

**REVISTA DA**  
**Escola Superior da Procuradoria-Geral**  
**do Estado de São Paulo**

*Journal of the State of São Paulo Legal Office's School*

Volume 13

Jan. / Dez. 2022

ISSN 2966-1897





**GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**TARCÍSIO DE FREITAS**  
*GOVERNADOR DO ESTADO*

**PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO**

INÊS MARIA DOS SANTOS COIMBRA  
*Procuradora-Geral do Estado*

CINTIA BYCZKOWSKI  
*Procuradora do Estado*  
*Chefe do Centro de Estudos*



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR  
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO





**REVISTA DA ESCOLA SUPERIOR  
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO  
DE SÃO PAULO**

*JOURNAL OF THE STATE OF SÃO PAULO  
LEGAL OFFICE'S SCHOOL*

v. 13 • janeiro / dezembro 2022

ISSN 2966-1897



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR  
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO



©2022

*A Revista da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (RESPGE-SP) é uma publicação anual da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. É permitida a reprodução de trechos dos artigos, desde que mencionada a fonte original de publicação.*

Tiragem: Revista eletrônica

## **Editor Científico / Scientific Editor**

*André Luiz dos Santos Nakamura*

## **Conselho Editorial / Editorial Board**

**Alvaro Bereijo**, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, Espanha

**Carlos Ari Vieira Sundfeld**, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo/SP, Brasil

**Carlos Blanco de Moraes**, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

**Celso Antônio Bandeira de Mello**, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

**Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida**, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

**Daniel Antônio de Moraes Sarmiento**, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/RJ, Brasil

**Dinorá Adelaide Musetti Grotti**, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

**Elival da Silva Ramos**, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

**Fernando Facury Scaff**, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

**Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka**, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

**Gustavo Binenbojm**, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro/RJ, Brasil

**Humberto Theodoro Júnior**, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/MG, Brasil

**Jorge Miranda**, Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

**José Reinaldo de Lima Lopes**, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

**Juan Zornoza Péres**, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, Espanha

**Juvêncio Borges da Silva**, Associação de Ensino de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto/SP, Brasil

**Luiz Alberto David Araújo**, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

**Manoel Gonçalves Ferreira Filho**, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

**Margerete Gresse**, University of Washington, Seattle, EUA

**Maria Garcia**, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

## Corpo Editorial / Publishers

**Alexandre Coutinho da Silveira**, Faculdade FACI, Belém/PA, Brasil

**André Luiz dos Santos Nakamura**, Universidade Paulista (Unip),  
São Paulo/SP, Brasil

**André Petzhold Dias**, Universidade do Estado do Amazonas (UEA), Boca do  
Acre/AM, Brasil

**Anselmo Prieto Alvarez**, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,  
São Paulo/SP, Brasil

**Arlindo Philippi Junior**, Universidade de São Paulo/SP, Brasil

**Carlos Marden Cabral Coutinho**, Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS),  
Fortaleza/CE, Brasil

**Eduardo Carlos Bianca Bittar**, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

**Érika Bechara**, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

**Fabio André Uema**, Academia de Polícia Militar do Barro Branco (APMBB),  
São Paulo/SP

**Fernando Dias Menezes de Almeida**, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

**Fernando Gomes Favacho**, Faculdade FACI, Belém/PA, Brasil

**Guilherme Assis de Almeida**, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

**Ilton Garcia da Costa**, Universidade Estadual do Norte do Paraná,  
Jacarezinho/PR, Brasil

**José Levi Mello do Amaral Júnior**, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

**José Maurício Conti**, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

**Luciana de Toledo Temer Castelo Branco**, Pontifícia Universidade Católica de  
São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

**Luis Claudio Ferreira Catanhêde**, Escola Superior da Procuradoria-Geral do  
Estado de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

**Luiz Henrique Volpe Camargo**, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS),  
Campo Grande/MS, Brasil

**Márcio Pugliesi**, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

**Marco Antonio dos Santos Rodrigues**, Universidade do Estado do Rio de Janeiro,  
Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro/RJ, Brasil

**Marcos Antônio Rios da Nóbrega**, Universidade Federal de Pernambuco (UFPE),  
Recife/PE, Brasil

**Maria Paula Dallari Bucci**, Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

**Mônica Cristina Queiroz**, Centro Universitário Unihorizontes,  
Belo Horizonte/MG, Brasil

**Olavo de Oliveira Neto**, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo  
Grande/MS, Brasil

**Onofre Alves Batista Júnior**, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG),  
Belo Horizonte/MG, Brasil

**Patrícia Ulson Pizarro Werner**, Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

**Pietro de Jesús Lora Alarcón**, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

**Roberto Wagner Marquesi**, Universidade Estadual de Londrina, Londrina/PR, Brasil

**Rodrigo Borges Valadão**, Escola Superior de Advocacia Pública do Estado (ESAP- PGE/RJ), Rio de Janeiro/RJ, Brasil

**Vidal Serrano Nunes Júnior**, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil

**Welder Queiroz dos Santos**, Universidade Federal de Mato Grosso, Faculdade de Direito, Cuiabá/MT, Brasil

A *RESPGE-SP* conta com um grupo permanente de pareceristas, formado pelos integrantes do Conselho e do Corpo Editoriais da publicação, bem como por professores e pesquisadores da ESPGE. Além disso, a *RESPGE-SP* pode convidar especialistas *ad hoc* para análise dos manuscritos.

#### **Secretaria-executiva**

Eric Rodolfo Gaspar Krauniski (BK)

Fernando Augusto dos Santos

Paulo Severo dos Santos

Rafael de Lima Nobre

Thiago Blumer Marangone

E-mail: [espge-secretaria@sp.gov.br](mailto:espge-secretaria@sp.gov.br)

#### **Serviço de Divulgação**

*Juliana Aguilera do Nascimento Silva Guedes*

*Luciene de Cássia de Santana*

*Maisa Maciel Rodrigues*

## Revisão de Texto

Piero Younan Kanaan | Tikinet

## Projeto Gráfico

Tikinet

## Editoração

Piero Younan Kanaan | Tikinet

## Diagramação

Jonathan Leandro e Ilario Bortoloso Junior | Tikinet

## Correspondência

Pedidos de permuta devem ser endereçados à ESPGE.

*Exchange orders should be addressed to ESPGE.*

## Normas editoriais disponíveis em:

[www.pge.sp.gov.br/ESPGE\\_2016/AcessoHome/estatuto\\_respge.html](http://www.pge.sp.gov.br/ESPGE_2016/AcessoHome/estatuto_respge.html)

## Endereço / Address

Rua Pamplona, 227 – 2ª andar

Bela Vista – São Paulo/SP – Brasil

CEP 01405-100

Tel.: +55 11 3286-7020/7005

E-mail: [espge-secretaria@sp.gov.br](mailto:espge-secretaria@sp.gov.br)

Endereço eletrônico: [www.pge.sp.gov.br/ESPGE\\_2016/homeESPGE.aspx](http://www.pge.sp.gov.br/ESPGE_2016/homeESPGE.aspx)

---

Revista da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo – Journal of the State of São Paulo Legal Office's School / Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. – V. 13, nº1 (2022) – São Paulo : Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, Escola Superior, 2022. Anual.

Textos multilíngues.

Resumos em português e inglês.

ISSN 2966-1897

2010 (V. 1) (1), 2011 (V. 2) (1), 2012 (V. 3) (1), 2013 (V. 4) (1), 2014 (V. 5) (1), 2015 (V. 6) (1), 2016 (V. 7) (1), 2017 (V. 8) (1), 2018 (V.9) (1), 2019 (V.10) (1), 2020 (V.11), 2021 (V.12)

1. Direito – Periódicos. I. São Paulo (Estado). Procuradoria-Geral. Escola Superior. II. Journal of the State of São Paulo Legal Office's School.

CDD 341.378

CDU 346.1

---

# **ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**

## **EQUIPE 2022**

### **Diretoria**

*Bruno Maciel dos Santos, Procurador do Estado Chefe do Centro de Estudos e Diretor da ESPGE (até 12/05/2022)*

*Anna Cândida Alves Pinto Serrano, Procuradora do Estado Chefe e Diretora da ESPGE (16/05/2022 a 13/10/2022)*

*Lucas Pessôa Moreira, Procurador do Estado Chefe do Centro de Estudos e Diretor da ESPGE (a partir de 26/10/2022)*

### **Coordenadora-geral da ESPGE**

*Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira, Procuradora do Estado-Assistente (até 08/05/2022)*

*Claúdia Aparecida Cimardi (de 16/05/2022 a 25/10/2022)*

*Fábio André Uema Oliveira (a partir de 10/11/2022)*

### **Conselho Curador 2022**

*Lucas Pessôa Moreira (Presidente - Chefe do Centro de Estudos e Diretor da ESPGE, membro nato); Anna Candida Alves Pinto Serrano (Presidente até 13/10/2022); Claudia Aparecida Cimardi (Coordenadora Geral da ESPGE, membro nato, até 25/10/2022); André Luiz dos Santos Nakamura; Bruno Lopes Megna; Fábio André Uema Oliveira; Luis Claudio Ferreira Cantanhede; Mônica de Almeida Magalhães Serrano (até 22/07/2022); Patricia Ulson Pizarro Werner; Consuelo Yatsuda Moromisato Yoshida; Vera Cristina Caspari Monteiro (a partir de 23/07/2022); Francisco Chagas Holanda.*

## **EQUIPE DE COORDENADORES E MONITORES**

### **Advocacia Pública**

#### **Coordenadores de Advocacia Pública**

*Carlos José Teixeira de Toledo; Juliana Campolina Rebelo Horta; Luiz Fernando Roberto*

#### **Professores-Assistentes de Advocacia Pública**

*Ana Luiza Boulos Ribeiro; Claudio Henrique Ribeiro Dias; Diana Loureiro Paiva de Castro; Fábio André Uema Oliveira; Fabrício Contato Lopes Resende; Haroldo Pereira; Heloise Wittmann; Júlia Maria Plenamente Silva; Lucas Pessôa Moreira; Luís Claudio Ferreira Cantanhede; Marcela Gonçalves Godoi; Matheus Alves Nascimento; Mateus Camilo Ribeiro da Silveira; Paulo Alves Netto de Araújo; Thiago Oliveira de Matos; Zilla Oliva Roma*

### **Direito Digital**

#### **Coordenadores de Direito Digital**

*Caio Gentil Ribeiro; Diana Loureiro Paiva de Castro; Rafael Carvalho de Fassio.*

**Professores-Assistentes de Direito Digital**

*Christiane Mina Falsarella; Guilherme Cavalcanti; Júlio Rogerio Almeida de Souza; Lucas Soares de Oliveira; Patrícia Ulson Pizarro Werner.*

**Funcionários da ESPGE**

*Eric Rodolfo Gaspar Krauniski (BK), Fernando Augusto dos Santos, Paulo Severo dos Santos, Rafael de Lima Nobre, Thiago Blumer Marangone.*

# SUMÁRIO

## Apresentação

Lucas Pessôa Moreira

## Direito e Economia

**A impossibilidade do uso de fundamentos econômicos em decisões jurídicas sem fundamento em enunciado do direito positivo ..... 15**

Adson Jean Mendes Lavor

**A competitividade em licitações vis-à-vis a participação de particulares na fase de planejamento de contratações públicas: análise de direito e economia, com contextualização de inovações trazidas pela Lei Federal nº 14.133/2021 ..... 31**

Fernando de Souza Lopes

**Tensões interfederativas no combate à pandemia de Covid-19 no Brasil: aspectos jurídicos e econômicos ..... 61**

Florence Angel Guimarães Martins de Souza

**Direito e Economia da alteração do contrato administrativo ..... 91**

Ivo Musetti Ramos de Souza

**Consequencialismo no Direito Público: interpretação e efetividade do art. 20 da LINDB no controle judicial da pandemia de covid-19 ..... 129**

Mauro Oliveira Magalhães

**Gestão de Riscos na Lei nº 14.133/2021: aspectos relevantes sob a ótica da análise econômica do direito ..... 169**

Mirna Natalia Amaral da Guia Martins

**Avaliação da Conformidade no Brasil e a nova Lei de Liberdade econômica à luz do direito e economia ..... 197**

Oswaldo Prisciliano Minha Tomassini de Carvalho

**A aquisição de cestas básicas de agricultores assentados e distribuição aos povos indígenas durante a pandemia de covid-19: uma análise sob o enfoque do Direito e Economia ..... 233**

Paula Cristina Rigueiro Barbosa

**O que importa na adesão ao parcelamento tributário? ..... 259**

Rafael Souza de Barros

<b>A contratação pública de gestão de facilities sob a perspectiva do direito e economia</b> .....	<b>283</b>
Thais Priscila de Souza e Silva Depieri	
<b>A notificação eletrônica do auto de infração de trânsito: uma abordagem D&amp;E do § 1º do art. 284 do CTB</b> .....	<b>313</b>
Vanessa Faleiros da Cunha	

## APRESENTAÇÃO

Com grande satisfação, apresento a edição 2022 da *Revista da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, uma publicação essencial para o estímulo, desenvolvimento e difusão dos conhecimentos jurídicos que são frutos da atuação da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (ESPGE-SP) no aperfeiçoamento da advocacia pública. Esta edição reflete nosso compromisso contínuo com a excelência e a inovação no campo jurídico.

Os temas variados dos artigos que compõem esta edição refletem a própria diversidade de atuação da Procuradoria-Geral do Estado em sua missão de exercer a advocacia do Estado de São Paulo com excelência, garantindo a concretização de políticas públicas com segurança jurídica, em benefício da sociedade. Essa variedade de abordagens e perspectivas jurídicas enriquece nosso entendimento e amplia os horizontes do direito.

Recomendo a leitura desta revista com a convicção de que os trabalhos aqui elaborados não apenas contribuem para o debate de questões atuais e relevantes para o direito, mas também são frutos de um rigor científico exemplar. Os artigos foram submetidos a um criterioso processo de revisão por pares, em sistema de duplo cego, garantindo a qualidade e a integridade acadêmica das publicações.

Por fim, gostaria de parabenizar e agradecer aos procuradores e demais servidores que se dedicam e se dedicaram à Escola Superior. Seu empenho e dedicação são fundamentais para que a Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo seja uma instituição forte e de vanguarda.

Desejo a todos uma excelente leitura!

**Lucas Pessôa Moreira**

Procurador do Estado

Núcleo de Responsabilidade Subsidiária Trabalhista - PGE



# A IMPOSSIBILIDADE DO USO DE FUNDAMENTOS ECONÔMICOS EM DECISÕES JURÍDICAS SEM FUNDAMENTO EM ENUNCIADO DO DIREITO POSITIVO

*The impossibility of using economic grounds in legal decisions that are not based on a statement of positive law*

Adson Jean Mendes Lavor<sup>1</sup>

## SUMÁRIO

1. Introdução; 2. O direito para o construtivismo lógico-semântico; 2.1. Positivismo jurídico e jusnaturalismo; 2.2. Direito e linguagem; 2.3. Direito e sistemas sociais; 3. Aplicação da norma jurídica; 3.1. Interpretação no processo de aplicação do direito; 4. A problemática proposta; 5. Necessidade de fundamento no enunciado positivo para uso do argumento econômico; 6. Conclusão; Referências Bibliográficas.

## RESUMO

Este trabalho busca analisar a possibilidade de fundamentos econômicos em decisões jurídicas sem que haja fundamentação em enunciados do direito positivo. Para tanto, traz premissas fundamentais acerca do conceito de direito, aplicação e interpretação para concluir pela impossibilidade.

**Palavras-chave:** Direito e Economia. Maximização de riquezas. Enunciado positivo. Norma jurídica.

## ABSTRACT

This work seeks to analyze the possibility of economic foundations in legal decisions without there being a foundation in positive law. To this end, it presents fundamental premises about the concept of law, application and interpretation in order to conclude that this is impossible.

**Keywords:** Law and economics. Maximizing wealth. Positive statement. Legal norm.

## 1. INTRODUÇÃO

É crescente a influência da ciência da economia no estudo do direito por diversos autores no mundo, tendo esse método recebido denominação própria de direito e economia ou análise econômica do direito. Nos estudos desses autores, por vezes, o direito é tomado como objeto de estudo da ciência econômica, mas, em outras, buscam nos fundamentos econômicos a norma que regerá casos concretos e individuais. Nesse último caso, haveria uma aplicação do direito a partir de parâmetros econômicos.

Ocorre que o direito, enquanto sistema fechado e autônomo, tem regras e procedimentos próprios para a produção de novas normas jurídicas, seja sob o aspecto procedimental, seja para a definição do seu conteúdo.

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado de São Paulo. Especialista em Direito e Economia pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.

A definição dessas regras e procedimentos tem por base textos jurídicos positivados pela autoridade competente, na medida em que o direito, sob uma perspectiva comunicacional, nada mais é que uma mensagem transmitida por meio de signos que visa regular a realidade social para que se atinja determinados valores, dada a função prescritiva do direito.

Desse modo, o processo de aplicação do direito tem como base inicial os textos jurídicos, a partir dos quais são construídas, por meio da interpretação, as normas jurídicas que regularão o caso concreto.

Nesse contexto, surge o questionamento: a consideração de fundamentos econômicos na aplicação do direito requer uma abertura semântica através dos textos jurídicos?

Para responder a esse questionamento, valendo-se do método lógico-dedutivo, primeiramente analisaremos o conceito de direito, sob as perspectivas da teoria dos sistemas, da teoria do positivismo jurídico e do direito enquanto comunicação.

Posteriormente, analisaremos a dogmática relativa à aplicação do direito sob a ótica dos referenciais teóricos propostos para o presente artigo, notadamente para definir o papel e os contornos do processo de interpretação dos textos na construção da norma para o caso concreto.

A partir das noções conceituais do direito e sua aplicação, enfrentaremos a problemática proposta, destacando de que modo pode haver influência da economia na aplicação do direito e concluindo pela impossibilidade da utilização dos argumentos econômicos para definição de efeitos jurídicos na aplicação do direito quando desprovidos de amparo em enunciados normativos do direito positivo.

## **2. O DIREITO PARA O CONSTRUTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO**

O primeiro ponto a ser firmado como referencial teórico para o presente trabalho é da definição do direito, uma vez que este é o nosso objeto de estudo, e, apenas com uma clara ideia do que se tomará como direito é que poderemos responder a problemática proposta.

Assim sendo, nossa tarefa consistirá na definição de delimitar a realidade que tomamos como objeto de estudo à qual se atribuirá a denominação de direito. Seguindo a definição adotada pelo construtivismo lógico-semântico, adotaremos três referenciais teóricos: a escola do positivismo jurídico, a teoria comunicacional do direito e a teoria dos sistemas sociais.

### **2.1. Positivismo jurídico e jusnaturalismo**

A tarefa de definir o que é direito não é simples e conta com uma vasta gama de escolas que se encarregaram desta tarefa, mas duas merecem destaque: o jusnaturalismo e o positivismo jurídico.

Os jusnaturalistas conceituaram o direito como uma ordem de princípios absolutos e imutáveis anterior às normas editadas pelos Estados. A origem desses princípios, na Grécia antiga, era a natureza das coisas, na era medieval, a vontade divina, ou, em uma visão antropocentrista, a natureza humana.

Para os mais radicais jusnaturalistas, o Estado apenas declararia o direito natural. Outros, reconheciam a possibilidade de o Estado inovar no direito, mas sempre em observância às normas advindas do direito natural.

Por outro lado, o positivismo jurídico nega a existência de um direito natural. O direito é tido apenas como o conjunto de normas jurídicas válidas em uma determinada sociedade. As normas jurídicas, por sua vez, são os enunciados normativos emanados do Estado, mais especificamente, da autoridade a que outras normas atribuíram a competência para expedir estes enunciados normativos<sup>2</sup>.

Sob essa perspectiva, as normas são fruto de uma vontade política e, ao ingressarem no ordenamento jurídico, devem guardar compatibilidade apenas com outras normas jurídicas de hierarquia superior e não com outros conceitos extrajurídicos ligados a uma suposta ordem natural. Isto é, ao contrário do jusnaturalismo, o escalonamento é apenas endógeno ao direito positivo.

A premissa adotada neste trabalho será de inspiração positivista, isto é, o direito será tomado como as normas vigentes em uma determinada sociedade que formam uma estrutura escalonada e que guardam uma coerência interna.

## 2.2 Direito e linguagem

O direito também deve ser compreendido como linguagem, assim concebida como o resultado da utilização da língua para comunicar-se. Isto é, o direito é um fenômeno comunicacional ou um “sistema de mensagens inseridas num processo comunicacional, produzidas pelo homem e por ele utilizadas com a finalidade de canalizar o comportamento inter-humano em direção a valores que a sociedade almeja realizar”<sup>3</sup>.

Sob essa perspectiva, as normas jurídicas são mensagens direcionadas a todo o corpo social, cujo emissor é a autoridade competente para produção da norma.

Por se tratar de linguagem, o direito é, portanto, um conjunto estruturado de signos. Estes, por sua vez, derivam de uma relação entre três elementos: um suporte físico, um significado e uma significação.

<sup>2</sup> Destaco que o positivo a que se refere este trabalho é baseado na tradição positivista a partir da clivagem com o jusnaturalismo e não com toda a tradição positivista e suas variações, como, por exemplo, o positivismo inclusivo, que admite como elementos do direito os padrões morais.

<sup>3</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico**. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2019, p. 186.

O suporte físico é aquilo que nós apreendemos através dos sentidos, como uma onda sonora oriunda de uma fala que ouvimos ou um texto escrito que lemos. O suporte físico faz referência a algo que o representa, sendo este o seu significado. O sujeito, diante do suporte físico e do significado, promove a significação, assim entendida como o surgimento de um conceito para o indivíduo a partir da sua interpretação.

A título de exemplo, imaginemos a palavra “pássaro” como suporte físico e que remete a um animal específico, que é o seu significado. Diante desses elementos, o sujeito os interpreta e adquire um conceito.

Para o direito, o suporte físico é o texto dos enunciados normativos, ou seja, a Constituição Federal, as leis publicadas etc. O significado são as realidades descritas pela norma jurídica, seja no seu antecedente, seja no seu consequente. A significação, por sua vez, é a construção da norma jurídica pelo sujeito através da interpretação dos outros elementos.

Vale destacar que o resultado da significação poderá variar de pessoa para pessoa, pois uma vez em contato com o suporte físico, seus referenciais de significado e o resultado da sua compreensão podem divergir.

O fato de vivenciarmos um mesmo idioma nos ajuda a diminuir essas distorções entre as significações, pois, em uma mesma língua, os significados são estabelecidos de forma convencional na sociedade, mas essa uniformidade nem sempre estará presente, especialmente em razão das ambiguidades linguísticas, divergências culturais, sociais e de vivências.

Assim, percebe-se que o contexto histórico-cultural vivenciado influencia na significação. Se aquele for alterado, esta também se alterará.

Podemos exemplificar esta afirmação: imagine que há uma placa com os dizeres “é proibido entrar de biquíni” no início da faixa de areia de uma praia de nudismo no Brasil. A significação, ou seja, a norma construída pelo intérprete provavelmente será de que as pessoas deverão entrar nuas no local. Porém, a mesma placa em uma praia localizada no Afeganistão leva à conclusão de que as pessoas deverão entrar naquele local com roupas compostas.

Essas premissas são relevantes para chegarmos a duas conclusões.

A primeira delas é que na linguagem só temos acesso ao seu suporte físico e, a partir disso, devemos construir a mensagem através da significação. O texto não contém o sentido, sendo este construído na mente do intérprete. No que se refere ao direito, a ideia é a mesma. Apenas temos acesso ao seu dado empírico, um conjunto de símbolos que podemos chamar de textos, e a partir dele é que construímos a mensagem transmitida pela autoridade emissora, qual seja, a norma jurídica.

A segunda é que a língua serve de campo referencial no processo de significação, pois delimita os objetos que podem ser considerados como significados de um dado texto, com base em consensos sociais. Este é um importante limite no processo de construção da norma jurídica, pois, como visto, reduz as divergências entre as significações de diferentes intérpretes.

### 2.3 Direito e sistemas sociais

Uma terceira premissa que deve ser fixada é de que o direito é um sistema social comunicacional, sob a perspectiva sistêmica do direito, cujo maior expoente foi Niklas Luhmann.

Um sistema pode ser entendido como um conjunto de elementos que mantém, entre si, relações regidas por um único referencial. Trata-se de um “conjunto de elementos relacionados, os quais se comunicam e controlam entre si, dentro de uma lógica coesa e coerente internamente estabelecida, lógica essa marcada por um fim, mantida a possibilidade de corte ou decomposição em subsistemas”<sup>4</sup>.

O sistema diferencia-se do ambiente, assim compreendido como tudo aquilo que não faz parte do sistema. A relação entre ambiente e sistema é bem descrita por Marcelo Pereira de Mello: “Eles se constituem e se conservam como tais ao criar e manter a diferença de seus ambientes, e seus limites com o ambiente servem para regular essa diferença”.<sup>5</sup>

Um código define o que faz parte do sistema ou não, inclusive aquilo que faz parte do ambiente, mas que, observado o código, é introduzido no sistema como seu elemento. É este código que permite a diferenciação entre sistema e ambiente, chamada pelo autor de diferenciação sistêmica.

Com base nessa compreensão é que temos o direito como um sistema social. Avançando nessa perspectiva, também compreendemos o direito como um sistema operativamente fechado e cognitivamente aberto, isto é, suas operações têm como base seus próprios elementos, as normas jurídicas, mas também está sujeito a influências do ambiente e de outros sistemas sociais, como a política. Nesse sentido, ilustra o professor Marcelo Pereira de Mello: “Pode haver influência política na legislação, mas somente a lei pode modificar a lei. Somente dentro do sistema legal a mudança das normas legais pode ser percebida como mudança da lei”.<sup>6</sup>

Uma diretriz política ou uma perspectiva econômica, por exemplo, poderão influenciar no sistema do Direito, desde que sejam incorporadas como elemento desse sistema, ou seja, como norma jurídica.

Neste ponto, cumpre ressaltar que as próprias normas jurídicas definem os requisitos para que uma nova norma jurídica seja incorporada ao sistema. São as próprias normas que definem quem poderá criar normas (autoridade competente), qual processo mais adequado para criação de novas normas (processo legislativo, processo administrativo ou processo judicial, por exemplo) e o limite do conteúdo

<sup>4</sup> FERNANDES, Felipe; SOUZA DE MORAES, José Luiz. A importância da noção de sistema para o direito administrativo. *Revista da AGU*, Brasília, DF, v. 20, n. 01, p. 129–147, jan./mar. 2021, p. 133.

<sup>5</sup> MELLO, Marcelo Pereira de. A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmann e Teubner. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 351–373, 2006, p. 5.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 6.

destas novas normas, dada a necessidade de coerência interna do sistema e a estrutura hierárquica existente entre seus elementos. Essa capacidade de se reproduzir qualifica o sistema como autopoietico.

Por outro lado, os fatos em geral são tratados pelo sistema do direito com base no seu código operativo binário de lícito e ilícito. Isto é, dentre os fatos, aqueles que não possam ser analisados sob esta perspectiva serão irrelevantes e não produzirão efeitos nesse sistema. Por outro lado, aqueles que podem ser analisados sob esta valência terão sua classificação definida com base nas normas jurídicas. Estes fatos também são compreendidos como estímulos do ambiente no sistema jurídico. Nesse sentido:

O sistema jurídico, por exemplo, vai buscar fora dele (no seu ambiente – sociedade) a comunicação que deseja disciplinar e traz para dentro dele como comunicação jurídica atribuindo-lhe tratamento normativo ao qualificá-lo na forma lícita ou ilícita. Neste sentido, é aberto cognitivamente, pois seu programa permite o ingresso de informações de seu ambiente e fechado operacionalmente, porque tal ingresso só é possível com a tradução das informações externas no código que lhe é próprio (lícito/ilícito)<sup>7</sup>.

Para ilustrarmos esses conceitos, tomemos um exemplo simplificado.

Em nosso ordenamento jurídico há o tipo penal do homicídio (art. 121 do Código Penal) que descreve, em abstrato, a conduta criminosa e comina uma sanção. Trata-se de um elemento do sistema do direito. Se um indivíduo mata outro (estímulo do ambiente), este fato pode ser analisado, sob o código do direito, como ilícito, devendo gerar repercussões no sistema jurídico. Para tanto, a autoridade competente, o juiz, por meio do processo judicial, deverá criar uma norma jurídica no sistema, a sentença. O conteúdo desta nova norma jurídica está delimitado pelos demais elementos do ordenamento jurídico, não podendo, por exemplo, fixar pena inferior ou superior aos limites previstos no tipo penal do homicídio.

Percebe-se que o sistema do direito, diante de um estímulo do ambiente (um fato social), reproduziu uma nova norma com base nos seus próprios parâmetros.

### 3. APLICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

Para subsidiar a análise do problema proposto, também é relevante analisar o fenômeno da aplicação da norma jurídica tomando como base os referenciais até agora propostos.

Os fatos sociais tidos como relevantes pelas normas jurídicas existentes precisam ser incorporados ao sistema do direito, na forma de novas normas jurídicas,

<sup>7</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico**. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2019, p. 161.

para que nele produzam os seus efeitos. Caso contrário, o fato social jamais será um fato jurídico.

Um homicídio jamais conhecido, nunca produzirá os efeitos jurídicos próprios para este fato, segundo o ordenamento jurídico. É necessário que a autoridade competente reconheça o fato, por meio de um procedimento, e impute os efeitos prescritos pelo direito, em uma sentença judicial (norma jurídica). Nesse sentido, é célebre a lição de Aurora Tomazini:

O plano do direito positivo é sintaticamente fechado, constitui-se numa linguagem própria (que não se confunde com a linguagem da realidade social), só permitindo o ingresso de elementos a ele exteriores (fatos sociais) quando relatados no seu código. Neste sentido, um fato do mundo social, para ser jurídico, não basta ser verificado de acordo com o descrito na hipótese normativa, tem que integrar no sistema do direito positivo, pois é nele, e somente nele, que se instalam consequências jurídicas<sup>8</sup>.

O reconhecimento do fato social e a imputação dos seus efeitos, por meio do procedimento adequado, é o que chamaremos de aplicação do direito. A aplicação sedimenta a lógica do sistema jurídico no sentido de que não existem normas individuais e concretas para cada um dos acontecimentos sociais, mas apenas normas de cunho generalista. Diante disso, faz-se necessária a presença de um indivíduo (ou mais de um) eleito pelo próprio sistema do direito para, com base nas normas gerais e por meio do procedimento próprio, produzir a norma individual e concreta para os casos que se apresentarem.

Avançando na análise da aplicação, não podemos olvidar a necessidade de a norma individual e concreta produzida ter como fundamento as normas gerais e abstratas do sistema jurídico, isto é, são estas que determinam a autoridade competente, o procedimento a ser observado e o conteúdo do conseqüente da norma jurídica individual.

Diante dessa constatação, fica evidente o caráter autopoiético do sistema do direito, pois uma norma jurídica é produzida com base em outra norma jurídica. O processo por meio do qual esse fenômeno ocorre é a positivação. Sobre o tema:

Sempre que se produz uma linguagem jurídica, alguém está aplicando uma norma, mediante um processo que denominamos de positivação. Positivar, assim, é passar da abstração para concretude das normas jurídicas, o que se efetiva, necessariamente, por meio de um ato humano. Este ato, bem como a pessoa credenciada para realizá-lo, são determinados pelo direito e é por meio dele que normas são inseridas no sistema, numa posição hierarquicamente inferior àquelas que regulam sua produção.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**: o construtivismo lógico-semântico. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2019, p. 444.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 465.

De maneira mais específica, o processo de aplicação se inicia com a constituição do fato jurídico, pois ele será o antecedente da norma jurídica individual e concreta. O acontecimento social é levado ao conhecimento da autoridade competente por meios de versões que lhe são apresentadas, e então ela determina qual foi o acontecimento.

Abre-se um parêntese para explicar que essas versões não são apenas aquelas escritas nos pedidos dos interessados, mas também aquelas presentes em fotografias, vídeos, laudos periciais e os diversos meios de provas admitidos.

Vale destacar que nem sempre haverá coincidência entre o evento e o fato jurídico construído, pois a autoridade poderá se equivocar no seu convencimento e as versões que lhe foram apresentadas podem ser falhas. Não por outra razão, existem condenações reconhecendo um crime inexistente ou que existiu, mas teve autor diferente.

Fato é que, dentre as várias versões, a autoridade competente, por meio de um ato de decisão, definirá qual foi o acontecimento.

Constituído o fato, para que seja jurídico, é preciso verificar se ele corresponde a uma hipótese normativa, isto é, se há subsunção.

A subsunção ocorre quando se reconhece que o fato se enquadra na hipótese de uma norma jurídica geral e abstrata. Esta tem sua estrutura prescritiva composta por um antecedente consistente na descrição genérica de um acontecimento apto a fazer surgir os efeitos contidos no conseqüente normativo.

A hipótese, enquanto descrição genérica, abrange uma série de fatos que contêm os elementos nela descritos, todos compondo uma classe de vários elementos.

O fato, individualmente considerado e reconhecido pelo aplicador, se contém as notas características da hipótese normativa, estará incluído na classe por ela prevista e será considerado um fato jurídico apto a figurar como antecedente da norma individual e concreta que será criada. Seguindo nosso exemplo, o tipo penal do homicídio tem como antecedente a hipótese normativa “matar alguém”. Se, hipoteticamente, o fato reconhecido pelo aplicador é que João atira, com a intenção de matar, contra Pedro, no dia 12 de janeiro de 2010, na cidade de Juazeiro do Norte/CE e o óbito se concretiza, este, por conter as notas características da hipótese normativa, será um fato jurídico apto a constar no antecedente da nova norma a ser criada, a sentença penal.

Definido o fato jurídico, antecedente da norma jurídica individual e concreta, é preciso definir seus efeitos jurídicos, que constarão no conseqüente da mesma norma. No caso da sentença penal condenatória, por exemplo, será a pena em concreto aplicada ao condenado.

Os efeitos jurídicos também devem ter como parâmetro e fundamento o conseqüente da norma geral e abstrata, também em verdadeira subsunção, pois esta é sempre do fato e dos efeitos jurídicos e não somente do fato. Portanto, não se pode

atribuir efeitos arbitrários e aleatórios ao fato jurídico, mas apenas aqueles que se incluem na classe de efeitos previsto no consequente da norma geral e abstrata.

Não se pode, por exemplo, condenar alguém, no Brasil, à pena de morte por homicídio simples, pois inexistente este efeito jurídico no consequente da norma jurídica aplicável a este fato jurídico.

Portanto, “assim como a hipótese serve como base para construção do fato jurídico, o enunciado do consequente da norma geral e abstrata opera como limite semântico, demarcando a extensão conceitual da relação jurídica”<sup>10</sup>.

É a subsunção que permite a coerência e hierarquia interna no sistema jurídico, de modo que as normas inferiores respeitem as normas superiores. Para melhor esclarecer a operação, tomemos as seguintes lições:

Os enunciados da norma individual e concreta são apurados com precisa determinação dos critérios da hipótese e do consequente da regra-matriz, de forma que a classe de infinitos acontecidos prevista na hipótese (de previsão futura), transforma-se num conjunto de um único acontecimento concreto (de previsão passada) devidamente identificado no tempo e no espaço e a classe de infinitas relações prescrita no consequente, converte-se num conjunto de uma única relação, instituída entre sujeitos individualizados e com objeto determinado<sup>11</sup>.

Em síntese, a lição mais importante que se tira da compreensão do processo de aplicação é a de que a norma geral e abstrata serve como limite e fundamento para a construção da norma individual e concreta.

