 2014, p. 454. No original: ‘Because we define weak versus strong capture relative to the net benefit of the captured regulation (a binary distinction that has obvious policy relevance), this distinction does not perfectly track the degree to which undue influence bends regulation from the public interest — that is, whether capture is pervasive or limited in an empirical sense.’

766 Ibid., 2014, p. 454.

motivada a servir aos interesses de determinada indústria (*penetrante*) e, ainda assim, ser *fraca*, pois o interesse público a que a regulação visa pode estar parcialmente atendido.⁷⁶⁷

Em um degrau abaixo da captura *limitada*, está a captura cultural. James Kwak explica que, nesse caso, os reguladores não seriam intencional e conscientemente atraídos a favorecer interesses especiais em detrimento do público, mas estariam tão persuadidos pela visão de mundo dos defensores de interesses especiais que passariam a acreditar que é a melhor maneira de servir ao interesse público.⁷⁶⁸ Assim, a captura cultural trabalha formatando lentes, vocabulários e pontos de vista, e pode ser o ponto inicial para as outras formas de captura.

Graus de Gravidade da Captura



No ambiente da Regulação brasileira, é possível que a captura cultural ocorra quando representantes da indústria de determinado segmento oferecem periodicamente jantares e festas aos integrantes do órgão regulador de seu setor. A prática apontaria, no mínimo, para um risco de captura cultural. Afinal, ainda que permeados de boas intenções, os encontros sociais realizados nessas circunstâncias são uma oportunidade para que as autoridades tenham mais contato com a visão dos promotores do evento do que com eventual visão contrária.

767 Ibid., 2014, nota 23, p. 12

768 Ibid., 2014, p. 456. Kwak traz argumentos sobre a influência cultural ou social de repetidas interações com determinado segmento industrial, de tal modo que o regulador começa a pensar como o regulado e não consegue pensar em formas diferentes de conceber o problema.

Evidência de que o fenômeno dos conflitos de interesses é o mesmo em diversos campos do Direito é o fato de que as classificações dos tipos de parcialidade do julgador no processo judicial e arbitral estão correlacionadas com as classificações de captura aqui abordadas. Uma relação flagrante se dá, por exemplo, entre captura cultural e parcialidade inconsciente.⁷⁶⁹ O mesmo risco de parcialidade inconsciente que eventos festivos geram no âmbito judicial recomenda que sejam proibidos aos tomadores de decisão de agência reguladora.

Por fim, é importante ressaltar que *qualificar juridicamente* uma situação de fato envolverá uma avaliação sobre a suficiência das provas existentes a respeito dos fatos. Aqui, entram em questão os *testes de prova*, comumente estudados no contexto das impugnações de parcialidade dos árbitros internacionais e das impugnações de parcialidade de magistrados norte-americanos.

Naqueles contextos, exige-se, por exemplo, que as provas apontem para um *risco real de parcialidade* ou se considera suficiente que apontem para uma *aparência de parcialidade*, para que se atribuam consequências jurídicas à situação de fato. No contexto dos conflitos de interesses em relações de interesse público, Moret-Bailly defende a importância de que seja adotado esse último parâmetro:

[Em] um ambiente privado, os conflitos de interesses existem independentemente do dano real ou efetivo que possam trazer ao interesse protegido, suspeita suficiente para os caracterizar. No âmbito público, não se trata apenas, como no âmbito privado, de conhecer as situações de conflito de interesses para as regular, mas também de proteger a administração

769 A respeito da imparcialidade inconsciente, veja BISHOP e REED. *Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration*, *Arbitration International*, Kluwer Law International 1998, p. 397. Também denominada "parcialidade estrutural", foi reconhecida, por exemplo, nos seguintes casos: (a) Nacionalidade ou domicílio, *Re The Owners of the Steanship 'Catalina' and the owner of the steanship 'Norma' [1938] 61, Llyod's Rep 360*, (b) Etnia, *Noble China Inc. V. Cheong (1998) 43 OR (3d) 69*, em que um árbitro foi impugnado com base na suposta existência de preconceito racial; (c) Posição política, como ocorrido no famoso caso Pinochet — *R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet [1999] 2 WLR 272*.

contra as suspeitas de enviesamentos que as possam afetar, alcançar, um objetivo que pode ser resumido da seguinte forma: “a Administração deve estar acima de qualquer suspeita”.⁷⁷⁰

O interesse público que circunscreve a Regulação pode ser justificativa para a adoção de um teste de prova que exija somente a aparência de captura para atribuir consequências jurídicas a uma situação de risco de integridade. A definição do teste de prova deve, contudo, levar em consideração outros fatores, como as peculiaridades do setor regulado, a estrutura do regulador, entre outros fatores que eventualmente reclamem maior rigor.

2.3. Processualizar

A prestação de informações da *identificação* e a análise da *qualificação* requerem processualização, ou seja, a previsão de um procedimento que determine, por exemplo, quem será responsável pela análise, se a análise será *ex-ante* e/ou *ex-post*, entre outras questões. Moret-Bailly destaca que os princípios de transparência, contraditório e ampla defesa, além dos próprios princípios da imparcialidade e da impessoalidade, devem permeá-lo.⁷⁷¹

A imparcialidade (ou não captura) do órgão responsável pela *qualificação* é fator relevante a considerar. Em outros campos, como o das Arbitragens de Investimento, há críticas no sentido de que

770 Tradução livre. No original: “[D]ans un cadre privé, les conflits d’intérêts existent indépendamment de l’atteinte réelle ou effective qu’ils pourraient porter à l’intérêt protégé, le soupçon suffisant à les caractériser. Dans le cadre public, il s’agit, non seulement, comme dans un cadre privé, de connaître les situations de conflits d’intérêts dans le but de les réguler, mais également de protéger l’administration contre le soupçon de partialité qui pourrait l’atteindre, objectif que l’on peut résumer de la manière suivante: “l’administration doit être au-dessus de tout soupçon”. (MORET-BAILLY, Joel. *Les Conflits d’intérêts: définir, gérer, sanctionner*, LGDJ, Lextenso Éditions, 2014, p. 75.)

771 No original: “Enfin, et sur un mode plus qualitatif, une dernière évolution réside dans l’essor de la motivation, de la collégialité et du contradictoire dans les processus de gestion des conflits, bref, leur procéduralisation. Il est cependant possible qu’une situation de conflit d’intérêts soit mal gérée, que le conflit non connu ou mal qualifié advienne; il s’agira alors d’en tirer les conséquences sur le plan des sanctions”. (MORET-BAILLY, Joel. *Les Conflits d’intérêts: définir, gérer, sanctionner*, LGDJ, Lextenso Éditions, 2014, p. 161.) Tradução livre: Por fim, e de maneira mais qualitativa, uma última evolução está no desenvolvimento da motivação, da colegialidade e do contraditório nos processos de gestão de conflitos, em suma, sua procedimentalização. No entanto, é possível que uma situação de conflito de interesses seja mal gerenciada, e que um conflito desconhecido ou mal qualificado possa surgir; será então uma questão de extrair as consequências em termos de sanções.

essa posição é atribuída a um agente presumidamente parcial.⁷⁷² Na Regulação, é possível que se cogite de um modelo de controle que envolva a autorregulação, com a atribuição da função de qualificação ao próprio agente em suposto conflito — o que, em situações de baixo risco, pode ser justificável, como acontece no contexto de deontologia das profissões liberais na França.⁷⁷³

Ainda que a qualificação jurídica seja atribuída a um terceiro, fato é que, em toda hipótese de controle, há, a rigor, um autocontrole subentendido: o dever de se afastar, dever do próprio agente tomador de decisão de avaliar sua situação e de se afastar caso entenda que resta caracterizado um conflito de interesses.⁷⁷⁴ Do lado oposto a esse dever, estará o direito a pedido de afastamento, titularizável, conforme determinado pelo modelo de controle a ser escolhido, por quem tenha interesse na imparcialidade da Regulação.

2.4. Sancionar

Qualificados os fatos como pertencentes a determinada categoria jurídica, a eles serão atribuídas consequências jurídicas. Aos

772 Exemplo em que o órgão incumbido de analisar conflito de interesses, está, ele próprio, aprioristicamente em conflito, se encontra nas arbitragens de investimento do ICSID. No modelo determinado pelas ICSID Rules, os próprios pares do árbitro cuja imparcialidade é impugnada são responsáveis pelo julgamento da impugnação: Artigo 58 das ICSID Rules: “*The decision on any proposal to disqualify a conciliator or arbitrator shall be taken by the other members of the Commission or Tribunal as the case may be (...)*.” Autores que criticam o regulamento apontam, contudo, que o árbitro é presumidamente parcial para julgar os próprios pares. Exemplo disso é o caso Permanent Court of Arbitration, Perenco Ecuador Limited v. The Republic of Ecuador & Empresa Estatal Pertoleos Del Ecuador, PCA Case nº IR-2009/1, 08.12.2009. A melhor solução adotada pela maioria das câmaras de arbitragem comercial é atribuir esse papel a uma corte constituída especialmente para esse fim. Um exemplo brasileiro é o Regulamento do CAM-CCBC, cujo artigo 5.4 determina que eventual impugnação a árbitro será julgada por Comitê Especial constituído por três membros do Corpo de Árbitros nomeados pelo Presidente da Câmara.

773 Aqui, haveria uma ponderação entre os princípios da imparcialidade e da eficiência. Moret-Bailly trata do modelo de autorregulação dos profissionais liberais nas p. 141-143.

774 *On peut, pour terminer, résumer les apports de cette subdivision en affirmant, au regard des différents dispositifs juridiques analysés, que le premier contrôleur de la situation de conflit d'intérêts concernés elle-même qui doit, par principe, et de sa propre initiative, se retirer du processus en cause. Si elle ne le fait, l'éviction peut être à l'initiative de la personne à l'intérêt de laquelle il pourrait porté charge de la défense des intérêts est la personne en teinte, ou son représentant. [...] mier contrôleur de la situation de conflit d'intérêts ancernés elle-même qui doit, par principe, et de sa elle ne le fait, T'éviction peut être à l'initiative de la différents dispositifs juridiques analysés, que ler charge de la défense des intérêts ot la personne en initiative, se retirer du processus en cause. Si audard personne à l'intérêt de laquelle il pourrait être porté L'éviction à l'initiative de la personne intérêt de laquelle il est porté atteinte, ou son représentant.* (MORET-BAILLY, Joel. *Les Conflits d'intérêts: définir, gérer, sanctionner*, LGDJ, Lextenso Éditions, 2014, p. 145.)

atos, podem ser aplicadas sanções civis, administrativas e penais. Moret-Bailly distingue duas maneiras pelas quais pode ocorrer a sanção dos conflitos de interesses: (a) anulação de um ato praticado em violação às regras que lhe são impostas e (b) responsabilidade de quem não as respeitou.⁷⁷⁵

A figura a seguir representa uma tentativa inicial — carente de maiores debate e reflexão — de identificar, conforme a lógica do ordenamento jurídico brasileiro, o regime jurídico das consequências que seriam atribuídas a cada grau de captura, conforme o grau de comprometimento do órgão decisor.