Ocorre que nesse processo de aplicação, o fenômeno da interpretação também é relevante, sendo necessária sua análise.

### 3.1 Interpretação no processo de aplicação do direito

A interpretação é inerente ao processo de aplicação do direito. Podemos conceituar essa atividade como a construção e justificação de sentido, havendo uma grande contribuição do referencial cultural do intérprete no resultado.

Em um primeiro momento, o aplicador precisará interpretar os suportes factuais que tem acesso para determinar o fato jurídico. Como vimos, uma vez ocorrido o evento, este passará a fazer parte do passado, a partir de então apenas restarão versões (provas) do que aconteceu, sendo elas contidas em linguagens de relato.

<sup>10</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**: o construtivismo lógico-semântico. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2019, p. 597.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 484.

Conforme ensina Aurora Tomazini de Carvalho, “o aplicador tem acesso apenas às versões, nunca ao acontecimento”<sup>12</sup>.

Desse modo, a versão apresentada pelas testemunhas, pelo perito, pelas partes, por vídeos etc., deverão ser interpretadas pelo aplicador para que seja determinado o fato jurídico, de acordo com o seu convencimento. Nesse sentido:

Tudo que ele terá sobre o evento será um conjunto de textos (i.e. o relato do autor – fato alegado, o relato do réu – fato contraditório, testemunhos, documentos, laudos periciais, fotos, etc.) e sua função, como aplicador, é de interpretá-los, para construir a sua versão do evento<sup>13</sup>.

Vale destacar que as versões que podem ser consideradas pelo aplicador são aquelas admitidas pelo próprio sistema do direito, isto é, não serão admitidas, por exemplo, provas ilícitas ou que não observem a forma prescrita em lei. Nestes casos, o sistema não admite que estas versões sejam usadas pelo aplicador como fundamento para determinar o fato jurídico.

De todo modo, fica claro que a determinação do fato jurídico é um ato de decisão, todavia, este deverá ser fundamentado nas provas admitidas pelo direito. Trata-se de um limite imposto ao aplicador do direito na construção da norma jurídica individual e concreta.

Em um segundo momento, o aplicador deverá interpretar para construir a norma jurídica geral e abstrata.

Partindo da premissa por nós fixada, de que o direito é linguagem, compreendemos que o aplicador apenas terá acesso aos textos jurídicos (suporte físico) e que a norma jurídica (significado) é fruto da sua interpretação.

Portanto, o aplicador estará diante dos textos jurídicos (leis, decretos etc.) e atribuirá a eles significados com o intuito de construção da norma jurídica. Isto é, a interpretação feita pelo aplicador (autoridade competente) será positivada por meio da inserção da nova norma jurídica ao ordenamento.

Ademais, é certo que a interpretação está condicionada pelos horizontes culturais do intérprete, porém, há pelo menos um limite que ele deve observar: o texto jurídico (enunciado de direito positivo).

Essa limitação diz respeito às possibilidades de significado que se pode atribuir a um texto.

Se por um lado, não é fácil esgotar todos os significados admitidos para determinada palavra em uma língua, por outro é possível apontar certos significados que não são admitidos pela comunidade.

---

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 494.

<sup>13</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico**. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2019, p. 494.

Um exemplo recente foi a discussão acerca da possibilidade de se afastar a presunção de inocência antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O texto da Constituição Federal de 1988 (CF/88) que trata desse tema é o seguinte: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Diante desse texto, não se pode imaginar um significado para ele que admita o afastamento da presunção de inocência antes do marco temporal nele definido, pois estaríamos transbordando o limite imposto pelo próprio enunciado. Se o intérprete não observa esse limite, haverá violação ao enunciado e à norma jurídica hierarquicamente superior, de modo que a sua interpretação consubstanciada na norma jurídica individual e concreta não deverá subsistir no sistema jurídico.

Importante destacar que um dado texto jurídico nem sempre corresponderá a uma única norma, podendo fundamentar a construção de várias. Por outro lado, também é possível que uma norma não tenha como fundamento um único enunciado positivo.

Ademais, o intérprete terá contato com os enunciados positivos e, ao atribuir significado a eles, deverá estruturar de forma deontica, isto é, com antecedente e consequente, dado que esta é a estruturação das normas jurídicas.

Por exemplo, se João tenta matar Pedro, o aplicador deverá construir a norma jurídica aplicável com base em, pelo menos, dois enunciados positivos, o art. 121 e o art. 14, II e parágrafo único, ambos do Código Penal (CP). Diante desses dois dispositivos, construirá a norma jurídica na estrutura deontica da seguinte maneira: “se alguém tentar matar outrem, deve o autor ser submetido à pena prevista para o homicídio reduzida de 1/3 a 2/3”.

Percebam que a norma jurídica aplicável não existe textualmente na lei, mas nós construímos através da associação de significações obtidas a partir de mais de um enunciado.

Outro exemplo, agora de um único enunciado que pode dar origem a mais de uma norma jurídica, que é o art. 422 do Código Civil (CC), que possui a seguinte redação: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Estando diante desse enunciado, o aplicador poderá formular diversas normas jurídicas, como, por exemplo: “se alguém celebra contrato e aceita o pagamento reiteradamente em local diverso do pactuado, deve aceitar os pagamentos vindouros nesse novo local”, concretizando a figura parcelar da *supressio*. Por outro lado, também poderá elaborar a norma jurídica: “se alguém celebra contrato e sofre dano em razão do inadimplemento do contratado, deve buscar mitigar o agravamento do próprio prejuízo”, concretizando a figura do *duty to mitigate the loss*.

Em síntese, apenas após um processo de interpretação é que o aplicador definirá o fato jurídico e a norma jurídica geral e abstrata que se aplicará ao caso, para então, por meio da subsunção, construir a norma concreta e individual.

Essa interpretação encontra limites inerentes à natureza sistêmica do direito, seja de observância das provas (linguagem dos fatos admitida pelo sistema) ou pela necessidade de respeito aos limites semânticos dos enunciados positivados.

#### 4. A PROBLEMÁTICA PROPOSTA

Fixados os referenciais teóricos, é relevante explicitar a problemática proposta para, em seguida, analisá-la conclusivamente.

Diante de uma situação concreta, pode o aplicador do direito valer-se do argumento econômico para construção da norma jurídica individual e concreta que regulará a situação?

O primeiro ponto a se elucidar é o que entendemos como argumento econômico. A economia, enquanto ciência, tem natureza descritiva, isto é, busca explicar a realidade através das suas ferramentas (os modelos econômicos). Todavia, não se deve olvidar o fato de que, com base nessa descrição, também surgem enunciados de índole prescritiva, isto é, que definem um dever ser com base na premissa de maximização de riqueza na sociedade ou a maximização do bem-estar social.

Por argumento econômico, temos esses enunciados prescritivos que estabelecem um dever ser para que se atinja uma maximização do bem-estar social, cujo fundamento é a ciência econômica e todos os instrumentos que a embasam.

Desse modo, a indagação é se diante de um fato jurídico o aplicador do direito poderá estabelecer as suas consequências apenas com base no argumento econômico, ainda que a conclusão obtida seja contrária aos enunciados do direito positivo.

Para ilustrar o problema, vamos nos valer de um exemplo dado por Ronald Coase, no seu artigo “O problema do custo social”, com algumas adaptações.<sup>14</sup>

A situação é que existe um agricultor e um pecuarista atuando em propriedades vizinhas e não divididas por cercas. Ocorre que o gado do pecuarista acaba destruindo a plantação do agricultor.

Diante disso, imaginemos que o custo para cercar a propriedade seja de vinte mil reais, que o prejuízo causado ao agricultor seja de cem reais por mês e que o lucro líquido mensal do agricultor seja de dois mil reais.

Com base nos enunciados do Direito Civil, o agricultor teria direito a ser indenizado pelos danos que suportou, bem como a uma tutela de remoção de ilícito, isto é, a imposição ao pecuarista de impedir seu gado de voltar a destruir, seja cessando a atividade ou construindo uma cerca.

Neste caso, além do pagamento de cem reais pelos meses nos quais houve dano, o pecuarista também teria o custo de vinte mil reais para colocar a cerca ou deixaria de ganhar dois mil reais de lucro por mês, caso cessasse a atividade pecuária.

---

<sup>14</sup> COASE, Ronald H. O problema do custo social. *The Journal of Law & Economics*, Chicago, v. 3, 1960.

Ocorre que essa solução não seria eficiente do ponto de vista econômico, pois geraria um grande prejuízo ao pecuarista (redução de riqueza e bem-estar) em contrapartida a um pequeno benefício ao agricultor (apenas cem reais por mês).

Então, diante dessa constatação, caso a situação fosse levada a juízo, poderia o julgador deixar de impor ao pecuarista a obrigação, extraída dos enunciados jurídicos, de impedir o gado de destruir a plantação do agricultor e apenas lhe obrigar a indenizar cem reais por mês a este, com base no argumento econômico?

Um outro exemplo. Suponhamos que um Estado editou uma lei regulamentando a compra e venda de sangue humano, após realizar estudos apontando que esse modelo reduziria a zero a falta de sangue para transfusão e haveria um ganho financeiro para a população em geral.

Se o Procurador-Geral da República ajuizar uma ação direta de inconstitucionalidade em face dessa lei, poderia o Supremo Tribunal Federal (STF) deixar de aplicar o art. 199, §4º, da Constituição Federal<sup>15</sup>, que veda todo tipo de comercialização de órgãos e tecidos humanos, por considerar que a lei promove uma maximização do bem-estar social?

A análise que se propõe é a de definir justamente a resposta para essas e outras questões cuja solução extraída dos enunciados jurídicos nem sempre é aquela mais eficiente do ponto de vista econômico.

## **5. NECESSIDADE DE FUNDAMENTO NO ENUNCIADO POSITIVO PARA USO DO ARGUMENTO ECONÔMICO**

Com base nos referenciais propostos, é seguro afirmar que seria impossível ao aplicador do direito o uso de argumentos econômicos sem que haja fundamento em um enunciado do direito positivo.

Primeiro, pelo fato de que o aplicador, ao dar origem a uma norma individual e concreta que se aplicará ao caso concreto, deve buscar seu fundamento em normas de hierarquia superior, em razão do caráter escalonar das normas jurídicas, conforme preconizado no positivismo jurídico.

Ademais, se o direito é entendido como um sistema operativamente fechado, a análise dos fatos deve ser regulada pelos seus próprios elementos e de acordo com o seu próprio código.

O fato de ser cognitivamente aberto não afasta nossa conclusão, pois, como vimos, a influência do ambiente no sistema se dá com a incorporação de novos elementos jurídicos, todavia, esta incorporação deve pautar-se nas normas previstas pelo

---

<sup>15</sup> Art. 199, §4º, da CF/88: “A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização”.

próprio direito, seja na definição da autoridade competente, do procedimento a ser observado ou do conteúdo do novo elemento.

Logo, a inclusão de fundamentos econômicos no sistema do direito carece de uma abertura cognitiva consistente em norma jurídica que o admite como tal. “Os enunciados prescritivos são como uma porta aberta pela qual se tornam jurídicos e válidos os valores a eles atribuídos pelo usuário, jurista, ou aplicador, quando das suas construções de sentido”<sup>16</sup>.

Como exemplo, podemos apontar a previsão do princípio da eficiência como norma constitucional impositiva a toda a administração pública. Esta é uma abertura cognitiva que pode levar à incorporação de normas pautadas pelo argumento econômico, pois a previsão constitucional funciona como verdadeira porta para influência do sistema econômico no sistema jurídico.

Avançando, a partir da análise do processo de aplicação do direito, também chegamos à mesma conclusão, na medida em que a construção da norma jurídica concreta e individual deve ter como fundamento a norma jurídica geral e abstrata, o que é verificado através da subsunção.

Isto é, as consequências jurídicas de determinado fato devem se subsumir à norma jurídica geral e abstrata que é aplicada. Logo, apenas se esta permitir o uso de argumentos econômicos é que estes poderão guiar a definição das consequências jurídicas no caso concreto.

A própria construção da norma jurídica geral e abstrata, a partir da interpretação dos textos jurídicos, também tem como limites estes enunciados, na medida em que não será possível ao intérprete atribuir significados que não sejam comportados pelos signos, tudo com base na língua que é utilizada.

Se o direito é linguagem, seu propósito comunicacional só é alcançado quando se é respeitado o padrão linguístico utilizado, na medida que é esta convenção social que permite e viabiliza a transmissão e recepção das mensagens.

Logo, se ao definir a norma jurídica geral e abstrata que será aplicada ao caso o intérprete incluir o argumento econômico, este deverá estar contido nos significados possíveis para o enunciado jurídico que serviu como base.

Admitir a adoção do fundamento econômico para definição das consequências jurídicas de um fato sem amparo nos enunciados positivos do direito é negar a autonomia do direito enquanto sistema.

Ademais, é importante lembrar que a possibilidade de influência de outros sistemas no sistema do direito não se restringe à economia, mas também à ética, à política e outros que, por meio previsto no próprio direito, informam a criação de novos elementos no sistema jurídico.

---

<sup>16</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico**. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2019, p. 724.

Assim, permitir a adoção de fundamentos desprovidos de base nos textos legais implicaria extirpar o mínimo de segurança jurídica que se necessita na sociedade, pois cada aplicador poderia adotar fundamento diverso para definir os efeitos jurídicos de fatos idênticos ou similares.

É a necessidade de fundamentar-se no texto positivo que garante um mínimo de previsibilidade das consequências dos fatos jurídicos que ocorrem na sociedade.

Em síntese, é necessário que haja enunciado jurídico que comporte, como significado, o fundamento econômico na construção da norma geral e abstrata para, a partir dessa, se definir os efeitos concretos e individuais do fato jurídico a partir da subsunção.

## 6. CONCLUSÃO

Podemos concluir que não é possível a utilização dos argumentos econômicos para definição de efeitos jurídicos na aplicação do direito quando desprovidos de amparo em enunciados normativos do direito positivo.

A exigência tem fundamento na autonomia do direito enquanto sistema social, na imposição de observância dos enunciados de direito positivo no processo de aplicação do direito e nos limites semânticos impostos por esses textos ao intérprete.

Não se nega, contudo, a possibilidade de influência das prescrições de ordem econômica na construção de normas jurídicas, dado que o direito, embora operativamente fechado, é cognitivamente aberto. Todavia, esta influência deve ter fundamento em elementos do próprio sistema, pois são eles que determinam os limites de conteúdo das novas normas, o procedimento a ser observado e a autoridade competente. Isto é, a partir das normas jurídicas é que se criam outras normas jurídicas, dada a característica autopoietica do sistema jurídico.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO DE OLIVEIRA, Manfredo. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4. ed. São Paulo: Editora Loyola, 1997.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 3. ed. Tradução de Fernando Pavan Batista, Ariani Bueno Sudatti. São Paulo/Bauru: Edipro, 2005.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 24 out 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 24 out 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88\\_Livro\\_EC91\\_2016.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf). Acesso em: 24 out 2023.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**: o construtivismo lógico-semântico. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2019.

COASE, Ronald H. O problema do custo social. **The Journal of Law & Economics**, Chicago, v. 3, 1960.

FERNANDES, Felipe; SOUZA DE MORAES, José Luiz. A importância da noção de sistema para o direito administrativo. **Revista da AGU**, Brasília, DF, v. 20, n. 01, p. 129–147, jan./mar. 2021. DOI: <https://doi.org/10.25109/2525-328X.v.20.n.01.2021.2673>.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: Técnica, decisão, dominação. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2003.

MELLO, Marcelo Pereira de. A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmann e Teubner. **Tempo Social, revista de sociologia da USP**, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 351–373, 2006. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-20702006000100018>.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (RIDB)**, Lisboa, n. 1, 2012.

# **A COMPETITIVIDADE EM LICITAÇÕES VIS-À-VIS A PARTICIPAÇÃO DE PARTICULARES NA FASE DE PLANEJAMENTO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: ANÁLISE DE DIREITO E ECONOMIA, COM CONTEXTUALIZAÇÃO DE INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI FEDERAL Nº 14.133/2021**

*Competitiveness in bids vis-à-vis the participation of private individuals in the planning phase of public contracts: an analysis of law and economics, with a contextualization of innovations brought about by Federal Law nº. 14.133/2021*

**Fernando de Souza Lopes<sup>1</sup>**

## **SUMÁRIO**

1. Introdução; 2. Planejamento e Modelagem das Contratações Públicas; 3. Eventual Insuficiência Técnica da Administração Contratante; 4. Cooperação Privada na Fase Preparatória de Contratações; 4.1 Aspectos Negativos; 4.1.1. Assimetria de Informações; 4.1.2. Custo de Oportunidade; 4.1.3. Práticas Anticoncorrenciais; 4.1.3.1. Registro (ou reserva) de oportunidade; 4.1.3.2. Cartel *hub-and-spoke*; 4.2. Aspectos Positivos; 5- Boas Práticas Administrativas Sugeridas; 5.1. Motivação Circunstanciada da Decisão; 5.2. Garantia à Transparência da Atividade Administrativa; 5.3. Maior Importância do Levantamento de Mercado; 5.4. Exaustão na Pesquisa de Preços; 5.5. Padronização da Descrição (Nomenclatura) do Objeto; 5.6. Esforço para Escolha de Soluções “Abertas”; 6. Conclusão. Referências Bibliográficas.

## **RESUMO**

Este artigo trata da participação de particulares no planejamento de contratações públicas, ou seja, ainda na sua fase preparatória, e os possíveis reflexos disso à competitividade das respectivas licitações, inclusa a abordagem a inovações trazidas pela Lei Federal nº 14.133/2021 em tal contexto. Inicialmente, busca-se identificar no ordenamento jurídico a incumbência das organizações públicas em planejar, modelar e definir o objeto dos contratos de que necessitam, para, em seguida, considerar, como uma alternativa disponível à autoridade administrativa, a cooperação da iniciativa privada nas hipóteses em que a Administração, por seus próprios meios, não reunir condições técnicas necessárias para exercer essa tarefa com precisão suficiente ou, ainda, não puder definir a solução mais adequada para o atendimento de suas necessidades. A partir daí, tendo em conta a mudança de perspectiva do legislador, que antes desconfiava da iniciativa privada e agora admite sua atuação na fase preparatória de procedimentos licitatórios, consoante as disposições da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, o objetivo deste trabalho passa a ser inferir se o indigitado auxílio privado, sob a análise de Direito e Economia, traz aspectos negativos ou positivos (ou ambos), bem assim sugerir, tanto o quanto possível, procedimentos e/ou práticas administrativas destinadas a balizar a participação de particular(es) no planejamento de uma contratação pública, afastando-se ou, pelo menos, mitigando-se prejuízos à competitividade do correspondente certame.

**Palavras-chave:** Planejamento de contratações públicas. Definição de soluções. Participação de particulares. Competitividade em licitações. Nova lei de licitações e contratos administrativos. Cautelas diante da cooperação privada.

---

<sup>1</sup> Capitão da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Especialista em Direito e Economia pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (ESPGE/SP). Graduado em Direito pela Universidade Bandeirante de São Paulo e em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública - Curso de Formação de Oficiais (CFO) - pela Academia de Polícia Militar do Barro Branco.

**ABSTRACT** This article deals with the participation of private individuals in the planning of public contracts, i.e. in their preparatory phase, and the possible effects this may have on the competitiveness of the respective tenders, including the approach to innovations brought about by Federal Law nº 14.133/2021 in this context. Initially, the aim is to identify in the legal system the responsibility of public organizations to plan, model and define the subject matter of the contracts they need, in order to then consider, as an alternative available to the administrative authority, the cooperation of the private sector in cases where the Administration, by its own means, does not have the necessary technical conditions to carry out this task with sufficient precision or is unable to define the most appropriate solution to meet its needs. From this point on, taking into account the change in perspective of the legislator, who previously distrusted the private sector and now admits its involvement in the preparatory phase of bidding procedures, in accordance with the provisions of the New Law on Bids and Administrative Contracts, the aim of this work is to infer whether the aforementioned private aid, under the analysis of Law and Economics, brings negative or positive aspects (or both), as well as suggesting, as much as possible, procedures and/or administrative practices designed to guide the participation of private individuals in the planning of a public contract, thus avoiding or at least mitigating damage to the competitiveness of the corresponding bidding process.

**Keywords:** Public procurement planning. Definition of solutions. Private participation. Competitiveness in tenders. New law on bids and administrative contracts. Cautions regarding private cooperation.

## 1. INTRODUÇÃO

Diante da incumbência fixada pelo nosso ordenamento jurídico à Administração Pública, no sentido de, em síntese, competir-lhe o atendimento dos anseios da sociedade – na busca incessante pelo *interesse público* –, revela-se imprescindível a adequada realização de contratações em diversas frentes com o fito de garantir que atividades administrativas sejam realizadas com eficiência e efetividade.

Em tal cenário destaca-se a substancial importância do planejamento das contratações públicas, que, além de exigir conhecimento técnico compatível com o objeto almejado, baseia-se em circunstâncias factuais de mercado, que, sem prejuízo a outras representações, se referem à interdependência entre (i) a definição precisa da demanda administrativa e (ii) a oferta existente/disponível, tudo sem jamais perder de vista o dever inarredável de se alcançar o resultado de contratação mais vantajoso possível.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Após anos tendo como uma das “finalidades básicas” da licitação “selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração”, consoante o disposto no artigo 3º, *caput*, da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, hoje verificamos que o legislador preferiu indicar como um dos “objetivos” do processo licitatório “assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública”, nos termos do artigo 11, inciso I, da Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021 – NLLC. BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em: 04 nov. 2021. BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021** (NLLC).

Consoante tal inteligência, há de se reconhecer que a deficiência de um contrato administrativo – ainda que da sua análise individualizada não resulte vultoso expressivo *in concreto* – seria sim suficiente para gerar relevantes impactos institucionais, dada a negatividade perversa que traz aos resultados socialmente exigidos, ao erário e à própria imagem do Estado.

A preocupação se torna ainda mais contundente nos casos em que o Poder Público, por seus próprios meios, não dispõe de cabedal técnico suficiente para bem modelar e preparar a contratação de que necessita. E de fato, a Administração, não raras vezes, é incapaz de confeccionar termos de referência, projetos básicos ou documentos quejandos suficientes para definir, com a exatidão requerida, o objeto que demanda contratar e/ou, ainda, compatibilizá-los com as práticas comerciais vigentes em dado tempo e espaço.

Assim, justamente para tentar afastar deficiências em contratos públicos que decorram de falhas na modelagem e no planejamento, acaba surgindo ao gestor público, como uma alternativa, a participação de particulares – possuidores de *expertise* no mercado em que se insere o objeto perseguido pela Administração contratante – no momento pré-contratual, antes mesmo da própria deflagração do certame licitatório.<sup>3</sup>

Em ladeamento a isso, identifica-se hoje no ordenamento jurídico pátrio, com o advento da Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021<sup>4</sup>, algumas inovações – e.g., a modalidade de licitação *diálogo competitivo*<sup>5</sup> – com possibilidade de dar relevo a aspectos jurídicos e econômicos relacionados às contratações públicas quando a Administração, pelas razões já vistas, mostrar-se inclinada a se valer do auxílio de particulares na fase interna da licitação.

---

Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm). Acesso em: 04 nov. 2021.

<sup>3</sup> Considera-se uma licitação “aberta a todos os interessados” a partir da fase externa do certame, que se inicia com publicidade do ato convocatório, levada a efeito pela publicação, em Diário Oficial e jornal de grande circulação, do “aviso contendo o resumo do edital” – dicção do artigo 21 da Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (*Idem.*, 1993) – ou, em outras palavras, do “extrato do edital” – conforme o artigo 54, § 1º, da Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021 – NLLC (*Idem.*, 2021), norma legal esta que acrescentou a obrigatoriedade de divulgação e manutenção do inteiro teor do ato convocatório e de seus anexos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), nos termos do *caput* do mesmo dispositivo citado.

<sup>4</sup> Cf.: BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (NLLC)**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Tem sido batizada como a “Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos” – NLLC.

<sup>5</sup> Trata-se de modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos – conceito este trazido pelo artigo 6º, inciso XLII, da Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021 – NLLC (*Ibid.*).

## 2. PLANEJAMENTO E MODELAGEM DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Numa visão ampla da atuação do Poder Público, Oliveira<sup>6</sup> aponta o *planejamento* como uma ferramenta administrativa fundamental para as escolhas racionais das prioridades públicas, dada a pluralidade de interesses públicos, que devem ser satisfeitos pelo Estado, e a escassez de recursos financeiros.

Já em uma abordagem mais específica às contratações públicas, como exposto na introdução deste trabalho, há de se enfatizar que o atendimento aos anseios da sociedade pela Administração Pública demanda, sem dúvidas, a aquisição de todo instrumental necessário, bem assim a contratação de serviços e obras, intimamente ligadas ao exercício das atribuições institucionais dos órgãos e entidades do Estado, o que conduz, invariavelmente, à formalização de inúmeros contratos administrativos, cuja regularidade será sempre exigida para se honrar o dever incessante de se promover o interesse geral.

Para efetuar contratações, as organizações públicas necessitam efetuar *levantamento de mercado* para identificar quais soluções existentes são capazes de atender às suas necessidades, levando-se em conta vários aspectos (e.g., requisitos e especificações técnicas, aspectos de economicidade e de eficiência, além de outros), a fim de servir de base para a elaboração dos elementos que compõem o planejamento da contratação, no que se inclui, sem dúvidas, a definição precisa do objeto da licitação.

Assim, o dever estatal de *planejamento* de suas contratações pressupõe a elaboração prévia de termos de referência, projetos básicos, memoriais descritivos etc. – independente da denominação que venham a receber – aptos a indicar de modo conciso e claro todos os aspectos que se relacionam ao objeto que se busca contratar.

Seja em termos econômicos, seja em termos técnicos – para fins de atender efetivamente à necessidade da Administração e, por conseguinte, do cidadão –, o *planejamento* das contratações públicas configura-se como uma fase de imensa relevância para o êxito de qualquer contratação.<sup>7</sup>

Inclusive, cumpre consignar que, consoante a dicção do seu artigo 5º, a NLLC<sup>8</sup> elevou o *planejamento* ao patamar de princípio expresso.

---

<sup>6</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Método, 2018, p. 553.

<sup>7</sup> BORGES, Gabriela Lira. Considerações sobre o Planejamento das Contratações Públicas e os Estudos Técnicos Preliminares à luz da IN 40/2020. **Inove**. Curitiba, 13 out. 2020. Disponível em: <https://inovecapacitacao.com.br/consideracoes-sobre-o-planejamento-das-contratacoes-publicas-e-os-estudos-tecnicos-preliminares-a-luz-da-in-40-2020>. Acesso em: 16 nov. 2021.

<sup>8</sup> “Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).” (BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (NLLC)**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm). Acesso em: 04 nov. 2021).

Diante de tal inovação legislativa, Justen Filho conceitua o sobredito princípio da seguinte maneira:

O princípio do planejamento significa o dever de previsão das ações futuras, abrangendo inclusive eventos não relacionados diretamente à atuação administrativa, de modo a adotar as providências mais adequadas e satisfatórias para a realização das finalidades pretendidas. O princípio do planejamento compreende uma pluralidade de atuações diversas, que se desenvolvem de modo organizado e sistemico.<sup>9</sup>

Ademais disso, reconhece o renomado autor<sup>10</sup> que o *planejamento* é essencial e indispensável para a gestão eficiente dos recursos públicos e para a obtenção de contratações satisfatórias e bem executadas, identificando inclusive que a NLLC<sup>11</sup> pressupõe ser tal ferramenta administrativa capaz de neutralizar os defeitos fundamentais das contratações públicas, que são a ineficiência e a corrupção.

Afere-se, portanto, que o legislador – diferentemente do que ocorreu com a Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993<sup>12</sup> – deu bastante destaque na NLLC<sup>13</sup> à *fase preparatória* da licitação (e, por via de consequência, da própria contratação dela decorrente), demonstrando-se deveras preocupado ao indicar ao gestor público diversas providências nesta seara, como, por exemplo, (i) o dever de abordagem a todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que possam interferir na contratação<sup>14</sup> ou, até mesmo, (ii) a elaboração de *estudo técnico preliminar* (ETP).<sup>15</sup>

<sup>9</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**: Lei nº 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 127.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p.331.

<sup>11</sup> BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (NLLC)**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm). Acesso em: 04 nov. 2021.

<sup>12</sup> BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993.

<sup>13</sup> BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (NLLC)**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021.

<sup>14</sup> Em conformidade com a dicção do artigo 18, *caput*, da Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021 – NLLC, “a fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do *caput* do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação [...]” (*ibid.*).

<sup>15</sup> Dentre as providências relativas à fase preparatória da licitação, trazidas expressamente pela Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021 – NLLC, verifica-se, nos termos do seu artigo 18, inciso I, “a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido” (*ibid.*). Destaca-se, contudo, que a elaboração de ETP não é novidade para a Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, pois, anteriormente à previsão da NLLC sobre o tema, já havia orientação nesse sentido, conforme a Instrução Normativa nº 40, de 22 de maio de 2020. BRASIL. Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo

Em breve “parêntese”, cumpre salientar que a obrigatoriedade – como regra – da realização de *estudo técnico preliminar* (ETP) enrijece substancialmente a praxe administrativa nas hipóteses em que a formalização da demanda já teria condições de indicar no seu bojo o que se quer contratar,<sup>16</sup> bem assim o regramento que atribui, no âmbito do Estado de São Paulo, a definição de como atender à necessidade da Administração à deliberação da autoridade competente.<sup>17</sup>

Entretanto, isso tudo não significa que o regime jurídico anterior<sup>18</sup> tenha se omitido em tal mister. Apenas não garantiu o idêntico destaque que a nova Lei Geral deferiu ao tema.

Aliás, no particular da definição do objeto a ser licitado e contratado, merecem aqui registro as disposições da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Brasil, 1993), contidas no artigo 6º, inciso IX<sup>19</sup>, artigo 7º, § 2º, inciso I<sup>20</sup>,

---

Digital do Ministério da Economia. **Instrução Normativa nº 40, de 22 de maio de 2020**. Dispõe sobre a elaboração dos Estudos Técnicos Preliminares para a aquisição de bens e a contratação de serviços e obras, no âmbito da Administração Pública federal [...]. Brasília, DF: DOU, 2020.

<sup>16</sup> “Na NLLC a formalização da demanda pela Administração não se confunde com o ETP, antecedendo-o. Tampouco o ETP se confunde com o anteprojeto, termo de referência ou projeto básico, sendo, na realidade, o documento que sustentará a elaboração desses, caso se conclua pela viabilidade da contratação”. Cf.: SÃO PAULO (Estado). Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (PGE/SP). **Nova Lei de Licitações e Contratos: Impactos no Estado de São Paulo**. São Paulo: PGE/SP, 2021, p. 19.

<sup>17</sup> Cita-se, *vg.*, o disposto no artigo 3º do Decreto nº 47.297, de 06 de novembro de 2002, que confia “[...] ao Secretário de Estado, ao Procurador Geral do Estado, ao Superintendente de Autarquia, ao Chefe de Gabinete e aos dirigentes de unidades orçamentárias, nas licitações realizadas na modalidade de pregão cujo valor estimado da contratação seja igual ou superior a R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais): I - autorizar a abertura da licitação, justificando a necessidade da contratação; II - definir o objeto do certame [...]” [SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 47.297, de 06 de novembro de 2002**. Dispõe sobre o Pregão, a que se refere a Lei Federal nº 10.520/02. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2002. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2002/decreto-47297-06.11.2002.html>. Acesso em: 10 dez. 2021.].

<sup>18</sup> A Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021 – NLLC, conforme seu artigo 193, inciso II, determina a revogação da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, da Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dos artigos 1º a 47-A da Lei Federal nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, somente após decorridos 2 (dois) anos da sua publicação oficial. Cf.: BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (NLLC)**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021.

<sup>19</sup> “Art. 6º. Para os fins desta Lei, considera-se: [...] IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução [...]”. Brasil. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993.

<sup>20</sup> “Art. 7º. [...] § 2º. As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando: I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório [...]”. (*ibid.*).

artigo 14<sup>21</sup> e artigo 15, § 7º, inciso I<sup>22</sup>, bem assim a regra prevista, por sua vez, no artigo 3º, incisos I e II<sup>23</sup>, da Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002, visto que evidenciam a opção legislativa – no antigo regime jurídico – de recair com exclusividade à própria autoridade do órgão ou entidade que promove a despesa a precisa e suficiente definição do objeto que será contratado.

Nesse exato sentido, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCESP), sintetizando o procedimento de contratação pública em manual de sua autoria, aduz que à Administração cabe identificar sua necessidade e a solução mais adequada, elaborar o projeto básico ou termo de referência e a minuta do contrato, para então selecionar o fornecedor capaz de executar tal solução pelo menor preço.<sup>24</sup>

Segundo Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, “a Administração tem o dever de indicar o objeto pretendido na licitação, o que inclui a descrição das características necessárias à qualidade satisfatória”.<sup>25</sup>

Em raciocínio similar, o Tribunal de Contas da União (TCU) possui o seguinte entendimento sumulado:

Súmula TCU 177: A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.<sup>26</sup>

<sup>21</sup> “Art. 14. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.” (ibid.).

<sup>22</sup> “Art. 15. [...] § 7º. Nas compras deverão ser observadas, ainda: I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca [...]”. (Ibid.).

<sup>23</sup> “Art. 3º. A fase preparatória do pregão observará o seguinte: [...] I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame [...]; II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição [...]”. Cf.: BRASIL. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, [...] modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2002.

<sup>24</sup> SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCESP). **Licitações e Contratos: Principais Aspectos da Fase Preparatória e Gestão Contratual**. São Paulo: TCESP, 2020, p. 13. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/publicacoes/licitacoes-e-contratos-principais-aspectos-fase-preparatoria-e-gestao-contratual>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>25</sup> apud. NOHARA, Irene Patrícia. Parte I: Licitações. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (coord.). **Tratado de Direito Administrativo: Licitação e contratos administrativos**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, v.6, 2019, p. 35-315.

<sup>26</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Súmula nº 177**. Ata 80/1982 – Plenário. Relator: Ministro Octávio Gallotti. Brasília, DF: TCU, 1982. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/sumula/177>. Acesso em: 05 nov. 2021.

Tal entendimento vem sendo ressaltado pelo próprio TCU, a exemplo do contido em publicação de sua lavra acerca de orientações e jurisprudência, no sentido de recomendar, *v.g.*, que a Administração Pública “defina o objeto de forma precisa, suficiente e clara, não deixando margens a dúvidas, sob pena de comprometer o caráter competitivo do certame [...]”.<sup>27</sup>

Vale ainda dizer que a *fase preparatória* da licitação, com acurado planejamento daquilo que se almeja contratar, mostra-se à Administração e aos futuros licitantes como fator imprescindível para a avaliação dos custos e para a definição dos métodos e prazos envolvidos na execução do objeto do contrato.<sup>28</sup>

### 3. EVENTUAL INSUFICIÊNCIA TÉCNICA DA ADMINISTRAÇÃO CONTRATANTE

No entanto, essa definição *precisa, suficiente e clara*, a cargo da Administração, quanto ao objeto que será contratado – indicada pelo legislador e reforçada tanto pela doutrina como pelas Cortes de Contas, *como visto alhures* –, que abrange também todas as regras que nortearão sua futura execução, nem sempre encontra perfeita subsunção à realidade dos órgãos e entidades administrativas, pois eventualmente podem se ver incapazes, tecnicamente, de bem definir sozinhos a solução que necessitam contratar.