A captura cultural, embora imoral, não parece configurar ilícito jurídico, ressalvados, talvez, os casos extremos. Assim, o ordenamento jurídico brasileiro não lhe atribui consequência jurídica, pertencendo a uma área da moral não integrada à esfera jurídica, pelo menos não na esfera punitiva. No entanto, é recomendável adotar medidas sistêmicas preventivas, como será abordado no capítulo seguinte.

A parcialidade e a captura penetrante ou forte parecem pertencer a um mesmo quadrante (com as ressalvas feitas, no início deste capítulo, à diferença dos conceitos). Caso haja má-fé do órgão decisor, configurarão, ainda, improbidade administrativa por violação ao artigo 11, inciso I, da Lei nº 8.429/1992. Se a captura é penetrante, o agente público terá violado o dever de impessoalidade (e terá ferido o respectivo direito fundamental dos administrados).

775 MORET-BAILLY, op. cit., p. 167.

Se a captura é forte, o atingimento do interesse especial terá sido a finalidade do ato, tendo havido, portanto, desvio de finalidade, razão pela qual o ato administrativo produzido é nulo.

A menção ao tipo penal da corrupção⁷⁷⁶ no esquema resulta da necessidade de se demonstrar que a forma mais extrema da manifestação dos conflitos éticos de interesse que resultam em captura é um crime. Como o Direito Penal é, *ultima ratio*, a tipificação criminal da conduta consistente em “pedir ou oferecer vantagem para o agente público decisor desviar a política regulatória do interesse público”, revela a gravidade do bem jurídico protegido.

Enfim, eventual decisão do agente público regulador que se afaste do interesse público pode estar eivada de uma inclinação inconsciente a interesses especiais; pode ser consciente, mas apenas levemente influenciada por esses mesmos interesses; pode ser forte e conscientemente influenciada; pode ser uma decisão deliberada pela busca de vantagens indevidas. Conforme a gravidade do ato, a consequência jurídica é atribuída ao próprio ato (nulidade, por exemplo) e ao agente público.

3. Entre a mulher de César e a paranoia: limites e estratégias para aprimorar o controle

Quando se define a captura cultural como inconsciente, abre-se margem a uma série de críticas no sentido de que a classificação é paranoica. A classificação da parcialidade inconsciente do julgador é objeto do mesmo tipo de crítica. Negar a existência do fenômeno não parece, entretanto, ser a melhor maneira de lidar com ele. É inevitável reconhecer que a classificação joga luzes sobre uma realidade concreta, que tem impacto sobre o resultado das decisões tomadas no dia a dia das agências reguladoras. É a forma de tratar a questão, ou seja, de combater a captura cultural, que definirá se há ou não paranoia.

776 BRASIL, Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Art. 317: “Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”; Art. 333: “Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.”

Se, de um extremo, o controle da captura não pode ser intenso a ponto de ser paranoico, ou de caracterizar *direito administrativo do medo*,⁷⁷⁷ por outro, também não pode ser fraco a ponto de desestimular a confiança dos cidadãos nos órgãos públicos. Aqui reside a diferença fundamental entre o tratamento dos conflitos éticos em âmbitos privado e público. Como é necessário fomentar a confiança nas instituições, é preciso que a Regulação seja mais que *não capturada*; é imperioso que ela seja *visivelmente não capturada*. Como o desgastado provérbio sobre a mulher de César, a Regulação deve ser — e também *parecer* — honesta.

Passa-se à enumeração dos possíveis mecanismos de prevenção e correção da captura, para refletir sobre os limites desejáveis de um sistema efetivo de proteção contra ela.

3.1 Medidas institucionais de proteção

O primeiro grupo de medidas é o das preventivas e diz respeito à estrutura da instituição reguladora. São elas: (i) dividir o poder dos reguladores em diferentes instituições; (ii) procedimentalizar as decisões da agência; (iii) formar um corpo de *experts* independentes; (iv) formar um corpo de “advogados do diabo” e dialogar com agências de outras esferas federativas; (v) atribuir função de revisão das decisões ao Executivo.

De acordo com os autores, dividir o poder dos reguladores em diferentes instituições tem o efeito de dividir a informação à disposição e de limitar suas possibilidades. Consequentemente, torna-se mais fácil prevenir atividades captatórias, e seus custos de transação aumentam.⁷⁷⁸

Quanto mais transparência sobre os interesses em jogo em uma tomada de decisão, mais fácil tende a ser a prevenção da captura.

777 GUIMARÃES, Fernando Vernalha. “O direito administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle”. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>.

778 CARPENTER, Daniel; MOSS, David. A. “Introduction”. In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. *In: Preventing Regulatory Capture: special influence and how to limit it*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 459. No original: “of regulators divides the information at their disposal and thus limits their discretion in engaging in socially wasteful activities [...] As a result, the transaction costs of collusive activities increase and preventing collusion becomes easier [...] The separation of regulators may be an optimal organizational response to the threat of capture.”

Essa é a conclusão dos estudos de Croley, para quem a criação de um procedimento administrativo que requeira publicidade e participação popular (no Brasil, talvez por meio de consulta pública) na tomada de decisões regulatórias pela agência confere autonomia aos reguladores.⁷⁷⁹

A Lei das Agências Reguladoras previu a existência de tal procedimento, inclusive obrigando especificamente a consulta pública,⁷⁸⁰ a publicidade da decisão e a disponibilização da nota técnica que embasa a proposta de decisão e estabelece a preferência pela realização de Análise de Impacto Regulatório.⁷⁸¹

A diversificação dos experts e a construção de corpo de experts independentes no procedimento de decisão regulatória são consideradas por diversos estudiosos⁷⁸² como uma forma eficiente de se reduzir o risco da captura. Nesse sentido, Cuellar ressalta que as agências independentes que conseguiram desenvolver o próprio corpo técnico aumentaram sua legitimidade e sua autonomia.⁷⁸³

779 Ibid., 2014, p. 460. No original: *legislators, administrative procedure (according to Croley) effectively gives regulators greater autonomy from legislators and ends up leveling the playing field across interests, weak and strong, by requiring greater openness (public notice) and broader input (public comment).*

780 BRASIL, Lei das Agências Reguladoras, Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Art. 9º. “Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados”.

781 BRASIL, Lei das Agências Reguladoras, Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Art. 6º. “A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo. § 5º Nos casos em que não for realizada a AIR, deverá ser disponibilizada, no mínimo, nota técnica ou documento equivalente que tenha fundamentado a proposta de decisão. Art. 7º O processo de decisão da agência reguladora referente a regulação terá caráter colegiado. Art. 8º As reuniões deliberativas do conselho diretor ou da diretoria colegiada da agência reguladora serão públicas e gravadas em meio eletrônico. § 4º A ata de cada reunião deliberativa deve ser disponibilizada aos interessados na sede da agência e no respectivo sítio na internet em até 5 (cinco) dias úteis após sua aprovação”.

782 CARPENTER, Daniel; MOSS, David. A. “Introduction”. In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. In: *Preventing Regulatory Capture: special influence and how to limit it*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 462. No original: *Several of the studies in this volume invoke the issue of expertise and the opportunities for reducing the risk of capture by diversifying the sources of expertise in regulatory decision making. [...] In her close study of rulemaking at the U.S. Department of Transportation, for example, Susan Webb Yackee stresses in Chapter 11 the importance of engaging with a diversity of interests and experts, beyond the regulated industry itself.*

783 Ibid., 2014, p. 463. No original: *Tobacco, Firearms and Explosives, which has been far less independent relative to gun dealers. With respect to expertise, Cuellar observes that the more independent agencies had succeeded in developing their own “scientific expertise and technical competence,” which heightened agency legitimacy and autonomy.*

McCarty sugere que “as agências governamentais que regulam domínios complexos precisam desenvolver carreiras e oportunidades [...] para terem ‘pessoal-chave’ que seja mais autônomo em relação à indústria regulada”.⁷⁸⁴ Exemplos são as indústrias de tabaco, explosivos e armas de fogo.

Mesmo em questões que não envolvam técnica, o ato de ouvir pontos de vista diferentes é apontado como algo importante para prevenir a captura. Alguns autores sugerem a institucionalização de um cargo de “advogado do diabo”, cuja atribuição seria apontar argumentos contrários aos que embasam as decisões que a agência está prestes a tomar. Outros falam da importância de haver diálogo entre diferentes agências.⁷⁸⁵

À semelhança do modelo americano, na estrutura federativa brasileira há incontáveis instituições que permitem esse diálogo. A Lei das Agências Reguladoras previu expressamente a importância do diálogo tanto entre agências de diferentes esferas federativas como entre agências e outros órgãos públicos.⁷⁸⁶

Em matéria de controle externo, o controle das agências norte-americanas promovido pela “OIRA” é visto com bons olhos pelos autores. O órgão é tido como difícil de capturar, porque não se ocupa de um único mercado ou de uma única atividade regulada, mas do controle de todas as agências. Além disso, o simples fato de haver uma verificação externa da instituição tomadora da decisão

784 Ibid., 2014, p. 463. No original: *McCarty suggests in Chapter 5 that “Government agencies that regulate complex domains need to develop career paths and educational opportunities for[...] key personnel that are more autonomous from the regulated industry.”*

785 Ibid., 2014, p. 463. No original: *Even beyond the question of expertise, several authors stress the value of exposing the rulemaking process to diverse perspectives and ideas. Cuellar, for example, highlights the importance of regulators forging linkages and alliances with a broad range of interests and authorities, which diversify information sources and empower and insulate the agencies vis-à-vis any particular interest. Institutionalization of “independent ‘devil’s advocates’ within agencies to represent contrarian viewpoints.”*

786 BRASIL, LEI Nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Art. 22. “Haverá, em cada agência reguladora, 1 (um) ouvidor, que atuará sem subordinação hierárquica e exercerá suas atribuições sem acumulação com outras funções. Art. 25. Com vistas à promoção da concorrência e à eficácia na implementação da legislação de defesa da concorrência nos mercados regulados, as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência devem atuar em estreita cooperação, privilegiando a troca de experiências. Art. 34. As agências reguladoras de que trata esta Lei poderão promover a articulação de suas atividades com as de agências reguladoras ou órgãos de regulação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nas respectivas áreas de competência, implementando, a seu critério e mediante acordo de cooperação, a descentralização de suas atividades fiscalizatórias, sancionatórias e arbitrais, exceto quanto a atividades do Sistema Único de Saúde (SUS), que observarão o disposto em legislação própria”.

é um fator protetivo, apontam os estudiosos.⁷⁸⁷ As duas características sugeridas pelos autores podem referir-se ao Tribunal de Contas brasileiro, à Controladoria-Geral da União e à Comissão de Ética Pública.⁷⁸⁸

Vale ressaltar que a Lei das Agências Reguladoras previu outras medidas protetivas de imparcialidade do tomador de decisão quando, por exemplo, nas Disposições Finais, redefiniu o desenho institucional de diferentes agências existentes, tratando de regras de impedimento para a assunção de cargos decisórios, de tempo e recondução dos mandados, das quarentenas.

3.2. Estratégias extraestatais

Os autores apontam duas formas de pressão promovidas por atores situados fora da esfera estatal.

A primeira é a mídia. Estudos empíricos apontam que medidas legislativas corretivas sucederam três grandes casos de captura com ampla repercussão midiática e sugerem que essa é uma forma efetiva de incentivar mudanças.⁷⁸⁹

A segunda é o controle social. Estudos levam à conclusão de que procedimentos regulatórios que empoderam, por exemplo, o consumidor constituem um valioso contrapeso aos interesses empresariais.⁷⁹⁰

A Lei das Agências, além de prever a obrigatoriedade de consulta pública em determinadas situações e a recomendação de as

787 CARPENTER & MOSS, 2014, p. 464. No original: *Executive Review of Regulations Based on Cost-Benefit Analysis*. *rather principally, in their view, because OIRA creates an additional external check on agency behavior and decisions through standardized cost-benefit analysis. Livermore and Revesz suggest that OIRA is itself quite difficult to capture, because it is a "general institution" rather than a "single-issue" institution, and that it reduces the risk of regulatory*

788 BRASIL, LEI Nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Art. 14. "O controle externo das agências reguladoras será exercido pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas da União".

789 CARPENTER, Daniel; MOSS, David. A. "Introduction". In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. In: *Preventing Regulatory Capture: special influence and how to limit it*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 461. No original: *Moss and Mary Oey showed that in each of three major cases in which weak interests prevailed over better organized ones, significant legislative movement followed the appearance of relevant horror stories in the press.*

790 *Ibid.*, 2014, p. 462. No original: *Daniel Schwarcz focuses in Chapter 13 on the potential for consumer empowerment in regulatory processes, whether through dedicated governmental entities designed to reflect consumer interests or through formal empowerment of independent groups representing consumer interests, and how this too might constitute a valuable counterweight to concentrated industrial interests in some circumstances.*

agências fazerem audiência pública, de prever a obrigatoriedade de publicidade e transparência em todo o procedimento decisório das agências, criou uma Ouvidoria, a ser exercida por um titular de cargo independente, e dedicou um capítulo inteiro ao tema de prestação de contas e controle social.⁷⁹¹

3.3. Controle judicial

Magill aponta as razões pelas quais o Judiciário tem menos chance de ser capturado por interesses privados que as agências reguladoras.⁷⁹² A primeira razão diz respeito à simplicidade do controle judicial; a segunda, à estrutura do processo judicial; e a terceira, à estrutura institucional do Judiciário.

O controle realizado pelos juízes é simples, no sentido de que eles não têm uma grande variedade de opções de atuação. O chefe do Executivo pode demitir agentes públicos, supervisionar a implementação da política e exercer pressão de maneiras diferentes. O Judiciário, por sua vez, não pressiona, não direciona, não remove e não demite; ele apenas diz sobre a legalidade ou a ilegalidade da decisão administrativa.

A estrutura do processo judicial protege a paridade entre as partes. Os custos para se mover um processo judicial são menores que os necessários para atuar perante o Legislativo e o Executivo.⁷⁹³ No caso do processo judicial, o autor da ação obtém com facilidade o tempo e a atenção de um órgão decisor com autoridade e que é obrigado a exercer essa autoridade (diante da proibição do *non-liquet*) para solucionar o caso em um espaço razoável de tempo.

791 BRASIL. Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019, Capítulo II — Da Prestação de Contas e do Controle Social.

792 MAGILL, M. Elizabeth. "Courts and Regulatory Capture". In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. (orgs.). *Preventing Regulatory Capture: special influence and how to limit it*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 404-405: *judicial review helps to level the playing field, allowing weak as well as strong to be heard, and is often effective in detecting cases in which the logical or evidentiary foundation for a particular regulatory action is weak (as compared to regulators) may be less liable to being captured themselves, because of lifetime tenure and greater independence from political actors.*

793 CARPENTER, Daniel; MOSS, David. A. "Introduction". In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. *In: Preventing Regulatory Capture: special influence and how to limit it*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 12, nota 20. A atuação perante o Executivo e o Legislativo demandaria, por exemplo, mais estrutura de pessoal.

Em terceiro lugar, os juízes não estariam tão vulneráveis à captura quanto os reguladores, devido à estrutura institucional em que estão envolvidos. A vitaliciedade dos juízes anula o risco do conflito de interesses gerado pelas “portas giratórias”; os juízes não estarão em busca de um novo emprego nos anos seguintes ao processo. Essa prerrogativa da função, somada à inamovibilidade, também diminui o risco de retaliação política sobre as decisões. Em outras palavras, afirma a autora, a estrutura mental (*mindset*) dos juízes tende a ser mais imparcial que a dos reguladores.

Em sentido contrário, Cross⁷⁹⁴ advoga a tese de que o processo judicial é mais suscetível à manipulação por interesses especiais que as instâncias democráticas, de modo que aumentar a judicialização ampliaria a influência de interesses especiais. De acordo com ele, seria possível fazer *lobby* nas cortes por meio de *amici curiae*, *forum shopping*, assistentes técnicos e estratégias processuais como a de formular acordos de forma seletiva para direcionar o direito (evitando um precedente desvantajoso) e de iniciar várias ações seletivas para construir precedentes. Além disso, o Judiciário não teria responsividade democrática (o que seria o contrapeso mais importante das instâncias eleitas).

O autor também aponta para o fato de que os incentivos dos indivíduos para arcar com os custos do processo são baixos (o que fomentaria o comportamento de *free rider*) e os bons advogados são caros. Assim, organizações defensoras de interesses especiais que dispõem de mais recursos tenderiam a ser mais bem-sucedidas nas cortes.

3.3.1. Dois casos judiciais brasileiros

Traz-se, aqui, o caso judicial brasileiro de captura que parece ter maior relevância precedente vinculante e que, recentemente, foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

Trata-se da ADPF nº 449/DF, sobre a regulação do serviço de transporte individual privado de passageiros (“caso *Uber*”), relatado

794 CROSS, Frank B. *The Judiciary and Public Choice*, 50 *Hastings L.J.* 355 (1999). Disponível em: https://repository.uchastings.edu/hastings_law_journal/vol50/iss2/3.

pelo Ministro Luiz Fux. A procedência da ação foi fundamentada diretamente na captura da regulação, que ergueu, injustificadamente, barreiras à entrada no mercado. Na ocasião, o Min. Fux estabeleceu premissa de admissão do controle judicial em caso de captura:

uma vez evidenciada a captura regulatória, legitima-se o Judiciário a rever a medida suspeita, como instituição estruturada para decidir com independência em relação a pressões políticas, a fim de evitar que a democracia se torne um regime serviente a privilégios de grupos organizados.⁷⁹⁵

O voto é amplamente fundamentado na literatura especializada norte-americana e representa um grande avanço para o controle da captura no Brasil. Firma, com propriedade, o reconhecimento de que o conteúdo da decisão capturada é antijurídico (nas palavras do ministro, inconstitucional) e atribui, como consequência ao reconhecimento desse fato, a possibilidade de que o Judiciário ingresse no mérito da regulação e realize exame de proporcionalidade em sentido técnico para, eventualmente, invalidá-la.⁷⁹⁶

Um passo seguinte a esse grande avanço parece ser a problematização sobre o fato de que a captura se evidencia em diferentes gravidades e de que talvez não autorize a mesma reação do Poder Judiciário. Assim, um caso em que reste clara a ocorrência de captura fraca, limitada ou mesmo cultural deveria ser julgado da mesma forma, com o exame de proporcionalidade, a fim de averiguar sobre a validade do mérito da regulação? A resposta a um fenômeno complexo não pode ser simplista.

795 No voto, há referência à adoção do mesmo posicionamento em casos anteriores, quando afirmou: "Acredito que o insulamento de juízes e tribunais na estrutura do Estado, assegurado por um regime de independência e imparcialidade, permite que essa análise seja feita com mais neutralidade". ADIs nºs 5.062 e 5.065, voto do Min. Rel. Luiz Fux.

796 A análise da proporcionalidade foi feita de forma estritamente técnica e elogiável, assim como são as conclusões: "Conforme restou amplamente demonstrado no presente voto, a providência gravíssima de proibição das atividades de plataformas de economia compartilhada no setor de transporte urbano não se sustenta por razão legítima alguma. A Constituição brasileira não admite, sob pena de franca violação a direitos fundamentais, medidas restritivas de liberdade desprovidas de bases racionais, seja de primeira ou de segunda ordem, a exemplo do ocorrido no caso concreto". ADPF nº 449/DF, Voto Min. Rel. Luiz Fux, p. 46.

O controle judicial da captura não recairá necessariamente sobre uma decisão capturada e não será necessariamente *ex-post*.⁷⁹⁷ Uma boa demonstração disso é o primeiro caso brasileiro de controle da captura de que se tem notícia, relatado pelo juiz federal Francisco Cavalcanti e comentado por Sergio Guerra.⁷⁹⁸

O Conselho Consultivo da Anatel (Agência Nacional de Telecomunicações) é integrado por representantes indicados por diversos setores: Senado, Câmara, Poder Executivo, entidades de classe das prestadoras de serviços de telecomunicações (dois conselheiros), entidades representativas dos usuários (dois conselheiros) e por entidades representativas da sociedade (dois conselheiros).⁷⁹⁹

Ocorre que o presidente da República nomeou, para a vaga do Conselho Consultivo da Anatel destinada à representação de entidades representativas da sociedade, o então presidente da Tele Norte Leste Participações S.A. e da Telemar Norte Leste S.A.; e, para a vaga destinada à representação das entidades representativas dos usuários, o então presidente da Telebrasil, associação composta por pessoas exercentes de atividades em telecomunicações e que congregava grandes empresas do setor.

O ato de nomeação foi impugnado judicialmente pelo Ministério Público e a sentença de primeira instância o anulou. O voto comentado no artigo é integrante do julgamento unânime da apelação, que manteve a sentença. O fundamento do acórdão foi o combate à captura, com menção a esse fenômeno e com indicação direta a conflito de interesses. Veja-se:

A indicação do presidente de grandes empresas de telecomunicações para representar a sociedade civil perante o Conselho Consultivo da Anatel rompe a toda evidência a pluralidade representativas ou mesmo a representação democrática inerente à estrutura do

797 Ao contrário do que Magill afirma. (MAGILL, M. Elizabeth. "Courts and Regulatory Capture". In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David. A. "Introduction". In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. In: *Preventing Regulatory Capture: special influence and how to limit it*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 411.)

798 GUERRA, Sérgio. "Teoria da captura de agência reguladora em sede pretoriana", *Revista de Direito Administrativo* — RDA, Belo Horizonte, jan.-abr. 2007.