A verdade é que não se pode culpar as organizações públicas por terem dificuldades em levantar e entender requisitos técnicos nas mais variadas frentes de contratação que necessitam se enveredar, haja vista ser comum a falta de transparência, multiplicidade de alternativas e frequente alteração dos modelos contratuais existentes no mercado.<sup>29</sup>

Nem sempre as organizações administrativas possuem equipes com as competências técnicas necessárias e/ou com a quantidade adequada de pessoas para tratar de todas as suas contratações, o que se agrava, normalmente, com as limitações das ferramentas de pesquisa para encontrar contratos similares da própria Administração (*e.g.*, falta de padronização na descrição/nomenclatura dada ao objeto) e com os obstáculos para obtenção de informações suficientes diante de eventual complexidade e falta de transparência do mercado de interesse.

---

<sup>27</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Licitações e Contratos**: Orientações e Jurisprudência do TCU. 4. ed. rev. ampl. Brasília, DF: TCU, 2010. p. 264. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24D6E86A4014D72AC81CA540A&inline=1>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>28</sup> NOHARA, Irene Patricia. Parte I: Licitações. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de Direito Administrativo**: Licitação e contratos administrativos. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. v. 6, p. 35-315, p. 163.

<sup>29</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão nº 2569/2018**. Ata 44/2018 – Plenário. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Brasília, DF: TCU, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/34rmdv8c>. Acesso em: 13 dez. 2021.

Consoante tal inteligência, cumpre registrar que:

[...] a especialização dos agentes privados deste mercado [de contratações públicas] jamais poderia ser alcançada pelo Estado, que cotidianamente contrata uma infinidade de bens e serviços de empresas diversas, cada qual especializada em sua respectiva atividade.<sup>30</sup>

Em consequência, à vista da regularidade do planejamento de contratações, da instrução de processos de despesa e demais instrumentos relacionados às licitações públicas, é forçoso reconhecer que as complexidades daí decorrentes, enfrentadas por todas as Unidades de Despesa (UD)<sup>31</sup> do Estado, configuram relevantes obstáculos ao bom funcionamento dos serviços institucionais prestados à sociedade, posto que influenciam diretamente o desempenho das mais variadas frentes de atuação do Poder Público.

Por efeito, na busca pelo aperfeiçoamento dos processos administrativos, otimizando os padrões de trabalho e qualificando a realização dos gastos públicos, mostra-se forçoso considerar a *participação de particulares* no planejamento de contratações da Administração – *frise-se*: em hipóteses distintas às concessões/permisões de serviços públicos, já que estas possuem trato específico em nosso ordenamento jurídico.<sup>32</sup>

#### 4. COOPERAÇÃO PRIVADA NA FASE PREPARATÓRIA DE CONTRATAÇÕES

É exatamente aqui que se identifica um certo contraponto na normatização de regência, visto que o legislador “desconfiava” do particular atuante no planejamento de

<sup>30</sup> FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: Pressupostos e Perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 20.

<sup>31</sup> De acordo com a dicção do artigo 3º, caput, do Decreto-lei nº 233, de 28 de abril de 1970, as “Unidades de Despesa” (UD) são desdobramentos da “Unidade Orçamentária” (UO), sendo esta, por sua vez, consoante o disposto no artigo 14, caput, da Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964, o agrupamento de serviços subordinados ao mesmo órgão ou repartição a que serão consignadas dotações próprias. É possível conceituar UO, ainda, nos termos do artigo 2º, caput, do Decreto-lei nº 233, de 28 de abril de 1970, como órgão subordinado ou vinculado diretamente ao Governador ou Secretários de Estado, a que se destinam as distribuições anuais das dotações orçamentárias. SÃO PAULO (Estado). **Decreto-lei nº 233, de 28 de abril de 1970**. Estabelece normas para a estruturação dos Sistemas de Administração Financeira e Orçamentária da Administração Pública Estadual, Centralizada ou Direta. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 1970. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto.lei/1970/decreto.lei-233-28.04.1970.html>. Acesso em: 16 nov. 2021. BRASIL. **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1964. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14320.htm). Acesso em: 16 nov. 2021.

<sup>32</sup> “Trata-se do Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) ou Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP), que tem por objeto a apresentação de propostas, estudos ou levantamentos [...] por pessoas físicas ou jurídicas da iniciativa privada. O PMI encontra fundamento legal no art. 21 da Lei nº 8.987/1995, aplicável às PPPs, na forma do art. 3º, caput e § 1º, da Lei nº 11.079/2004”. Cf.: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Método, 2018. p. 147.

uma contratação, nos termos do regime jurídico anterior (e.g., como “projetista”)<sup>33</sup>, e, agora, “passa a admitir” a sua participação antes da efetiva competição pelo objeto pretendido, consoante as inovações trazidas pela NLLC:

[...] proscrevendo antigas e anacrônicas modalidades de licitação, tais como a tomada de preços e a carta-convite, a nova lei cria a modalidade do diálogo competitivo [como já dito], figura desconhecida da legislação brasileira anterior, porém praticada no direito alienígena com reconhecido êxito, na conformidade do que se tem convencionado chamar de ‘administração consensual’.<sup>34</sup>

Em tal contexto, cita-se também a inclusão do *procedimento de manifestação de interesse* (PMI) entre os procedimentos auxiliares regrados pela NLLC,<sup>35</sup> possibilitando que Administração, por intermédio de publicação de edital de chamamento público, solicite à iniciativa privada a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de “relevância pública”.

Nada obstante a gama de novidades da NLLC, o que merece verdadeiramente destaque perante o indigitado estudo é a hipótese de emprego da modalidade de licitação *diálogo competitivo* que se pauta em comunicação entre Administração e particulares para o desenvolvimento de alternativas de modelagem de contratação justamente quando inviável a definição das especificações, com suficiente margem de precisão, por seus próprios meios.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> Talvez sob a presunção de que o particular teria incentivos para induzir a definição do objeto do futuro contrato em termos que beneficiem indevidamente seu próprio interesse, é possível identificar na dicação do artigo 9º da Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, hipótese de verdadeiro alijamento do certame daquele envolvido na elaboração do projeto que orienta a contratação almejada pela Administração. Cf.: BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993.

<sup>34</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; GARCIA, Flávio Amaral. Quatro Pontos Promissores para os Efeitos Econômicos da Nova Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública. **Migalhas**, Rio de Janeiro, 3 maio 2021.

<sup>35</sup> “Art. 78. São procedimentos auxiliares das licitações e das contratações regidas por esta Lei: [...] III - procedimento de manifestação de interesse [...]. Art. 81. A Administração poderá solicitar à iniciativa privada, mediante procedimento aberto de manifestação de interesse a ser iniciado com a publicação de edital de chamamento público, a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, na forma de regulamento”. Cf.: BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (NLLC)**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021.

<sup>36</sup> “Art. 32. A modalidade diálogo competitivo é restrita a contratações em que a Administração: I - vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições: [...] c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração; II - verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos: a) a solução técnica mais adequada [...]. Cf.: BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (NLLC)**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021

Sobre o tema, vale acrescentar a visão da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo,<sup>37</sup> nos seguintes termos:

A novidade do diálogo competitivo está em trazer o particular para o processo de desenho da solução a ser contratada, ao contrário do que sempre se fez nas licitações típicas regidas pela Lei nº 8.666/1993, em que a Administração define prévia e exaustivamente o objeto a ser contratado – algo que nem sempre é viável e em muitas vezes mostra-se falho.<sup>38</sup>

Por via de consequência, pode-se afirmar que o próprio legislador começa a reconhecer que a Administração nem sempre é detentora de todo o conhecimento exigido para a correta definição de objeto que pretende contratar.

Inclusive, a sobredita constatação dá azo a uma apreciação não só jurídica, mas também econômica à questão, o que encerra verdadeiro sentido às seguintes indagações: “[...] quais são os efeitos [econômicos] de um determinado enquadramento jurídico e qual o enquadramento jurídico que deveria existir [?]”.<sup>39</sup>

Não se pode negar a complementariedade e o engajamento existente entre essas notáveis áreas de conhecimento, inclusive na presente abordagem, sendo oportuno trazer à baila que “[...] o Direito influencia e é influenciado pela Economia, e as organizações influenciam e são influenciadas pelo ambiente institucional”.<sup>40</sup>

Vale dizer, ainda, que na discussão quanto à regularidade da participação de particulares no planejamento de contratações públicas, bem assim as eventuais decorrências deletérias à efetividade da correspondente licitação em tais circunstâncias, certamente ganham relevo – além dos próprios princípios jurídicos aplicados

---

<sup>37</sup> Posicionamento em sede de Relatório do Grupo de Trabalho instituído pela Resolução PGE-3/2021 para analisar os reflexos da Nova Lei de Licitações e Contratos no âmbito da Administração Pública do Estado de São Paulo. Cf.: SÃO PAULO (Estado). Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (PGE/SP). **Nova Lei de Licitações e Contratos**: Impactos no Estado de São Paulo. São Paulo: PGE/SP, 2021.

<sup>38</sup> Ibid. p. 25-26.

<sup>39</sup> RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito**: Uma Introdução. Coimbra: Almedina, 2007, p. 12.

<sup>40</sup> ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia**: Análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 3.

à hipótese, tal qual a *legalidade*<sup>41</sup>, a *isonomia*<sup>42</sup> ou a *competitividade*<sup>43</sup> – substanciais aspectos econômicos, que, na visão que ora se propõe, mostram-se como legítimos instrumentos de Direito e Economia.

A seguir, comentários sobre os potenciais reflexos do escopo do presente trabalho – e merecedores de destacada consideração –, em uma abordagem esquematizada em tópicos, a fim de facilitar a melhor apreciação do tema.

## 4.1. Aspectos Negativos

### 4.1.1. Assimetria de Informações

Sob o prisma econômico – com enfoque nos instrumentos respectivos de análise –, diante da hipótese de “cooperação público-privada” alvo de discussão neste trabalho, há de se considerar a possibilidade de atuação *ilegítima* de particulares, extremamente prejudiciais ao interesse da coletividade, no sentido de assumirem *comportamento oportunista*, com “[...] manipulação estratégica da informação ou falseamento das intenções”<sup>44</sup>, levando a uma indevida *assimetria de informações* entre as partes envolvidas.

Entende-se por *assimetria de informações* a falta de uniformidade de conhecimento entre as partes envolvidas numa relação econômica, com aptidão de gerar falha no mercado concorrencial – impossibilitando, por exemplo, o alcance do maior grau de eficiência possível ao final de uma licitação, procedimento este que se ancora

---

<sup>41</sup> De acordo com o princípio da legalidade, Justen Filho ensina que é “[...] vedado à autoridade administrativa adotar qualquer providência ou instituir qualquer restrição sem autorização legislativa [...]”. Pondera, no entanto, Bandeira de Mello, que a observância ao princípio da legalidade não deslegitima a atuação discricionária da Administração, pois a ela incumbe criar concretamente a utilidade pública. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**: Lei nº 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 110. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 80.

<sup>42</sup> O princípio licitatório da igualdade (ou isonomia), nos termos do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, impõe à Administração o dever de assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes em uma licitação. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88)**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 28 nov. 2021.

<sup>43</sup> A competitividade, enquanto princípio licitatório, passou a ter previsão legal expressa, consoante o artigo 5º da Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (Id., 2021), já que, anteriormente a tal norma, era tida, por parte da doutrina (e.g., CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 322), como “princípio licitatório implícito”, correlato e decorrente dos princípios expressos no artigo 3º da Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em: 04 nov. 2021).

<sup>44</sup> WILLIAMSON, 1975, p. 26 apud. SILVA, Adilson Aderito da; BRITO, Eliane Pereira Zamith. Incerteza, Racionalidade Limitada e Comportamento Oportunista. **RAM: Rev. Adm. Mackenzie**, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 176-201, jan/fev. 2013, p. 180. ISSN 1678-6971. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1678-69712013000100008>. Acesso em: 02 dez. 2021.

naturalmente no resultado mais vantajoso à Administração como consequência direta da concorrência promovida entre os participantes do certame.

Dúvidas não restam que, diante de indesejada atecnia de um órgão ou entidade administrativa em bem planejar e modelar o contrato que necessita, o “pedido de socorro” dirigido a um particular, com *expertise* em dada área econômica – relacionada ao objeto perseguido –, concede a este detentor do conhecimento técnico demandado pela Administração a oportunidade de se aproveitar da *assimetria de informações* existente, no sentido de garantir que as regras e especificações que venham a ser aplicadas no decorrente procedimento licitatório visem exclusivamente os seus próprios interesses, tanto o auxiliando para que se sagre de fato vencedor da licitação, como o privilegiando com condições indevidamente favoráveis na fase de execução contratual (relacionadas, e.g., aos prazos, à fiscalização e às circunstâncias ensejadoras de alteração contratual).

Soma-se a isso a possibilidade de criação de situação fática, preparada estrategicamente pelo particular mal-intencionado, capaz de assegurar a ele maior chance de voltar a ser contratado em novas licitações da Administração contratante para o mesmo objeto, após o término de vigência do primeiro contrato com ele firmado. Pode-se imaginar, como exemplo, um contrato de fornecimento de combustíveis feito por um Município, que de forma inédita envolva, como obrigação acessória da contratada, o fornecimento em comodato e instalação do tanque/reservatório; nas próximas licitações, todos os demais interessados em contratar, além dos custos do combustível, terão que precificar também em suas propostas o fornecimento e instalação do tanque/reservatório, mas a primeira empresa, anteriormente contratada, não.

De modo a afastar o estabelecimento de uma vantagem competitiva ilegítima, idêntica preocupação deve se ter com soluções e modelagens, eventualmente sugeridas por particulares oportunistas, que possam gerar fidelização técnica/tecnológica em desfavor da Administração, circunstância perversa esta que possui maior probabilidade de ocorrência em contratações de objetos complexos, consoante previsões dissimuladas em meio a tantas especificações e requisitos de larga tecnicidade.

Diante de tais riscos, sugestionam-se, de antemão, que a Administração, nas hipóteses em que venha a contar com o auxílio de particulares na fase preparatória da licitação, diligencie junto ao mercado correspondente, a fim de se certificar quanto à viabilidade e à coerência das regras e exigências que pretenda incluir no respectivo instrumento convocatório, antes da deflagração do certame.

Ainda no contexto, por fim, cumpre registrar a orientação do TCU para que a Administração se abstenha de incluir exigências injustificadas que restrinjam o caráter competitivo das licitações, em observância ao artigo 37, inciso XXI, da CF/88<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XXI - ressalvados os casos especificados na

e em atendimento aos dispositivos legais que vedam cláusulas editalícias restritivas de competitividade.<sup>46</sup>

#### 4.1.2. Custo de Oportunidade

Diz o ditado: “a cada escolha, uma renúncia”. Justamente de sua razão que se chega ao cerne do significado do *custo de oportunidade*.

Custo de oportunidade nada mais é do que o custo da alternativa perdida, ou seja, aquilo que se deixa de ganhar quando uma escolha é feita. Ou, ainda, tem-se que o custo de oportunidade de uma escolha é o benefício que a segunda melhor traria.

Num olhar econômico, pode-se dizer que toda decisão que usa/emprega recursos escassos implica, pelo menos, em um *custo de oportunidade* – que é o custo de não ter escolhido a próxima melhor alternativa disponível no caso concreto.

Inclusive, nesse sentido, Milton Friedman, grande economista americano, ganhador do Prêmio Nobel de Economia em 1976, popularizou a frase “não existe almoço grátis”. Ainda que não haja dinheiro (propriamente dito) envolvido na escolha, levá-la a efeito significa perder ou deixar de ganhar aquilo que ficou de lado.

Fato é, não há como se livrar dos custos de oportunidade. Vive-se num mundo em que a escassez de recursos é a regra, o que resulta sempre em um dilema na escolha (*trade-off*) e uma perda da chance de ter outro benefício, distinto daquele que acompanha a alternativa escolhida.<sup>47</sup>

Assim, trazendo esse debate ao âmbito administrativo, Justen Filho assinala que a eficácia das contratações públicas “implica o aproveitamento ótimo dos recursos e das possibilidades de titularidade da Administração, tomando em vista as finalidades pretendidas e o cumprimento das funções impostas”.<sup>48</sup>

Nenhuma coerência existiria, portanto, caso uma determinada organização administrativa decida por envolver particulares no planejamento de uma pretensa

---

legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88)**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 28 nov. 2021, grifo nosso).

<sup>46</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Licitações e Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU**. 4. ed. rev. ampl. Brasília, DF: TCU, 2010, p. 262. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24D6E86A4014D72AC81CA540A&inline=1>. Acesso em: 05 nov. 2021.

<sup>47</sup> UCHOA, Carlos Frederico. **Economia das Organizações**. Salvador: UFBA, Faculdade de Ciências Contábeis, 2017, p. 20-21. Disponível em: [https://educapes.capes.gov.br/bitstream/capes/174985/4/eBook\\_Economia\\_das\\_Organizacoes-Ciencias\\_Contabeis\\_UFBA.pdf](https://educapes.capes.gov.br/bitstream/capes/174985/4/eBook_Economia_das_Organizacoes-Ciencias_Contabeis_UFBA.pdf). Acesso em: 15 dez. 2021.

<sup>48</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 143.

contratação sem antes considerar (i) as demais alternativas eventualmente existentes e/ou – num melhor alinhamento ao conceito econômico em pauta – (ii) aquilo que está perdendo ou deixando de ganhar por consequência da escolha feita.

Afinal, a máxima eficácia de uma contratação pública é aquela que, após análise das alternativas disponíveis, melhor aproveita os recursos existentes à vista de todas as possibilidades postas à Administração.<sup>49</sup>

#### 4.1.3. Práticas Anticoncorrenciais

Sem receio, é possível partir da premissa que muitos modelos comerciais, adotados inclusive em negociações públicas, baseiam-se na *comercialização indireta* de bens e serviços.<sup>50</sup>

No contexto da contratação pública, a *comercialização indireta* indica a presença de um *representante comercial* (v.g., revendedor), que é o responsável por firmar negócios com o órgão ou entidade administrativa contratante e repassar parte dos valores recebidos à *entidade principal* (v.g., representado, fabricante, distribuidor), permanecendo com uma margem de lucro por operacionalizar o negócio.

Ao envolver *representantes/revendedores*, há uma tendência de que os preços contratados sejam maiores do que se não houvesse intermediários – já que estes, como qualquer outra entidade privada, perseguem lucro. Tal custo de representação/revenda impacta invariavelmente a economicidade da contratação e a organização pública pode nem estar alerta quanto a isso.

Ocorre que, além desse inconveniente, tal *comercialização indireta* (de bens e serviços) é capaz de produzir efeitos ainda mais severos às contratações públicas, tanto por dificultar a obtenção de condições realmente vantajosas à Administração diretamente com as *entidades principais* (representadas/fabricantes), como por possibilitar a influência ilegítima destas na competitividade de licitações.

Com foco nessa última hipótese, ou seja, na possibilidade de haver prejuízo à competitividade de procedimentos licitatórios, vale destacar 02 (duas) práticas

---

<sup>49</sup> Ibid.

<sup>50</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão nº 2569/2018**. Ata 44/2018 – Plenário. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Brasília, DF: TCU, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/34rndv8c>. Acesso em: 13 dez. 2021.

anticoncorrenciais que já foram abordadas em jurisprudência do TCU<sup>51</sup> e do CADE<sup>52</sup>: (i) o registro (ou reserva) de oportunidade e (ii) o cartel *hub-and-spoke*.<sup>53</sup>

#### 4.1.3.1. Registro (ou reserva) de oportunidade

O revendedor/representante que *primeiro registrar*, junto à entidade fabricante/representada/distribuidora, o relacionamento (comercial) com uma organização pública fará jus a vantagens financeiras para efetivação do contrato administrativo. Essa *reserva de oportunidade* garantida pela entidade principal desestimula os demais revendedores/representantes a participar da disputa, pois sabem que não terão condições de apresentar propostas competitivas nos certames e de serem contratados.

Seja o revendedor/representante efetuando tal *registro* perante o representado/fabricante/distribuidor, seja este garantindo a *reserva* de oportunidade, fato é que os privilégios comerciais decorrentes serão suficientes para impedir que outros revendedores/representantes consigam qualquer êxito na contratação buscada por determinado órgão ou entidade administrativa.

Soma-se o fato de que o revendedor/representante, beneficiário do registro de oportunidade, costuma realizar *investimentos* para aumentar as chances de efetivar a transação comercial com uma organização pública, contribuindo para que o representado/fabricante/distribuidor, sensibilizado, conceda realmente descontos exclusivos como recompensa.

Verifica-se na jurisprudência do TCU,<sup>54</sup> como exemplo de tais *investimentos* (por parte do representante/revendedor), no particular de objetos que se relacionam à TIC, a disponibilização de recursos humanos e materiais para que o órgão ou entidade administrativa realize a prova de conceito (ou *proof of concept* – PoC) de parte/amostra daquilo que almeja contratar.

<sup>51</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão nº 2569/2018**. Ata 44/2018 – Plenário. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Brasília, DF: TCU, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/34rmdv8c>. Acesso em: 13 dez. 2021.

<sup>52</sup> O Conselho Administrativo de Defesa Econômica, autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça e da Segurança Pública, tem suas atribuições definidas pela Lei federal nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a Prevenção e Repressão às Infrações contra a Ordem Econômica [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm). Acesso em: 15 dez. 2021.).

<sup>53</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica do Ministério da Justiça e Segurança Pública (CADE). **Processo Administrativo nº 08700.008098/2014-71 – Nota Técnica nº 61/2015/CGAA8/SGA2/SG/CADE**. [...] “*Hub and spoke*” – Fixação de condições de revenda – Suposto cartel em licitações [...]. Brasília, DF: CADE, 2015.

<sup>54</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão nº 2569/2018**. Ata 44/2018 – Plenário. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Brasília, DF: TCU, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/34rmdv8c>. Acesso em: 13 dez. 2021.

#### 4.1.3.2. Cartel *hub-and-spoke*

Trata-se de conceito que se assemelha ao registro de oportunidade. O cartel do tipo *hub-and-spoke* também conta com participação do *representado/fabricante/distribuidor*, denominado *hub*, e de *representantes/ revendedores*, denominados *spokes*.

Em tal conluio, segundo explicação do CADE,<sup>55</sup> o *hub* (entidade principal) recebe a informação de que um *spoke* (representante/revendedor) possui uma tratativa comercial em andamento com determinada organização pública, justamente sobre o objeto de que necessita e que se prepara para licitar. O *hub*, então, dissemina a informação (privilegiada) aos demais *spokes* (outros representantes/revendedores), para que estes promovam uma atuação coordenada nesta licitação (quando vier a ser deflagrada), de modo a garantir que o 1º *spoke* vença ilegitimamente o certame (ou seja, sem competição).

Na prática, em ambos os cenários, o que se tem é a realização de licitações com falseamento de competição, pois o representante/revendedor beneficiário de privilégios do representado/fabricante/distribuidor é quem irá sempre oferecer a melhor proposta, enquanto os demais participam como verdadeiros “figurantes” (apenas para “dar cobertura”, na tentativa de legitimar o procedimento).

De toda sorte, há de se reconhecer e alertar que tanto o *registro de oportunidade* como o *cartel hub-and-spoke* – práticas anticoncorrenciais e ilícitas em essência, por violarem a competitividade de licitações, *como exposto* – têm maior probabilidade de ocorrência em hipóteses que particulares realizam tratativas com a organização pública antes da fase externa da licitação, ou seja, no momento em que se dá o planejamento da contratação.

## 4.2. Aspectos Positivos

Ainda que diante do regime jurídico anterior, a doutrina revela que “[...] na relação entre a Administração e o contratado, saímos da fase do comando que devia ser obedecido, de qualquer modo e a qualquer preço, para a criação de um clima de cooperação, tendo em vista os superiores interesses públicos”.<sup>56</sup>

“É imperioso destacar que as soluções cooperativas no relacionamento entre Administração e particular refletem uma tendência política e econômica”.<sup>57</sup>

<sup>55</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica do Ministério da Justiça e Segurança Pública (CADE). **Processo Administrativo nº 08700.008098/2014-71 – Nota Técnica nº 61/2015/CGAAB/SGA2/SG/CADE**. [...] “Hub and spoke” – Fixação de condições de revenda – Suposto cartel em licitações [...]. Brasília, DF: CADE, 2015.

<sup>56</sup> WALD, Arnaldo. Algumas Considerações sobre o Novo Projeto de Lei de Licitações (PL 59/92). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 4, 1992, p. 200.

<sup>57</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 454.

Em tal sentido, nada obstante os eventuais efeitos deletérios apreciados alhures, resta preservada a possibilidade de se aferir, noutro viés, a ocorrência de *externalidades positivas* decorrentes da contribuição de particulares na preparação de uma contratação pública, ainda com maior evidência no contexto da modalidade *diálogo competitivo*, já que o seu procedimento é legitimado pelo próprio ordenamento jurídico.<sup>58</sup>

Assim, tomando-se por base manifestações do TCU (v.g., BRASIL, 2012, 2018), em especial aspectos econômicos ali discorridos, e com prestígio à objetividade do discurso, pontua-se a eventualidade de ocorrência das seguintes *externalidades positivas* (intimamente relacionadas à participação de particulares em colaboração com a Administração contratante):

- (i) aumento da credibilidade em geral das instituições públicas perante a sociedade, por se valerem em suas contratações de modelos de comercialização evidentemente atualizados ao mercado que se inserem, com descrições claras e precisas do objeto contratado, transparecendo, assim, economicidade e eficiência, com resultados contratuais aptos a atender à demanda administrativa e ao fim público;
- (ii) facilitação ao controle social dos gastos públicos, pois com a *expertise* de particulares atuantes no mercado de interesse da Administração contratante torna-se mais factível a padronização na descrição (nomenclatura) dos objetos dos diversos contratos administrativos; ademais, quanto mais padronizados forem os objetos contratados pelo Poder Público, mais comparáveis se tornam os respectivos preços praticados;
- (iii) diminuição do esforço processual e do tempo para realização das contratações públicas, possibilitando que as equipes técnicas, que seriam demandadas para a modelagem da solução, executem atividades mais próximas da atividade-fim da instituição, privilegiando-se assim o atendimento do interesse público primário e o sentimento de bem-estar social dos envolvidos;
- (iv) otimização no ciclo de contratações públicas, pela celeridade e precisão nas soluções escolhidas, favorecendo como um todo as relações econômicas nos respectivos mercados que se inserem.

No mais, registre-se que o sobredito rol de *possíveis externalidades positivas* em nada prejudica a existência de quaisquer outras não descritas no presente trabalho.

---

<sup>58</sup> As principais disposições legais sobre o diálogo competitivo se encontram reunidas no artigo 32 da Lei federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021 – NLLC (BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (NLLC)**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm). Acesso em: 04 nov. 2021).

## 5. BOAS PRÁTICAS ADMINISTRATIVAS SUGERIDAS

De tudo posto até aqui, como desdobramento dos próprios deveres de eficiência, de probidade e de prestar contas,<sup>59</sup> sempre implacáveis à Administração Pública, é notório que recai sobre as atividades de finanças todo o rigor do regime jurídico lhes aplicável, que conta com inúmeras – e esparsas – regras de procedimento impositivas à realização de despesas com emprego de recursos públicos.

Em adição, enfatize-se que processos de licitação mal instruídos, com vícios formais ou, até mesmo, com falhas graves que desafiam a própria legitimidade dos atos administrativos praticados – v.g., falta de transparência, favoritismos injustificados, facilitação a comportamentos oportunistas, complacência ou omissão em afastar eventual assimetria de informações, assunção de encargos desarrazoados como custos normais de transação etc. –, conduzem a inevitáveis prejuízos ao interesse de toda a coletividade.

No entanto, nada disso malfez inovações na prática administrativa, pelo contrário, as estimula, desde que, calcadas em soluções válidas perante o ordenamento jurídico, dirijam-se ao encontro de um avanço na constante busca por melhorar as atividades desenvolvidas pelas organizações públicas em prol da sociedade, qualificar o emprego de recursos públicos e, por consectário, aumentar o bem-estar social no território do Estado.

Inclusive, a preocupação nessa seara mostra-se coerente não só com o planejamento do Governo do Estado de promover uma gestão pública moderna e eficiente, comprometida com a qualidade dos serviços públicos, controle de gastos e transparência,<sup>60</sup> mas também se revela aderente ao objetivo da Organização das Nações Unidas (ONU) de desenvolver instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis.<sup>61</sup>

Assim, ausente qualquer ideal presunçoso de esgotar o tema, seguem, organizadas em tópicos, *sugestões de procedimentos e/ou práticas administrativas* destinadas a pautar a *participação de particulares* no planejamento de uma contratação pública – aplicáveis inclusive, no que couber, aos procedimentos licitatórios na modalidade

<sup>59</sup> MEIRELLES, Hely Lopes et al. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 107.

<sup>60</sup> A Lei nº 17.262, de 09 de abril de 2020, que instituiu o Plano Plurianual (PPA) para o quadriênio 2020-2023, com vistas a orientar a atuação da Administração Pública Estadual, estabelece em seu artigo 4º, inciso IX, o seguinte objetivo estratégico: “Gestão Pública moderna e eficiente, comprometida com qualidade dos serviços públicos, controle de gastos e transparência.” [SÃO PAULO (Estado). **Lei nº 17.262, de 09 de abril de 2020**. Institui o Plano Plurianual – PPA para o Quadriênio 2020-2023. São Paulo: Gabinete do Governador do Estado de São Paulo, 2020].

<sup>61</sup> Refere-se ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 16 (ODS 16) da ONU, especialmente quanto ao que trata o seu subitem “16.6” (ONU — ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Agenda 2030, de 25 de setembro de 2015**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030>. Acesso em: 16 nov. 2021.).

*diálogo competitivo* –, de modo a evitar ou ao menos mitigar eventuais prejuízos à competitividade em licitações e, por via de consequência, à Administração e ao próprio interesse público.

### 5.1. Motivação Circunstanciada da Decisão

A motivação consiste na exposição pela autoridade competente das razões de fato e de direito que fundamentam a decisão tomada.<sup>62</sup> De tão relevante, foi elevada a princípio regente da Administração Pública pela Constituição do Estado de São Paulo<sup>63</sup> e, recentemente, à condição de princípio expresso no artigo 5º da NLLC.

De pronto, alerta-se que não é qualquer motivação que valida um ato administrativo praticado.

Uma motivação genérica (e.g., que invoque princípios jurídicos abstratos), não é suficiente para expor a situação fática e jurídica apta a legitimar a decisão que promova a participação precoce de um particular na contratação pública, ou seja, antes da deflagração do certame licitatório.<sup>64</sup>

Inclusive é por intermédio da motivação de sua decisão que a autoridade administrativa tem condições de expor quais eram as alternativas que estavam disponíveis *in concreto* e o porquê de ser a melhor (ou a menos pior) aquela em derradeiro escolhida. Há de se ter sempre em mente que os recursos são escassos e que a escolha de uma alternativa implica em perder (ou deixar de ganhar) o benefício relacionado à segunda melhor alternativa, deixada de lado (*vide* tópico 4.2.2).

Sugestiona-se, assim, na sobredita hipótese de cooperação privada, a exposição nos autos do processo administrativo (que verse sobre a pretensa contratação) de todas circunstâncias que impediram e/ou inviabilizaram a Administração de, por seus próprios meios, bem planejar e modelar o contrato de que necessita, no que se incluem, sem dúvidas, o registro de todas diligências, ainda que infrutíferas, levadas a efeito e as ponderações acerca das possíveis consequências práticas da decisão

---

<sup>62</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**: Lei nº 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 131.

<sup>63</sup> “Artigo 111 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.” [SÃO PAULO (Estado). [Constituição 1989)]. **Constituição Estadual, de 05 de outubro de 1989**. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2023. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989/compilacao-constituicao-0-05.10.1989.html>. Acesso em: 16 dez. 2021].

<sup>64</sup> A todas as luzes, não se pode olvidar que a licitação somente se torna regularmente conhecida, para todo e qualquer interessado em contratar com o Estado, após a publicação do respectivo instrumento convocatório. Dada esta regra de procedimento, qualquer circunstância que permita a um ou mais particulares obter informações prévias sobre um futuro certame e seu objeto, teria, em tese, o condão de ferir a igualdade entre os licitantes e, daí, por isso mesmo, frustrar a competitividade do procedimento licitatório.

tomada, face as eventuais alternativas existentes, garantindo-se, assim, alinhamento ao ordenamento jurídico.<sup>65</sup>

Se em voga as regras da NLLC,<sup>66</sup> observadas as devidas adaptações, o mesmo raciocínio seria aplicável à decisão administrativa que conclui pela realização de licitação na modalidade *diálogo competitivo*.

## 5.2. Garantia à Transparência da Atividade Administrativa

Antes de entrar em vigência a NLLC, não havia previsão expressa no ordenamento jurídico da *transparência* enquanto princípio. Não obstante, ela já exigia observância mandatória por decorrer de várias normas constitucionais, como as que asseguram a publicidade como regra à atividade administrativa.<sup>67</sup>

Pode-se dizer que a transparência tem como principal objetivo garantir a visibilidade da atuação do Poder Público.

Nesses termos, o que ora se sugere é a adoção de comportamento transparente no caso de se contar com o auxílio privado na preparação da contratação pública, tanto para permitir que todo e qualquer interessado tenha idêntica *oportunidade* de participação, como para subsidiar a efetividade do *controle* da atividade administrativa (e.g., externo, popular, entre outros).

Se de maior vulto a contratação pretendida, poderia até se cogitar a realização de um procedimento de *chamamento público* (conforme modelos já trazidos pelo ordenamento jurídico), que, garantida a devida publicidade, evidenciasse os objetivos da Administração e os critérios de seleção dentre os possíveis interessados.

Noutro viés, seria possível aplicar procedimento similar ao de *cotação de preços*, ou seja, a Administração contratante enviaria “pedido de auxílio” (convite) ao maior número possível de fornecedores/prestadores atuantes na área econômica

---

<sup>65</sup> “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.” (BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB). Rio de Janeiro: Presidência da República, 1942. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 04 jan. 2022.).

<sup>66</sup> Convém pontuar que no âmbito da Administração direta e autárquica do Estado de São Paulo, por determinação do Chefe do Poder Executivo, enquanto não sobrevier disciplina específica acerca da aplicação da Lei Federal nº 14.133/21, de 1º de abril de 2021 – NLLC – as licitações e contratos, permanecerão submetidos ao regime jurídico anterior [SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 66.294, de 03 de dezembro de 2021**. Dispõe sobre a Aplicação, no âmbito da Administração Direta e Autárquica, da Lei federal nº 14.133/21, e dá providências correlatas. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2021/decreto-66294-03.12.2021.html>. Acesso em: 20 dez. 2021].

<sup>67</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parte I: Teoria Geral. In: \_\_\_\_\_ (coord.). Tratado de Direito Administrativo: Teoria geral e princípios do direito administrativo. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, v. 1. p. 31-253, p. 235.

que abarca o objeto perseguido, prestigiando-se a impessoalidade e a transparência da cooperação privada que se busca firmar, registrando-se nos autos do respectivo processo administrativo todas as comunicações e tratativas realizadas.

Na hipótese de a organização pública identificar que o objeto a ser contratado envolve bem ou serviço normalmente comercializado de *forma indireta*, sugere-se, adicionalmente, que a Administração se certifique de convidar as *entidades principais* (representadas, fabricantes ou distribuidoras), a fim de afastar ilegítimas práticas anti-concorrenciais, já abordadas neste trabalho (*vide* tópico 4.1.3).