799 Artigo 37, IV, V, VI, Decreto nº 2.338, de 7/10/1997, e art. 34 da Lei nº 9.472/1997.

referido Conselho. (...) Sem dúvida, o cargo ocupado pelo apelante (...) é absolutamente incompatível com a representação da sociedade perante o Conselho Consultivo. Por certo, além de membro da sociedade e de incontestável experiência na área de telecomunicações, o referido apelante é, mormente, Presidente de grandes empresas de telecomunicações, com interesses na definição da política do setor de telecomunicações e, portanto, voltado para a defesa de seu interesse como presidente (...). Como bem realçou o MM. Juiz *a quo*, “diante de um conflito envolvendo interesses contrapostos da sociedade e das prestadoras de serviço de telecomunicações, a sua atuação estaria comprometida com os interesses deste último segmento. Necessário, pois, para que alguém representante a sociedade, não esteja comprometido com um segmento específico desta, a fim de que possa ter uma atuação imparcial em prol do bem comum.

É fundamental perceber, como bem destacado no voto, que é “prescindível prova conclusiva de que os apelantes estariam a serviço de interesses contrários à sociedade, a fim de caracterizar a ilegalidade”. Em verdade, pouco importa se o homem nomeado era íntegro, que não se deixaria influenciar pelos interesses especiais da empresa e que atuaria na busca sincera do interesse público em cada caso. O fato é que, em uma democracia que leva a sério suas instituições, não é admissível que um indivíduo que, objetivamente, está sujeito a tamanho conflito de interesses ocupe tal posição. Não é admissível o risco de captura que aquela situação institucional geraria. O caso ilustra a aplicação de controle judicial de uma situação que tenderia a gerar captura forte, em uma atuação preventiva voltada a evitar corrupção institucional.

3.3.2. Conclusão do tópico

Em primeiro lugar, não é pacífico que o Judiciário seja o *locus* com maior capacidade institucional para controlar os conflitos de interesses. Críticas como as levantadas por Cross podem ser rebatidas,

principalmente por causa de algumas peculiaridades da realidade norte-americana que não se aplicam à realidade brasileira,⁸⁰⁰ mas não se pode deixar de enfrentá-las, sob a presunção automática de que a instância judicial é o *locus*, por excelência, do controle da captura.

Acredita-se que o controle judicial não é recomendável em todos os casos de captura. Pode-se cogitar que ele seja adequado apenas aos casos que envolvam captura forte ou corrupção. Muitos dos problemas que envolvem captura dizem respeito, contudo, à estrutura das instituições e das políticas regulatórias. Esses problemas tendem a ser mais bem resolvidos por ações *ex-ante* e sistemáticas, ferramentas disponíveis para o Executivo e o Legislativo.⁸⁰¹

3.4 A escolha da estratégia

*Little knowledge is a dangerous thing.*⁸⁰²

De modo geral, o tema “conflito de interesses” é mais discutido em países de tradição anglo-saxônica que nos de tradição romano-germânica.⁸⁰³ As reflexões condensadas a seguir sobre as experiências de controle da captura norte-americana podem ser úteis para iluminar as escolhas de estratégia de controle da captura no Brasil.

Posner afirma que, inicialmente, nos Estados Unidos, a tendência da captura era no sentido de criar *barreiras à entrada* de novos competidores, de modo que a intervenção dos reguladores no mercado tinha o efeito de privilegiar um conjunto de empresas sobre o outro (e, conseqüentemente, produtores em detrimento

800 Como, por exemplo, a suposta falta de repercussão midiática dos casos judiciais (no Brasil, ao contrário das cortes americanas, as decisões são amplamente noticiadas, sendo as da Suprema Corte inclusive publicizadas em tempo real). Além disso, a forma de ingresso na magistratura brasileira e as garantias e prerrogativas da carreira são muito mais protetivas à imparcialidade e à independência que a forma norte-americana. Por outro lado, o controle de suspeição e impedimento dos magistrados norte-americano é mais profundo e comum que no Judiciário brasileiro.

801 “Courts are far from the perfect policemen when it comes to agency capture.” “If what is needed is systematic, across-the-board investigation and revision of an agency’s agenda, the executive or the Congress are far better suited to respond.” CARPENTER, Daniel; MOSS, David, A. “Introduction”. In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. In: *Preventing Regulatory Capture: special influence and how to limit it*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 22

802 *Ibid.*, 2014, p. 20.

803 Como abordado no item 1.1 deste trabalho.

de consumidores).⁸⁰⁴ Recentemente, contudo, teria ocorrido uma inversão dessa tendência, com os interesses privados passando a atuar no sentido de *corroer* a regulação e promovendo desregulação, sem um racional de interesse público que o recomendasse.

Fato é que, como resposta à *captura de barreiras à entrada*, a solução tradicionalmente dada como proteção contra a captura era a desregulação. No entanto, os autores apontam que “desregular como solução para a captura traz o risco de jogar o bebê fora junto com a água da bacia”.⁸⁰⁵ A captura é uma ameaça à regulação, mas essa é necessária para proteger o interesse público, de modo que o melhor caminho não parece ser acabar com a regulação, mas traçar estratégias para mitigar ou prevenir a captura.⁸⁰⁶

Além do perigo de *jogar o bebê fora com a água da bacia*, Carpenter e Moss trazem outro problema do tratamento da questão nos Estados Unidos: o fenômeno tem sido mal diagnosticado devido à falta de estudos empíricos, que construíram teorias cada vez mais distantes da prática.⁸⁰⁷ É o caso deste trabalho, que, pelos limites que o condicionam, não pode aprofundar-se em um estudo empírico. Haveria certa tendência dos artigos norte-americanos em ver a captura como explicação para qualquer problema regulatório, com afirmações genéricas sobre as agências, sem a devida averiguação de provas concretas.

Além do mau diagnóstico, a captura sofreria, de acordo com os autores, de mau prognóstico, sendo tratada por modelos excessivamente simplificados.⁸⁰⁸ Adotar uma medida preventiva contra

804 Captura por barreiras à entrada era o processo pelo qual os reguladores intervinham nos mercados com o propósito de privilegiar um conjunto de produtores sobre outro, incumbentes sobre entrantes e, em consequência, produtores sobre consumidores.

805 CARPENTER, Daniel; MOSS, David. A. “Introduction”. In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David. A. “Introduction”. In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. In: *Preventing Regulatory Capture: special influence and how to limit it*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 5.

806 *Ibid.*, 2014, p. 5.

807 CARPENTER E MOSS, Conclusion. In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David. A. “Introduction”. In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. In: *Preventing Regulatory Capture: special influence and how to limit it*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 458. Em tradução livre: “Trabalhos empíricos que produzem um entendimento mais rico, cheio de nuances e expansivo da captura regulatória permitem novas possibilidades na crítica área de prevenção e produzem a noção de que é possível prevenir esse mal”.

808 *Ibid.*, 2014, p. 3.

a captura às cegas pode produzir exatamente efeito oposto ao desejado. Exemplo citado pelos autores são as atividades altamente complexas, como as do mercado financeiro: “O problema algumas vezes não é que o monopólio da informação leve reguladores autointeressados a colidir, mas que informação ambígua e falta de expertise, combinadas, impedem até o mais benevolente dos reguladores de criar políticas que concretizem o interesse público”.⁸⁰⁹

Enfim, é necessário descrever de forma específica como e em qual medida ocorre a captura de cada segmento econômico e em cada período histórico. É necessário estudar o campo da regulação específica para detectar que tipo de interesses conflitantes está em questão. Tanto um diagnóstico apressado como um prognóstico superficial podem levar a uma medida que agrave ainda mais o problema. Essa é a razão para, em matéria de escolha de estratégia de atuação, “o pouco conhecimento ser uma coisa perigosa”.

4. Conclusão: doença crônica

A captura não é como um alimento novo e perigoso para a democracia, de cujos efeitos pode ser curada. A captura é uma doença crônica que, embora não seja fatal, requer contínua administração para a redução de sintomas.⁸¹⁰

O primeiro passo para o tratamento dessa doença consiste em identificar as situações de fato que caracterizam eles e ligações possivelmente ensejadores de risco de conflito, para, em seguida, fazer o diagnóstico mais completo do contexto, com eventual pedido de esclarecimento e pesquisa de informações.

809 Ibid., 2014, p. 3: “Chapter 5, suggests that in highly complex industries — with finance as the exemplar — the problem is sometimes not that a monopoly on information leads self-interested regulators to collude, but that ambiguous information and a lack of expertise combine to prevent even the most benevolent regulator from creating policies that advance public welfare”.

810 CARPENTER E MOSS, Conclusion. In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David. A. “Introduction”. In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. In: *Preventing Regulatory Capture: special influence and how to limit it*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 455: “The “discovery” of capture in the early 1970s, in other words, did not represent the identification of a dangerous new ailment of American democracy, which had the potential to be cured, but rather the re-discovery of a chronic disease that was far from fatal but still required ongoing management to limit its adverse effects.”

O passo seguinte consiste em avaliar se as circunstâncias configuram conflito e, em caso positivo, quão intenso é esse conflito, qualificando-o como captura cultural, fraca, forte, penetrante etc. Só então, seria possível fazer um prognóstico das consequências jurídicas a serem aplicáveis, que podem variar de reparação civil a sanção penal (aplicável pelas instâncias judiciais, é evidente). Essas etapas devem ser objeto de um procedimento no qual se assegurem todas as garantias fundamentais do processo.

De forma geral, o desenho do modelo de controle de captura deve agir com estratégias preventivas, como, por exemplo, formulação de regras deontológicas, treinamento informativo aos funcionários, regras específicas de impedimento e, principalmente, cuidados para que a própria estrutura da instituição não gere corrupção institucional. Se as medidas de prevenção podem diminuir a ocorrência de situações de conflito em sentido macro, quando surge uma suspeita específica de captura, é necessário adotar medidas administrativas de controle. Em alguns casos, principalmente os que tratam de captura penetrante ou forte, o controle judicial também é desejável. Por fim, todo o controle deve ser feito às claras, de modo que a sociedade, a mídia e outras instâncias extraestatais também possam fiscalizá-lo e aprimorá-lo.