Neste ponto, para fins de salutar referência, mostra-se oportuno descrever, embora em apertada síntese, os procedimentos que garantem publicidade e transparência à participação de particulares na primeira etapa<sup>68</sup> do *diálogo competitivo*, consoante as regras fixadas pela NLLC<sup>69</sup>:

- (i) as necessidades da Administração e as exigências já definidas serão divulgadas por meio de edital, abrindo-se prazo de 25 (vinte e cinco) dias úteis para manifestação dos possíveis interessados, que atendam aos critérios e requisitos fixados em tal ato administrativo;
- (ii) veda-se a divulgação discriminatória de informações que possam beneficiar qualquer dos interessados;
- (iii) somente será possível revelar aos demais interessados aquilo que for proposto/informado por um determinado licitante se este consentir;
- (iv) caso haja interesse da Administração em realizar fases sucessivas com restrição gradual das propostas que serão discutidas, para então se chegar à solução que melhor lhe atenda, tal circunstância deverá ser prevista em edital;
- (v) após a identificação da solução que melhor satisfaça suas necessidades, o encerramento dos diálogos exige decisão fundamentada da Administração e, ainda, a juntada aos autos do correspondente processo administrativo de todos os registros e gravações da etapa de diálogos promovida.

### 5.3. *Maior Importância do Levantamento de Mercado*

O *levantamento de mercado* se presta a identificar quais soluções existentes no mercado atendem às necessidades da contratação, de modo a permitir o alcance dos

---

<sup>68</sup> Na modalidade *diálogo competitivo* há a dissociação do certame em 2 (duas) etapas. Há uma etapa inicial em que se desenvolvem os “diálogos” com a iniciativa privada (a fim de encerrar o planejamento da contratação, definindo-se a melhor solução para a necessidade administrativa), seguida de uma etapa de disputa entre os interessados em contratar a solução então escolhida pela Administração (ao término dos diálogos).

<sup>69</sup> Cf. artigo 32 da Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021 – NLLC.

resultados pretendidos pela Administração, levando-se em conta aspectos de economicidade, eficácia, eficiência e padronização.<sup>70</sup>

Imagina-se que a Administração não tenha obtido êxito em identificar uma solução que lhe atenda por meio de *levantamento de mercado* nas situações em que tenha intenção de contar com a cooperação de particulares para o planejamento da contratação.

Contudo, caso isso venha a ocorrer (cooperação privada), sugere-se que o procedimento de *levantamento de mercado* seja repetido pela Administração – e com bastante cautela – antes de ser deflagrada a fase de disputa pública pelo objeto almejado, tomando-se por base os requisitos e regras então definidos em conjunto com a participação do particular, de modo que a organização pública se certifique de ser a solução escolhida a melhor opção comercial disponível (de fato compatível com as suas necessidades) e de estar afastada qualquer hipótese de direcionamento da licitação em favor de eventual interesse escuso do particular que a auxiliou.

Ainda que no caso do *diálogo competitivo* esteja prevista, após a fase de diálogos com particulares, uma circunstanciada ponderação administrativa acerca da solução que venha a ser escolhida, a presente sugestão poderia ser aplicada, ainda que com maior objetividade, notadamente nos casos em que a autoridade administrativa e/ou os servidores designados não estejam integralmente seguros quanto à decisão a ser tomada.

#### 5.4. Exaustão na Pesquisa de Preços

A *pesquisa de preços*, a ser realizada em seguida ao *levantamento de mercado* (ou em conjunto), tem por objetivo (i) aferir se há disponibilidade de recursos à organização pública contratante, (ii) servir de base para definição da autoridade competente e da modalidade de licitação cabível – notadamente no regime jurídico anterior à NLLC – e (iii) validar os valores a serem aceitos nas contratações públicas, já que estes devem sempre ser compatíveis com aqueles praticados no mercado.

Seu procedimento normalmente é regido por norma específica de cada ente federado.<sup>71</sup> Orientações e jurisprudência das Cortes de Contas garantem também a indicação de cautelas aplicáveis nesta seara (e.g., BRASIL, 2010, 2012, 2018).

<sup>70</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Guia de Boas Práticas em Contratação de Soluções de Tecnologia da Informação**: Riscos e Controles para o Planejamento da Contratação. Brasília, DF: TCU, 2012, p. 187. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/guia-de-boas-praticas-em-contratacao-de-solucoes-de-tecnologia-da-informacao-1-edicao.htm>. Acesso em: 13 dez. 2021.

<sup>71</sup> No Estado de São Paulo, encontra-se vigente o Decreto nº 63.316, de 26 de março de 2018, que além de instituir banco eletrônico de preços, fixa regras para a realização de pesquisa de preços pelos órgãos e entidades da Administração Pública direta, autárquica e fundacional do Estado [SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 63.316, de 26 de março de 2018**. [...] Dispõe sobre Pesquisa de Preços para as Aquisições de Bens e Contratações de Serviços [...] e dá providências correlatas. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2018/decreto-63316-26.03.2018.html>. Acesso em: 20 dez. 2021].

No particular caso de participação de particulares na modelagem da futura contratação pública, além das sobreditas razões, é de suma importância que a Administração promova *diligências exaustivas*, de forma a angariar o maior número possível de parâmetros de preços (conforme contratações similares do próprio Poder Público, cotações comerciais com empresas do ramo, entre outras) e, assim, obter a maior segurança possível de que a solução definida (com a cooperação de particular) esteja adequada às melhores práticas comerciais vigentes, que suas especificações e requisitos não direcionem indevidamente o certame e que não se refiram a um mercado restrito, capaz de conduzir a organização pública a uma situação de dependência técnica e/ou tecnológica no futuro (*vide* tópico 4.1.1).

Quanto à modalidade *diálogo competitivo*, a mesma sugestão apresentada no tópico anterior, referente ao *levantamento de mercado*, teria aplicação aqui. Além disso, havendo indícios de a solução escolhida envolver *comercialização indireta*, sugere-se, em complemento, que a Administração busque (i) negociar preços máximos com a *entidade principal* (representada, fabricante, distribuidora), de modo a mitigar o risco de algum representante/revendedor ser beneficiário de *registro de oportunidade* (assunto tratado no tópico 4.1.3 deste trabalho), bem como (ii) pesquisar preços junto a fornecedores que eventualmente empreguem técnica/tecnologia concorrente, a fim de angariar maior poder de negociação no certame e evitar, assim, a celebração de contrato com sobrepreço e/ou superfaturamento.<sup>72</sup>

### 5.5. Padronização da Descrição (Nomenclatura) do Objeto

Algo que facilita e muito a identificação de soluções que possam atender adequadamente as necessidades de uma organização pública, bem assim a realização da pesquisa de preços decorrente, é a análise de contratações feitas por outros órgãos e entidades da própria Administração.

Ocorre que nem sempre essa pesquisa traz os benefícios esperados à própria Administração. O TCU<sup>73</sup> aponta como um dos problemas existentes em tal contexto a *falta de padronização* no “nome” ou na “descrição” dada aos objetos contratados pelas diversas organizações públicas, ou seja, na disparidade de nomenclaturas utilizadas para descrever soluções similares, muitas vezes, inclusive, de uso disseminado na Administração Pública.

Quanto mais padronizadas forem as descrições (nomenclaturas) dos objetos de contratações públicas, tanto mais fáceis serão as consultas a possíveis soluções para as necessidades dos órgãos e entidades administrativas e tanto mais comparáveis serão os preços praticados diante de objetos similares.

<sup>72</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão nº 2569/2018**. Ata 44/2018 – Plenário. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Brasília, DF: TCU, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/34rmdv8c>. Acesso em: 13 dez. 2021.

<sup>73</sup> *Ibid.*

Dito disso, sugere-se que sejam adotadas as devidas cautelas na hora de definir a descrição (nome) do objeto que será contratado – em especial nas hipóteses em que a Administração venha a contar com a participação de particulares na fase preparatória de uma licitação, dado o possível risco de se restar sugerido (pelo particular), propositadamente, o emprego de nomes técnicos ou complexos que sejam capazes de direcionar o certame em seu favor.

Tais cautelas muito se consubstanciam em diligências minuciosas perante contratações anteriores da própria Administração, buscando-se padronizar ao máximo o *auxílio recebido do particular* (na preparação da pretensa contratação) às nomenclaturas usualmente empregadas pelas demais organizações públicas, notadamente aquelas que integrem o mesmo ente federado, sempre com a maior objetividade e clareza possíveis, preservada, todavia, a coerência com as práticas comerciais vigentes.

### 5.6. Esforço para Escolha de Soluções “Abertas”

Independentemente de haver insuficiência técnica da Administração em bem modelar a licitação e o contrato de que necessita – o que ensejaria cogitar a participação de particular para auxiliar em tal definição –, seja na hipótese de ter reais condições de fazê-lo por si só, é de muita relevância que a organização pública contratante sempre se esforce ao máximo para acomodar elementos e requisitos que sejam compatíveis com distintas soluções existentes no mercado, visando favorecer uma real e efetiva competição nas licitações.<sup>74</sup>

Sugere-se, portanto, a elaboração, sempre que possível (inclusive em se tratando do *diálogo competitivo*), de licitações cujas regras e requisitos prestigiem a participação de diferentes representados/fabricantes/distribuidores, objetivando sempre evitar circunstâncias em que aquele que detém exclusividade em dada solução possa direcionar o contrato a si mesmo ou a algum de seus representantes/revendedores, como no caso ilícito do *registro de oportunidade* (vide tópico 4.2.3).

## 6. CONCLUSÃO

Após levar em consideração diversas questões técnicas, legais e econômicas envolvidas na hipótese de participação de particulares na fase preparatória de contratações públicas, bem assim ponderar os eventuais reflexos disso, foi possível **reconhecer** a sua aplicabilidade – como alternativa válida, diante das peculiaridades do caso concreto (ainda que fora do contexto do *diálogo competitivo*) – bem assim, **indicar**, a título de sugestão, certos *procedimentos e/ou práticas administrativas*

<sup>74</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão nº 2569/2018**. Ata 44/2018 – Plenário. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Brasília, DF: TCU, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/34rndv8c>. Acesso em: 13 dez. 2021.

aplicáveis à fase interna de processos licitatórios, bem assim de contratações diretas, com o potencial de funcionar como ferramentas facilitadoras à qualidade ótima na instrução processual promovida pelas diversas Unidade de Despesa (UD) do Estado, proporcionando clareza, transparência e excelência na execução de suas funções precípuas, bem alinhadas, jurídica e economicamente, à consecução dos respectivos anseios institucionais.

Todas essas *sugestões de boas práticas* – destinadas a balizar a *participação de particulares no planejamento* de uma contratação pública, com preservação (ou ao menos mitigação de prejuízos) à competitividade do correspondente certame – foram discutidas em detalhes no tópico 5 deste trabalho, inclusive com observações próprias ao caso de emprego da nova modalidade de licitação *diálogo competitivo*, consoante as seguintes titulações:

- (i) motivação circunstanciada da decisão;
- (ii) garantia à transparência da atividade administrativa;
- (iii) maior importância do levantamento de mercado;
- (iv) exaustão na pesquisa de preços;
- (v) padronização da descrição (nomenclatura) do objeto;
- (vi) esforço para escolha de soluções “abertas”.

Por fim, houve também o reconhecimento de eventuais *externalidades positivas*, decorrentes desta hipótese de “cooperação público-privada” que ora se debate, descritas no tópico 4.2.4 do trabalho, que, somadas às sobreditas *boas práticas* suggestionadas, podem favorecer uma maior segurança jurídica à atuação de autoridades administrativas diante de licitações e contratações públicas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BORGES, Gabriela Lira. Considerações sobre o Planejamento das Contratações Públicas e os Estudos Técnicos Preliminares à luz da IN 40/2020. **Inove**. Curitiba, 13 out. 2020. Disponível em: <https://inovcapacitacao.com.br/consideracoes-sobre-o-planejamento-das-contratacoes-publicas-e-os-estudos-tecnicos-preliminares-a-luz-da-in-40-2020>. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica do Ministério da Justiça e Segurança Pública (CADE). **Processo Administrativo nº 08700.008098/2014-71 – Nota Técnica nº 61/2015/CGAA8/SGA2/SG/CADE**. [...] “Hub and spoke” – Fixação de condições de revenda – Suposto cartel em licitações [...]. Brasília, DF, DF: CADE, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88)**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 28 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB). Rio de Janeiro: Presidência da República, 1942. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 04 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1964. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm). Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em: 04 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8987cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm). Acesso em: 01 out. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, [...] modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm). Acesso em: 04 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm). Acesso em: 01 out. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a Prevenção e Repressão às Infrações contra a Ordem Econômica [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm). Acesso em: 15 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (NLLC)**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm). Acesso em: 04 nov. 2021.

BRASIL. Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia. **Instrução Normativa nº 40, de 22 de maio de 2020**. Dispõe sobre

a elaboração dos Estudos Técnicos Preliminares para a aquisição de bens e a contratação de serviços e obras, no âmbito da Administração Pública federal [...]. Brasília, DF: DOU, 2020a. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-40-de-22-de-maio-de-2020>. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Súmula nº 177**. Ata 80/1982 – Plenário. Relator: Ministro Octávio Gallotti. Brasília, DF: TCU, 1982. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/sumula/177>. Acesso em: 05 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Licitações e Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU**. 4. ed. rev. ampl. Brasília, DF: TCU, 2010. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24D6E86A4014D72AC81CA540A&inline=1>. Acesso em: 05 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Guia de Boas Práticas em Contratação de Soluções de Tecnologia da Informação: Riscos e Controles para o Planejamento da Contratação**. Brasília, DF: TCU, 2012. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/guia-de-boas-praticas-em-contratacao-de-solucoes-de-tecnologia-da-informacao-1-edicao.htm>. Acesso em: 13 dez. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão nº 2569/2018**. Ata 44/2018 – Plenário. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Brasília, DF: TCU, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/34rndv8c>. Acesso em: 13 dez. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão nº 4029/2020**. Ata 47/2020 – Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. Brasília, DF: TCU, 2020b. Disponível em: <https://tinyurl.com/4vtzysu>. Acesso em: 13 dez. 2021.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Parte II: Contratos Administrativos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de Direito Administrativo: Licitação e contratos administrativos**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 317-525.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parte I: Teoria Geral. In: \_\_\_\_\_ (coord.). **Tratado de Direito Administrativo: Teoria geral e princípios do direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 31-253.

FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: Pressupostos e Perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Parte II: Princípios do Direito Administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (coord.). **Tratado de Direito Administrativo: Teoria geral e princípios do direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, v. 1. p. 255-701.

MEIRELLES, Hely Lopes *et al.* **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

NOHARA, Irene Patrícia. Parte I: Licitações. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (coord.). **Tratado de Direito Administrativo: Licitação e contratos administrativos**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 35-315.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e prática**. 6. ed. São Paulo: Método, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Método, 2018.

ONU — ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Agenda 2030, de 25 de setembro de 2015**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030>. Acesso em: 16 nov. 2021.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; GARCIA, Flávio Amaral. Quatro Pontos Promissores para os Efeitos Econômicos da Nova Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública. **Migalhas**. Rio de Janeiro, 3 maio 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/344901/quatro-pontos-promissores-para-os-efeitos-economicos-da-nova-lei>. Acesso em: 21 nov. 2021.

RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito: Uma Introdução**. Coimbra: Almedina, 2007.

SÃO PAULO (Estado). [Constituição 1989)]. **Constituição Estadual, de 05 de outubro de 1989**. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2023. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989/compilacao-constituicao-0-05.10.1989.html>. Acesso em: 16 dez. 2021.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto-lei nº 233, de 28 de abril de 1970**. Estabelece normas para a estruturação dos Sistemas de Administração Financeira e Orçamentária da Administração Pública Estadual, Centralizada ou Direta. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 1970. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto.lei/1970/decreto.lei-233-28.04.1970.html>. Acesso em: 16 nov. 2021.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 47.297, de 06 de novembro de 2002**. Dispõe sobre o Pregão, a que se refere a Lei federal nº 10.520/02. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2002. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2002/decreto-47297-06.11.2002.html>. Acesso em: 10 dez. 2021.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCESP). **Licitações e Contratos: Principais Aspectos da Fase Preparatória e Gestão Contratual**. São Paulo: TCESP, 2020a. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/publicacoes/licitacoes-e-contratos-principais-aspectos-fase-preparatoria-e-gestao-contratual>. Acesso em: 05 nov. 2021.

SÃO PAULO (Estado). **Lei nº 17.262, de 09 de abril de 2020**. Institui o Plano Plurianual – PPA para o quadriênio 2020-2023. São Paulo: Gabinete do Governador do Estado de São Paulo, 2020b.

SÃO PAULO (Estado). Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (PGE/SP). **Nova Lei de Licitações e Contratos: Impactos no Estado de São Paulo**. São Paulo: PGE/SP, 2021. Disponível em: [https://www.portal.pge.sp.gov.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-final-do-gt-da-pge-sp-sobre-a-nova-lei-de-licitacoes\\_compressed.pdf](https://www.portal.pge.sp.gov.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-final-do-gt-da-pge-sp-sobre-a-nova-lei-de-licitacoes_compressed.pdf). Acesso em: 10 dez. 2021.

SARTO, Elisa Santos Coelho. Cartéis Hub-and-Spoke: Coordenação Horizontal por meio de Restrições Verticais. **RDC: Revista de Defesa da Concorrência (CADE)**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 30-50, nov. 2017. ISSN 2318-2253. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/329>. Acesso em: 15 dez. 2021.

SILVA, Adilson Aderito da; BRITO, Eliane Pereira Zamith. Incerteza, Racionalidade Limitada e Comportamento Oportunista. **RAM: Rev. Adm. Mackenzie**, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 176-201, jan/fev. 2013. ISSN 1678-6971. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1678-69712013000100008>. Acesso em: 02 dez. 2021.

UCHOA, Carlos Frederico. **Economia das Organizações**. Salvador: UFBA, Faculdade de Ciências Contábeis, 2017. Disponível em: [https://educapes.capes.gov.br/bitstream/capes/174985/4/eBook\\_Economia\\_das\\_Organizacoes-Ciencias\\_Contabeis\\_UFBA.pdf](https://educapes.capes.gov.br/bitstream/capes/174985/4/eBook_Economia_das_Organizacoes-Ciencias_Contabeis_UFBA.pdf). Acesso em: 15 dez. 2021.

WALD, Arnoldo. Algumas Considerações sobre o Novo Projeto de Lei de Licitações (PL 59/92). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 4, 1992.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia: Análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

# TENSÕES INTERFEDERATIVAS NO COMBATE À PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL: ASPECTOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS

*Interfederative tensions in the fight against the COVID-19 pandemic in Brazil: legal and economic aspects*

Florence Angel Guimarães Martins de Souza<sup>1</sup>

## SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Combate à Pandemia de Covid-19 no Brasil: Competências Constitucionais e Julgamento da ADI 6341 e ADPF 672 pelo Supremo Tribunal Federal; 3. Ausência de Coordenação Nacional e Impactos aos demais Entes Federativos; 4. Ressarcimento de Despesas entre Entes Federativos; 5. Conclusão. Referências Bibliográficas.

## RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar, à luz do Direito e da Economia, os impactos decorrentes de tensões entre os entes federados na gestão da pandemia de COVID-19. Discorre-se sobre definição de competências constitucionais na área da saúde, o contexto das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.341 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 672, bem como das decisões do Tribunal de Contas da União (TCU), nos acórdãos nº 2817/2020 e nº 1873/2021, que apontaram ausência de coordenação nacional no combate à pandemia e de previsão de recursos na Lei Orçamentária Anual de 2021 para ações específicas de enfrentamento da crise sanitária. Avaliam-se consequências econômicas dessas questões para os entes subnacionais e, diante da inexistência de ferramenta para implementação de compensação financeira nos moldes previstos no art. 35, VII, da Lei nº 8.080/90, a possibilidade de judicialização de pleitos ressarcitórios.

**Palavras-chave:** Federalismo. Pandemia Covid-19. Direito e Economia. Ausência de coordenação nacional. Impactos nos entes subnacionais.

## ABSTRACT

This paper aims to analyze, in the light of law and economics, the impacts of tensions between federal entities in the management of the COVID-19 pandemic. It discusses the definition of constitutional competences in the area of health, the context of the decisions of the Federal Supreme Court (STF) in Direct Action of Unconstitutionality (ADI) 6.341 and in the Argument for Non-compliance with a Fundamental Precept (ADPF) 672, as well as the decisions of the Federal Court of Auditors (TCU), in rulings No. 2817/2020 and No. 1873/2021, which pointed out the lack of national coordination in combating the pandemic and the lack of resources in the 2021 Annual Budget Law for specific actions to deal with the health crisis. The economic consequences of these issues for subnational entities are assessed and, given the lack of a tool to implement financial compensation in the manner provided for in art. 35, VII, of Law No. 8.080/90, the possibility of judicialization of compensation claims.

**Keywords:** Federalism. Covid-19 pandemic. Law and economics. Lack of national coordination. Impact on subnational entities.

---

<sup>1</sup> Procuradora do Estado de São Paulo; integrante do Núcleo de Propositura de Ações (NPA); Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

## 1. INTRODUÇÃO

Em meio à grave crise sanitária e econômica ocasionada pela pandemia de COVID-19, o Brasil enfrentou também uma tensão entre os entes federativos, com reflexos no estabelecimento de diretrizes públicas de saúde relacionadas ao enfrentamento da doença.

O embate foi levado ao STF, por diversas ações, com destaque para a ADPF 672<sup>2</sup> e a ADI 6341<sup>3</sup>, que apontaram omissões do Governo Federal no combate à pandemia e criaram entraves para a atuação dos entes subnacionais.

---

<sup>2</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 672**. Constitucional. Pandemia do coronavírus (COVID-19). Respeito ao federalismo. Lei Federal nº 13.979/2020. Medidas sanitárias de contenção à disseminação do vírus. Isolamento social. Proteção à saúde, segurança sanitária e epidemiológica. Competências comuns e concorrentes e respeito ao princípio da predominância do interesse (arts. 23, II, 24, XII, e 25, § 1º, da CF). Competências dos Estados para implementação das medidas previstas em lei federal. Arguição julgada parcialmente procedente. 1. Proposta de conversão de referendo de medida cautelar em julgamento definitivo de mérito, considerando a existência de precedentes da CORTE quanto à matéria de fundo e a instrução dos autos, nos termos do art. 12 da Lei nº 9.868/1999. 2. A gravidade da emergência causada pela pandemia do coronavírus (COVID-19) exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde, sempre com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes, que devem ser cada vez mais valorizados, evitando-se o exacerbamento de quaisquer personalismos prejudiciais à condução das políticas públicas essenciais ao combate da pandemia de COVID-19. 3. Em relação à saúde e assistência pública, a Constituição Federal consagra a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, II e IX, da CF), bem como prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, da CF), permitindo aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local (art. 30, II, da CF); e prescrevendo ainda a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198, CF, e art. 7º da Lei nº 8.080/1990), com a consequente descentralização da execução de serviços, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei nº 8.080/1990). 4. O Poder Executivo federal exerce o papel de ente central no planejamento e coordenação das ações governamentais em prol da saúde pública, mas nem por isso pode afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotem medidas sanitárias previstas na Lei nº 13.979/2020 no âmbito de seus respectivos territórios, como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, sem prejuízo do exame da validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal editado nesse contexto pela autoridade jurisdicional competente. 5. Arguição julgada parcialmente procedente. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 30 de abril de 2020f. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435113/false>. Acesso em: 27 nov. 2021.

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341**. Referendo em Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito Constitucional. Direito à saúde. Emergência sanitária internacional. Lei nº 13.979 de 2020. Competência dos entes federados para legislar e adotar medidas sanitárias de combate à epidemia internacional. Hierarquia do Sistema Único de Saúde. Competência comum. Medida Cautelar parcialmente deferida. 1. A emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica nem muito menos autoriza a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos

O STF firmou posicionamento de que União, estados, Distrito Federal e municípios podem estabelecer medidas de combate ao coronavírus, cabendo ao ente federal preservar a autonomia dos demais. As decisões foram proferidas em uma situação de excepcional crise sanitária, econômica e política, com o objetivo de viabilizar a adoção de providências voltadas ao enfrentamento da pandemia por governos estaduais e municipais.

Da mesma forma, o Tribunal de Contas da União (TCU) analisou questões relacionadas ao combate à pandemia, tendo apontado que não se verificou articulação do Governo Federal com os estados, Distrito Federal e municípios para planejamento das ações de aquisição de insumos estratégicos para a Covid-19 (Acórdão nº 2817/2020)<sup>4</sup>.

---

do Estado Democrático de Direito. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações. 2. O exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos, a serem observados, por primeiro, pelas autoridades políticas. Como esses agentes públicos devem sempre justificar suas ações, é à luz delas que o controle a ser exercido pelos demais poderes tem lugar. 3. O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios. 4. A diretriz constitucional da hierarquização, constante do caput do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles. 5. É preciso ler as normas que integram a Lei nº 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral do SUS, Lei nº 8.080, de 1990. O exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços de saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços. 6. O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto nº 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde. 7. Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde. 8. Medida cautelar parcialmente concedida para dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei nº 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Relator: Min. Marco Aurélio, 15 de abril de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436466/false>. Acesso em: 27 nov. 2021.

<sup>4</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2817/2020**. Plenário. Acompanhamento com o objetivo de avaliar a estrutura de governança montada pelo Ministério da Saúde para o combate à crise gerada pelo novo coronavírus, bem como os atos referentes à execução de despesas públicas pelo referido órgão e suas unidades subordinadas, sob os aspectos da legalidade, legitimidade, economicidade, eficiência e efetividade. Relator: Min. Benjamin Zymler, 21 de outubro de 2020g. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A2817%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2817%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520). Acesso em: 26 nov. 2021.

O TCU também apontou falha de gestão e planejamento do Ministério da Saúde no enfrentamento da pandemia, destacando ausência de previsão de ação orçamentária específica “21C0 – Enfrentamento da Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional” na lei orçamentária federal de 2021 (PLOA 2021) (Acórdão nº 1873/2021)<sup>5</sup>.

Essa falta de coordenação e investimento adequado em diretrizes sanitárias pelo Governo Federal durante a crise decorrente da COVID-19 fez com que os entes subnacionais assumissem certo protagonismo no enfrentamento da pandemia.

Nesse cenário, à luz de fundamentos jurídicos e econômicos, este artigo busca analisar tais tensões entre entes federativos no combate à Covid-19, bem como impactos decorrentes para entes subnacionais, verificando, por fim, mecanismos de recomposição financeira.

## **2. COMBATE À PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL: COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS E JULGAMENTO DA ADI 6341 E DA ADPF 672 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

É notório que a pandemia de COVID-19 causou uma severa crise sanitária e econômica no mundo inteiro. Entretanto, somados a todos os desafios decorrentes da emergência de saúde, comuns a outros países, o Brasil enfrentou, ainda, um grave atrito institucional e político entre entes federativos referente a medidas de combate à pandemia, o que agravou os problemas já existentes.

Antes de adentrar esse tensionamento e decisões tomadas pelo STF nos debates decorrentes que surgiram, é primordial apontar, inicialmente, as competências constitucionais firmadas na matéria de saúde pública.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) previu que a competência para legislar sobre proteção e defesa da saúde é concorrente entre União, Estados e Distrito Federal (art. 24, inc. XII). Os §§ 1º e 2º rezam que a competência legislativa da União, nesse caso, está restrita a normas gerais, cabendo aos estados dispor sobre questões regionais, sem conflito com aquelas normas gerais<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1873/2021**. Plenário. Acompanhamento com o objetivo de avaliar a estrutura de governança montada pelo Ministério da Saúde para o combate à crise gerada pelo novo coronavírus, bem como os atos referentes à execução de despesas públicas pelo referido órgão e suas unidades subordinadas, sob os aspectos da legalidade, legitimidade, economicidade, eficiência e efetividade. Relator: Min. Benjamin Zymler, 4 de agosto de 2021. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A1873%2520ANOACORDAO%253A2021/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1873%2520ANOACORDAO%253A2021/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520). Acesso em: 26 nov. 2021.

<sup>6</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 out. 2021.

Quanto à competência para atender às prestações de saúde pública, a Constituição previu a competência comum de todos os entes federados no art. 23, II<sup>7</sup>. A competência comum, porém, não significa sobreposição de obrigações.

Nos termos do art. 198 da Constituição Federal, ações e serviços do Sistema Único de Saúde (SUS) formam uma rede regionalizada e hierárquica, conforme três diretrizes: descentralização, atendimento integral e participação da comunidade.

No plano infraconstitucional, a Lei nº 8.080/1990 dispõe sobre a organização e o funcionamento dos serviços públicos de saúde, delimitando atribuições e competências dos entes federados<sup>8</sup>.

Além de estabelecer o desenho de como ocorrerão a formulação e a execução das diretrizes sanitárias, com atribuições da União voltadas para o planejamento e controle das políticas públicas de saúde, a Lei nº 8.080/1990, em seu art. 16, § 1º, contém previsão expressa acerca de situações de risco de disseminação nacional:

A União poderá executar ações de vigilância epidemiológica e sanitária em circunstâncias especiais, como na ocorrência de agravos inusitados à saúde, que possam escapar do controle da direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) ou que representem risco de disseminação nacional<sup>9</sup>.

Delimitado esse breve panorama de competências, é importante destacar que o modelo de federalismo adotado no Brasil é complexo e, por vezes, ocorrem conflitos relacionados<sup>10</sup>.

Logo nos primeiros meses da situação de calamidade decorrente da pandemia de COVID-19, surgiram conflitos entre entes federativos acerca da competência para determinação de medidas de restrição voltadas ao enfrentamento da pandemia.

Assim que diagnosticados em diversos países casos de COVID-19, antes mesmo de confirmado o primeiro no Brasil<sup>11</sup>, foi editada a Lei nº 13.979/2020, que dispôs sobre medidas que poderiam ser adotadas para enfrentamento da pandemia pelas

---

<sup>7</sup> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência. *Ibid.*

<sup>8</sup> BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 18055, 20 set. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em: 28 nov. 2021.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> GEBRIM, Larissa Santiago; CORREIA Raphael Barboza. Conflitos federativos na formulação de políticas públicas voltadas ao enfrentamento da pandemia do coronavírus. In: LEAL, Vicente; MENDONÇA, José Vicente Santos de (org.). **Transformações do Direito Administrativo**: Direito Público e regulação em tempos de pandemia. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020.

<sup>11</sup> O que ocorreu em 26/02/2020, conforme informação do Governo Federal. BRASIL. Brasil confirma primeiro caso de novo coronavírus. **Notícias**, 26 fev. 2020h. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/saude-e-vigilancia-sanitaria/2020/02/brasil-confirma-primeiro-caso-do-novo-coronavirus>. Acesso em: 3 jan. 2022.

autoridades públicas, tais como isolamento, quarentena, restrições de circulação, uso obrigatório de máscaras de proteção individual, determinação de realização compulsória de exames e tratamentos, vacinação, entre outras providências<sup>12</sup>.

Posteriormente, estados e municípios também passaram a publicar normas e a estabelecer instrumentos de contenção sanitária de acordo com as realidades regionais e locais<sup>13</sup>.

Todavia, sob o fundamento de ser necessário “reforçar os limites constitucionais legislativos e, ao mesmo tempo, prezar pelo entendimento mútuo entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal”, como consta na Exposição de Motivos Interministerial (EMI) nº 00019/2020 MS AGU CC/PR CGU<sup>14</sup>, foram propostas alterações na Lei nº 13.979/2020, por meio da Medida Provisória (MP) nº 926, de 20 de março de 2020<sup>15</sup>.

Mencionada MP atribuiu ao Presidente da República competência para dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais a serem resguardados durante a emergência de saúde pública. Para tal finalidade, na mesma data da publicação da referida medida provisória, foi publicado o Decreto nº 10.282/2020<sup>16</sup>.

O Partido Democrático Trabalhista (PDT) impugnou a validade da MP nº 926/2020, especificamente no tocante à restrição imposta a estados e municípios para adoção de medidas de isolamento social, tais como restrição de circulação e funcionamento do comércio, por meio da ADI 6341.

---

<sup>12</sup> BRASIL. Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 7 fev. 2020a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm). Acesso em: 27 nov. 2021.

<sup>13</sup> O Chefe do Poder Executivo Federal ajuizou a ADI 6764 para questionar medidas de restrição impostas por governadores dos Estados, cuja petição inicial foi indeferida por não possuir o Presidente da República capacidade postulatória.

<sup>14</sup> Vale citar trecho do referido documento: “5. No que se refere às alterações da Lei nº 13.979, de 2020, a primeira alteração é específica para reforçar os limites constitucionais legislativos e, ao mesmo tempo, prezar pelo entendimento mútuo entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal. É neste sentido que as medidas de isolamento e quarentena, quando afetarem a execução de serviços públicos regulados, concedidos ou autorizados, somente poderão ser adotadas em ato específico, em articulação prévia com o órgão regulador ou com o Poder Concedente ou autorizador”. BRASIL. **Exposição de Motivos Interministerial nº EMI nº 00019/2020 MS AGU CC/PR CGU, de 20 de março de 2020**, que acompanhou a MP nº 926, de 20 de março de 2020c. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-926-20.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-926-20.pdf). Acesso em: 27 nov. 2021.

<sup>15</sup> BRASIL. Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 20 mar. 2020d. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926impresao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926impresao.htm). Acesso em: 27 nov. 2021.

<sup>16</sup> BRASIL. Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020. Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 20 mar. 2020b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm). Acesso em: 20 dez. 2021.

Na decisão proferida na ADI 6341, a Corte Suprema afirmou que a atribuição para ações voltadas à saúde pública seria concorrente entre União, estados e Distrito Federal e suplementar dos Municípios, respeitando o princípio da predominância de interesse.

O STF apontou, ainda, omissão do Poder Executivo Federal, indicando expressamente que inações não poderiam ser premiadas, impedindo que estados e municípios agissem no âmbito das respectivas competências, tal como constou expressamente na ementa do acórdão da ADI 6341 (grifo nosso):

**3. O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios.**

4. A diretriz constitucional da hierarquização, constante do *caput* do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles.

5. É preciso ler as normas que integram a Lei nº 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral do SUS, Lei nº 8.080, de 1990. **O exercício da competência da União, em nenhum momento, diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços.**

6. O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto nº 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde.

**7. Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde.**

8. Medida cautelar parcialmente concedida para dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei nº 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I

do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais<sup>17</sup>.

Além da ADI 6341, destacou-se, dentre tantas outras ações ajuizadas perante o STF, a ADPF 672, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Alegou-se ausência de política do Poder Público Federal para combate da pandemia, conforme orientações da Organização Mundial de Saúde (OMS), além da tentativa de diminuição das competências dos demais entes federativos.

O tensionamento entre os entes federados encontra-se bem descrito no voto proferido pelo Ministro Relator Alexandre de Moraes no julgamento da ADPF 672:

---

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341**. Referendo em Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito Constitucional. Direito à saúde. Emergência sanitária internacional. Lei nº 13.979 de 2020. Competência dos entes federados para legislar e adotar medidas sanitárias de combate à epidemia internacional. Hierarquia do Sistema Único de Saúde. Competência comum. Medida Cautelar parcialmente deferida. 1. A emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica nem muito menos autoriza a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações. 2. O exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos, a serem observados, por primeiro, pelas autoridades políticas. Como esses agentes públicos devem sempre justificar suas ações, é à luz delas que o controle a ser exercido pelos demais poderes tem lugar. 3. O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios. 4. A diretriz constitucional da hierarquização, constante do caput do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles. 5. É preciso ler as normas que integram a Lei nº 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral do SUS, Lei nº 8.080, de 1990. O exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços. 6. O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto nº 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde. 7. Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde. 8. Medida cautelar parcialmente concedida para dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei nº 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Relator: Min. Marco Aurélio, 15 de abril de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436466/false>. Acesso em: 27 nov. 2021.