Referências

- AGARWAL, Shubhi; GOEL, Rohit; VASHISHTHA, Pushpendra. A literature review on agency theory. *Indian Journal of Research*, v. 3, maio de 2014.
- ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, Lei nº 8.344/2019, de 1º de abril de 2019.
- BAGATIN, Andrea Cristina. Teoria da captura: explicação necessária e suficiente para a existência de regulação?. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 7, n. 28, out.-dez de 2009. Belo Horizonte: 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. Revolução tecnológica, crise da democracia e risco ambiental: limites do direito num mundo em transformação. *Revista Estudos Institucionais*, parte III.
- BINENBOJM, Gustavo, *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BISHOP e REED. *Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration*, *Arbitration International*, Kluwer Law International 1998.
- BRASIL. Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

- BRASIL. Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.
- BRASIL. Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940.
- BRASIL. Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.
- BRASIL. Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
- BRASIL. Lei das Agências Reguladoras, Lei nº 13.848 de 25 de junho de 2019.
- BRASIL. Lei de Arbitragem, Lei nº 9.306 de 23 de setembro de 1996.
- BRASIL. Lei de Licitações e Contratos, Lei nº 8.666 de 21 de julho de 1993.
- BRASIL. Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Súmula vinculante nº 13.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 449/ Distrito Federal. Rel. Min. Luiz Fux., julgada em 08/05/2019.
- BRENNAN, Geoffrey; BUCHANAN, James M. Is Public Choice Immoral? The Case for the 'Nobel' Lie. *Virginia Law Review*, v. 74, n. 2, Symposium on the Theory of Public Choice, 1988.
- CARPENTER, Daniel; MOSS, David. A. "Introduction". In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. (orgs.). *Preventing Regulatory Capture: special influence and how to limit it*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- CARPENTER, Daniel; MOSS, David. "Conclusion". In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. (orgs.). *Preventing Regulatory Capture: special influence and how to limit it*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de sociologia jurídica*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 49.
- CROSS, Frank B. *The Judiciary and Public Choice*, 50 *Hastings L.J.* 355 (1999). Disponível em: https://repository.uchastings.edu/hastings_law_journal/vol50/iss2/3.
- ESTEVES, Luiz Alberto. UBER: o mercado de transporte individual de passageiros – regulação, externalidades e equilíbrio urbano. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 270, p. 325-361, set.-dez. 2015.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. 11. ed. São Paulo: Globo, 1997.
- FARBER, Daniel A.; FRICKEY, Philip P. *Law and public choice: a critical introduction*. Chicago: University of Chicago Press, 1991.
- GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. O princípio da impessoalidade. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, jul.-set. 2007, p. 61-98.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 68.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. 1, p. 19-20.
- GUERRA, Sérgio. Teoria da captura de agência reguladora em sede pretoriana. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Belo Horizonte, jan.-abr. 2007.

- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. “O direito administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle”. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>
- HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro, 2006.
- ISMAIL FILHO, Salomão. Boa administração: um direito fundamental a ser efetivado em prol de uma gestão pública eficiente. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, set.-dez. 2018, p. 105-137.
- LAZARINI, Sérgio. *Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- LESSIG, Lawrence. “Institutional Corruptions”. Edmond J. Safra Working Papers. Nº 1, 15 de março de 2013. Disponível em: <http://www.ethics.harvard.edu/lab>.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos: teoria e prática*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- MAGILL, M. Elizabeth. “Courts and Regulatory Capture”. In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. (orgs.). *Preventing Regulatory Capture: special influence and how to limit it*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- MORET-BAILLY, Joel. *Les Conflits d'intérêts: définir, gérer, sanctionner*, LGDJ, Lextenso Éditions, 2014.
- OECD. *Managing Conflict of Interest in the Public Sector*. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/governance/managing-conflict-of-interest-in-the-public-sector_9789264018242-en#page2. Acesso em: 24 nov. 2020.
- OECD (2018). Behavioural Insights for Public Integrity: Harnessing the Human Factor to Counter Corruption, *OECD Public Governance Reviews*, OECD Publishing, Paris, p. 13. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264297067-e>.
- POSNER, Richard. “The concept of regulatory capture: a short, inglorious history”. In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David A. *Preventing Regulatory Capture: special influence and how to limit it*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- SALAMA, Bruno Meyerhof; BARRIONUEVO, Arthur (orgs.). “Processo de nomeação de dirigentes de agências reguladoras: uma análise descritiva”. São Paulo, Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/24851>.
- SKEEL JR., David. Public choice and the future of public-choice-influenced legal scholarship. *Vanderbilt Law Review*, v. 50, p. 647-672, 1997.
- STEARNS, Maxwell L.; ZYWICKI, Todd J. *Public choice concepts and applications in law*. St. Paul, Thompson Reuters, 2009, p. 1-29, 76-89, 123-126.
- STIGLER, George J. “The Theory of Economic Regulation”, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1, primavera de 1971, p. 3-21.
- STRUCHINER, Noel. “Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito”. Tese (Doutorado). Filosofia — PUC-Rio, agosto de 2005.
- TULLOCK, Gordon. “Public Choice”. In: P. Newman (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Londres: Macmillan, 2008.

Verônica Ennes Bastos de Araújo
Letícia Almeida Antunes

A regulação da compra de itens na pandemia veio para ficar?

20

A regulação da compra de itens na pandemia veio para ficar?

Verônica Ennes Bastos de Araújo⁸¹¹

Letícia Almeida Antunes⁸¹²

Resumo

O presente artigo pretende explorar, com a metodologia dedutiva, o fenômeno regulatório da limitação numérica da compra de itens, fruto da pandemia do novo coronavírus (ou Covid-19), vivida em 2020. Nesse sentido, a análise desse fenômeno abrangerá todas as hipóteses auferidas durante a pesquisa que subsidiou este estudo. Em outras palavras, serão analisadas tanto a regulação advinda de leis dos entes locais como a regulação proveniente das recomendações de órgãos reguladores — aqui com uma semântica mais abrangente — e a autorregulação dos próprios estabelecimentos. Por fim, este escrito pretende sinalizar, mas sem exaurir o tema, de que forma e em quais níveis essa regulação sobre o novo objeto poderia sobreviver em um contexto pós-crise pandêmica.

Palavras-chave: Regulação. Itens básicos. Pandemia.

“Velhos caminhos não abrem novas portas.”

Autor desconhecido

1. O novo coronavírus e as inovações jurídicas decorrentes

O ano de 2020 ficará marcado por sua não precedência⁸¹³ para todas as gerações que nele viveram. Isso porque a ideia de uma pandemia na idade contemporânea, com todos os avanços científicos

811 Advogada, consultora sobre regulação para Fundo de Pensão, formada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e pós-graduanda em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV — Direito Rio).

812 Advogada, graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

813 Sobre uma crise sem precedentes: “Covid-19: Onu vê ‘danos econômicos sem precedentes’ e pede US\$ 2,5 trilhões para países em desenvolvimento”, *ONU News*, 30 de março de 2020. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/03/1708882>. Acesso em: 28 out. 2020.

desse período histórico, para muitos se assemelhava mais a uma ficção científica empacotada para ser vendida em cinemas do que a uma possibilidade de evento a ser vivido no mundo real.

Com a inesperada Covid-19, surgiram problemas inéditos e igualmente inesperados, que padeciam de respostas excepcionais ou do resgate de institutos em estado de hibernação. Tais problemas tangenciaram, em escala global, diversas áreas da existência humana, como a economia, as dinâmicas sociais, o direito, entre outros. Ainda assim, considerando que as relações sociais são, majoritariamente, tuteladas e disciplinadas por relações jurídicas, é possível perceber a gigantesca necessidade de adaptação que o Direito e seus aplicadores experenciam nesse período.

A título de exemplo, citam-se as impactantes mudanças ocorridas no Direito do Trabalho provocadas pelas Medidas Provisórias nº 927/2020 e nº 936/2020, as quais flexibilizaram as relações trabalhistas no período da pandemia.⁸¹⁴ Igualmente, é possível, com facilidade, vislumbrar toda flexibilidade contorcionista que o Direito Civil precisou ter para lidar com suas matérias, como, por exemplo, a matéria contratual.⁸¹⁵ O Direito Societário também se inovou para solucionar os problemas advindos da pandemia e do necessário distanciamento social imposto por ela, ao permitir que as companhias abertas realizassem assembleias inteiramente digitais⁸¹⁶ e assim por diante.

São infinitas as inovações no ordenamento jurídico motivadas pelo surgimento da Covid-19. Todavia, é inegável a grande proporcionalidade das mudanças sofridas em um campo determinado do Direito: o Direito Administrativo. Isso porque, com o

814 BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney. "O direito do trabalho na crise da Covid-19", Salvador: JusPodivm, 2020. Disponível em: http://www.abmtrab.com.br/_arquivos/Direito_do_Trabalho_na_Crise_da_Covid19.pdf. Acesso em: 28 out. 2020.

815 TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato; DIAS, Antônio Pedro. "Contratos, força maior, excessiva onerosidade e desequilíbrio patrimonial". *Consultor Jurídico*, 20 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/opiniaao-efeitos-pandemia-covid-19-relacoes-patrimoniais>. Acesso em: 28 out. 2020.

816 BRASIL. Lei nº 14.030, de 28 de julho de 2020. Conversão da Medida Provisória nº 931/2020, art. 8º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14030.htm. Acesso em: 28 out. 2020.

engrandecimento do papel do Estado⁸¹⁷ no período da Covid-19, o Direito Administrativo, por sua vinculação à Administração Pública, ganhou protagonismo, permeando o debate de diversas relevantes questões, como a requisição administrativa de leitos e materiais hospitalares,⁸¹⁸ a renegociação de contratos administrativos,⁸¹⁹ contratações públicas “sem amarras”⁸²⁰ e regulação.⁸²¹ Em relação ao tópico, Valter Shuenquener de Araujo assinala:

Não há verdades absolutas, nem mesmo premissas imutáveis. Muitas dificuldades já estão surgindo e outras, cujos perfis ainda nem imaginamos, também virão. E elas são multidisciplinares. Afetam, além do Direito, a Economia, a Sociologia, a Antropologia, a Filosofia e inúmeras outras áreas do conhecimento científico. O mundo está de cabeça para baixo e a montanha-russa é longa. Ainda assim, *o isolamento social e a necessidade de resolução de problemas com a magnitude que a pandemia exige acarretarão uma mudança irreversível nos costumes e pavimentarão o caminho para algumas transformações positivas no Direito, especialmente no Direito Administrativo.*⁸²² (Grifou-se.)

-
- 817 “A atual crise sanitária está construindo um raro consenso mundial, entre os economistas, em direção à ampliação e ao fortalecimento do papel do Estado.” (CHIEZA, Rosa Angela. “A metamorfose do Estado e a Covid-2019: o que esperar?”. Análise: conjuntura nacional e coronavírus, Porto Alegre: FCE/UFRGS, 20 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/213885/001116982.pdf?sequence=1>. Acesso em: 28 out. 2020.
- 818 Para uma breve noção sobre o tema, veja FRANÇOLIN, Andréa Pitthan. “A requisição administrativa em tempos de Covid-19”, *Migalhas*, 1º de abril de 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/323162/a-requisicao-administrativa-em-tempos-de-covid-19>. Acesso em: 29 out. 2020.
- 819 Sobre o tema: ANDRADE, Daniel Josy Monteiro. O dever de renegociar em tempos de Covid-19 e como lidar com os contratos administrativos. *Revista Eletrônica da PGE-RJ*, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.46818/pge.v3i1.113>. Acesso em: 29 out. 2020.
- 820 TOLEDO, Renato. Coronavírus e o laboratório das contratações públicas. *Jota*, 16 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/reg/coronavirus-e-o-laboratorio-das-contratacoes-publicas-16042020>. Acesso em: 29 out. 2020.
- 821 Para uma visão mais abrangente sobre o tema no âmbito federal: MENDONÇA, José Vicente. “Medidas Regulatórias para a Covid-19”. Entrevista com José Vicente Mendonça. Youtube, 08 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=99fT9-Zjtjg&t=126s>. Acesso em: 29 out. 2020.
- 822 ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O que a Covid-19 pode trazer de bom para o Direito Administrativo?. *Consultor Jurídico*, 16 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-16/araujo-covid-19-direito-administrativo>. Acesso em: 29 out. 2020.