Lamentavelmente, o transcurso da pandemia no Brasil tem sido marcado por uma relação ruidosa entre os diversos níveis federativos, com reiterados casos de dissenso e irrisignação entre diferentes formuladores de políticas públicas a respeito do alcance, intensidade e duração das medidas de restrição às atividades sociais rotineiras. É o caso do conflito especificamente questionado pelo Conselho Federal da OAB nesta ADPF – em que o Poder Executivo federal se contrapõe aos governos estaduais –, mas também se verifica na relação entre os Estados e seus Municípios, especialmente aqueles que entendem que, por suas características locais, não devam ser alvo de medidas restritivas idênticas às aplicadas nas grandes capitais<sup>18</sup>.

No julgamento da referida ADPF, o STF afirmou não ser possível o Poder Judiciário determinar que o Presidente da República adote medidas administrativas específicas, deferindo, contudo, o pedido para salvaguarda de atuação

---

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 672**. Constitucional. Pandemia do coronavírus (COVID-19). Respeito ao federalismo. Lei Federal nº 13.979/2020. Medidas sanitárias de contenção à disseminação do vírus. Isolamento social. Proteção à saúde, segurança sanitária e epidemiológica. Competências comuns e concorrentes e respeito ao princípio da predominância do interesse (arts. 23, II, 24, XII, e 25, § 1º, da CF). Competências dos estados para implementação das medidas previstas em lei federal. Arguição julgada parcialmente procedente. 1. Proposta de conversão de referendo de medida cautelar em julgamento definitivo de mérito, considerando a existência de precedentes da CORTE quanto à matéria de fundo e a instrução dos autos, nos termos do art. 12 da Lei nº 9.868/1999. 2. A gravidade da emergência causada pela pandemia do coronavírus (COVID-19) exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde, sempre com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes, que devem ser cada vez mais valorizados, evitando-se o exacerbamento de quaisquer personalismos prejudiciais à condução das políticas públicas essenciais ao combate da pandemia de COVID-19. 3. Em relação à saúde e assistência pública, a Constituição Federal consagra a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, II e IX, da CF), bem como prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, da CF), permitindo aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local (art. 30, II, da CF); e prescrevendo ainda a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198, CF; e art. 7º da Lei nº 8.080/1990), com a consequente descentralização da execução de serviços, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei nº 8.080/1990). 4. O Poder Executivo federal exerce o papel de ente central no planejamento e coordenação das ações governamentais em prol da saúde pública, mas nem por isso pode afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotem medidas sanitárias previstas na Lei nº 13.979/2020 no âmbito de seus respectivos territórios, como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, sem prejuízo do exame da validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal editado nesse contexto pela autoridade jurisdicional competente. 5. Arguição julgada parcialmente procedente. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 30 de abril de 2020f. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435113/false>. Acesso em: 27 nov. 2021.

dos entes subnacionais na implementação de medidas sanitárias previstas na Lei nº 13.979/2020, de acordo com evidências científicas.

Em que pese constar expressamente nas decisões das ADI 6341 e ADPF 672 que o entendimento firmado não significava autorização para a União se desonerar de obrigações constitucionais<sup>19</sup>, o Chefe do Poder Executivo Federal alegou publicamente que referidos julgamentos impediram a União de atuar no enfrentamento à pandemia<sup>20</sup>.

A esse respeito, houve também disseminação de desinformação nas redes sociais, o que levou a Corte Suprema a publicar esclarecimentos em página oficial na *internet*, nos seguintes termos:

Esclarecimento sobre decisões do STF a respeito do papel da União, dos Estados e dos Municípios na pandemia: não é verdadeira a afirmação, em redes sociais, de que a Suprema Corte proibiu o governo federal de atuar no enfrentamento da Covid-19<sup>21</sup>.

Em contraponto a tais desinformações, são bastante elucidativos os comentários de Luís Francisco Aguiar Cortez sobre a decisão proferida na ADPF 672 (2021, p. 60):

[...] a decisão nunca reduziu ou impediu o dever constitucional de articulação central da União, mas, constatadas a ausência daquela atuação efetiva e as diferentes condições regionais e locais, no que se refere à intensidade da pandemia e meios disponíveis para o enfrentamento, a ênfase tinha que ser em autorizar, ao máximo, medidas protetivas em favor da saúde e da vida, recomendadas pelo conhecimento científico até aqui adquirido no enfrentamento a pandemia<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Voto do Ministro Alexandre de Moraes na ADPF 672: “Todavia, a competência dos Estados e Municípios nessa matéria não desonera a União do múnus de atuar como ente central no planejamento e coordenação de ações integradas de saúde pública, em especial de segurança sanitária e epidemiológica no enfrentamento à pandemia da Covid-19, inclusive no tocante ao financiamento e apoio logístico aos órgãos regionais e locais de saúde pública”. *Ibid.*

<sup>20</sup> Conjur. Bolsonaro tenta imputar ao STF omissão do governo federal para agir na epidemia. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2021-jan-15/bolsonaro-tenta-imputar-stf-omissao-governo-epidemia>>. Acesso em: 10 out. 2021.

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Esclarecimento sobre decisões do STF a respeito do papel da União, dos estados e dos municípios na pandemia**. Brasília, DF: STF, 2021h. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=458810&ori=1>. Acesso em: 10 out. 2021.

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 672**. Constitucional. Pandemia do coronavírus (COVID-19). Respeito ao federalismo. Lei Federal nº 13.979/2020. Medidas sanitárias de contenção à disseminação do vírus. Isolamento social. Proteção à saúde, segurança sanitária e epidemiológica. Competências comuns e concorrentes e respeito ao princípio da predominância do interesse (arts. 23, II, 24, XII, e 25, § 1º, da CF). Competências dos Estados para implementação das medidas previstas em lei federal. Arguição julgada parcialmente procedente. 1. Proposta de conversão de referendo de medida cautelar em julgamento definitivo de mérito, considerando a existência de precedentes da CORTE quanto à matéria de fundo e a instrução dos autos, nos termos do art. 12 da Lei nº 9.868/1999. 2. A gravidade da emergência causada pela pandemia do coronavírus (COVID-19) exige das autoridades brasileiras,

Verifica-se, nesse contexto, que o posicionamento do STF no julgamento das mencionadas ações foi de suma importância para a adoção de ações de enfrentamento por governos estaduais e municipais para contenção da doença<sup>23</sup>.

Por outro lado, omissões do Poder Executivo Federal, inclusive reconhecidas pelo Supremo, resultaram em ausência de coordenação nacional no combate à pandemia e consequente sobrecarga aos demais entes federativos, o que será a seguir analisado.

### 3. AUSÊNCIA DE COORDENAÇÃO NACIONAL E IMPACTOS AOS DEMAIS ENTES FEDERATIVOS

As decisões do STF na ADI 6341 e na ADPF 672, como visto, apontam para inações do Governo Federal no combate à pandemia do coronavírus e chamam a atenção para a atuação dos entes subnacionais na implementação de medidas de enfrentamento à COVID-19.

A dificuldade de integração entre os entes que compõem a federação, além de servir como obstáculo para a adoção de medidas efetivas na gestão da saúde,

---

em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde, sempre com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes, que devem ser cada vez mais valorizados, evitando-se o exacerbamento de quaisquer personalismos prejudiciais à condução das políticas públicas essenciais ao combate da pandemia de COVID-19. 3. Em relação à saúde e assistência pública, a Constituição Federal consagra a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, II e IX, da CF), bem como prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, da CF), permitindo aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local (art. 30, II, da CF); e prescreve ainda a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198, CF; e art. 7º da Lei nº 8.080/1990), com a consequente descentralização da execução de serviços, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei nº 8.080/1990). 4. O Poder Executivo federal exerce o papel de ente central no planejamento e coordenação das ações governamentais em prol da saúde pública, mas nem por isso pode afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotem medidas sanitárias previstas na Lei nº 13.979/2020 no âmbito de seus respectivos territórios, como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, sem prejuízo do exame da validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal editado nesse contexto pela autoridade jurisdicional competente. 5. Arguição julgada parcialmente procedente. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 30 de abril de 2020f. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435113/false>. Acesso em: 27 nov. 2021.

<sup>23</sup> Foi nesse cenário exposto que o Supremo Tribunal Federal proferiu decisões que definiram os paradigmas a serem adotados no cenário de calamidade, com solução que, para parte da doutrina, seria imprópria para tempos de normalidade. CAÚLA, César; MANZI, Lilian C. T. de M. Federalismo brasileiro e coordenação intergovernamental no combate à Covid-19. In: SCAFF, Fernando Facury *et al.* (org.). **A crise do federalismo em estado de pandemia**. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, v.1, 2021.

pode acabar criando espaços não regulados e gerando, ante a existência de múltiplos atores, a inação de algum destes:

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. 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 regulados e criação de inação, em virtude da existência de múltiplos atores com poder de veto**<sup>24</sup>. (grifo nosso)

Ocorre que, na alocação de recursos, a inação ou a ação deficiente de um do(s) ente(s) competente(s) pode caracterizar uma “Tragédia dos Incomuns”, em analogia à teoria criada por Michael Heller.

Valendo-se de neologismo em relação à famosa tese “Tragédia dos Comuns”, de Garret Hardin<sup>25</sup>, Michael Heller defende, em breve síntese, que, quando um bem é controlado por múltiplos proprietários, não há cooperação, acarretando subutilização e consequente prejuízo<sup>26</sup>.

Apesar de a “Tragédia dos Incomuns” estar relacionada ao direito de propriedade, a ideia central de que a ausência de coordenação leva à ineficiência pode ser utilizada na análise da situação vivenciada pelo país na emergência sanitária.

---

<sup>24</sup> GEBRIM, Larissa Santiago; CORREIA Raphael Barboza. Conflitos federativos na formulação de políticas públicas voltadas ao enfrentamento da pandemia do coronavírus. In: LEAL, Vicente; MENDONÇA, José Vicente Santos de (org.). **Transformações do Direito Administrativo: Direito Público e regulação em tempos de pandemia**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020, p. 219.

<sup>25</sup> Que, em breve síntese, é o fenômeno que ocorre quando diversos indivíduos que não têm faculdade de limitar a atuação de outros acabam esgotando determinado bem escasso na busca do atingimento do máximo benefício individual.

<sup>26</sup> “The anticommons thesis is simple: when too many people own pieces of one thing, nobody can use it. Usually, private ownership creates wealth. But too much ownership has the opposite effect – it leads to wasteful underuse. This is a free market paradox that shows up all across the global economy. If too many owners control a single resource, cooperation breaks down, wealth disappears, and everybody loses”. HELLER, Michael. *The tragedy of the anticommons: a concise introduction and lexicon*. **The Modern Law Review**, Oxford, v. 76, n. 1, 2013, p. 6-25, p. 7. Disponível em: [https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2779&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2779&context=faculty_scholarship). Acesso em: 8 jan. 2022.

No combate à pandemia, a ausência de coordenação foi apontada pelo TCU nos acórdãos nº 2817/2020<sup>27</sup> e nº 1873/2021<sup>28</sup>, ambos de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, proferidos no âmbito do procedimento TC 014.575/2020-5, bem como em relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Senado Federal<sup>29</sup>, que indicam descumprimento do dever da União em adotar uma estratégia nacional de enfrentamento da epidemia no país.

Em relatório de acompanhamento elaborado pela equipe técnica do TCU visando avaliar a estrutura de governança montada pelo Ministério da Saúde para o combate à crise gerada pelo novo coronavírus, que fundamentou o Acórdão nº 2817/2020, consta a inexistência de articulação do Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública (COE-nCoV), do Ministério da Saúde, com os estados, Distrito Federal e municípios para planejamento das ações de aquisição de insumos estratégicos e elaboração dos planos tático-operacionais referentes à COVID-19.

No voto do Ministro Relator no Acórdão nº 2817/2020, proferido em 21 de outubro de 2020, foi destacado que:

A alta discrepância entre a mortalidade per capita verificada entre as Unidades da Federação, demonstrada em gráfico anterior, pode ser um efeito da falta de uma estratégia nacional, na medida em que cada ente subnacional passou a adotar ações próprias de enfrentamento<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2817/2020**. Plenário. Acompanhamento com o objetivo de avaliar a estrutura de governança montada pelo Ministério da Saúde para o combate à crise gerada pelo novo coronavírus, bem como os atos referentes à execução de despesas públicas pelo referido órgão e suas unidades subordinadas, sob os aspectos da legalidade, legitimidade, economicidade, eficiência e efetividade. Relator: Min. Benjamin Zymler, 21 de outubro de 2020g. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A2817%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2817%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520). Acesso em: 26 nov. 2021.

<sup>28</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1873/2021**. Plenário. Acompanhamento com o objetivo de avaliar a estrutura de governança montada pelo Ministério da Saúde para o combate à crise gerada pelo novo coronavírus, bem como os atos referentes à execução de despesas públicas pelo referido órgão e suas unidades subordinadas, sob os aspectos da legalidade, legitimidade, economicidade, eficiência e efetividade. Relator: Min. Benjamin Zymler, 4 de agosto de 2021i. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A1873%2520ANOACORDAO%253A2021/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1873%2520ANOACORDAO%253A2021/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520). Acesso em: 26 nov. 2021.

<sup>29</sup> BRASIL. Senado Federal. Comissão Parlamentar de Inquérito. **Relatório Final da CPI da Pandemia, aprovado em 26 de outubro de 2021e**. Brasília, DF: Senado Federal, 2021. Disponível em: [https://senadofederal-my.sharepoint.com/personal/cpipandemia\\_arquivos\\_senado\\_leg\\_br/\\_layouts/15/onedrive.aspx?id=%2Fpersonal%2Fcpipandemia%5Farquivos%5Fsenado%5Fleg%5Fbr%2FDocuments%2FRelat%2C%20Final%2FRelatorio%5FFinal%5Faprovado%2Epdf&parent=%2Fpersonal%2Fcpipandemia%5Farquivos%5Fsenado%5Fleg%5Fbr%2FDocuments%2FRelat%2C%20Final](https://senadofederal-my.sharepoint.com/personal/cpipandemia_arquivos_senado_leg_br/_layouts/15/onedrive.aspx?id=%2Fpersonal%2Fcpipandemia%5Farquivos%5Fsenado%5Fleg%5Fbr%2FDocuments%2FRelat%2C%20Final%2FRelatorio%5FFinal%5Faprovado%2Epdf&parent=%2Fpersonal%2Fcpipandemia%5Farquivos%5Fsenado%5Fleg%5Fbr%2FDocuments%2FRelat%2C%20Final). Acesso em: 3 jan. 2022.

<sup>30</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2817/2020**. Plenário. Acompanhamento com o objetivo de avaliar a estrutura de governança montada pelo Ministério da Saúde para o combate à crise gerada pelo novo coronavírus, bem como os atos referentes à execução de despesas públicas pelo referido órgão e suas unidades subordinadas, sob os aspectos da legalidade, legitimidade, economicidade,

O surgimento de uma variante no estado do Amazonas pode ser mencionado como um exemplo de como a ausência de planejamento coordenado entre governos federal, estaduais e municipais acabou gerando enfrentamento de externalidades negativas por todas as regiões do Brasil.

Isso porque, ainda que algumas unidades federativas estivessem, isoladamente, adotando medidas recomendadas pela OMS para contenção da disseminação do coronavírus, a variante, em pouco tempo, passou a circular em todo o território nacional, sendo responsável pelo pico de transmissão de COVID-19 no primeiro semestre de 2021<sup>31</sup>.

A falha de gestão e planejamento do Ministério da Saúde no enfrentamento da pandemia também foi apontada no voto do Acórdão TCU nº 1873/2021, proferido pelo Ministro Benjamin Zymler em 14 de abril de 2021:

61. Possivelmente, como bem salientou a unidade técnica, a razão para tanto é que o Ministério da Saúde vem atuando de forma reativa e não planejada. A SecexSaúde está acompanhando as ações do Ministério da Saúde desde o mês de março de 2020 e nunca conseguiu acesso a planos ou documentos afins que identifiquem e formalizem claramente a estratégia de enfrentamento à crise e sua operacionalização pelo Ministério da Saúde<sup>32</sup>.

Um dos fatores indicados no voto foi a ausência de previsão de ação orçamentária específica “21C0 – Enfrentamento da Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional” na lei orçamentária federal de 2021 (PLOA 2021), aprovada pelo Congresso Nacional em 25 de março de 2021.

Referida ausência de previsão orçamentária, cabe destacar, não pode ser justificada pela crise econômica vivenciada pelo país no contexto da pandemia<sup>33</sup>.

---

eficiência e efetividade. Relator: Min. Benjamin Zymler, 21 de outubro de 2020g. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A2817%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2817%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520). Acesso em: 26 nov. 2021.

<sup>31</sup> MADEIRO, Carlos. Variante gamma evoluiu e ampliou transmissão, diz cientista que a descobriu. **UOL**, 29 ago. 2021. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2021/08/29/variante-gamma-evoluiu-e-ampliou-transmissao-diz-cientista-que-a-descobriu.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 24 ago. 2024.

<sup>32</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1873/2021**. Plenário. Acompanhamento com o objetivo de avaliar a estrutura de governança montada pelo Ministério da Saúde para o combate à crise gerada pelo novo coronavírus, bem como os atos referentes à execução de despesas públicas pelo referido órgão e suas unidades subordinadas, sob os aspectos da legalidade, legitimidade, economicidade, eficiência e efetividade. Relator: Min. Benjamin Zymler, 4 de agosto de 2021i. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A1873%2520ANOACORDAO%253A2021/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1873%2520ANOACORDAO%253A2021/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520). Acesso em: 26 nov. 2021.

<sup>33</sup> Um estudo do Banco Mundial, a par de tantos outros, demonstrou que o controle da pandemia poderia aumentar rapidamente o Produto Interno Bruto (PIB) global, recuperando as perdas econômicas dos meses anteriores. Por outro lado, o atraso da vacinação e o consequente aumento do número de

Havendo recursos escassos, caberia ao Poder Público Federal fazer escolhas que maximizassem os resultados e não descartar importante opção de previsão de ação orçamentária específica.

Segundo Calabresi e Bobbit, as escolhas dependem de duas decisões: decisão sobre quantidade do bem escasso e, depois, do destino desse bem escasso<sup>34</sup>.

Quando a alocação de bens escassos é feita de forma a preservar os fundamentos morais de colaboração social, a alocação deixa de ser uma “escolha trágica”, e resultados degradantes são evitados<sup>35</sup>. Com isso, se uma decisão é tomada em conformidade com padrões estabelecidos por escolhas aceitáveis pela sociedade para determinado momento, não há “escolhas trágicas”, e sim escolhas políticas responsáveis<sup>36</sup>, o que não se observou na situação de lacuna no planejamento financeira mencionada.

Verificado esse cenário de ausência de coordenação nacional e de estratégia de enfrentamento à crise pela União, é necessário pensar no impacto econômico para os demais entes federados, especialmente os estados.

Como visto, a Constituição Federal de 1988 instituiu um federalismo cooperativo, caracterizado pela repartição material e legislativa de competências, além da previsão de repartição de receitas.

Ocorre que há uma concentração de receitas pelo ente central, no caso, a União, e uma descentralização de despesas em relação a estados, Distrito Federal e municípios.

Além disso, com a pandemia, de um lado houve redução da arrecadação tributária dos impostos, que são as principais fontes de autofinanciamento dos estados e municípios (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS e Imposto sobre Serviços – ISS)<sup>37,38</sup>, e, de outro, os entes subnacionais foram impactados com o aumento da procura por serviços de saúde pela população.

O Conselho Nacional de Saúde (CNS), instância colegiada integrante do Ministério da Saúde, chegou a emitir a Recomendação nº 17, de 26 de julho de

---

doentes, teria reflexo negativo no crescimento econômico. FARIZA, Ignacio. Banco Mundial alerta que a recuperação econômica ficará pela metade se a vacinação demorar. **El País**, 6 jan. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/economia/2021-01-06/banco-mundial-alerta-que-a-recuperacao-economica-ficara-pela-metade-se-a-vacinacao-demorar.html>. Acesso em: 21 nov. 2021.

<sup>34</sup> CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. **Tragic choices**: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources. New York: Norton, 1978.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> HESSEL, Rosana. Arrecadação de municípios encolhe mais na pandemia. **Correio Brasiliense**, 15 out. 2020. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/economia/2020/10/4882382-arrecadacao-de-municipios-encolhe-mais-na-pandemia.html>. Acesso em: 3 jan. 2022.

<sup>38</sup> VIEIRA, Anderson. Pandemia fez estados perderem 18% de ICMS no segundo trimestre de 2020. **Senado Notícias**, 21 jul. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/07/21/pandemia-fez-estados-perderem-18-de-icms-no-segundo-trimestre-de-2020>. Acesso em: 3 jan. 2022.

2021, direcionada ao Chefe do Poder Executivo Federal, solicitando a adoção de medidas urgentes voltadas à promoção de execução orçamentária e financeira para atendimento da emergência sanitária, entre outros motivos, pela redução de recursos transferidos e aumento de casos de COVID-19, com prejuízo às finanças próprias estaduais e municipais<sup>39</sup>.

Sob uma perspectiva econômica, pode-se falar em assimetria, eis que houve aumento de obrigações, mas redução de receitas para o custeio das despesas correspondentes.

Um exemplo de impacto para os entes subnacionais foi a ausência de destinação pela União, em 2021, de recursos financeiros para a manutenção dos leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI) habilitados em 2020.

Diversos estados ingressaram com ação no STF para questionar o abandono financeiro pela União no custeio de leitos de UTI destinados a pacientes com COVID-19, tanto para os anteriormente habilitados e custeados pelo Governo Federal quanto ao atendimento do pedido de habilitação de novos leitos. Cita-se como exemplo a Ação Cível Originária (ACO) nº 3474, ajuizada pelo Estado de São Paulo, conexa com as ACOs 3473, 3475, 3478 e 3483<sup>40</sup>.

O risco de colapso fez com que o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) emitisse nota à imprensa para relatar a gravidade da situação. Diante da ausência de previsão de recursos orçamentários para o ano de 2021, houve a redução de custeamento de leitos nos estados de 12.003 (doze mil e três), em dezembro de 2020, para apenas 3.178 (três mil, cento e setenta e oito), em fevereiro de 2021:

O CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde – manifestou-se recentemente em relação à necessidade de se manter a rede assistencial, em especial os leitos de UTI, instalados com esforços dos Estados, Municípios e do Ministério da Saúde ao longo de 2020. Isso possibilitou a oferta de mais de 20 mil leitos de UTI para Síndrome Respiratória Aguda Grave/ Covid-19 à população brasileira.

---

<sup>39</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. **Recomendação nº 17, de 26 de julho de 2021**. Recomenda ao Exmo. Sr. Presidente da República a adoção de medidas corretivas urgentes que promovam a execução orçamentária e financeira do Ministério da Saúde com celeridade. Brasília, DF: CNS, 2021b. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/recomendacoes-cns/1920-recomendacao-n-017-de-26-de-julho-de-2021>. Acesso em: 5 jan. 2022.

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cível Originária 3.474**. Ação Cível Originária. Conflito federativo. Direito social à saúde (CF, arts. 6º e 196). Pandemia do novo coronavírus. Controvérsia sobre o custeio de UTI nos Estados-membros. Dever da União de prover os entes subnacionais na execução e formulação de políticas sanitárias. Limites à discricionariedade administrativa na concretização de políticas constitucionais de saúde pública. Perda de objeto parcial da demanda. Pedido remanescente julgado procedente para determinar que a União preste suporte técnico e financeiro para a expansão da rede de UTI no estado requerente durante o período de emergência sanitária. Autor: Estado de São Paulo. Relatora: Min. Rosa Weber, 11 nov. 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15348975994&text=.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2022.

Em dezembro de 2020, dos 20.770 leitos então em uso, 12.003 encontravam-se habilitados, ou seja, financiados pelo Ministério da Saúde. Porém, a expiração dos recursos extraordinários para o enfrentamento da pandemia, em dezembro de 2020, levou à queda do número de leitos para 7.717 em janeiro de 2021 e para apenas 3.187 em fevereiro, em um cenário de aumento crescente do número de pacientes. Tal situação exige a urgente habilitação de leitos e a garantia do financiamento necessário a seu funcionamento, inclusive para a contratação de recursos humanos.

O CONASS espera que a solicitação do Ministério da Saúde ao Ministério da Economia para o aporte de R\$ 5,2 bilhões destinados a enfrentar a Covid-19 em 2021 seja bem sucedida e acatada com urgência. Somente assim, poderemos seguir com as ações de saúde frente à emergência sanitária que enfrentamos<sup>41</sup>.

Após o deferimento de tutela de urgência nas referidas ações, determinando que a União analisasse os pedidos de habilitação de novos leitos e restabelecesse os leitos já custeados pelo Ministério da Saúde, foi publicada a Portaria GM/MS 829/2021. Referido ato normativo regulou o procedimento para autorização de leitos de UTI, para o atendimento exclusivo de pacientes com Síndrome Respiratória Aguda Grave SRAG/COVID-19<sup>42</sup>.

O STF, então, reconheceu a perda parcial do objeto das demandas, julgando, contudo, procedente o pedido remanescente para reforçar o dever da União em prestar suporte técnico e apoio financeiro para aumento de rede de unidade de terapia intensiva durante o período de emergência sanitária.

Dado esse panorama, percebe-se que, apesar de diversas instâncias reconhecerem a omissão do Poder Público Federal em cumprir o dever de coordenação e fomento no combate ao coronavírus, não houve aprofundada discussão sobre como equalizar decorrente sobrecarga aos entes subnacionais, o que será explorado no próximo item.

#### 4. RESSARCIMENTO DE DESPESAS ENTRE ENTES FEDERATIVOS

Verifica-se, pelos pontos explorados neste artigo, que a ausência de coordenação e investimento adequado em diretrizes sanitárias pelo Governo Federal

<sup>41</sup> CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. **Nota à Imprensa – Habilitação de Leitos de UTI para Covid-19**. Brasília, DF: CONASS, 2021. Disponível em: <https://www.conass.org.br/nota-a-imprensa-habilitacao-de-leitos-de-uti-para-covid-19/>. Acesso em: 5 jan. 2022.

<sup>42</sup> BRASIL. **Portaria GM/MS nº 829, de 28 de abril de 2021**. Dispõe sobre o procedimento para autorização de leitos de Unidade de Terapia Intensiva – UTI Adulto e Pediátrico Covid-19, em caráter excepcional e temporário, para o atendimento exclusivo de pacientes com Síndrome Respiratória Aguda Grave SRAG/Covid-19. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 79, p. 325, 29 abr. 2021d. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-gm/ms-n-829-de-28-de-abril-de-2021-316881852>. Acesso em: 6 jan. 2022.

durante a crise decorrente da COVID-19 fez com que os entes subnacionais assumissem protagonismo no enfrentamento da pandemia.

Ocorre que esse protagonismo sobrecarregou finanças estaduais e municipais, como indicado na Recomendação nº 17/2021 do CNS, sendo relevante pensar em instrumentos para viabilizar o ressarcimento de despesas.

Acerca de custeio de demandas prestacionais na área da saúde, o STF, pelo rito de repercussão geral, fixou tese relacionada no Recurso Extraordinário nº 855.178, que tratou do Tema 793. Após julgamento de Embargos de Declaração, a tese foi assim fixada:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento, conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro<sup>43</sup>.

A tese, dessa forma, indica a responsabilidade solidária de todos os entes da federação para atendimento de demandas da área da saúde, cabendo não à parte autora o ônus de incluir no polo passivo da ação judicial a pessoa de direito público adequada, conforme normas de financiamento do SUS, mas, sim, à autoridade judicial o direcionamento do cumprimento da decisão.

Sem adentrar as polêmicas processuais advindas da tese firmada, o entendimento parece servir mais para viabilizar a propositura de uma ação e retirar da parte autora o ônus de conhecer as especificidades das regras de distribuição de competências no SUS. Afirmou-se, na citada decisão, ser ônus do julgador ter de direcionar o cumprimento da obrigação judicial ao ente federativo competente, “conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro”.

Vale mencionar que, no julgamento, o Ministro Roberto Barroso fez duas observações bastante pertinentes para o objeto deste estudo. Primeiro, alertou que, enquanto não avançar o debate sobre alocação de recursos escassos no momento da elaboração dos orçamentos, cuja decisão de escolha ocorre no momento da votação da lei orçamentária pelo Congresso Nacional, o problema da judicialização persistirá. Segundo, advertiu que “a solidariedade não é grátis”, comentando acerca dos custos

---

<sup>43</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 855178**. Recurso Extraordinário. Constitucional e administrativo. Direito à saúde. Tratamento médico. Responsabilidade solidária dos entes federados. Repercussão Geral reconhecida. Reafirmação de jurisprudência. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente ou conjuntamente. Recorrente: União. Recorrida: Maria Augusta da Cruz Santos. Relator: Min. Luiz Fux, 5 de março de 2015a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral7141/false>. Acesso em: 20 jan. 2022.

de se mobilizarem as três máquinas administrativas para responder a uma demanda em que sequer se constatou o descumprimento de uma obrigação por parte dos demandados, já que cada ente tem um dever legal delimitado.

Fixada a tese do Tema 793 pelo STF, em 06 de março de 2015, houve iniciativa do Poder Legislativo para disciplinar o ressarcimento de despesas com medicamentos decorrentes de decisão judicial, quando não elencados nas relações oficiais do SUS. Tratava-se do Projeto de Lei nº 4.869-A, de 2016, do deputado Fábio Sousa (Partido da Social Democracia Brasileira –PSDB-GO), o qual foi arquivado, em razão do fim da legislatura, sem conclusão da tramitação.

No contexto da pandemia, discussão similar foi reiniciada, sendo proposto Projeto de Lei Complementar nº 48, de 2021, pelo deputado Zé Vitor (Partido Liberal PL-MG), para estabelecer a compensação financeira pela União aos Estados e Municípios pela compra de vacinas contra a Covid-19<sup>44</sup>.

A regra original, prevista na Lei nº 6.259/1975, estabelece que a coordenação e apoio técnico, material e financeiro do Plano Nacional de Imunização (PNI) compete à União. É esta a responsável pela aquisição e distribuição dos imunizantes em território nacional, cabendo aos demais entes as ações voltadas à execução de programas de vacinação.

No entanto, diante da demora do Governo Federal em cumprir o Plano Nacional de Imunização, em fevereiro de 2021, o STF autorizou, excepcionalmente, a compra de imunizantes por estados e municípios, no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 770, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> BRASIL. Câmara Legislativa. **Projeto de Lei Complementar nº 48, de 2021**. Dispõe a compensação, nas condições que especifica, dos recursos utilizados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios na compra de vacinas contra a Covid-19. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2021c. [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=node01g0q6inhdumxaxn3zs80y0vek17600363.node0?codteor=1985737&filename=PLP+48/2021](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01g0q6inhdumxaxn3zs80y0vek17600363.node0?codteor=1985737&filename=PLP+48/2021). Acesso em: 14 jan. 2022.

<sup>45</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 770**. Tutela de urgência em arguição de descumprimento de preceito fundamental. Concessão monocrática. Competência comum dos entes federados para cuidar da saúde. Arts. 23, II, e 196 da CF Federalismo cooperativo. Lei nº 13.979/2020, que dispõe sobre medidas para o enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da COVID-19. Vacinação. Medida Cautelar referendada pelo Plenário. I – A Constituição Federal prevê, ao lado do direito subjetivo público à saúde, a obrigação de o Estado dar-lhe efetiva concreção, por meio de “políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196). II – Esse dever abrange todos os entes federados, inclusive as comunas, os quais, na seara da saúde, exercem uma competência administrativa comum, nos termos do art. 23, II, do Texto Constitucional. III – O federalismo cooperativo, adotado entre nós, exige que a União e as unidades federadas se apoiem mutuamente no enfrentamento da grave crise sanitária e econômica decorrente da pandemia desencadeada pelo novo coronavírus. IV – Embora o ideal, em se tratando de uma moléstia que atinge o País por inteiro, seja a inclusão de todas as vacinas seguras e eficazes no PNI, de maneira a imunizar uniforme e tempestivamente toda a população, o certo é que, nos diversos precedentes relativos à pandemia causada pela Covid-19, o Supremo Tribunal Federal tem ressaltado a possibilidade de atuação conjunta das autoridades

No mesmo sentido, após mobilização de governadores e prefeitos, o Congresso Nacional editou a Lei nº 14.125/2021, que autorizou a compra de vacinas por estados, Distrito Federal e municípios enquanto perdurar a emergência em saúde pública decorrente do coronavírus<sup>46</sup>.

O exemplo é importante para ilustrar o debate acerca da possibilidade de ressarcimento de despesas entre entes federativos, tendo em vista ser a União a responsável pela aquisição e distribuição dos imunizantes em território nacional.

A existência de um grande arcabouço legislativo sobre o regime de financiamento do SUS e dificuldades práticas de operacionalização acabam ocasionando discrepância entre as necessidades de saúde da população e os recursos disponibilizados aos entes subnacionais<sup>47</sup>, havendo doutrina especializada que aponta uma “guerra fiscal de despesas no SUS”<sup>48</sup>.

Sobre o tema, a Lei nº 8.080/1990, que dispõe sobre as condições para funcionamento dos serviços de saúde, prevê, acerca da gestão financeira, que os recursos

---

estaduais e locais para o enfrentamento dessa emergência de saúde pública, em particular para suprir lacunas ou omissões do governo central. V- O Plenário do STF já assentou que a competência específica da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, da qual resultou a Lei nº 13.979/2020, não inibe a competência dos demais entes da federação no tocante à prestação de serviços da saúde (ADI 6.341-MC-Ref/DF, redator para o acórdão Ministro Edson Fachin). VI – A Constituição outorgou a todos os integrantes da Federação a competência comum de cuidar da saúde, compreendida nela a adoção de quaisquer medidas que se mostrem necessárias para salvar vidas e garantir a higidez física das pessoas ameaçadas ou acometidas pela nova moléstia, incluindo-se nisso a disponibilização, por parte dos governos estaduais, distrital e municipais, de imunizantes diversos daqueles ofertados pela União, desde que aprovados pela Anvisa, caso aqueles se mostrem insuficientes ou sejam ofertados a destempo. VI – Medida cautelar referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal para assentar que os Estados, Distrito Federal e Municípios (i) no caso de descumprimento do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, recentemente tornado público pela União, ou na hipótese de que este não proveja cobertura imunológica tempestiva e suficiente contra a doença, poderão dispensar às respectivas populações as vacinas das quais disponham, previamente aprovadas pela Anvisa, ou (ii) se esta agência governamental não expedir a autorização competente, no prazo de 72 horas, poderão importar e distribuir vacinas registradas por pelo menos uma das autoridades sanitárias estrangeiras e liberadas para distribuição comercial nos respectivos países, conforme o art. 3º, VIII, a, e § 7º-A, da Lei nº 13.979/2020, ou, ainda, quaisquer outras que vierem a ser aprovadas, em caráter emergencial, nos termos da Resolução DC/ANVISA 444, de 10/12/2020. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 24 de fevereiro de 2021g. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur441825/false>. Acesso em: 11 jan. 2022.

<sup>46</sup> BRASIL. Lei nº 14.125, de 10 de março de 2021. Dispõe sobre a responsabilidade civil relativa a eventos adversos pós-vacinação contra a Covid-19 e sobre a aquisição e distribuição de vacinas por pessoas jurídicas de direito privado. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 3, 10 mar. 2021a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14125.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14125.htm). Acesso em: 29 dez. 2021.

<sup>47</sup> Art. 198, § 3º, II, da Constituição Federal; art. 35 da Lei nº 8.080/1990; arts. 17 e 30, § 1º da Lei Complementar nº 141/2012.

<sup>48</sup> PINTO, Élida Graziane. **Execução orçamentária do SUS no enfrentamento à pandemia da Covid-19**. São Paulo: MPC-SP, 2021, p. 50. Disponível em: <https://www.mpc.sp.gov.br/sites/mpcsp/files/portal/2021/07/Relatorio-sobre-a-execucao-orcamentaria-do-SUS-Elida-G-Pinto.pdf>. Acesso em: 24 out. 2021.

do SUS serão depositados em conta especial em cada esfera de sua atuação (art. 33). A lei também determina que, para o estabelecimento de valores a serem transferidos a Estados, Distrito Federal e Municípios, será utilizada uma combinação de critérios, dentre estes, o ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo (art. 35, VII)<sup>49</sup>.

Com efeito, ainda não há um instrumento eficiente para viabilizar o ressarcimento de despesas de um ente por outro, como previsto no art. 35, VII, da Lei nº 8.080/90<sup>50</sup>.

O TCU, em duas ocasiões, já alertou o Ministério da Saúde sobre a necessidade de criar um mecanismo para viabilizar o ressarcimento interfederativo.

A primeira ocorreu no âmbito do Procedimento TC 027.767/2014-0, cujo objetivo era “avaliar aspectos de governança da pactuação intergovernamental no Sistema Único de Saúde”. Na ocasião, a Corte de Contas reconheceu que, apesar da existência de dispositivos legais (art. 17 da Lei Complementar nº 141/2012 e art. 35 da Lei nº 8.080/1990), o ressarcimento entre os entes não tinha sido regulamentado, o que afetava a segurança jurídica:

92. Por sua vez, segundo o art. 17 da Lei Complementar nº 141/2012, o rateio de recursos federais vinculados à saúde observará necessidades de saúde e critérios epidemiológicos, demográficos, socioeconômicos, espaciais e de capacidade de oferta. Disposição semelhante está presente no art. 35 da Lei nº 8.080/1990, que define os seguintes parâmetros para esse rateio: perfil demográfico e epidemiológico, capacidade instalada, prévio desempenho técnico, econômico e financeiro, participação do setor saúde nos orçamentos estaduais e municipais, plano de investimentos, e ressarcimento a outras esferas de governo. Todavia, a aplicação prática desses critérios não foi regulamentada, de modo que não há segurança jurídica sobre como esses parâmetros podem influenciar a distribuição dos recursos federais vinculados à saúde<sup>51</sup>.

A segunda ocorreu no bojo do Procedimento TC 009.253/2015-7, instaurado para identificar o impacto das ações judiciais na área da saúde, bem como investigar a atuação do Ministério da Saúde e de outros dos três poderes “para mitigar

<sup>49</sup> BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 18055, 20 set. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm). Acesso em: 28 nov. 2021.

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 288/2015**. Relator Min. Benjamin Zymler. 25 fev. 20215. Disponível em [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/\\*KEY%253AACORDAO-COMPLETO-1360866/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*KEY%253AACORDAO-COMPLETO-1360866/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse) Acesso em: 09 set. 2024.

os efeitos negativos da judicialização nos orçamentos e no acesso dos usuários à assistência à saúde”<sup>52</sup>.

Nesse processo, foi proferido o Acórdão nº 1787/2017, no qual foi atestado que o Ministério da Saúde não possuía ferramenta para realização de ressarcimento aos demais entes que custeiam serviços de saúde de competência da União, apesar da importância desse tipo de mecanismo para atribuir responsabilidade a cada ente.

Ausente mecanismo de ressarcimento, a solução para a recomposição do prejuízo causado ao ente federativo que assumiu o custeio de medidas sanitárias fora de sua esfera de atribuição leva à inevitável judicialização.

O dispêndio de receitas sem observância das repartições de atribuições caracteriza enriquecimento sem causa do ente federativo inicialmente competente para determinada diretriz sanitária. Por outro lado, o ente que financia um serviço público alheio à sua esfera de competência suporta um ônus financeiro sem planejamento adequado.

Quando um ente tem de suportar esse tipo de custeio, está realocando recursos de uma área para resguardar outra. Dependendo do tipo de serviço a ser custeado, esse modelo sequer é eficiente, pois não há qualquer tipo de planejamento ou estudo para execução desse ônus.

A busca de ressarcimento pela via judicial, assim, realocaria despesas e resolveria o prejuízo de entes que se prejudicaram financeiramente com um ônus que não era seu.

Do ponto de vista jurídico, o Código Civil, em seu art. 884, estabelece o dever de restituição por parte daquele que auferir vantagem econômica à custa de terceiro, *in verbis*: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”<sup>53</sup>.

Além da função de reparação, o ressarcimento pode servir como desincentivo a omissões e internalização dos custos dos prejuízos pelo ente que deveria ter assumido o custeio de determinada despesa pública. Nesse sentido: “[...] Do ponto de vista da análise econômica, determinada regra de responsabilização é desejável se fornece incentivos adequados para que os agentes adotem níveis ótimos de precaução no exercício de suas atividades”<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo 009.253/2015-7 – Relatório de Auditoria**. Fiscalização de Orientação Centralizada sobre Judicialização na Saúde, com o objetivo de identificar o perfil, o volume e o impacto das ações judiciais na área da saúde, investigar a atuação do Ministério da Saúde e de outros órgãos e entidades dos três poderes para mitigar seus efeitos nos orçamentos e no acesso dos usuários à assistência à saúde, bem como a situação nos estados. Relator: Min. Bruno Dantas, 2015b. Disponível em: <https://conecta-tcu.apps.tcu.gov.br/tvp/52868659>. Acesso em: 27 nov. 2021.

<sup>53</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 10 jan. 2022.

<sup>54</sup> PORTO, Antônio José Maristrello. Análise econômica da responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti Timm (coord.). **Direito e economia no Brasil**: estudos sobre a análise econômica do direito. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 180.

Destarte, sob a ótica econômica, deve ser privilegiada a solução que promova a eficiência, evite comportamento oportunista (*free rider*) do ente que permanece inerte e estabeleça a reparação de prejuízos por enriquecimento ilícito.

Destacados esses principais aspectos, verifica-se a importância, diante da inexistência de ferramenta para implementação de compensação financeira prevista no art. 35, VII, da Lei nº 8.080/90, de se aventar a possibilidade de judicialização de pleitos ressarcitórios<sup>55</sup>.

No que se refere ao enfrentamento da pandemia de COVID-19, a ausência de coordenação nacional, que já gerou a propositura de diversas demandas judiciais, pode gerar, ainda, em futuro próximo, ações ressarcitórias, em razão de impactos econômicos para os entes subnacionais decorrentes de inações do Governo Federal.

## 5. CONCLUSÃO

Como visto, o estado de calamidade pública decorrente da pandemia de COVID-19 colocou um holofote sobre problemas e fragilidades relacionados ao federalismo no Brasil, ganhando destaque tensões entre os entes federativos.

As decisões proferidas pelo STF na ADI 6341 e na ADPF 672 garantiram a atuação dos entes subnacionais para minimizar os nefastos efeitos da pandemia, ante omissões perpetradas pelo Poder Executivo Federal e reconhecidas nas mencionadas decisões.

A ausência de coordenação nacional e de estratégia de enfrentamento à pandemia foi também apontada pelo TCU (Acórdãos nº 2817/2020 e nº 1873/2021), que indicou, inclusive, ausência de previsão de recursos na Lei Orçamentária Anual de 2021 para ações específicas de enfrentamento da crise sanitária.

A falta de coordenação e investimento adequado pelo Governo Federal fez com que os entes subnacionais assumissem o protagonismo no enfrentamento da pandemia, sendo necessário debater os impactos financeiros gerados.

Diante da inexistência de ferramenta para implementação de compensação financeira prevista no art. 35, VII, da Lei nº 8.080/90, há a possibilidade de judicialização de pleitos ressarcitórios.

Nas situações em que um ente federativo tiver assumido um ônus financeiro de outro ente, a judicialização do pedido de ressarcimento é instrumento para instar a unidade federativa competente a suportar o custo de sua omissão, internalizar externalidades e recompor o prejuízo da pessoa jurídica de direito público prejudicada.

A judicialização, além de mecanismo ressarcitório, pode servir de incentivo para adoção de escolhas políticas mais adequadas, o que, no contexto da pandemia de COVID-19, mostra a importância do debate que se propôs neste artigo.

---

<sup>55</sup> BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 18055, 20 set. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm). Acesso em: 28 nov. 2021.

---

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil**. São Paulo: LTr, 2011. BEVILACQUA, Lucas; SANTOS, Julia Maria Tomás dos. A saúde no STF: o ressarcimento interfederativo à luz do Recurso Extraordinário nº 855.178. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, DF, v. 8, n. 3, p. 186-205, jul./set. 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v8i3.554>. Acesso em: 10 jan. 2022.
- CONSULTOR JURÍDICO. **Bolsonaro tenta imputar ao STF omissão do governo federal para agir na epidemia**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-15/bolsonaro-tenta-imputar-stf-omissao-governo-epidemia>. Acesso em: 10 out. 2021.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 out. 2021.
- BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 18055, 20 set. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em: 28 nov. 2021.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 10 jan. 2022.
- BRASIL. Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 16 jan. 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp141.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp141.htm). Acesso em: 29 dez. 2021.
- BRASIL. Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 7 fev. 2020a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm). Acesso em: 27 nov. 2021.

BRASIL. Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020. Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 20 mar. 2020b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm). Acesso em: 20 dez. 2021.

BRASIL. **Exposição de Motivos Interministerial nº EMI nº 00019/2020 MS AGU CC/PR CGU, de 20 de março de 2020**, que acompanhou a MP nº 926, de 20 de março de 2020c. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-926-20.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-926-20.pdf). Acesso em: 27 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 6.259, de 30 de outubro de 1975. Dispõe sobre a organização das ações de Vigilância Epidemiológica, sobre o Programa Nacional de Imunizações, estabelece normas relativas à notificação compulsória de doenças, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 14433, 31 out. 1975. Disponível em: [https://planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6259.htm#:~:text=LEI%20No%206.259%2C%20DE%2030%20DE%20OUTUBRO%20DE%201975.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20organiza%C3%A7%C3%A3o%20das,doen%C3%A7as%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs](https://planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6259.htm#:~:text=LEI%20No%206.259%2C%20DE%2030%20DE%20OUTUBRO%20DE%201975.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20organiza%C3%A7%C3%A3o%20das,doen%C3%A7as%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs). Acesso em: 9 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 14.125, de 10 de março de 2021. Dispõe sobre a responsabilidade civil relativa a eventos adversos pós-vacinação contra a Covid-19 e sobre a aquisição e distribuição de vacinas por pessoas jurídicas de direito privado. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 3, 10 mar. 2021a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14125.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14125.htm). Acesso em: 29 dez. 2021.

BRASIL. Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 20 mar. 2020d. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926impressao.htm). Acesso em: 27 nov. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. **Recomendação nº 17, de 26 de julho de 2021**. Recomenda ao Exmo. Sr. Presidente da República a adoção de medidas corretivas urgentes que promovam a execução orçamentária e financeira do Ministério da Saúde com celeridade. Brasília, DF: CNS, 2021b. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/recomendacoes-cns/1920-recomendacao-n-017-de-26-de-julho-de-2021>. Acesso em: 5 jan. 2022.

BRASIL. Câmara Legislativa. **Projeto de Lei Complementar nº 48, de 2021**. Dispõe a compensação, nas condições que especifica, dos recursos utilizados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios na compra de vacinas contra a Covid-19. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2021c. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra.jsessionid=node01g0q6inhdumxaxn3zs80y0vek17600363.node0?codteor=1985737&filename=PLP+48/2021](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra.jsessionid=node01g0q6inhdumxaxn3zs80y0vek17600363.node0?codteor=1985737&filename=PLP+48/2021). Acesso em: 14 jan. 2022.

BRASIL. **Portaria GM/MS nº 829, de 28 de abril de 2021**. Dispõe sobre o procedimento para autorização de leitos de Unidade de Terapia Intensiva – UTI Adulto e Pediátrico Covid-19, em caráter excepcional e temporário, para o atendimento exclusivo de pacientes com Síndrome Respiratória Aguda Grave SRAG/Covid-19. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 79, p. 325, 29 abr. 2021d. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-gm/ms-n-829-de-28-de-abril-de-2021-316881852>. Acesso em: 6 jan. 2022.

BRASIL. Senado Federal. Comissão Parlamentar de Inquérito. **Relatório Final da CPI da Pandemia, aprovado em 26 de outubro de 2021e**. Brasília, DF: Senado Federal, 2021. Disponível em: [https://senadofederal-my.sharepoint.com/personal/cpipandemia\\_arquivos\\_senado\\_leg\\_br/\\_layouts/15/onedrive.aspx?id=%2Fpersonal%2Fcpipandemia%5Farquivos%5Fsenado%5Fleg%5Fbr%2FDocuments%2FRelat%C3%B3rio%20Final%2FRelatorio%5FFinal%5Faprovado%2Epdf&parent=%2Fpersonal%2Fcpipandemia%5Farquivos%5Fsenado%5Fleg%5Fbr%2FDocuments%2FRelat%C3%B3rio%20Final](https://senadofederal-my.sharepoint.com/personal/cpipandemia_arquivos_senado_leg_br/_layouts/15/onedrive.aspx?id=%2Fpersonal%2Fcpipandemia%5Farquivos%5Fsenado%5Fleg%5Fbr%2FDocuments%2FRelat%C3%B3rio%20Final%2FRelatorio%5FFinal%5Faprovado%2Epdf&parent=%2Fpersonal%2Fcpipandemia%5Farquivos%5Fsenado%5Fleg%5Fbr%2FDocuments%2FRelat%C3%B3rio%20Final). Acesso em: 3 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cível Originária 3.474**, Autor: Estado de São Paulo. Relatora: Min. Rosa Weber, 10 de novembro de 2021f. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15348975994&text=.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 855178**, Relator: Min. Luiz Fux, 5 de março de 2015a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral7141/false>. Acesso em: 20 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341**, Relator: Min. Marco Aurélio, 15 de abril de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436466/false>. Acesso em: 27 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 672**, Relator: Min. Alexandre de Moraes, 30 de abril de 2020f. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435113/false>. Acesso em: 27 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 770**, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 24 de fevereiro de 2021g. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur441825/false>. Acesso em: 11 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Esclarecimento sobre decisões do STF a respeito do papel da União, dos Estados e dos Municípios na pandemia**. Brasília, DF: STF, 2021h. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=458810&ori=1>. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 288/2015**. Plenário, Relator: Min. Benjamin Zymler. 25 de fevereiro de 2015. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/\\*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-1360866/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-1360866/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse). Acesso em 09 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1787/2017**. Plenário, Relator: Min. Bruno Dantas, 16 de agosto de 2017. Disponível em [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo\\*/NUMACORDAO%253A1787%2520ANOACORDAO%253A2017%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A1787%2520ANOACORDAO%253A2017%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0). Acesso em: 09 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2817/2020**. Plenário, Relator: Min. Benjamin Zymler, 21 de outubro de 2020g. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo\\*/NUMACORDAO%253A2817%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A2817%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520). Acesso em: 26 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1873/2021**. Plenário, Relator: Min. Benjamin Zymler, 4 de agosto de 2021i. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo\\*/NUMACORDAO%253A1873%2520ANOACORDAO%253A2021/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A1873%2520ANOACORDAO%253A2021/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520). Acesso em: 26 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo 027.767/2014-0 – Relatório de Auditoria**. Auditoria Operacional para avaliar a governança dos instrumentos de pactuação interfederativa no Sistema Único de Saúde. Relator: Min. Augusto Nardes, 2014. Disponível em: <https://conecta-tcu.apps.tcu.gov.br/tvp/52033005>. Acesso em: 27 de nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo 009.253/2015-7 – Relatório de Auditoria**. Disponível em <Disponível em: <https://conecta-tcu.apps.tcu.gov.br/tvp/52868659>. Acesso em: 27 nov. 2021.

BRASIL. Brasil confirma primeiro caso de novo coronavírus. **Notícias**, 26 fev. 2020h. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/saude-e-vigilancia-sanitaria/2020/02/brasil-confirma-primeiro-caso-do-novo-coronavirus>. Acesso em: 3 jan. 2022.

CALABRESI, Guido. **O futuro do Direito e economia**: ensaios para reforma e memória. Tradução Luiz Felipe Rosa Ramos e Juliana Krueger Pela. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. **Tragic choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources**. New York: Norton, 1978.

CAÚLA, César; MANZI, Lílian C. T. de M. Federalismo brasileiro e coordenação intergovernamental no combate à Covid-19. In: SCAFFÉ, Fernando Facury *et al.* (org.). **A crise do federalismo em estado de pandemia**. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, v.1, 2021.

CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. **Nota à Imprensa – Habilitação de Leitos de UTI para Covid-19**. Brasília, DF: CONASS, 2021. Disponível em: <https://www.conass.org.br/nota-a-imprensa-habilitacao-de-leitos-de-uti-para-covid-19/>. Acesso em: 5 jan. 2022.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Derecho y economía**. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2016. *E-book*.CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. Pacto federativo, pandemia e o papel dos tribunais. In: CAMARGO, Bibiana Helena Freitas *et al.* (org.). **A reinvenção das instituições públicas para prestar um serviço público de qualidade à população durante a pandemia**. São Paulo: Edepe, 2021, p. 49-63. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/servicos/centrodeestudos/bibliotecavirtual.aspx?cdPublicacao=205&cdArtigo=245&paginaInicial=48&paginaFinal=62>. Acesso em: 5 dez 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FARIZA, Ignacio. Banco Mundial alerta que a recuperação econômica ficará pela metade se a vacinação demorar. **El País**, 6 jan. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/economia/2021-01-06/banco-mundial-alerta-que-a-recuperacao-economica-ficara-pela-metade-se-a-vacinacao-demorar.html>. Acesso em: 21 nov. 2021.

FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques Fernandes. Aplicações da teoria da democracia defensiva pelo Supremo Tribunal Federal em tempos de pandemia. In: SCAFF, Fernando Facury *et al.* (org.). **A crise do federalismo em estado de pandemia**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, v.2, 2021.

FINCO, Fernando Rister de Sousa Lima Matteo. **Há limite econômico para a intervenção do judiciário na saúde pública?** Curitiba: Juruá, 2019.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.GALLINDO, Sérgio Paulo Gomes. **Law & economics: conceitos de análise econômica do direito e aplicação no âmbito civil e sancionador**. São Paulo: LiberArs, 2019.

GEBRIM, Larissa Santiago; CORREIA Raphael Barboza. Conflitos federativos na formulação de políticas públicas voltadas ao enfrentamento da pandemia do coronavírus. In: LEAL, Vicente; MENDONÇA, José Vicente Santos de (org.). **Transformações do Direito Administrativo: Direito Público e regulação em tempos de pandemia**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020, p. 202-229. Disponível em <https://www.santoandre.sp.gov.br/biblioteca/pesquisa/ebooks/419092.pdf>. Acesso em: 29 set. 2021.

HELLER, Michael. *The tragedy of the anticommons: a concise introduction and lexicon*. **The Modern Law Review**, Oxford, v. 76, n. 1, 6013, p. 6-25. Disponível em: [https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2779&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2779&context=faculty_scholarship). Acesso em: 8 jan. 2022.

HESSEL, Rosana. Arrecadação de municípios encolhe mais na pandemia. **Correio Brasiliense**, 15 out. 2020. Disponível em: <https://www.correiobrasiliense.com.br/economia/2020/10/4882382-arrecadacao-de-municipios-encolhe-mais-na-pandemia.html>. Acesso em: 3 jan. 2022.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass S. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

KLEIN, Vinicius; BECUE, Sabrina Maria Fadel (org.). **Análise econômica do Direito**: principal autores e estudo de casos. Curitiba: CRV, 2019.

MACKAAY, Ejan; ROSSEAU, Stephane. **Análise econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MADEIRO, Carlos. Variante gamma evoluiu e ampliou transmissão, diz cientista que a descobriu. **UOL**, 29 ago. 2021. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2021/08/29/variante-gamma-evoluiu-e-ampliou-transmissao-diz-cientista-que-a-descobriu.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 24 ago. 2024.

MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil**: o dano e a sua quantificação. São Paulo: Atlas, 2012.

OLSON, Mancur. **A lógica da ação coletiva**: bens públicos e teoria dos grupos. Coimbra: Almedina, 2018.

PINTO, Élide Graziane. **Execução orçamentária do SUS no enfrentamento à pandemia da Covid-19**. São Paulo: MPC-SP, 2021. Disponível em: <https://www.mpc.sp.gov.br/sites/mpcsp/files/portal/2021/07/Relatorio-sobre-a-execucao-orcamentaria-do-SUS-Elida-G-Pinto.pdf>. Acesso em: 24 out. 2021.

PORTO, Antônio José Maristrello. Análise econômica da responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti Timm (coord.). **Direito e economia no Brasil**: estudos sobre a análise econômica do direito. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 179-198.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; ROSENVALD, Nelson (org.). **Novas fronteiras da responsabilidade civil**: Direito comparado. Indaiatuba: Foco, 2020.

VIEIRA, Anderson. Pandemia fez estados perderem 18% de ICMS no segundo trimestre de 2020. **Senado Notícias**, 21 jul. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/07/21/pandemia-fez-estados-perderem-18-de-icms-no-segundo-trimestre-de-2020>. Acesso em: 3 jan. 2022.



# DIREITO E ECONOMIA DA ALTERAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

*Law and Economics of amendments to government contracts*

Ivo Musetti Ramos de Souza<sup>1</sup>

## SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Breves considerações acerca do contrato administrativo; 3. Possíveis contribuições do direito e economia; 3.1. A incompletude do contrato administrativo e sua decorrente alteração; 3.2. *Public choice*: a realidade dos agentes públicos e o problema agente-principal; 3.3. Os custos de transação *ex post* do contrato administrativo; 3.3.1. Modelos de contratação pública e os custos de transação *ex post*; 3.4. A importância do arranjo institucional; 4. O arranjo legal aplicável à alteração do contrato administrativo; 5. Conclusão; Referências bibliográficas.

## RESUMO

O Direito e Economia, ou *Law and Economics*, tem relevantes contribuições para diversas áreas do Direito. O desafio proposto neste artigo é aplicar algumas destas contribuições ao regime jurídico do contrato administrativo no Brasil, com vistas a identificar possíveis resultados práticos pertinentes. Dentro do grande tema das contratações públicas, o artigo foca a alteração do contrato administrativo típico da Lei de Licitações e Contratos.

**Palavras-chave:** Direito e Economia. Contrato administrativo. Alteração contratual.

## ABSTRACT

Law and Economics has relevant contributions to several areas of law. The challenge proposed in this article is to apply these contributions to the legal framework of government contracts in Brazil, in order to identify possible relevant practical results. Within the great theme of public procurement, the article focuses on the amendment of the typical government contract of the Brazilian legal system.

**Keywords:** Law and Economics. Government contracts. Contract amendment.

## 1. INTRODUÇÃO

O objeto a ser analisado neste estudo é o contrato administrativo típico, conforme o tratado pela Lei nº 14.133/2021, substituta, mas ainda com forte influência, da Lei nº 8.666/1993. Assim, não se pretende focar em contratos administrativos atípicos, concessões e PPPs. Algumas das reflexões e conclusões contidas neste artigo, porém, podem ser eventualmente aproveitadas para essas outras espécies de contratações públicas, respeitadas suas peculiaridades. Os contratos de obras complexas ou de serviços de engenharia com maior duração e complexidade são os melhores exemplos do tipo de contrato sobre o qual este estudo se debruça.

---

<sup>1</sup> Especialista em Direito Administrativo pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Especialista em Direito e Economia pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (ESPGE). Advogado integrante dos quadros da administração pública indireta do Estado de São Paulo.

Artigo publicado em 2021<sup>2</sup> apontou que há pouca literatura no Brasil sobre Direito e Economia dos contratos públicos, comparando-se com o volume de publicações a respeito de tal tema na literatura internacional. Ademais, o mesmo artigo, com base em estudo empírico, aponta que o tema do Direito e Economia da alteração, ou renegociação, de contratos públicos é especialmente pouco abordado pelas publicações da academia brasileira.

Com a pretensão de analisar tal terreno aparentemente pouco explorado no Brasil, este artigo trata da dogmática jurídica a respeito da alteração do contrato administrativo e sua possível relação com o que o Direito e Economia (D&E)<sup>3</sup> já produziu a respeito do tema “contratos”. Com vistas a tentar que tal cotejo teórico produza algum resultado prático, entendeu-se por bem restringir ainda mais o objeto de estudo, focando as alterações contratuais consensuais.

Se o Direito e Economia das alterações dos contratos administrativos é terreno pouco explorado no Brasil, o mesmo não se pode dizer dos debates acerca das alterações contratuais no âmbito estritamente jurídico. Ainda que alguns pontos acerca do tema tenham restado relativamente assentados na doutrina e na jurisprudência (sobretudo do Tribunal de Contas da União – TCU), é certo que a prática da execução dos contratos públicos no Brasil ainda se revela bastante tortuosa.

A título de exemplo, se o debate acerca dos limites para as chamadas alterações qualitativas do contato administrativo foi definido pelos requisitos elencados na Decisão do Plenário nº 215/1999 do TCU<sup>4</sup>, a experiência prática revela que

---

<sup>2</sup> LIBORIO, Matheus Pereira *et al.* A abordagem da análise econômica do direito em contratações públicas: uma revisão sistemática da literatura do Brasil. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, DF, v. 12, n. 2, p. 110-144, maio/ago. 2021. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/ealr/article/view/12054>. Acesso em: 9 out. 2021.

<sup>3</sup> Cabe esclarecer, aqui, que optamos por utilizar ao longo do artigo o termo “Direito e Economia” (D&E), e não “Análise Econômica do Direito” (AED), por este segundo termo possuir identificação maior com linha de pensamento menos dialógica entre o Direito e a Economia. A pretensão deste estudo, assim, é tratar do tema proposto concomitantemente sob as óticas jurídica e econômica, evitando-se divisão na qual seria apresentado primeiramente o enfoque econômico, para somente então ser exposto o enfoque jurídico da questão. Embora não haja consenso quanto à exata aceção das nomenclaturas AED e D&E, a que adotamos é influenciada pela visão de Guido Calabresi, conforme exposto em: CALABRESI, Guido. **The future of law and economics: essays in reform and recollection**. Connecticut: Yale University Press, 2016.

<sup>4</sup> São os seguintes os requisitos que o TCU definiu para permitir, em casos “excepcionalíssimos”, alterações qualitativas em contratos administrativos superiores ao limite legal; o volume e detalhamento que o TCU conferiu aos requisitos deixa claro como a matéria pode ser desafiadora diante de casos concretos:

I – Não acarretar para a administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório; II – Não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado; III – Decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial; IV – Não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos; V – Ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma

a opção por um controle casuístico resulta em desafios diante das peculiaridades dos casos concretos<sup>5</sup>.

Eis que é possível citar julgado posterior do TCU que flexibiliza a hipótese dos casos “excepcionalíssimos” prevista na referida Decisão do Plenário nº 215/99. Trata-se do Acórdão 448/2011, que, ante características também “excepcionalíssimas” daquele caso concreto, deixou de invalidar termo aditivo de contrato administrativo, mesmo reconhecendo que este superou o limite legal de acréscimo no valor do contrato sem obedecer aos requisitos do precedente normativo de 1999.

Como se nota, o tema pode ser desafiador quando analisado sob a ótica do ferramental teórico apenas do Direito. Ainda, a pretensão de buscar contribuições fora da dogmática clássica do Direito Administrativo não pode ignorar que no próprio D&E há debates acerca de qual exatamente deve ser sua interação com o Direito.

Robert Cooter, em artigo publicado em 1981, ao analisar as principais obras disponíveis até então a respeito da interação entre Economia e Direito, concluiu que o Direito não seria reduzido a uma ciência, mas que haveria margem para a construção de uma ciência dentro do Direito baseada em conceitos fundamentais da economia, quais sejam: maximização, equilíbrio e eficiência<sup>6</sup>.

O autor, assim, já identificava que havia valores no Direito que não eram passíveis de captura pelo ferramental teórico, matemático e empírico da Economia,

---

de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes; VI – Demonstrar-se — na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea “a”, supra — que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou sejam gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência”. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Decisão nº 215/99**. Consulta formulada pelo Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal. Possibilidade de alteração de contrato administrativo em valor excedente ao limite estabelecido na Lei 8.666/93, visando à utilização de nova tecnologia na execução das obras. Caso concreto. Considerações levantadas pelo Ministério Público junto ao TCU quanto à relevância da matéria para o interesse público. Comunicação. Arquivamento. Relator: Min. Adhemar Ghisi, 21 de maio de 1999. Disponível em: <https://www.tcu.gov.br/acordaoslegados/1999/Plenario/DC-1999-000215-JAM-PL.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2024.

Trata-se de decisão com caráter normativo, por se tratar de resposta a consulta, nos termos da do art. 1º, § 2º, da Lei nº 8.443/92.

<sup>5</sup> Dois artigos de Carlos Ari Sunfeld sobre a alteração dos contratos administrativos bem exemplificam como o tema desperta debates na doutrina; são eles: SUNDFELD, Carlos Ari; CAMPOS, Rodrigo Pinto de. Contratos administrativos de obras e o problema de sua alteração. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 8, n. 28, jan./ mar. 2010.; SUNDFELD, Carlos Ari. Contratos administrativos – distinção entre acréscimo de valor estimado e ampliação do objeto (art. 65, §1º, da Lei nº 8.666/93). **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 4, n. 40, abr. 2005.

<sup>6</sup> “Law will not be reduced to a science, but there is scope for building a science within law based upon fundamental concepts of economic explanation, namely maximization, equilibrium, and efficiency. The purpose of this science is to explicate the law”. COOTER, Robert D. Law and the imperialism of economics: an introduction to the economic analysis of law and a review of the major books. **UCLA L. Rev.**, v. 29, p. 1260-1269, 1981, p. 1269. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1111675?v=pdf>. Acesso em: 23 ago. 2024.

como justiça e dever. Isso não significa que não haja áreas do Direito que não poderiam ser bem representadas pelo ferramental econômico. Porém, há outras áreas nas quais essa representação será sempre incompleta<sup>7</sup>.

Os debates acadêmicos acerca de como exatamente deve se operar a interação entre Direito e Economia ainda não parecem ter apresentado uma resposta definitiva para essa questão. Certamente não é a pretensão deste artigo fazê-lo. Entretanto, manter em mente a existência dessa discussão teórica pode ser útil para evitar voluntarismo excessivo no cotejo de teorias que se pretende fazer.

Como se viu, as possíveis contribuições do D&E para o contratado administrativo, sobretudo quanto a sua alteração, são um terreno ainda pouco explorado. Contudo, cabe evitar a tentação de achar que dessas possíveis contribuições resultarão soluções simples para problemas antigos e complexos do Direito Administrativo.

## 2. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

O regime do contrato administrativo do Direito brasileiro é inspirado no modelo do Direito francês, no qual há órgão administrativo competente para julgar casos envolvendo contratos da administração pública, qual seja, o Conselho de Estado<sup>8</sup>. Ocorre que, não bastasse não existir no Brasil órgão com competência equivalente ao Conselho de Estado francês, também se adotou em nosso Direito a existência de cláusulas exorbitantes em contratos administrativos de forma indistinta, em medida que não parece guardar equivalência com o sistema francês inspirador do modelo<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> “The strongest claim is that the law can be reduced to economics by substituting economic concepts for such traditional legal concepts as justice, right, duty, negligence, etc. The claim to reduce law to economics is similar to the claim in psychology that mind can be reduced to behavior.

[...]

The claim that law can be reduced to economics is too preposterous for anyone but an academic to contemplate. There may be some areas of law which can be explained by economics, but there are other areas of law in which economic explanations will always be incomplete”. *Ibid.*, p. 1265-1266.

<sup>8</sup> Em grande medida responsável pela influência do Direito francês no Direito Administrativo brasileiro foi o Visconde do Uruguai, embora ainda com enfoque na defesa da dualidade de jurisdição: “O Direito administrativo, e sobretudo o contencioso, sómente pôde fundar-se e desenvolver-se em um paiz por meio de arestos e tradições, que formem o que se chama jurisprudência administrativa”. (SOUZA, Paulino José Soares de; DO URUGUAY, Visconde. **Ensaio sobre o Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862, p. 267). Cabe destacar, também, a obra de Themístocles Brandão Cavalcanti no processo de trazer para o Brasil a influência francesa do Direito Administrativo, com as adaptações feitas pelo autor que até os dias atuais têm grandes reflexos: “O contrato administrativo, embora contenha os mesmos elementos intrínsecos, comuns a todos os contratos, obedece, entretanto, as razões de interesse público que acarretam cláusulas que constituem pressupostos do próprio contrato. Essas cláusulas, nem sempre expressas, são baseadas na supremacia do interesse público, que geralmente se identifica com a posição assumida pelo Estado no contrato”. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1967, p. 61.

<sup>9</sup> MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 319.

Não são raras as críticas na doutrina especializada quanto ao fato de no Direito brasileiro as chamadas cláusulas exorbitantes estarem presentes em contratos administrativos com escopos diversos, nem sempre diretamente relacionados à prestação de serviços públicos. Essa característica do sistema de contratos administrativos no Brasil parece ser decorrente de “tratamento excessivamente dogmático a institutos trazidos do Direito administrativo francês, onde não foram concebidos para ser aplicados como dogmas imutáveis [...]”<sup>10</sup>.

Partindo-se desse brevíssimo diagnóstico histórico, é possível identificar, também, uma predileção da doutrina brasileira, quando trata do tema da alteração do contrato administrativo, pela análise das cláusulas exorbitantes e de uma possível consequência de sua aplicação, qual seja, a alteração no equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Os manuais de Direito Administrativo brasileiros costumam citar as cláusulas exorbitantes como a principal característica distintiva do contrato administrativo para o contrato privado, de modo que, sob essa perspectiva, esse tema seria central quando se trata de alterações contratuais.

Tratar de alterações de contratos administrativos sem o enfoque dos efeitos decorrentes das cláusulas exorbitantes pode parecer, assim, uma abordagem incompleta, que deixa de atentar para o que seria a principal característica do regime de contratações públicas no Brasil. Ocorre que não é a alteração unilateral a hipótese na qual este artigo se debruça. Isso decorre de três razões.

A primeira é que toda a literatura de D&E analisada não parte da premissa de alterações unilateralmente determinadas por uma das partes. Ainda que se possa cogitar que muito de tal teoria não seria afetada ao ser aplicada a alterações unilaterais, tal transposição não ocorreria sem o risco de gerar distorções.

A segunda razão decorre do fato de que as cláusulas exorbitantes em geral, onde se inclui o poder de alteração unilateral do contrato, a despeito de seu grande destaque na doutrina administrativista, em realidade, não parecem ter efeitos práticos com relevância proporcional ao espaço que ocupam nos debates teóricos<sup>11</sup>.

Por fim, há uma terceira razão de caráter pragmático, pois, na realidade prática de contratos de engenharia com maior complexidade, uma vez garantida a manutenção do pagamento de BDI<sup>12</sup> nas medições do contrato, costuma ser de interesse da contratada aumentar o volume de serviços prestados no contrato<sup>13</sup>. Ou seja, se há

---

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 229.