Nesse sentido, muito se espera a tão sonhada vacina, para que, enfim, possamos sair do que foi apelidado carinhosamente, ou não, de “novo normal”. No entanto, o meio jurídico, tal como as relações sociais, não é como um interruptor de luz, em que basta o aperto de um botão para se ter, ou não, luz. Os efeitos da pandemia produziram fenômenos próprios, e muitos desses fenômenos, ainda que com outras nuances, vieram para ficar.

Este trabalho faz uma aposta, ainda que modesta, sobre o assunto. A limitação da compra de itens, antes da pandemia, era algo pouco visto na realidade brasileira, inclusive tendo sua prática coibida por agentes estatais. Com a pandemia, o crescimento exponencial da demanda, as especulações sobre escassez e o aumento de preços trouxeram essa prática para os holofotes.

Presente de forma discreta no cotidiano, já que, em geral, poucos clientes desejam ultrapassar o limite imposto, é preciso ter em mente os possíveis impactos dessa prática, que limita a liberdade do consumidor em adquirir a quantidade de produtos disponíveis em estoque que desejar. Isso também funciona como um sinalizador de que algo de diferente está acontecendo.

Por exemplo, no aniversário do supermercado Guanabara, no Rio de Janeiro, cenário conhecido antes do contexto pandêmico, a limitação da quantidade de itens significa que aquele produto está abaixo do preço usualmente praticado e que a procura será grande. No entanto, no início da quarentena, a limitação na compra de álcool em gel era um indício forte de que a oferta do mercado mostrava-se incapaz de suprir a demanda, e que esse item era essencial para a higienização e o combate à Covid-19.

Justamente por vislumbrar mais de um cenário em que essa prática pode ser aplicada, ao lado de seus mais variados impactos, o objetivo deste artigo é analisar, de maneira não exaustiva, a limitação da compra de itens na pandemia e sua possível permanência. No próximo capítulo, será feita uma breve exposição teórica e conceitual da regulação com o intuito de fornecer o arcabouço necessário à compreensão do debate que será levantado no terceiro ponto, através da exposição das leis locais, das recomendações de órgãos reguladores e da autorregulação dos próprios estabelecimentos.

Por fim, procede-se à análise da forma e dos níveis como essa regulação poderia sobreviver em um contexto pós-crise pandêmica.

2. Aspectos gerais sobre regulação

Pode-se dizer que, desde a criação da primeira agência reguladora, na década de 1990, retratada como o marco inicial do Direito Regulatório brasileiro,⁸²³ o tema da regulação ganhou destaque, ainda que com contornos bem diferentes dos atuais. O debate avançou para além das agências reguladoras, mas não preencheu todas as lacunas de conceituação: ainda é difícil obter uma resposta precisa sobre o que significa “regulação”. Vislumbra-se certa dificuldade em definir o conteúdo semântico da palavra “regulação”, o que impacta, muitas vezes, em uma abordagem confusa e inconsistente sobre a matéria. São ricas as palavras de Barak Orbach sobre o tema:

*The evasive nature of the term “regulation” is largely a product of confusion between two unrelated matters — the abstract concept of regulation and opinions about the desirable scope of regulatory powers or desirable regulatory policies. People intuitively understand the word “regulation” to mean government intervention in liberty and choices — through legal rules that define the legally available options and through legal rules that manipulate incentives. But too often, ideologies and preexisting beliefs dictate perceptions as to what intervention means and whether intervention is needed. This pattern results in inconsistent preferences for regulation and obscures the understanding of the term.*⁸²⁴

823 MENDONÇA, José Vicente Santos de. “As fases do estudo sobre regulação da economia na sensibilidade jurídica brasileira”, *R. Opin. Jur.*, Fortaleza, ano 13, n. 17, p. 284-301, jan.-dez. 2015, p. 289.

824 ORBACH, Barak. “What is regulation?”, *Yale Journal on Regulation*, 25 de julho de 2016. Disponível em: <<https://www.yalejreg.com/bulletin/what-is-regulation/>>. Acesso em: 29 out. 2020.

Assim, este artigo não tem a pretensão de se aprofundar sobre o tema, mas tão somente de estabelecer premissas teóricas básicas e suficientes para a compreensão do debate aqui instigado, qual seja, o papel da regulação na compra dos itens essenciais e sua capacidade de perenidade, ou não, após a pandemia.

Existem algumas premissas contextuais relevantes que conjecturam o sentido do presente trabalho. Parte-se do senso comum de que regulação é “um subproduto de nossa realidade imperfeita e das limitações humanas”,⁸²⁵ sendo dotada de certo experimentalismo.⁸²⁶ Tais postulados demonstram a capacidade inerente de mutação e adaptação da regulação. Nessa toada, Julia Black traz uma concepção que engloba qualquer ação, advinda do Estado ou não, que busque moldar o comportamento alheio, mas sem incluir qualquer forma de ordenação social. Veja-se:

*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.*⁸²⁷

A definição apresentada parece satisfatória porque não se limita ao campo econômico nem à atuação estatal. Os resultados desejados, como será visto neste artigo, nem sempre envolvem apenas o aspecto econômico e os mecanismos adotados por vezes não envolvem o Poder Público.

Ao tratar das técnicas regulamentares, Egon Bockman Moreira as divide em duas categorias básicas: gestão e normativa.

825 ORBACH, Barak. “What is regulation?”, *Yale Journal on Regulation*, 25 de julho de 2016. Disponível em: <https://www.yalejreg.com/bulletin/what-is-regulation/>. Acesso em: 29 out. 2020. (Tradução).

826 MENDONÇA, José Vicente. “Medidas regulatórias para a Covid-19”. Entrevista com José Vicente Mendonça. Youtube, 08 de abril de 2020, minuto 30:00. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=99fT9-Zjtjg&t=126s>. Acesso em: 29 out. 2020.

827 BLACK, Julia. “Critical Reflections on Regulation”, *Australian Journal of Legal Philosophy*, 27, 2002, p. 26.

A primeira, também chamada de “endorregulação”, ocorre dentro do setor econômico, quando parte da empresa atua em concorrência com as demais, sem a fixação de normas gerais e abstratas de conduta, mas adotando um comportamento que induzirá as demais empresas ou criando externalidades positivas à atividade empresarial desenvolvida.

A segunda, por sua vez, a gestão normativa, como o nome sugere, fixa normas gerais e abstratas, combinando o cumprimento e a violação com vantagens e punições, respectivamente, com o objetivo de disciplinar seus agentes.⁸²⁸

Pode-se dividir ainda, no que tange à intensidade, a regulação em *soft* ou *hard*.

A primeira, como a tradução “suave” para o termo em inglês sugere, não estabelece normas mandamentais que resultam em punições e trabalha com incentivos e sanções premiais sem uma plena força jurídica vinculante.

Em contraponto, a segunda, *hard*, fixa ordens que devem ser cumpridas pelos agentes econômicos sob pena de sofrerem sanções, tendo como exemplo mais marcante a fixação de preços.⁸²⁹ Ainda sobre a gestão *hard*, Moreira inclui uma modalidade em que a intervenção estatal é ainda mais forte: a empresa estatal pratica preços inferiores ao mercado em que compete, graças ao subsídio público ou à renúncia de superávits. Importa mencionar que a *hard regulation* pode produzir externalidades negativas, como, por exemplo, o suporte pelo consumidor do subsídio estatal, mas não é apenas nesse grau elevado de intensidade que tal efeito maléfico pode ser produzido. A respeito, observa:

Claro que nesta ordem endorregulatória de gestão *hard*, alguém pagará a conta: ou será o contribuinte, que subsidiará os descontos por meio do pagamento de impostos, ou serão os futuros consumidores, que

828 MOREIRA, Egon Bockman. “Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil”, *Revista Brasileira de Direito Público da Economia*, a. 11, n. 44, out.-dez. 2013, p. 92.

829 MOREIRA, Egon Bockman. “Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil”, *Revista Brasileira de Direito Público da Economia*, a. 11, n. 44, out.-dez. 2013, p. 96-97.

arcarão com custos extraordinários quando romper a represa artificial dos preços baixos. De qualquer forma, em todas as formas de *hard regulation*, a liberdade dos agentes econômicos regulados é reduzida, muitas vezes ao mínimo necessário à sua existência.⁸³⁰

Entende-se por externalidade uma circunstância econômica, positiva ou negativa, cujo custo é transferido a terceiros, propositalmente ou não.⁸³¹ Para evitar os efeitos danosos, antes da implementação, torna-se necessária uma análise de impacto regulatório, ou seja, uma avaliação prognóstica dos custos das medidas e de seus benefícios, bem como dos efeitos pretendidos. Parte dessa análise, que deve ser sempre pragmática, contextualizada e consequencialista, envolve a escolha das estruturas regulatórias, divididas em três por Gustavo Binembojm: normas de comando e controle, normas de indução e outros variados instrumentos não normativos.⁸³²

As normas de comando e controle norteiam o comportamento do agente regulado, associando sanções à conduta não desejada, desestimulando-a. Por restringirem, de forma considerável, a liberdade, estão sujeitas, em regra, ao fundamento na lei, o que não obsta sua edição por intermédio de regulamentos administrativos, sejam eles autônomos ou infralegais. Já as normas de indução associam incentivos à realização da conduta desejada, que pode ser uma ação positiva ou negativa. Nesse contexto, o particular, ao preencher os requisitos legais, recebe o benefício concedido pelo Poder Público.

3. Impactos da pandemia na regulação e a limitação da compra de itens

Ao contrário dos muitos temas de Direito Administrativo que antes da pandemia estavam adormecidos e postos de lado,⁸³³ a

830 MOREIRA, Egon Bockman. "Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil", *Revista Brasileira de Direito Público da Economia*, a. 11, n. 44, out.-dez. 2013, p. 97.

831 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo* [livro eletrônico]. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Edição em e-book, p. 822.

832 BINEMBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 152.

833 Cita-se, por exemplo, a requisição administrativa.

regulação estava em alta. Todavia, a relevância e a complexidade desse objeto muito se evidenciaram na atual crise.⁸³⁴ Nesse sentido, foram inúmeras as inovações em matéria regulatória, destacando-se as que se seguem: a regulação do atendimento médico remoto, telemedicina;⁸³⁵ a regulação do sistema financeiro, com políticas de fomento denominadas “orçamento de guerra”;⁸³⁶ a regulação do setor de telecomunicações, envolvendo a questão do uso majorado de dados;⁸³⁷ entre tantas outras que demonstram, de maneira inequívoca, a essencialidade da regulação para se lidar com todos os desafios causados pela pandemia.

Assim, a regulação da compra de itens ganhou relevância astronômica nesse período. A limitação de produto por cliente pode parecer, em um primeiro olhar, mais uma das inúmeras novidades que a pandemia trouxe para o dia a dia, mas isso não é verdade. Em uma rápida pesquisa, percebe-se que há muito tempo os agentes econômicos recorrem a essa ferramenta. Ainda que a prática não seja exatamente nova em determinados estabelecimentos comerciais, a presente técnica nunca foi posta tão em voga por estabelecimentos e, principalmente, por entes governamentais, quanto agora.

A limitação da compra de itens é prática recorrente, por exemplo, no “Aniversário do Guanabara”, grande rede de supermercados do Rio de Janeiro que promove, anualmente, esse evento com inúmeras promoções, acarretando filas na porta, brigas por produtos e aglomeração. Em que pese o Procon-RJ já haver instaurado um processo administrativo, não houve a aplicação de multa diante do argumento apresentado pelo Guanabara: a limitação de quantidade

834 GUERRA, Sérgio. Webinar. “A regulação no pós-pandemia: impactos sobre o direito administrativo e o “novo normal””. Youtube, 23 de junho de 2020, minuto 6:10. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=OYVBfvlvOdY&t=660s>. Acesso em: 29 out. 2020.

835 “Ministério da Saúde regulamenta telemedicina durante pandemia”, *Consultor Jurídico*, 23 de março de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-23/ministerio-saude-regulamenta-telemedicina-durante-pandemia>. Acesso em: 30 out. 2020.

836 NETO, Caio Mario S. Pereira Neto *et al.*, “Direito econômico em tempos de pandemia”, *Jota*, 20 de agosto de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/direito-economico-em-tempos-de-pandemia-20082020>. Acesso em: 30 out. 2020.

837 MENDONÇA, José Vicente. “Medidas regulatórias para a Covid-19”. Entrevista com José Vicente Mendonça. Youtube, 08 de abril de 2020, minuto 10:00. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=99fT9-Zjtjg&t=126s>. Acesso em: 29 out. 2020.

é uma maneira de atender a um número maior de consumidores.⁸³⁸ Nesse sentido, o artigo 39, inciso I, do CDC estabelece que é vedado ao fornecedor “condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos”. Veja-se que assegurar o acesso do produto ao cliente, seja em um momento de escassez, seja em uma promoção, parece uma justificativa adequada, enquadrando-se em uma causa justa.

No entanto, a limitação na compra de itens se deu de forma mais direcionada no contexto da pandemia. Foi possível verificar um enfoque de proteção, por meio da regulação, aos “itens básicos” vendidos nos estabelecimentos. Por itens básicos, entendemos os produtos considerados essenciais no combate à Covid-19, como, por exemplo, álcool em gel,⁸³⁹ máscaras descartáveis, papel higiênico e medicamentos. Nesse sentido, far-se-á uma exposição, sem a pretensão de taxatividade, das formas como essa regulação se apresentou.

Inicialmente, citam-se os casos em que o próprio ente local regulou, por meio de comando normativo. Essa legislação é um exemplo de norma “comando e controle”, com a adoção da estrutura típica de regras, fortalecendo, assim, a segurança jurídica e a igualdade de tratamento no âmbito da regulação,⁸⁴⁰ já que, dessa forma, todos os entes regulados obedeceriam às medidas, sob pena de multa, caso haja sanção prevista.

Nessa toada, verificou-se que o estado de Goiás, através da Lei nº 20.768, de 15 de abril de 2020,⁸⁴¹ limitou a compra de duas

838 CARNEIRO, Luciana. “Aniversário Guanabara: Saiba o que advogados dizem sobre limite à quantidade comprada”, *O Globo*, 2018; Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/aniversario-guanabara-saiba-que-advogados-dizem-sobre-limite-quantidade-comprada-23169268>. Acesso em: 30 out. 2020.

839 Em relação, especificamente, ao álcool em gel, é de suma importância mencionar que a Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon) notificou mais de cinquenta empresas, na maioria dos casos, em função do aumento dos preços de álcool em gel e máscaras, aparentemente abusivo. Sobre o tema, ADJUTO, Daniel. “Senacon vê aumento de até 500% em preço de álcool em gel”, *CNN*, 31 de março de 2020. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2020/03/31/senacn-ve-aumento-de-ate-500-em-preco-de-alcool-em-gel>. Acesso em: 30 out. 2020.

840 BINEMBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 53.

841 “Aprovada lei que estabelece limites na compra de produtos de higiene pessoal e alimentícios”, *Contábeis*, 16 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.contabeis.com.br/legislacao/5675420/decreto-20768-2020/>. Acesso em: 27 out. 2020.

unidades de produtos de higiene e proteção individual e cinco unidades de alimentos, por pessoa, em todos os supermercados do estado, com multa estipulada em R\$ 1.000,00 (mil reais) para a hipótese de descumprimento. Os governos do Pará⁸⁴² e do Rio de Janeiro⁸⁴³ também definiram, de forma taxativa, quais produtos e quantidades seriam abrangidos por suas respectivas regulações, estabelecendo também a previsão de multa na hipótese de descumprimento das normas citadas.

Já o governo do Rio Grande do Sul não definiu o limite específico em sua regulação, deixando essa prerrogativa a cargo de cada estabelecimento. Segundo o governador desse estado,⁸⁴⁴ o objetivo da norma é determinar, expressamente, a restrição ao comércio de itens essenciais e a não alteração no preço dos produtos.

A norma, Decreto nº 55.128,⁸⁴⁵ de 19 de março de 2020, que determina que “os fornecedores e comerciantes estabeleçam limites quantitativos para a aquisição de bens essenciais à saúde, à higiene e à alimentação, sempre que necessário, para evitar o esvaziamento do estoque de tais produtos”, não conta com previsão de multa específica em caso de descumprimento, fato que a afasta levemente do conceito tradicional de “norma comando e controle”.

É importante destacar a compatibilidade dessas regulações feitas de forma descentralizada com o entendimento relevante do Supremo Tribunal Federal (STF):⁸⁴⁶ “Os estados e municípios

842 PARÁ (Estado). Decreto nº 609, de 16 de abril de 2020, art. 9º. Disponível em: <https://www.sistemas.pa.gov.br/sisleis/legislacao/5444>. Acesso em: 27 out. 2020.

843 RIO DE JANEIRO (Estado). Lei nº 8.773, de 23 de março de 2020. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/rj/lei-ordinaria-n-8773-2020-rio-de-janeiro-determina-a-proibicao-de-venda-dos-produtos-de-higiene-e-alimenticios-na-forma-que-menciona-em-ra-zao-da-situacao-de-calamidade-decorrente-da-epidemia-do-corona-virus-covid-19>. Acesso em: 27 out. 2020.

844 MATTANA, Bruna. “Governo do Estado decreta limite de compras no supermercado”, *Jornal NH*, 20 de março de 2020. Disponível em: https://www.jornalnh.com.br/noticias/especial_coronavirus/2020/03/19/governo-do-estado-decreta-limite-de-compras-no-supermercado.html. Acesso em: 27 out. 2020.

845 RIO GRANDE DO SUL (Estado). Decreto nº 55.128, de 19 de março de 2020, art. 2º, inciso II, alínea c. Diário Oficial do Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://www.diariooficial.rs.gov.br/materia?id=396798>. Acesso em: 27 out. 2020.

846 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 6343. Requerente: REDE SUSTENTABILIDADE. Relator: Min. Marco Aurélio. Origem: DF — Distrito Federal. Decisão monocrática publicada em 25 de junho de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008>. Acesso em: 30 out. 2020.

podem tomar as medidas que acharem necessárias para combater o novo coronavírus, como isolamento social, fechamento do comércio e outras restrições”. Tal entendimento combate a “asfixia regulatória dos entes locais”,⁸⁴⁷ mostrando-se coerente com a ideia de que realidades diferentes devem ter soluções diferentes, em nome da isonomia.

Destaca-se que a matéria de regulação de limitação da compra de itens básicos não ficou a cargo apenas dos entes federativos. Estabelecimentos comerciais e associações também desempenharam papel relevante no estudado fenômeno regulatório. Assim, destaca-se a orientação concedida pela Associação Capixaba de Supermercados (Acaps),⁸⁴⁸ que dispôs sobre a possibilidade de os mercados do Espírito Santo limitarem a venda de álcool em gel.

Na esfera internacional, a Amazon interferiu, excepcionalmente, nos negócios feitos em suas plataformas, com o intuito de limitar as ofertas de produtos de proteção a preços exorbitantes.⁸⁴⁹ Muitas vezes, os próprios agentes econômicos se autolimitam ao impor obediência a certas normas, impostas por entidades por eles legitimadas, com vistas a uma finalidade determinada: “O racional por trás dessas iniciativas é desincentivar estratégias de acúmulo especulativo dos produtos para posterior revenda quando a demanda atingisse seu ápice”.⁸⁵⁰

É importante ter em mente que essa autorregulação também pode garantir resultados extremamente eficientes, vez que problemas complexos e multifacetados demandam abordagens igualmente complexas e multifacetadas. Nesse sentido, “as soluções não estão concentradas apenas dentro da burocracia pública. A colaboração

847 MENDONÇA, José Vicente. “Medidas regulatórias para a Covid-19”. Entrevista com José Vicente Mendonça. Youtube, 08 de abril de 2020, minuto 4100. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=99fT9-Zjtjg&t=126s>. Acesso em: 29 out. 2020.

848 SCHAEFFER, JOSE CARLOS. “Supermercados podem limitar venda de álcool em gel no ES”, *A Gazeta*, 17 de março de 2020. Disponível em: <https://www.agazeta.com.br/es/gv/supermercados-podem-limitar-venda-de-alcool-em-gel-no-es-0320>. Acesso em: 27 out. 2020.

849 “Ele tem 17.700 frascos de álcool para as mãos e nenhum lugar para vendê-los”, *Folha de São Paulo*, 14 de março de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/03/ele-tem-17700-frascos-de-desinfetante-para-as-maos-e-nenhum-lugar-para-vende-los.shtml>. Acesso em: 26 out. 2020.

850 NETO, Caio Mario S. Pereira Neto *et al.* “Direito econômico em tempos de pandemia”, *Jota*, 20 de agosto de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/direito-economico-em-tempos-de-pandemia-20082020>. Acesso em: 30 out. 2020.

com o setor privado é crítica para lidar com a complexidade do surto da Covid-19⁸⁵¹.

Observa-se ainda que não há espaço para se questionar a legalidade dessa forma de regulação, ao argumento de que poderia constituir-se em prática abusiva. O Comitê de Defesa dos Direitos Fundamentais do Consumidor, que conta, em sua composição, com a Associação Brasileira de Procons (Procons-Brasil), firmou entendimento contrário a essa tese em sua Nota Técnica CNDD-FC nº 01/2020.⁸⁵² É preciso ter em mente, contudo, que o Procon não é uma agência reguladora, mas, sim, um órgão administrativo que desempenha adequadamente, de maneira permanente e harmônica, uma atividade regulatória setorial: a defesa do consumidor.⁸⁵³

4. Conclusão: a regulação da compra de itens na pandemia veio para ficar?

Considerando o exposto, é inegável a relevância do tema. Se, antes, a limitação da compra de produtos era uma prática tímida e combatida pelos órgãos de defesa do consumidor, no contexto pandêmico tornou-se uma realidade e foi primordial para garantir o acesso a itens essenciais no dia a dia do brasileiro.