<sup>11</sup> CÂMARA, Jacintho Arruda; PARESI DE SOUZA, Ana Paula. Existem cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos? **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, 2020, p. 185-208. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/82011>. Acesso em: 7 jan. 2022.

<sup>12</sup> Benefícios e Despesas Indiretas, ou BDI, assim traduzidos pela literatura técnica do termo original em inglês (*Budget Difference Income*), é o componente dos preços praticados no mercado em que são incluídas as despesas indiretas e o lucro da contratada.

<sup>13</sup> Diferente apenas é o caso de a administração exercer a faculdade unilateral de reduzir parcela do objeto do contrato, o que não costuma ser de interesse do contratado.

alteração contratual para aumento do valor do contrato, esta costuma ser realizada por meio de termo aditivo firmado por ambas as partes (alteração consensual), não havendo necessidade de a administração pública se valer de seus “poderes extroversos” para tanto.

Assim, a opção pelo recorte do objeto da análise do artigo considerou fatores teóricos e pragmáticos que apontam a relevância da alteração consensual do contrato administrativo, a despeito da menor atenção que o tema costuma receber da doutrina administrativista.

Cabe registrar, para finalizar estas breves considerações iniciais, que, como a hipótese a ser estudada é de alteração consensual do contrato, não parece ter relevância analisar aqui os efeitos de um elemento importante do contrato, qual seja, a matriz de risco.

### 3. POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES DO DIREITO E ECONOMIA

A teoria econômica relativa ao contrato conta com grande contribuição da escola da Nova Economia Institucional (NEI). Ocorre que tal teoria foi desenvolvida tendo como objeto, preponderantemente, contratos privados, em ordenamentos jurídicos notadamente ligados à tradição do *common law*. Assim, a pretensão de aplicar o ferramental dessa teoria ao regime jurídico da alteração dos contratos administrativos, em um sistema do *Civil Law*, necessariamente não pode deixar de atentar para eventuais incompatibilidades.

Como breve contextualização de Direito comparado, cabe ter em mente a maior tendência de intervenção por parte do Poder Judiciário nos termos do contrato no *Civil Law* do que no *Common Law*, segundo aponta pesquisa de Mariana Pargendler<sup>14</sup>. A autora destaca que se verifica a maior tendência no *Civil Law* de as Cortes intervirem nos contratos para protegerem as partes de uma negociação inicial que deixou de antever resultados inesperados decorrentes de novo cenário que se concretizou durante a execução do contrato<sup>15</sup>.

A constatação de que o *Civil Law* e o *Common Law* têm abordagens diferentes<sup>16</sup> para lidar com negociações iniciais que eventualmente prejudicaram uma das partes

---

<sup>14</sup> PARGENDLER, Mariana, The role of the state in contract law: the common-civil law divide (March 1, 2018). *Yale Journal of International Law*, v. 43, n. 1, 2018, p. 143-189. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2848886>. Acesso em: 5 jan. 2021.

<sup>15</sup> “The general direction of the common-civil law divergence here is similar to that observed in other areas. Civil law courts are generally more willing than common law courts to rewrite or discharge contracts ex post if the parties did not expressly contemplate this result”. *Ibid.*, p. 161.

<sup>16</sup> “At a high level of generality, civil law and common law can be viewed as embracing different strategies to mitigate the effects of harsh bargains. While the civil law relies more on standardization and judicial control of contract terms to ensure the fairness of the transaction, the common law instead limits the remedies available in the event of non-performance”. *Ibid.*, p. 179.

parece pertinente para o estudo ora proposto. Essa lógica presente no *Civil Law*, de maior intervenção no contrato, parece ser aplicada no Brasil com ainda mais reflexos concretos, quando são trazidos aos Poder Judiciário pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos. Sinal disso é que não são raros os casos em que, estranhamente, a alegada origem do pleito de reequilíbrio são alterações consensuais do contrato.

A mesma autora também destaca como o *Civil Law* dá maior importância para o dever de boa-fé nos contratos do que o *Common Law*<sup>17</sup>, que, por sua vez, tende a se limitar ao teor expresso das cláusulas contratuais do que buscar aplicar juízo de valor ao comportamento efetivo das partes. Trata-se de mais uma característica dos sistemas jurídicos que indica maior deferência aos termos expressos do contrato no *Common Law* do que no *Civil Law*.

A litigiosidade e o intervencionismo na fase de execução do contrato são pontos importantes dentro do tema dos custos de transação dos contratos. Contribuições do D&E que apontem a redução desses custos não parecem ser inadequadas ao sistema brasileiro de *Civil Law*. Pelo contrário, não só são contribuições adequadas, como são bem-vindas em um sistema de contratações públicas no qual tais custos de transação são mais latentes.

### 3.1. A incompletude do contrato administrativo

Oliver Hart foi laureado com o Prêmio de Ciências Económicas em Memória de Alfred Nobel em 2016, junto com Bengt Holmström, pela sua contribuição para a teoria dos contratos<sup>18</sup>. Este tópico tratará especificamente da teoria de Hart a respeito da incompletude contratual e de como esta pode se relacionar com questões práticas do contrato administrativo.

Se o contrato for incompleto, é natural cogitar alterações durante sua fase de execução (*ex post*), conforme a realidade posterior à formalização da contratação se revelar diversa daquela imaginada inicialmente pelas partes. Embora isso possa parecer elementar, as contribuições de Hart podem revelar uma lógica diversa da que parece nortear o sistema jurídico de alteração dos contratos administrativos no Brasil.

De início, cabe entender do que decorre essa incompletude contratual. Uma das conclusões iniciais à qual chegou Hart é que, caso a racionalidade das partes contratantes fosse ilimitada, estas anteveriam todas as possíveis situações que afetam o

---

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 150-153.

<sup>18</sup> “Modern economies are held together by innumerable contracts. The new theoretical tools created by Hart and Holmström are valuable to the understanding of real-life contracts and institutions, as well as potential pitfalls in contract design”. NOBEL PRIZE OUTREACH AB. The Prize in Economic Sciences 2016 – Press release. [NobelPrize.org](https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2016/press-release/), 26 ago. 2024. Disponível em: <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2016/press-release/>. Acesso em: 22 jan. 2022.

custo-benefício do contrato, e, portanto, desde o princípio, já incluiriam no texto original do contrato qualquer hipótese de futura renegociação. Como não é esse o caso, verificou Hart que “In order to understand *renegotiation as an equilibrium phenomenon*, it would seem therefore that we must *drop the assumption of unbounded rationality*”<sup>19</sup>.

Mas não somente abandonar a ideia de racionalidade ilimitada é fundamental para entender a importância da renegociação dos contratos. O contrato também é incompleto pois, ainda que as partes fossem dotadas de racionalidade ilimitada, os custos para se buscar elaborar contratos absolutamente completos não se justificariam.

De forma exagerada, mas como bom argumento, pode-se dizer que seria necessário construir de antemão uma obra pública completa antes de elaborar o respectivo contrato administrativo para antever todos os percalços que a execução contratual encontrará. E talvez nem assim se teria um contrato completo, pois obras executadas em momentos distintos estão sujeitas a contingências distintas.

Há um limite de custos quanto aos estudos que as partes estão dispostas a investir antes de firmarem um contrato (fase *ex ante*), sendo que todo contrato complexo e de execução diferida está sujeito a futuras alterações. No caso específico do contrato administrativo típico, embora a Lei nº 14.133/2021 tenha dado especial atenção para o tema do planejamento<sup>20</sup>, nunca a administração pública poderá antever todas as eventuais hipóteses de alteração às quais o contrato estará sujeito.

Essa incompletude contratual está caracterizada de forma ainda mais evidente em contratos de concessão de serviço público, haja vista o longo prazo de duração que caracteriza essa modalidade de contratação<sup>21</sup>. Todavia, como já dito, não é este o foco deste artigo<sup>22</sup>.

Se a racionalidade limitada dos agentes econômicos resulta em contratos incompletos, passíveis de futuras renegociações para que o “equilíbrio” seja mantido, resta saber se é esta a lógica adotada pelo Direito brasileiro quanto ao contrato administrativo.

---

<sup>19</sup> HART, Oliver. Incomplete contracts and control. *American Economic Review*, v. 107, n. 7, 2017, p. 1731-1752. Disponível em: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/aer.107.7.1731>. Acesso em: 2 jan. 2022, grifo nosso.

<sup>20</sup> Além de referências em artigos diversos, o art. 5º da lei alçou o planejamento ao *status* de princípio.

<sup>21</sup> FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de “prorrogação”. In: MOREIRA, Egon Bockman (coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 371-388, p. 374.

<sup>22</sup> Cabe registrar, apenas, que Oliver Hart tem estudos importantes quanto ao papel do governo na prestação de serviços públicos, ao analisar os *trade-offs* entre a privatização e a prestação do serviço público diretamente pelo Estado, partindo da base teórica do contrato incompleto: HART, Oliver; SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W. The proper scope of government: theory and an application to prisons. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 112, n. 4, 1997, p. 1127-1161. Disponível em: [https://scholar.harvard.edu/files/shleifer/files/proper\\_scope.pdf](https://scholar.harvard.edu/files/shleifer/files/proper_scope.pdf). Acesso em: 26 ago. 2024.

Sabe-se que a quase unanimidade da doutrina brasileira identifica no art. 37, XXI<sup>23</sup>, da Carta Magna a matriz constitucional do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. Especificamente a expressão “mantidas as condições efetivas da proposta”, assim, garantiria ao contratado pela administração pública a imutabilidade das condições econômicas solidificadas nos termos originais do contrato<sup>24</sup>.

Todavia, ao cogitar a *incompletude como uma característica intrínseca de todo contrato*, é possível que a realidade da execução contratual não permita a garantia de não alteração de certas condições econômicas inicialmente definidas pelas partes. Marcos Nóbrega é um dos poucos autores de renome que já tratou dos contratos administrativos sob a perspectiva do Direito e Economia. Partindo também da ideia da incompletude contratual de Hart, observa o autor que a lei brasileira trata a repacutuação contratual como “uma anomalia e não como uma decorrência normal das mudanças, inclusive do mercado e da legislação”<sup>25</sup>.

Não se está aqui a questionar a necessidade de que o contratante com a administração pública tenha garantida sua justa remuneração, proibido o enriquecimento ilícito da administração. Como se verá mais adiante, a garantia do cumprimento dos contratos é ponto importante para a Nova Economia Institucional. O que se pode questionar, no entanto, é se o texto constitucional de fato trata de equilíbrio econômico-financeiro, e como na prática deve-se operar a vedação ao enriquecimento ilícito das partes contratantes.

Destoando da posição quase unânime da doutrina, Gustavo Kaercher Loureiro entende que o trecho “mantidas as condições efetivas da proposta” da Constituição da República não contém o dever de reequilibrar o contrato com base nas

---

<sup>23</sup> “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 26 ago. 2024.

<sup>24</sup> Muitas vezes pleitos judiciais de reequilíbrio econômico-financeiro nem mesmo são pautados nos termos expressos do contrato, mas em projeções internas feitas pelo contratado da administração pública à época da licitação, sempre com fulcro na referida matriz constitucional.

<sup>25</sup> NÓBREGA, Marcos. Análise econômica do direito administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti (coord.). **Direito e economia no brasil**: estudos sobre a análise econômica do direito. 4. ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 418-428. NÓBREGA Embora a observação tenha sido feita com maior ênfase pensando-se em contratos de Parceria Público Privada, o capítulo do qual o trecho foi extraído trata de forma bastante precisa de vários temas ligados ao D&E dos contratos administrativos em geral.

condições intactas da proposta durante todo o período de sua vigência, sendo que sua redação se limita a garantir o *pacta sunt servanda*<sup>26</sup>.

Tal interpretação do texto constitucional, na mesma linha do trecho destacado de Marcos Nóbrega, parece refletir melhor as ideias de incompletude intrínseca dos contratos e de racionalidade limitada dos contratantes, pois melhor incorpora o fato de que poderão surgir ao longo da execução do contrato situações que demandarão renegociação. Nessas situações, uma matriz econômica inicialmente projetada pelas partes pode não mais ser adequada para fazer frente a tais situações.

Mesmo as alterações contratuais decorrentes da vontade das partes devem respeitar tal lógica. Isso porque, a título de exemplo, se as partes decidem alterar itens a serem fornecidos em um contrato de uma grande obra ou decidem alterar o cronograma de execução do projeto, é possível que o equilíbrio econômico-financeiro original não mais seja ajustável à nova realidade.

Tais reflexões têm efeitos práticos concretos na execução de contratos administrativos, pois não são raros os casos em que alterações bilaterais do contrato, pactuadas pelas partes por meio de termos aditivos, deságuam em pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro. O contratado anui com as cláusulas de determinado termo aditivo, mas, posteriormente, busca perante o Poder Judiciário ou o Tribunal Arbitral novos pagamentos decorrentes exatamente do que se convencionou nos aditivos<sup>27</sup>.

O exemplo típico talvez seja o pleito de reequilíbrio econômico-financeiro decorrente de prorrogações do prazo da execução de uma obra. O não cumprimento dos prazos originais relativos à execução de obras públicas complexas está longe de representar caso excepcional. Não raro, a prorrogação é pactuada por meio de termos aditivos, com ou sem inclusão de novos serviços. Muito comuns são os pleitos de reequilíbrio alegando que de tais prorrogações decorreram prejuízos quanto a despesas indiretas da contratada.

O fundamento jurídico principal de pleitos que decorrem de alterações consensuais, invariavelmente, é exatamente a suposta matriz constitucional do

---

<sup>26</sup> “Quanto à providência tomada, tudo o que o dispositivo exige é respeito aos termos da proposta, ou seja, *pacta sunt servanda*. Mas – e esse é o ponto fundamental – obrigação de respeito à proposta nada diz sobre o que ela (proposta) deverá conter, como deverá ser construída, sobre quais premissas se assenta e, sobretudo, **se e em face do que** deverá ser mantida a equação econômico-financeira original que dela deriva. Por outras palavras, **“manter a proposta”** – que é unicamente o que a Constituição exige – **não significa “manter ao longo de todo o tempo do contrato, e sob qualquer circunstância, a equação econômico-financeira original que decorre da proposta”**. KAERCHER LOUREIRO, Gustavo, *Estudos sobre o regime econômico-financeiro de contratos de concessão*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p 99, grifo do autor. Novamente aqui, o autor referia-se especificamente a contratos de PPP em seu artigo, mas entendemos que a lógica pode também ser aplicada a contratos administrativos outros, com objeto de maior complexidade e de maior duração.

<sup>27</sup> Em determinados casos concretos, tal comportamento dos contratantes, que visam maximizar sua renda com base em comportamento oportunista, valendo-se de *falhas de governo*, poderia ser classificado como *rent-seeking*. *Falhas de governo* e *rent-seeking* são conceitos importantes tratados pela Economia, mas sua abordagem mais detida neste artigo escaparia dos limites do recorte proposto.

reequilíbrio econômico-financeiro. Tal matriz, assim, garantiria ao particular contratado pela administração pública, a despeito de ter anuído com as alterações do contrato, direito posterior a ser indenizado com base nas projeções econômicas que supostamente constaram de sua proposta original.

Mais complicado ainda é o caso das alterações contratuais não formalizadas por termos aditivos, lamentavelmente, muito comuns ainda na realidade dos contratos administrativos no Brasil. Mesmo quando tais alterações não decorrem de poder exorbitante da administração, anuindo o contratado com novos serviços ou novos insumos a serem fornecidos, é muito comum que “não haja tempo hábil” para formalização via termo aditivo<sup>28</sup>.

Esse péssimo hábito da realidade dos contratos públicos no Brasil acaba resultando, também, em pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro, em que o particular contratado pretende não somente impedir o enriquecimento ilícito da administração pública, mas, também, ser indenizado com base em alguma lógica presente nas condições originais da contratação.

Há diferença entre: (i) a administração pagar pela despesa efetiva do item fornecido sem previsão contratual, para que não enriqueça ilicitamente; e (ii) a administração remunerar aquele item ou serviço, “com base nas condições originais da proposta”, ou seja, com o lucro embutido. A segunda hipótese configura forte incentivo para serviços prestados sem cobertura contratual.

A renegociação ao longo do contrato (*ex post*), após as partes já terem definido que este deve ser alterado por determinado motivo, não mais sofre da assimetria de informação que resultou no contrato inicialmente incompleto. A situação é outra: as partes têm agora condições de repactuar as bases econômicas segundo a nova realidade que se concretizou<sup>29</sup>.

Se a situação jurídica e econômica em que a renegociação se dá é diferente daquela que existia inicialmente, não há sentido em tentar, sempre, aplicar uma suposta lógica da condição inicial da proposta. Há, porém, uma exceção a essa lógica.

Se de um lado o particular pode, por exemplo, aceitar prorrogar o contrato para seguir auferindo pagamentos da administração onde está embutido seu BDI,

---

<sup>28</sup> O art. 132 da Lei nº 14.133/2021 prevê que “A formalização do termo aditivo é condição para a execução, pelo contratado, das prestações determinadas pela Administração no curso da execução do contrato, salvo nos casos de justificada necessidade de antecipação de seus efeitos, hipótese em que a formalização deverá ocorrer no prazo máximo de 1 (um) mês”. Não parece haver razões para crer que tal dispositivo alterará a realidade de serviços executados sem previsão contratual; afinal, tal hipótese sempre foi vedada, sendo que o novo artigo apenas previu prazo (curto) para a posterior regularização.

<sup>29</sup> “First, the formal models in Grossman and Hart (1986) and Hart and Moore (1990) take the view that *ex post* renegotiation of an incomplete contract occurs under conditions of symmetric information — both parties can see what has been left out of the contract — and that, given that there are no wealth constraints, the bargaining proceeds efficiently, as in Coase (1960)”. HART, Oliver. Incomplete contracts and control. *American Economic Review*, v. 107, n. 7, 2017, p. 1731-1752. Disponível em: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/aer.107.7.1731>. Acesso em: 2 jan. 2022.

com o *trade-off* de suportar eventuais despesas indiretas decorrentes da prorrogação de prazo, da mesma liberdade não goza a administração pública.

A única condição original existente à época da assinatura do contrato que não deveria ser alterada em contratos administrativos é a taxa de desconto entre o valor da proposta e o valor referencial da licitação<sup>30</sup>. Quanto a esta, as partes deveriam estar sempre vinculadas, sob pena de se desvirtuar a vantagem obtida na licitação; salvo se a alteração for em benefício da administração. Desrespeitar essa regra, assim, seria tornar a licitação mero jogo de aparências.

E, antes que se cogite que há aqui uma contradição, aplicando a lógica econômica para apenas uma das partes, ao mesmo tempo que pretende “congelar” uma condição original do contrato para outra, há, também, fundamentos advindos do D&E que sustentam tal posição, a serem abordados a seguir. Ademais, a despeito das – em boa parte – pertinentes críticas da doutrina administrativista contemporânea ao clássico conceito da *indisponibilidade do interesse público*<sup>31</sup>, quanto a essa hipótese específica há pertinência para sua aplicação.

### 3.2. *Public Choice: a realidade dos agentes públicos e o problema agente-principal*

A *Public Choice* é considerada uma linha de pensamento da Economia que analisa o comportamento da própria administração pública em sentido lato, e, em especial, analisa o comportamento dos agentes em relação a esta<sup>32</sup>. Se o contrato administrativo tem alguma grande diferença em relação ao contrato privado, foi esta escola a que melhor analisou esse fenômeno sob o prisma da Economia.

Isso porque a *Public Choice* considera que o mesmo agente racional, movido pelo autointeresse, que atua no mercado privado, porta-se sob a mesma lógica quando está imbuído de tomar decisões na administração pública. Essa presunção é fundamental, visto que, da mesma forma que um consumidor visa maximizar a utilidade de um produto que consome, ou uma empresa visa maximizar o lucro, agentes públicos tendem a maximizar seu bem-estar pessoal<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> Conforme prevê o art. 128 da Lei nº 14.133/2021, positivando o que já constava há muito da jurisprudência do TCU.

<sup>31</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

<sup>32</sup> “Public choice is a scientific analysis of government behavior and, in particular, the behavior of individuals with respect to government”. MCCHESENEY, Fred S.; SHUGHART II, William F. **The causes and consequences of antitrust: the public choice perspective**. Chicago: University of Chicago Press, 1995, p. 3.

<sup>33</sup> “The model of public choice insists that the same rational, self-interest-seeking motives that animate human action in ordinary markets be applied to decision making in the public sector as well. The assumption that all individuals, in or out of government, pursue their own self-interests is the fundamental tenet of public choice. Just as consumers want to maximize their utility and firms want to maximize their profits, public policy makers want to maximize their own welfare”. *Ibid.*, p. 9.

Ao reconhecer que os gestores públicos respondem aos mesmos incentivos e têm os mesmos objetivos que os agentes que atuam no mercado privado, passa-se a ter uma *visão realista de como uma estrutura burocrática realmente funciona*<sup>34</sup>. Essa contribuição é muito valiosa, pois impede que se desperdice energia no falso debate doutrinário a respeito de uma suposta “exagerada desconfiança quanto ao gestor público”.

É fato que há forte tendência na doutrina administrativista contemporânea de sair em defesa do gestor público injustamente acossado pelo controle externo da administração. Não se nega que a experiência prática revela que excessos pelo sistema de controle externo da administração podem acabar afastando os bons gestores, não dispostos a arriscar seu patrimônio pessoal por decisões equivocadas de boa-fé que venham a tomar no exercício de suas funções. É o que se convencionou chamar de “apagão das canetas”, quanto ao gestor público que não foi afastado da administração pelo medo, mas deixa de atuar devidamente em razão dele.

Eis que o gestor público está sujeito a incorrer em determinadas condutas de cunho oportunista<sup>35</sup>, e o regime legal que trata de sua atividade deve conter ferramentas para lidar com essa realidade. Isso não significa que se está a efetuar qualquer pré-julgamento a respeito do caráter do gestor público, mas se está apenas desenhando arranjo que não ignore o que há muito é tratado com relativo consenso pela teoria econômica a respeito do comportamento humano.

Cabe algum cuidado com o voluntarismo contemporâneo de grande parte da doutrina ao sair em defesa do gestor público, o que acaba por resultar em redução de *accountability* deste na lei e na jurisprudência. Algumas das alterações efetuadas na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro<sup>36</sup> são a concretização desse movimento. O mesmo se pode dizer, com ainda mais evidência, quanto às alterações sofridas pela Lei de Improbidade Administrativa<sup>37</sup>.

Para que fique claro, não se está a defender a responsabilização ilimitada e exagerada do gestor público. Todavia, o debate parece ter tomado rumo apaixonado na doutrina, em movimento pendular oposto ao que seria o “punitivismo exagerado” – a contribuição do D&E aqui é exatamente para demonstrar que a melhor visão é a impessoal e objetiva, decorrente do racional econômico.

Nesta linha, outro conceito econômico importante aplicável à gestão pública, ou às contratações públicas, é o chamado Problema Agente-Principal, segundo o qual a assimetria informacional entre representante (agente) e seu representado (principal) dificulta a fiscalização deste quanto às atividades que aquele exerce em seu nome.

---

<sup>34</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan. Progressive law and economics – and the new administrative law. **The Yale Law Journal**, v. 98, n. 2, p. 341-368, 1988, p. 344.

<sup>35</sup> Na acepção econômica do termo.

<sup>36</sup> Decreto-Lei nº 4.657/1942, com as alterações da Lei nº 13.655/2018.

<sup>37</sup> Lei nº 8.429/1992, com as alterações da Lei nº 14.230/2021.

Segundo identificaram Gordon Tullock, Arthur Seldon e Gordon Brady, ao tratarem do Problema Agente-Principal, este é muito mais grave quando se trata de agentes políticos do que o verificado no mercado privado<sup>38</sup>. Os autores alertam para o fato de que o agente público, em especial o político eleito, tem poucos incentivos para buscar políticas públicas que atendam efetivamente aos anseios de um número grande e indefinido de eleitores. Isso porque o eleitor sabe que seu voto, na prática, é diluído em um enorme número de outros votos, o que lhe gera poucos incentivos para investir energia e recursos em diminuir a assimetria de informação entre ele e seu representante político.

De outra forma dito, é possível pensar que, embora o cidadão sinta “na pele” os efeitos danosos de políticas públicas desastrosas, pessoalmente ele tem poucos incentivos para investir sua energia para alterar esse cenário, diante do pouco alcance que seu esforço individual terá no meio político. A mesma lógica se aplica ao universo da contratação pública. A assimetria de informação entre o gestor do contrato público e o pagador de impostos é muito grande para o Direito deixar de buscar ferramentas eficientes para evitar o potencial comportamento oportunista decorrente do Problema Agente-Principal.

### 3.3. Os custos de transação *ex post* do contrato administrativo

Diante das prováveis alterações que contratos administrativos de maior complexidade sofrerão, não se perdendo de vista que os gestores públicos responsáveis não podem gozar da mesma autonomia de vontade que os contratantes no mercado privado, o desafio parece ser buscar o ponto ótimo para o *trade-off* entre controle e execução eficiente.

Neste ponto, o tema de Direito e Economia que pode conferir importantes contribuições é o estudo dos custos de transação nos contratos. Ronald Coase, mais um Nobel em Economia a ser aqui citado, publicou em 1960 artigo cujo escopo é questionar o tratamento que a Economia e o Direito davam para a questão das externalidades negativas resultantes da produção de bens e serviços<sup>39</sup>.

Em suma, Coase, ao longo do artigo, foi apontando como as soluções que vinham sendo adotadas eram problemáticas, como a taxação com base no volume de externalidades produzidas (e. g., do volume de poluição)<sup>40</sup>, a regulação governamental<sup>41</sup>,

---

<sup>38</sup> “Unfortunately, in the case of politics the information problem is much worse than it is in the market”. TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur; BRADY, Gordon L. **Government failure: a primer in public choice**. 2. ed. Washington, D.C.: Cato Institute, 2005, p. 5-7.

<sup>39</sup> COASE, Ronald. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, v. 3, p. 1-44, out. 1960.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 41-42.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 17-18.

a visão econômica predominante<sup>42</sup>, os julgamentos pelo Poder Judiciário<sup>43</sup> e eventuais leis que definiam atividades que não deviam indenizar terceiros pelas externalidades que geravam<sup>44</sup>.

Ao longo de todo o referido artigo, Coase se vale da lógica de que a alocação inicial de responsabilidades debatida em todas as esferas suprarreferidas não é o ponto fundamental a ser considerado, pois, em um cenário ideal sem custos de transação, as partes tendem a negociar a solução mais eficiente para lidar com a externalidade que atinge uma delas.

Essa lógica central do argumento do artigo passou a ser chamada de Teorema de Coase<sup>45</sup>, tendo sido, então, sumarizada por outros autores com formulação normativa no seguinte sentido: a lei deve reduzir os custos de transação<sup>46</sup>, de modo a permitir que a negociação entre particulares<sup>47</sup> resulte na alocação eficiente de recursos.

Uma vez que o teorema considera um cenário de livre negociação entre agentes privados, sem considerar, ainda, eventual caráter normativo do que seria a solução que melhor atende a um ideal de justiça, aplicam-se aqui os questionamentos acerca da compatibilidade dessa teoria ao contrato administrativo expostos no tópico anterior.

Coase forneceu a base teórica inovadora a respeito da importância de atentar para os custos de transação e como estes afetam o resultado das interações entre

---

<sup>42</sup> “How is it that the Pigovian analysis seems to give the wrong answer? The reason is that Pigou does not seem to have noticed that his analysis is dealing with an entirely different question. The analysis as such is correct. But it is quite illegitimate for Pigou to draw the particular conclusion he does. [...] When an economist is comparing alternative social arrangements, the proper procedure is to compare the total social product yielded by these different arrangements. The comparison of private and social products is neither here nor there”. *Ibid.*, p. 34.

<sup>43</sup> “The courts do not always refer very clearly to the economic problem posed by the cases brought before them but it seems probable that in the interpretation of words and phrases like ‘reasonable’ or ‘common or ordinary use’ there is some recognition, perhaps largely unconscious and certainly not very explicit, of the economic aspects of the questions at issue”. *Ibid.*, p. 22.

<sup>44</sup> *Ibid.*, 24-28.

<sup>45</sup> Robert Cooter faz a seguinte observação sobre o Teorema de Coase, apresentando sua interpretação: “Coase gave his name to a fundamental theorem on externalities and tort law, but he left to others the job of stating exactly what the theorem says. The basic idea of the theorem is that the structure of the law which assigns property rights and liability does not matter so long as transaction costs are nil; bargaining will result in an efficient outcome no matter who bears the burden of liability. The conclusion may be drawn that the structure of law should be chosen so that transaction costs are minimized, because this will conserve resources used up by the bargaining process and also promote efficient outcomes in the bargaining itself”. COOTER, Robert D. The cost of coase. **The Journal of Legal Studies**, v. XI, jan. 1982, p. 14. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1111816/files/fulltext.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021.

<sup>46</sup> “When transaction costs are zero, an efficient use of resources results from private bargaining, regardless of the legal assignment of property rights”. COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6 ed. Berkeley: Berkeley Law Books, 2016. *E-book*. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/books/2>. Acesso em: 3 jan. 2022, p. 85.

<sup>47</sup> “Structure the law so as to remove the impediments to private agreements”. *Ibid.*, p. 92.

agentes privados. Em continuidade ao pensamento de Coase, cabia, ainda, especificar quais exatamente seriam esses custos de transação no mundo real e como poderiam ser mitigados.

Considerado integrante da escola da Nova Economia Institucional, Oliver Williamson entende o estudo de Coase como mais focado no aspecto do direito de propriedade dos custos de transação e como esses direitos são importantes para alinhar corretamente os incentivos na fase *ex ante* do contrato<sup>48</sup>.

Assim, nos estudos de Williamson, em continuidade e partindo das premissas de Coase, a Economia dos Custos de Transação<sup>49</sup> passa a prestar mais atenção na fase *ex post* dos contratos. Em especial, Williamson demonstrou a importância e os efeitos de mecanismos de governança corporativa (ou *private ordering*) e sua relação com a estruturação de empresas (Teoria da Firma), podendo ser destacados como elementos principais de sua visão do contrato: (i) a racionalidade limitada e o comportamento oportunista dos agentes; em um contexto de (ii) complexidade do contrato; resultando na necessidade de (iii) renegociação ao longo da execução deste; com (iv) mecanismos de controle ou governança<sup>50</sup>.

Quanto à governança corporativa, no contexto das contratações públicas, uma adaptação deve ser feita, pois parece lógico considerar que os mecanismos de controle na esfera pública devem necessariamente incluir o controle externo, o que, a rigor, não se adequaria ao conceito de governança corporativa<sup>51</sup>.

Mantendo-se em mente a ideia original presente no Teorema de Coase a respeito do efeito que custos de transação geram em negociações entre os agentes, vale citar analogia de Williamson, segundo a qual os custos de transação estão para a Economia assim como o atrito está para um sistema mecânico<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism. firms, markets, relational contracting**. New York: The Free Press, 1985, p. 26-27.

<sup>49</sup> Ou TCE (*Transaction Cost Economics*), como é muito referida na literatura econômica.

<sup>50</sup> “Transaction cost economics maintains that it is impossible to concentrate all of the relevant bargaining action at the *ex ante* contracting stage. Instead, bargaining is pervasive – on which account the institutions of private order and the study of contracting in its entirety take on critical economic significance. The behavioral attributes of human agents, whereby conditions of bounded rationality and opportunism are joined, and the complex attributes of transactions (with special reference to the condition of asset specificity) are responsible for that condition” WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism. firms, markets, relational contracting**. New York: The Free Press, 1985, p. 29, grifo do autor.

<sup>51</sup> Cabe, ainda, outra adaptação, que é considerar que o comportamento oportunista na esfera pública, diferentemente do considerado por Williamson, potencialmente inclui, com maior frequência, sem a ressalva limitadora feita pelo autor, “lying, stealing, and cheating”. Nas palavras do autor: “By opportunism i mean self-interest seeking with guile. This includes but is scarcely limited to more blatant forms, such as lying, stealing, and cheating. Opportunism more often involves subtle forms of deceit”. WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism. firms, markets, relational contracting**. New York: The Free Press, 1985, p. 47.

<sup>52</sup> *Id.* The economics of organization: the transaction cost approach. **American Journal of Sociology**, v. 87, n. 3, 1981, p. 548-577.

### 3.3.1. Modelos de contratação pública e os custos de transação *ex post*

Passando-se para as contribuições da Economia mais específicas quanto a contratações públicas, parecem ser muito pertinentes algumas das conclusões de Patrick Bajari e Steven Tadelis em artigo intitulado “Incentives versus transaction costs: a theory of procurement contracts”<sup>53</sup>. Constataram os autores que a literatura econômica<sup>54</sup> que tratou das contratações públicas, notadamente com viés normativo, e não positivo, focou-se na seleção adversa decorrente da assimetria de informação *ex ante* e no risco moral decorrente do possível comportamento oportunista *ex post* das partes.

Assim, a proposta de tal artigo foi investigar quais os tipos de contrato mais adequados para as contratações públicas de obras, considerando-se os dois modelos de contratos amplamente utilizados na experiência prática norte-americana: o *fixed-price* (FP), no qual a contratação é feita com base em preço predefinido para a entrega do objeto; e o *cost-plus* (C+), no qual não há preço previamente definido, e o contratado é reembolsado conforme comprova gastos no contrato, com acréscimo de taxa de remuneração<sup>55</sup>.

Na mesma linha da literatura clássica econômica a respeito do tema, os autores do artigo identificam que o contrato *fixed-price* é mais adequado para obras nas quais se pode desenvolver anteriormente um projeto com maior grau de acuidade. Isso porque, dado o preço fixo inicial, poucas alterações de projeto são esperadas, tendo o contratado incentivos para buscar ganhos de eficiência durante a execução do contrato.

Já o contrato *cost-plus* é mais adequado para obra complexas, em que não se pode estimar previamente as quantidades que serão utilizadas e as soluções construtivas. Nessa modalidade, as alterações do contrato ocorrem com baixo conflito e menores custos de transação outros entre as partes, pois a remuneração do contratado vai sendo naturalmente ajustada às alterações. Porém, nessa espécie de contrato, a contratada tem poucos incentivos para buscar ganhos de eficiência durante a execução, pois ela não se beneficia destes, uma vez que a remuneração é pautada em suas despesas efetivas acrescidas de lucro fixo.

A contratação pelo modelo *cost-plus* como o tratado no artigo não tem boa correspondente na legislação brasileira de contratos administrativos, dada a característica de seu preço inicial aberto. Mesmo a modalidade existente na lei brasileira

---

<sup>53</sup> BAJARI, Patrick; TADELIS, Steven. Incentives versus transaction costs: a theory of procurement contracts. *RAND Journal of Economics*, v. 32, n. 3, 2001, p. 387-407.

<sup>54</sup> Sobre este ponto, ver: LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. *A theory of incentives in procurement and regulation*. Cambridge: MIT Press, 1993.

<sup>55</sup> “In fixed-price contracts, the buyer offers the seller a prespecified price for completing the project. A cost-plus contract does not specify a price, but rather reimburses the contractor for costs plus a stipulated fee.” *Ibid.*, p 388.

de empreitada por preço unitário se opera de outra forma, pois desde a licitação há um preço referencial considerado tanto para o julgamento das propostas na fase de contratação como para a aferição dos limites de posterior alteração.

Ao efetuar a modelagem matemática de cenários de renegociação em contratos com maior grau de complexidade, em determinado ponto, os autores do artigo identificam que a formatação ótima de contratações desta natureza é o modelo *fixed-price ex ante*, que é convertido para o modelo *cost-plus* em caso de alterações no projeto da obra na fase *ex post*<sup>56</sup>.