Indaga-se, agora, se esse instituto será cada vez mais utilizado para atingir fins determinados pelo mercado e pela proteção dos consumidores, ou se ficará congelado no tempo, ao lado de diversas outras providências que ganharam protagonismo apenas nessa temporada.

Em primeiro lugar, é preciso lembrar que a prática de regulação de compra já era adotada em circunstâncias especiais,

851 ITO, Nobuiki Costa; PONGELUPPE, Leandro Simões. "O surto da COVID-19 e as respostas da administração municipal: munificência de recursos, vulnerabilidade social e eficácia de ações públicas", *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 54, n. 4, p. 782-838, agosto de 2020. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122020000400782&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 out. 2020.

852 BRASIL. Comitê de Defesa dos Direitos Fundamentais do Consumidor. Nota Técnica CNDD-FC nº 01/2020, 17 de março de 2020. Disponível em: <<http://www.procon.mt.gov.br/documents/4804190/13574679/Nota+T%C3%A9cnica+01.20/7e8faele-a81d-c2be-99b6-cd4c-0ba7455c>>. Acesso em: 30 out. 2020.

853 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo* [livro eletrônico]. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Edição em e-book.

como, por exemplo, no caso de promoções pontuais, em datas comemorativas. Em segundo lugar, mesmo que não seja possível prever, com exatidão, quais institutos se tornarão perenes, já foi possível detectar uma “segunda onda” da regulação de compra de itens que compõem a cesta básica, no segundo semestre de 2020, feita pelos próprios estabelecimentos comerciais.⁸⁵⁴ Nesse contexto, economistas e especialistas defendem que essa iniciativa se faz necessária para controlar efeitos negativos da pandemia. Veja-se:

Para o presidente do Sindicato das Indústrias de Alimentação do estado do Ceará (Sindialimentos-CE), André Siqueira, a pressão sobre os preços dos *alimentos ainda é feito da fase mais grave da pandemia, com altas na cadeia de consumo do setor desde a retomada da indústria.*

(...)

Além do maior consumo de produtos no mercado interno, puxado pela alimentação domiciliar, a destinação de produtos para o mercado externo aumentou. (...). As exportações somaram alta de 98% em relação a agosto de 2019.

Gustavo Bertolli, economista da Messem Investimentos, analisa que o problema é pontual “até a reorganização da oferta”.

(...)

Nesta semana, o presidente da Associação Cearense de Supermercados (Acesu), Gerardo Vieira, informou a *O povo* que os comércios estão segurando os preços de custo para evitar mais aumentos, para evitar

854 Sobre a regulação de compra de itens da cesta básica feita pela iniciativa dos estabelecimentos comerciais, veja VELOSO, Ana Clara. “Mercados do Rio já limitam compras de arroz, leite e óleo de soja devido ao risco de desabastecimento”, *Extra*, 09 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://extra.globo.com/noticias/economia/mercados-do-rio-ja-limitam-compras-de-arroz-leite-oleo-de-soja-devido-ao-risco-de-desabastecimento-24629670.html>>. Acesso em: 27 out. 2020; “Supermercados limitam número de pacotes de arroz vendidos por cliente”, *IG Economia*, 09 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://economia.ig.com.br/2020-09-09/supermercados-limitam-numero-de-pacotes-de-arroz-vendidos-por-cliente.html>>. Acesso em: 27 out. 2020.

“espertalhões” que querem revender, trabalhando com “estoque regulador”.

(...)

Em nota, o Carrefour informa que o grupo está mobilizado *“para que itens essenciais da cesta básica estejam disponíveis para os brasileiros a preços justos. A limitação serve para que as lojas possam atender ao maior número de clientes com os itens básicos em baixa no estoque”*.⁸⁵⁵ (Grifou-se.)

Reconhece-se que a “segunda onda”, caracterizada neste artigo pelo arroz, ainda é reflexo da pandemia, mas traz sinais de que a regulação veio para ficar, mesmo que careça de uma análise mais profunda sobre suas externalidades negativas.

Em momentos marcados por alguma peculiaridade, como, por exemplo, modificações em alguma etapa do processo produtivo, aumento expressivo na demanda ou grandes promoções, resta evidenciado um aspecto positivo indiscutível, qual seja, a garantia de que a maioria dos consumidores terá acesso aos produtos.

Pela prática no contexto pandêmico, a autorregulação dos estabelecimentos mostrou-se eficaz para assegurar o resultado pretendido. Ainda que os entes não tenham legislado sobre o assunto ou que tenham apenas autorizado a prática sem estabelecer balizas, os agentes econômicos foram capazes de perceber as alterações do mercado e limitar adequadamente a quantidade de produtos por cliente. No entanto, em um cenário sem qualquer alteração, essa prática causará uma restrição desnecessária à liberdade individual do consumidor, podendo gerar uma sensação de falsa escassez e, assim, provocando desespero. Dessa forma, se a limitação for praticada sem qualquer justificativa, o Estado deve atuar para coibi-la, evitando que ocasione eventual desequilíbrio no mercado.

⁸⁵⁵ PIMENTEL, Samuel. Supermercados já limitam venda de produtos básicos em Fortaleza. O Povo, 29 de outubro de 2020. Disponível em: <https://mais.opovo.com.br/jornal/economia/2020/09/12/supermercados-ja-limitam-venda-de-produtos-basicos-em-fortaleza.html>. Acesso em 30 de outubro de 2020.

Referências

- ADJUTO, Daniel. “Senacon vê aumento de até 500% em preço de álcool em gel”, *CNN*, 31 de março de 2020. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2020/03/31/senacon-ve-aumento-de-ate-500-em-preco-de-alcool-em-gel>. Acesso em: 30 out. 2020.
- ANDRADE, Daniel Josy Monteiro. “O dever de renegociar em tempos de Covid-19 e como lidar com os contratos administrativos”, *Revista Eletrônica da PGE-RJ*, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.46818/pge.v3i1.113>. Acesso em: 29 out. 2020.
- ARAÚJO, Valter Shuenquener de. “O que a Covid-19 pode trazer de bom para o Direito Administrativo?”, *Consultor Jurídico*, 16 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-16/araujo-covid-19-direito-administrativo>. Acesso em: 29 out. 2020.
- BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney. “O direito do trabalho na crise da Covid-19”, Salvador: JusPodivm, 2020. Disponível em: http://www.abmtrab.com.br/_arquivos/Direito_do_Trabalho_na_Crise_da_Covid19.pdf. Acesso em: 28 out. 2020.
- BINEMBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- BLACK, Julia. “Critical Reflections on Regulation”, *Australian Journal of Legal Philosophy*, 27, 2002.
- BRASIL. Lei nº 14.030, de 28 de julho de 2020. Conversão da Medida Provisória nº 931/2020, art. 8º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14030.htm. Acesso em: 28 out. 2020.
- CHIEZA, Rosa Angela. “A metamorfose do Estado e a Covid-2019: o que esperar?”. *Análise: conjuntura nacional e Coronavírus*, Porto Alegre: FCE/UFRGS, 20 jul. 2020. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/213885/001116982.pdf?sequence=1>. Acesso em: 28 out. 2020.
- “COVID-19: Onu vê ‘danos econômicos sem precedentes’ e pede US\$ 2,5 trilhões para países em desenvolvimento”, *Onu News*, 30 de março de 2020, Disponível em: < <https://news.un.org/pt/story/2020/03/1708882> >. Acesso em: 28 out. 2020.
- FRANÇOLIN, Andréa Pitthan. “A requisição administrativa em tempos de Covid-19”, *Migalhas*, 1º de abril de 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/323162/a-requisicao-administrativa-em-tempos-de-covid-19>. Acesso em: 29 out. 2020.
- GUERRA, Sérgio. Webinar. “A regulação no pós-pandemia: impactos sobre o direito administrativo e o ‘novo normal’”. Youtube, 23 de junho de 2020, minuto 6:10. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=OYVBFvIaOdY&t=660s>. Acesso em: 29 out. 2020.
- ITO, Nobuiuki Costa; PONGELUPPE, Leandro Simões. “O surto da COVID-19 e as respostas da administração municipal: munificência de recursos, vulnerabilidade social e eficácia de ações públicas”, *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 54, n. 4, p. 782-838, agosto de 2020. Disponível em: <http://www.scielo>.

br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122020000400782&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 28 out. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo* [livro eletrônico]. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENDONÇA, José Vicente. “Medidas Regulatórias para a Covid-19”. Entrevista com José Vicente Mendonça. Youtube, 08 de abril de 2020, minuto 30:00. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=99fT9-Zjtjg&t=126s>. Acesso em: 29 out. 2020.

“Ministério da Saúde regulamenta telemedicina durante pandemia”, *Consultor Jurídico*, 23 de março de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-23/ministerio-saude-regulamenta-telemedicina-durante-pandemia>. Acesso em: 30 out. 2020.

_____. “As fases do estudo sobre regulação da economia na sensibilidade jurídica brasileira”, *R. Opin. Jur.*, Fortaleza, ano 13, n. 17, p. 284-301, jan.-dez. 2015.

MOREIRA, Egon Bockman. “Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil”, *Revista Brasileira de Direito Público da Economia*, a. 11, n. 44. out.-dez. 2013.

NETO, Caio Mario S. Pereira *et al.* “Direito econômico em tempos de pandemia”, *Jota*, 20 de agosto de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/direito-economico-em-tempos-de-pandemia-20082020>. Acesso em: 30 out. 2020.

ORBACH, Barak. “What is regulation?”, *Yale Journal on Regulation*, 25 de julho de 2016. Disponível em: <https://www.yalejreg.com/bulletin/what-is-regulation/>. Acesso em: 29 de outubro de 2020.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato; DIAS, Antônio Pedro. “Contratos, força maior, excessiva onerosidade e desequilíbrio patrimonial”, *Consultor Jurídico*, 20 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/opiniao-efeitos-pandemia-covid-19-relacoes-patrimoniais>. Acesso em: 28 out. 2020.

TOLEDO, Renato. “Coronavírus e o laboratório das contratações públicas”, *Jota*, 16 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/reg/coronavirus-e-o-laboratorio-das-contratacoes-publicas-16042020>. Acesso em: 29 out. 2020.

Transformações do Direito Administrativo: Direito Público e regulação em tempos de pandemia

A obra reúne textos de docentes e discentes participantes da quinta edição do Seminário de Integração entre os Programas de Pós-Graduação *stricto sensu* da FGV Direito Rio e da Faculdade de Direito da UERJ. Em 2020, os textos foram organizados em torno de diagnósticos, desafios e soluções relacionados ao direito público e da regulação em tempos de pandemia.