Pode-se dizer que é exatamente esta a lógica adotada em grande parte das obras públicas no Brasil. A licitação é feita com base em preço fixo, ainda que seja também considerado critério de melhor técnica para a seleção ou, ainda, que se trate de empreitada por preço unitário. Posteriormente, por alteração consensual ou por meio de reequilíbrio econômico-financeiro litigioso decorrente de alterações consensuais, a lógica que passa a ser seguida é a do *cost-plus*.

Ou seja, no momento em que o projeto original sofre alterações, a contratada passa a ser remunerada por valor diverso do originalmente contratado, com base nos novos gastos efetivos acrescidos de BDI, seja pelo que foi definido nos termos aditivos, seja pelo que foi definido na decisão arbitral ou judicial posterior que julga o pleito de reequilíbrio.

Mas há um detalhe: esse cenário de alteração *ex post* para o modelo *cost-plus* diante das alterações de projeto se dá até determinado ponto. Isso porque há limites legais para o aumento de valor do contrato decorrente de alterações no projeto. Assim, o contratado sabe que só será remunerado por alterações até certo limite legal e que, caso siga anuindo com serviços prestados acima desse limite, muito provavelmente terá de buscar a via judicial ou arbitral para ser remunerado “via indenização”<sup>57</sup>.

Como visto, o tema dos limites legais para a alteração do contrato administrativo é ponto-chave, pois é exatamente este que impede que seja adotada o que o referido estudo identificou como a formatação ótima do contrato, qual seja, a contratação pelo modelo *fixed-price*, com posterior alteração para *cost-plus* diante da eventual necessidade de alteração do projeto.

---

<sup>56</sup> “Second, after renegotiation the parties continue with the same type of contract they began with, either FP or C+. This implicitly assumes that the parties can’t measure total cost after renegotiation accurately unless they chose a C+ contract ex ante. If we allow for such shifts at the renegotiation stage from a FP to a C+ contract, then the optimal contract is to start with FP and renegotiate to C+, which reduces incentives (through the seller’s correct foresight of renegotiation) but eliminates renegotiation costs”. LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLÉ, Jean. **A theory of incentives in procurement and regulation**. Cambridge: MIT Press, 1993, p. 396.

<sup>57</sup> Cabe aqui registrar que não se está legitimando ou considerando que essa forma de “pagamento via indenização” seja adequada às normas aplicáveis ao contrato administrativo. A constatação aqui busca apenas lidar com o que parece ser prática não rara em contratações públicas no Brasil, a depender da estrutura e dos posicionamentos adotados pelo sistema de controle externo ao qual está submetida aquela contratação.

Em um estudo posterior de coautoria também de Steven Tadelis e Patrick Bajari, com base empírica em análise de contratos públicos de pavimentação de rodovias, novamente se fez a ressalva de que a maioria da literatura econômica existente em contratação pública é focada em desenhar o contrato ou a licitação de forma a minimizar o risco moral decorrente de ganhos com a assimetria de informação *ex ante*. Eis que os dados analisados em tal estudo apontam a necessidade de atentar, em especial, para a limitação de gastos *ex post* da contratação pública<sup>58</sup>.

Tais “custos de adaptação” representam os custos de transação tratados na literatura clássica de D&E dos contratos. Diante dos achados do referido estudo, uma primeira medida compensatória nele sugerida para reduzir os custos que são repassados ao pagador de impostos poderia ser, a depender ainda de confirmação empírica, aumentar esforços técnicos na elaboração dos projetos<sup>59</sup>.

A conclusão do referido estudo identifica como é problemática a renegociação em contratos públicos, pois maior discricionariedade para o gestor público aumenta o risco de favorecimento indevido e corrupção. A seleção de contratados com base em critério objetivo de preço reduz tal risco, sendo que o ponto importante passa, então, a ser a criação de um mecanismo que reduza, ao mesmo tempo, os custos de renegociação *ex post* e o risco de corrupção em tal fase. Os autores apontam que essa questão não vem sendo explorada na literatura teórica existente e que buscar desenvolver tal mecanismo pode promover a maior eficiência nas contratações públicas<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> “Taken literally, in this industry, our analysis suggests that a perhaps more important problem is to limit adaptation costs”. BAJARI, Patrick; HOUGHTON, Stephanie; TADELIS, Steven. Bidding for incomplete contracts: an empirical analysis of adaptation costs. **American Economic Review**, v. 104, n. 4, p. 41, 2014, p. 1288-1319. Disponível em: [http://biblioteca.esucomex.cl/RCA/Bidding%20for%20incomplete%20contracts\\_an%20empirical%20analysis.pdf](http://biblioteca.esucomex.cl/RCA/Bidding%20for%20incomplete%20contracts_an%20empirical%20analysis.pdf). Acesso em: 7 jan. 2022.

<sup>59</sup> “[...] hence the taxpayer, is ultimately responsible for expected adaptation costs on the project as they are directly passed on from the bidders. Since the source of these costs is the incompleteness of project design and specifications, one policy implication is to consider increasing the costs and efforts put in to estimating and specifying projects before they are let out for bidding. Clearly, our estimates do not allow us to speculate on the costs and benefits of adding more engineering efforts *ex ante*. However, since the magnitude of our adaptation costs sizeable, there may be room to consider some experimentation with more careful and costly design efforts, and to carefully examine the results of any such added effort in *ex ante* engineering.” BAJARI, Patrick; HOUGHTON, Stephanie; TADELIS, Steven. Bidding for incomplete contracts: an empirical analysis of adaptation costs. **American Economic Review**, v. 104, n. 4, p. 40, 2014, p. 1288-1319. Disponível em: [http://biblioteca.esucomex.cl/RCA/Bidding%20for%20incomplete%20contracts\\_an%20empirical%20analysis.pdf](http://biblioteca.esucomex.cl/RCA/Bidding%20for%20incomplete%20contracts_an%20empirical%20analysis.pdf). Acesso em: 7 jan. 2022.

<sup>60</sup> “In the public sector, the use of negotiated contracts is problematic. Allowing for greater discretion in contractor selection increases the possibility for favoritism, kick backs and political corruption. The competitive bidding system is less prone to corruption since it allows for free entry by qualified bidders and there is an objective criteria for selecting the winning bidder. An important policy issue is whether it is possible to construct a mechanism that minimizes the *ex post* cost of making changes and the potential for corruption. To the best of our knowledge, this question has not been explored in the existing theoretical literature. Our research suggests that developing such a mechanism could improve efficiency in public sector procurement”. *Ibid.*, p. 41.

### 3.4. A importância do arranjo institucional

Enquanto Williamson e Coase focaram seu trabalho, grosso modo, em direitos de propriedade e contratos, a contribuição de Douglass North para a Nova Economia Institucional está mais ligada ao próprio nome da corrente de pensamento, uma vez que analisa o ambiente institucional e suas consequências econômicas. North apontou que, se os custos de transação são elevados, instituições políticas e econômicas são importantes para gerarem um cenário mais favorável ao desenvolvimento econômico<sup>61</sup>.

Assim, dois conceitos importantes para entender a visão de North são “Instituições”<sup>62</sup> e “Organizações”<sup>63</sup>. Seria uma simplificação temerária afirmar que North tratou com especificidade do tema “contratos” da mesma forma que os autores do D&E anteriormente citados. Para North, o fenômeno do contrato tem um papel mais amplo em seu estudo, sendo um ótimo objeto de análise a respeito do funcionamento das trocas no mercado, da organização das empresas e de outras formas mais complexas de acordos<sup>64</sup>. Mas há pontuais passagens da obra de North que dialogam bem com o que foi tratado até aqui.

Dada a importância do autor para a Nova Economia Institucional, cabe a breve referência à obra deste que conclui o grupo de autores laureados com o Prêmio de Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel citados neste artigo. Seguindo-se pelo gancho do tema tratado no tópico anterior, uma das principais variáveis que afeta os custos de transação, segundo North, é a garantia de que o contrato será cumprido (*enforcement*).

---

<sup>61</sup> “It was Ronald Coase who pointed out that the neoclassical results of efficient markets obtain only in the absence of transaction costs. When transaction costs are significant, then institutions matter. A set of political and economic institutions that provide low-cost transacting makes possible the efficient factor and product markets underlying economic growth”. NORTH, Douglass Cecil. **Transaction costs, institutions, and economic performance**. San Francisco: ICS Press, 1992, p. 6.

<sup>62</sup> “Institutions consist of formal rules, informal constraints (norms of behavior, conventions, and self-imposed codes of conduct), and the enforcement characteristics of both. In short, they consist of the structure that humans impose on their dealings with each other”. *Ibid.*, p. 9.

<sup>63</sup> “If institutions are the rules of the game, organizations are the players. Organizations consist of groups of individuals engaged in purposive activity. The constraints imposed by the institutional framework (together with the other standard constraints of economics) define the opportunity set and therefore the kind of organizations that will come into existence”. *Ibid.*, p. 10.

<sup>64</sup> “Contracts provide not only an explicit framework within which to derive empirical evidence about the forms of organization (and hence are the basic empirical source for testing hypothesis about organizations), but also clues with respect to the way by which the parties to an exchange will structure more complex forms of organization. That is, the contracts will reflect different ways to facilitate exchange, whether through firms, franchising, or other more complex forms of agreement that extend in a continuum from straightforward market exchange to vertically integrated exchange”. NORTH, Douglass Cecil. **Institutions, institutional change and economic performance**. New York: Cambridge University Press, 1990, p. 53.

Para garantir a correta execução dos contratos, o terceiro que cumprirá esse papel é uma peça-chave no arranjo institucional<sup>65</sup>. North observa que não existe um cenário onde este terceiro é absolutamente imparcial e sem custos para os contratantes. Em um mundo hipotético onde este terceiro sempre resolve corretamente as disputas entre contratantes, atitudes puramente oportunistas e de má-fé nunca compensariam. Não sendo essa a realidade, a criação de mecanismos imparciais e eficientes de resolução de conflitos entre contratantes é ponto-chave para o *enforcement* de contratos complexos, o que, por sua vez, é também fundamental para o desenvolvimento econômico<sup>66</sup>.

Diante da existência de custos de transação no mundo real, em especial nas contratações públicas, o desafio é, então, o desenho do sistema legal e judicial que garantirá tal cumprimento.

Como última contribuição de North a respeito dos contratos aqui citados, cabe verificar que o autor identificou que, em países em desenvolvimento, o custo de se garantir que o contrato seja cumprido decorre tanto da “ambiguidade da doutrina legal” (o que para ele é um custo de transação relacionado à dificuldade de se estimar algo, ou *measurement cost*) quanto de eventuais desvios no comportamento do julgador<sup>67</sup>.

Mesmo sem preocupação específica com a funcionamento interno de uma relação contratual entre duas partes que não integram uma mesma organização, cabe destacar como pontos importantes da obra de North referidos neste breve tópico: (i) se há custos de transação, instituições são importantes para lidar com essa realidade; (ii) a garantia do cumprimento dos contratos é um desses custos de transação; assim, são fundamentais (iii) a evolução de sistemas legais com a existência de um terceiro que garantirá o cumprimento de contratos; e (iv) a redução da insegurança jurídica.

#### 4. O ARRANJO LEGAL APLICÁVEL À ALTERAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

A hipótese de liberdade de negociação entre as partes e de ausência de custos de transação parece estar longe da realidade dos contratos públicos, que têm custos

---

<sup>65</sup> O Recurso Especial nº 1.163.283 – RS (2009/0206657-6) tratou da função institucional do contrato e da questão dos custos de transação nas relações contratuais sob a ótica do Direito e Economia.

<sup>66</sup> “In a world of perfect enforcement, there would be a third party impartially (and costlessly) evaluating disputes and awarding compensation to the injured party when contracts are violated. In such a world opportunism, shirking, and cheating would never pay. But such a world does not exist. Indeed, the difficulty of creating a relatively impartial judicial system that enforces agreements has been a critical stumbling block in the path of economic development. In the Western world, the evolution of courts, legal systems, and a relatively impartial system of judicial enforcement has played a major role in permitting the development of a complex system of contracting that can extend over time and space, an essential requirement for economic specialization”. NORTH, Douglass Cecil. **Transaction costs, institutions, and economic performance**. San Francisco: ICS Press, 1992, p. 8.

<sup>67</sup> *Id.*, 1990, p. 59.

decorrentes: da elaboração de termos de referência, da contratação por licitação, da burocracia documental em geral, da fiscalização, de eventuais litígios; entre outros. Muitos desses custos, assim, decorrem das normas jurídicas aplicáveis a essa espécie de contratação e da forma como cortes (de contas, judiciais e arbitrais) interpretam e aplicam essas normas.

O desafio do aprimoramento desse arranjo pela lógica do D&E, porém, não deve resultar na busca por um regime de contratações públicas em que as partes gozem da mesma liberdade que há na esfera privada. Se, necessariamente, o contrato administrativo deve estar sujeito a regramentos diversos, de maior ou menor densidade, o cenário hipotético do Teorema de Coase está mais distante deste do que das contratações privadas. Ainda, como também alertou Coase no mesmo artigo do qual foi extraído o teorema que leva seu nome, qualquer pretensão de se alterar um arranjo resultará em *trade-offs*, bem como em custos de transação decorrentes da própria migração de sistemas, sendo fundamental manter em vista o efeito total resultante<sup>68</sup>.

Assim, focando-se na questão da alteração do contrato administrativo, a lógica que resta ser aplicada da teoria do D&E aqui analisada parece ser a busca pela redução dos custos de transação *ex post*, tanto ao desenhar o sistema normativo que regerá a alteração contratual como na atuação dos agentes públicos e privados que aplicarão e interpretarão esse regime legal. Ainda, quanto à atuação específica dos agentes públicos, a redução dos custos de transação não pode perder de vista o que se sabe a respeito da forma como estes tendem a se portar diante da busca racional pela maximização de benefícios.

O arranjo atual pode ser aprimorado, sem perder de vista a existência de seus pontos positivos<sup>69</sup>. Em tópicos anteriores, este artigo já fez referência a dois pontos

---

<sup>68</sup> “It would clearly be desirable if the only actions performed were those in which what was gained was worth more than what was lost. But in choosing between social arrangements within the context of which individual decisions are made, we have to bear in mind that a change in the existing system which will lead to an improvement in some decisions may well lead to a worsening of others. Furthermore we have to take into account the costs involved in operating the various social arrangements (whether it be the working of a market or of a government department), as well as the costs involved in moving to a new system. In devising and choosing between social arrangements we should have regard for the total effect”. COASE, Ronald. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, v. 3, p. 1-44, out. 1960, p. 44.

<sup>69</sup> Como ponto positivo a ser destacado no arranjo atual, cabe referência à previsão na Lei nº 14.133/2021 quanto à contratação integrada, pois o regime não mais está restrito a leis específicas. Essa modalidade de contratação impede o comportamento oportunista da contratada que pretenda alegar a necessidade de alteração no contrato por suposta falha de projeto. Todavia, a possibilidade de alteração prevista no inciso II do art. 133, “para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da Administração”, incorre nos mesmos riscos da contratação pelas modalidades tradicionais. A lei prevê, para esse caso, o respeito ao limite percentual do art. 125.

Além disso, na contratação integrada há elevado risco de seleção adversa, pois a administração está contratando projeto detalhado desenvolvido pela mesma contratada que o executará, ou seja, não há incentivo para que o projeto seja pautado em redução de custos; pelo contrário, há elevado risco de redução de qualidade. Dada a complexidade do projeto, a justificar a forma de contratação escolhida, é certo que a assimetria de informação *ex ante* é elevada.

específicos da alteração do contrato administrativo que parecem ser problemáticos. Um deles é a aplicação que se costuma fazer do instituto do reequilíbrio econômico-financeiro às alterações consensuais, o que parece ser uma visão distorcida do nosso Direito a respeito do tema da incompletude contratual tratado no D&E. O outro ponto é a questão de os limites para as partes alterarem o contrato, que impede o que seria um modelo ideal de ampla renegociação *ex post*.

Ambos os pontos estão ligados. O arranjo atual não parece resultar em bons incentivos para que as partes se portem da melhor forma. Os incentivos não parecem estar direcionados para desencorajar determinados comportamentos oportunistas, fazendo com que as perdas econômicas das partes e as externalidades negativas sejam ainda mais elevadas.

Não seria prudente propor aprimoramentos no sistema jurídico que trata da alteração do contrato administrativo sem antes levar em conta o que já se propôs no passado. As primeiras normas que trataram do assunto referente ao contrato administrativo são dois decretos de 1922, que trataram do Código e do Regulamento de contabilidade da República<sup>70</sup>.

O Decreto nº 15.783/1922 (Regulamento para Execução do Código de Contabilidade Pública), em seu art. 797, previa que “O funcionário incumbido da direcção dos trabalhos e da fiscalização dos fornecimentos e transportes não pode fazer accrescimo nem qualquer outra variação nos contractos estipulados.” Porém, modificações no contrato eram admitidas, “a bem do serviço público”, desde que devidamente motivadas, formalizadas, autorizadas pela autoridade superior e comunicadas ao Tribunal de Contas. Tal decreto somente foi formalmente revogado em 1991.

Já o Decreto-Lei nº 200/1967, ao tratar da contratação pública, sequer atentava para a questão da alteração do contrato; o foco era apenas a licitação. Por sua vez, o Decreto nº 73.140/73, que regulamentava as licitações e os contratos relativos a obras e serviços de engenharia, quanto ao tema da alteração contratual, limitou-se a prever a obrigação de formalização por termos aditivos.

Finalmente, o Decreto-Lei nº 2.300/1986 passou a trazer redação familiar ao tratar do tema da alteração dos contratos administrativos<sup>71</sup>, uma vez que, com alguns

---

Por fim, a contratação integrada tende a elevar muito os custos de elaboração de projetos básicos e executivos (ou somente executivos no caso da modalidade semi-integrada), uma vez que apenas uma das proponentes no certame efetivamente utilizará o projeto completo que elaborou para a licitação. Esses custos tendem a ser repassados ao contratante.

<sup>70</sup> “Na dimensão da figura jurídica, tal como atualmente é conhecida a figura do contrato administrativo, não ficou ela estudada no Direito Público do Império. Tanto o Visconde de Uruguai como Antônio Joaquim Ribas não tocaram no assunto nos seus compêndios. A dependência, doutrinária e legislativa, estava com o Direito Privado. Os tratadistas, que depois surgiram, mantiveram a mesma orientação. Fora posições esparsas, de pouca importância conjuntural no regime, as colocações jurídicas ficaram aquelas presentes nos documentos de 1922, o Código de Contabilidade e ser Regulamento”. FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Contratos administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 125.

<sup>71</sup> Art 55. Os contratos regidos por este decreto-lei poderão ser alterados nos seguintes casos:

ajustes, os mesmos termos vêm sendo repetidos em todas as leis subseqüentes. Quanto à alteração consensual, a regra no referido decreto-lei era que o limite era a não “alteração do objeto do contrato”. Foi também introduzida em nosso ordenamento, quanto às alterações unilaterais, o que a doutrina passou a classificar como “qualitativas” e “quantitativas”.

O Decreto-Lei nº 2.300/1986 passou a prever, também, a alteração consensual, “objetivando a manutenção do inicial equilíbrio econômico e financeiro do contrato”. Aqui parece ter início a confusão legislativa, uma vez que é este o berço legal da distorção da existência de pleitos de reequilíbrio decorrentes de alterações consensuais. Esse diagnóstico decorre do fato de que há em outros trechos do artigo a mesma previsão de manutenção do equilíbrio em caso de fatores exógenos ao contrato e em caso de alteração unilateral<sup>72</sup>.

---

I – unilateralmente, pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por este decreto-lei;

II – por acordo das partes:

a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;

b) quando necessária a modificação do regime de execução ou do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade nos termos contratuais originários;

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial;

d) para restabelecer a relação, que as partes pactuaram inicialmente, entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do inicial equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% do valor inicial do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% para os seus acréscimos.

§ 2º Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no parágrafo anterior.

§ 3º No caso de supressão de obras ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição, regularmente comprovados.

§ 4º No caso de acréscimo de obras, serviços ou compras, os aditamentos contratuais poderão ultrapassar os limites previstos no § 1º deste artigo, desde que não haja alteração do objeto do contrato.

[...]

<sup>72</sup> Há curioso histórico de alterações do dispositivo do decreto-lei que trata da alteração do contrato. Houve tentativa de incluir nova redação que atingia não somente a hipótese de reequilíbrio por alteração unilateral, prevista nos últimos parágrafos do art. 55, mas, também, a hipótese de alteração consensual que aumenta o valor do contrato.

A importação do ferramental do Direito francês relativo ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo parece ter sido feita sem o devido cuidado técnico, pois o instituto que deveria estar restrito às hipóteses de fatores exógenos inesperados e ao Fato do Príncipe passou a estar estranhamente ligado, também, à hipótese de alteração consensual.

Mas qual exatamente seria a hipótese que justificaria que os contratos administrativos em geral sejam “reequilibrados” em decorrência de alteração consensual? Uma resposta poderia ser: para compensar alterações com reflexos econômicos, como acréscimos e decréscimos, feitas pelas partes consensualmente. Tal cenário justifica “reequilibrar” o contrato? Não seria mais lógico tratar da hipótese como renegociação, na qual o contratado privado tem a disponibilidade de seus direitos para fazer concessões econômicas? Assim, eventualmente, tais concessões poderiam divergir daquelas condições originalmente contratadas, para melhor adequar a remuneração do contrato ao novo cenário que as partes optaram, ambas, por perseguir<sup>73</sup>.

O cenário não melhorou com a chegada da Lei nº 8.666/1993. Não cabe aqui reproduzir toda a controvérsia que o tema da alteração contratual gerou desde então na doutrina e na jurisprudência. Para ilustrar tal controvérsia, já se fez anteriormente referência a dois julgados do TCU<sup>74</sup> que revelam insegurança jurídica, um por se propor a tratar de uma hipótese “excepcionalíssima” com um número enorme de requisitos formais, e o outro, por excepcionar tal hipótese diante de peculiaridades concretas.

Sobretudo na doutrina, a opção pela escolha de uma divisão teórica entre alterações qualitativas e quantitativas gera considerável insegurança jurídica e técnica. Embora se possa pensar em bons exemplos de aumentos quantitativos em contratos mais simples, em grandes obras essa classificação dicotômica se revela muito imprecisa no mundo real, quando há necessidade de distinção quanto a aumentos qualitativos.

Na construção de uma usina de energia, de uma grande sala de música, de um terminal de transporte multimodal, qual exatamente seria uma alteração puramente quantitativa? Ainda que se possa pensar em algumas, é possível classificar todas as

---

Em julho de 1987, o Decreto-Lei nº 2.348 passou a limitar as alterações unilaterais que implicassem acréscimos ou supressões de até 25% (ou 50%, em caso de reforma) no contrato, bem como a hipótese de alteração consensual para reequilibrar o contrato, para casos “apenas [de] força maior efetivamente comprovada”. Tal redação foi revogado apenas dois meses depois, em setembro, pelo Decreto-Lei nº 2.360, de 1987, que restaurou a redação original.

<sup>73</sup> A chamada Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016) é a que de forma mais explícita demonstra essa anomalia, ao prever, no § 6º de seu art. 81, que: “Em havendo alteração do contrato que aumente os encargos do contratado, a empresa pública ou a sociedade de economia mista deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial”. Trata-se de uma lei na qual não há a possibilidade de alteração unilateral do contrato. Quanto às hipóteses de adequação do contrato diante de fatores exógenos inesperados, melhor não seria aplicar o regime da Teoria da Imprevisão do Código Civil? Afinal, trata-se de lei na qual os contratos são regidos “pelos preceitos de direito privado” (segundo seu art. 68).

<sup>74</sup> Há outros julgados que poderiam também ser citados a respeito, como o Acórdão do TCU nº 1977/2013, que trata de critérios para alterar contratos sob o regime de preço global.

alterações imagináveis, com segurança, dentro desse critério? Diante da dura realidade de uma classificação dicotômica que não bem acomoda a realidade, a doutrina dobrou a aposta, passando a prever, também, a alteração “qualitativa-quantitativa”<sup>75</sup>.

Cabe aqui explicar que, a despeito de as posições que defendem que tal classificação decorrerem da direta redação legal, é possível interpretar o art. 65 da Lei nº 8.666/1993 de outra forma, ao considerar que a lei parte da premissa de que não necessariamente a hipótese da alínea *a* do inciso I (a alteração qualitativa) pode gerar alteração no valor do contrato. Ou seja, pode haver uma alteração “qualitativa” que não altera o valor do contrato e, por isso, somente no inciso II (a alteração quantitativa) há expressa menção ao dever de serem respeitados os “limites permitidos por esta Lei”.

Ademais, a tese da possibilidade de alteração qualitativa ilimitada esbarra, invariavelmente, no disposto nos §§ 2º e 3º do art. 65, que, conjuntamente, preveem expressamente a necessidade de obediência ao limite legal quanto a itens já previstos na planilha contratual e quanto a novos itens. Por essa interpretação, aumentos consensuais de volume de itens já previstos no contrato encontram óbice na regra do § 2º e aumentos de itens novos no § 3º. Onde estaria na lei a possibilidade de alteração do contrato acima do limite do § 1º?

Tudo isso para se dizer, antes de finalmente chegar à lei nº 14.133/2021, que a divisão conceitual das alterações do contrato em qualitativas e quantitativas é muito problemática, sobretudo porque ela se torna crucial para a determinação do limite legal a ser respeitado. Não se está aqui fazendo uma defesa da impossibilidade de adequar o contrato administrativo às novas necessidades da administração que venham a surgir *ex post*. A crítica é quanto à forma como o Direito Administrativo passou a tratar do tema.

Assim, o arranjo atual é formado: (i) pela opção da doutrina e das cortes de contas por adotarem a técnica casuística de controle das alterações contratuais, com foco em peculiaridades de casos concretos; (ii) pela classificação dicotômica problemática acerca das alterações; (iii) pela existência de reequilíbrio econômico-financeiro decorrente de consenso, com base em “condições efetivas da proposta” de um contrato que ambas as partes optaram por alterar; (iv) pela enorme produção técnica de pareceres, petições, votos, vistorias e relatórios que permeiam esse sistema; (v) pela eventual necessidade de se analisar a subjetividade do ato volitivo do gestor para fins de caracterização de responsabilidade pessoal; e (vi) pelo grande volume de contratos administrativos que deveriam ser fiscalizados por esse sistema.

Esse *estado de coisas* do Direito Administrativo que trata da alteração do contrato não parece estar de acordo com a necessidade de redução de custos de transação

<sup>75</sup> TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 839.

*ex post* reconhecida pela doutrina de Direito e Economia trazida nos tópicos anteriores. Ainda, não parece esse arranjo estar pronto para garantir que os incentivos corretos prevenirão o comportamento oportunista de ambas as partes contratantes.

Os incentivos hoje estão apontados para o seguinte sentido: (i) projetos feitos às pressas para atendimento de pretensões eleitorais quanto à data de entrega de grandes obras; (ii) posteriores alterações contratuais para corrigir o projeto; (iii) necessidade de evitar que as alterações atinjam determinado limite; e (iv) apresentação de pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro com vistas a garantir o pagamento por serviços que não “couberam” dentro do tortuoso limite legal.

Finalmente, a Lei nº 14.133/2021, de forma curiosa, modificou a regra de alteração do contrato administrativo, pois o único limite para alterações consensuais expressamente previsto diz respeito a novos itens da planilha, nos termos do art. 127 da lei<sup>76</sup>. A rigor, nem mesmo a trava quanto à vedação da “transfiguração do objeto” se aplica às alterações consensuais, pois o art. 126 faz expressa menção às alterações unilaterais. A lógica da lei parece concentrar os esforços de limitação de alterações, salvo a hipótese relativa ao volume de itens novos, no preço unitário dos itens e serviços. Tanto preços de itens novos como o valor global do contrato após eventuais alterações de volume de itens já previstos no contrato devem manter a taxa de desconto verificada entre o preço referencial e o preço original do contrato.

Na Lei nº 8.666/93, havia uma coincidência entre os limites para a alteração unilateral e para a alteração consensual. A nova lei, assim, teria mudado o paradigma, pois não há mais essa coincidência de limites. O limite de 25% (ou 50% em caso de reforma), pela letra fria da lei, só se aplica às alterações unilaterais<sup>77</sup>, não tendo sido reproduzida redação correspondente ao disposto no antigo § 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/1993, que limitava também alterações consensuais a tais percentuais. Cabe registrar, porém, que essa interpretação “objetiva” extraída do texto da Lei nº 14.133/2021 quanto aos limites de alteração do contrato não parece ter grande adoção pela doutrina e pela jurisprudência que tratam do tema, havendo, ainda, muito apego a conceitos e mecanismos relativos à lei anterior.

Essa identificação do arranjo legal aplicável à alteração do contrato administrativo revela como o tema é tortuoso no Direito brasileiro. Não se poderia esperar que os órgãos de controle e demais agentes que atuam nesse sistema, diante da missão de aplicar a lei, agiriam de forma muito diversa da que se verifica. Ocorre que essa atuação resulta em elevadíssimos custos de transação *ex post*, em instâncias diversas. Há grande terreno a ser explorado para buscar alternativas que reduzam esses custos, atentando para as peculiaridades das contratações públicas.

<sup>76</sup> A lei positivou o chamado “método de desconto”, sugerido no Acórdão TCU nº 1.755/2004.

<sup>77</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: Lei nº 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

## 5. CONCLUSÃO

A proposta deste artigo foi buscar contribuições relevantes do Direito e Economia (D&E) para o tema da alteração do contrato administrativo no Brasil. Conceitos importantes do D&E para a teoria dos contratos foram aplicados ao contrato administrativo típico, tendo sido possível identificar pontos de contato pertinentes.

Há uma visão jurídica prevalente no sentido de que alterações contratuais são um acidente que acomete a relação contratual, e não algo inerente a esta. Há, também, a visão prevalente de que a Constituição da República garantiria, em qualquer hipótese, remuneração segundo condições originais da proposta. A aplicação conjunta desses entendimentos resulta em um sistema de incentivos para a maior litigiosidade, em um sistema de *Civil Law* no qual já há maior tendência de interferência das Cortes nos contratos.

Essa interpretação de que o texto constitucional trata de reequilíbrio econômico-financeiro, aliada ao sistema de limites percentuais globais para a alteração do contrato administrativo, gera, também, incentivos para a prestação de serviços à administração pública sem previsão contratual. Trata-se da não rara hipótese de o particular pleitear remuneração por serviços prestados por meio de pagamento de indenização.

A tradicional análise do D&E a respeito dos contratos privados tem como premissa o fato de que as partes contratantes buscam, cada uma, a maximização da utilidade do objeto contratado. Não é este o cenário único a se considerar no contrato administrativo. Parece correto ter como premissa que uma das partes contratantes, o particular, segue a lógica da maximização da utilidade do objeto contratado para si.

O mesmo não pode ser dito a respeito do contratante gestor público, uma vez que este não sofrerá as consequências patrimoniais diretas da má gestão do contrato. Como visto, quanto ao gestor público, há um Problema Agente-Principal acentuado, dada a grande assimetria de informação entre este (agente) e o pagador de impostos (principal).

A teoria clássica do D&E dos contratos não foca a hipótese de uma das partes conscientemente agir em detrimento da melhor execução do objeto do contrato – aquela que seria o melhor resultado possível com o menor dispêndio de recursos. É a hipótese do gestor público que, por desídia deliberada ou dolo, torna a execução do contrato mais custosa do que deveria ser ou aceita resultado inferior pelo preço contratado.

Disto resulta que um custo de transação *ex post* bastante relevante, o de fiscalização (ou controle), não poderá ser objeto apenas da lógica de sua redução, como preconizado pelo Teorema de Coase, quando este analisou relações entre entes privados. Nesta linha, Williamson também reconheceu a importância da redução dos custos de transação, sem esquecer, porém, da necessidade de mecanismos de governança nos contratos.

O Direito Administrativo parece já atentar para alguns aspectos dos custos de transação em contratações, por exemplo, o custo de licitar. Por essa razão, a já citada Decisão do Plenário nº 215/99 do TCU, ao ponderar os fatores que justificariam excepcionar o limite legal para alterar o contrato administrativo, considera os custos de uma nova contratação. Na mesma linha, há tal ponderação na Lei de Licitações e Contratos Administrativos, ao elencar fatores a serem considerados para anular o contrato diante da constatação de irregularidades<sup>78</sup>.

Mas o enfoque desses exemplos segue sendo os custos *ex ante*. A consideração dos custos de transação *ex post* da contratação pública ainda não recebe a mesma atenção da lei e da doutrina, quando se trata do tema da alteração dos contratos administrativos. Essa constatação vai ao encontro do que foi identificado quanto ao D&E: há pouco estudo a respeito de mecanismos que reduzam custos *ex post* de alteração do contrato e quanto à corrupção potencial decorrente.

Ao analisar o regime de alteração do contrato administrativo da lei nº 14.133/21, a doutrina não parece apontar mudanças robustas em comparação ao regime anterior, da Lei nº 8.666/1993. Mais do que isso, não é exagero dizer que essa “semelhança” de regimes de alteração do contrato administrativo abarca, também, o previsto no Decreto-Lei nº 2.300/1986. As objetivas sugestões a seguir expostas, que concluem este estudo, com base na teoria do D&E, podem aprimorar o atual regime a partir de pequenos ajustes; com potencial para a geração de resultados concretos significativos.

Em primeiro lugar, parece ser o momento de se *abandonar em definitivo a problemática utilização da classificação dicotômica de alterações contratuais em “qualitativas” e “quantitativas”*. O art. 125 da Lei nº 14.133/2021, quando trata de limite para alterações unilaterais, é expresso ao aplicá-lo a ambas as hipóteses do que seriam alterações quantitativas e qualitativas. Ainda, sequer há como identificar na lei a aplicação desse critério de classificação à hipótese de alteração consensual. Assim, com o perdão de todo o esforço doutrinário e jurisprudencial que já se empreendeu a respeito, parece ser hora de essa classificação cair em desuso.

Quanto à forma para aferir a hipótese de vedação da transfiguração do objeto da contratação, prevista no art. 126 da Lei nº 14.133/2021, *é preferível que haja critério mais objetivo*, reduzindo-se a insegurança para as partes do contrato e a litigiosidade. Admitindo-se que o artigo também se aplica às alterações consensuais do contrato, uma possibilidade de interpretação é que esse limite está objetivamente previsto na lei, no artigo subsequente. Assim, *seria considerado transfigurado o objeto do contrato no qual a inclusão de novos preços unitários aumentou em mais de 25% seu preço global*.

Quanto ao tema dos limites para a alteração consensual do contrato administrativo, cabe estudar a adoção de uma possível lógica de a Lei nº 14.133/2021 *limitar*

<sup>78</sup> Art. 147, X, da Lei nº 14.133/2021.

em 25% (ou 50%) apenas o aumento de novos preços unitários<sup>79</sup>, não estando sujeitos a tal limite o aumento de itens já previstos na planilha contratual; garantida sempre a taxa de desconto da licitação quanto ao preço global do contrato<sup>80</sup>.

A dicotomia imprecisa e insegura entre aumento quantitativo e qualitativo seria, assim, substituída pela dicotomia objetiva entre aumento de itens que já constam na planilha do contrato e aumento de novos preços unitários. A classificação entre itens novos e já existentes na planilha contratual não é nova. A nova interpretação que se propõe é no sentido de que seja somente essa classificação a considerada para separar itens que estão ou não sujeitos ao limite legal de aumento.

Essas três sugestões concretas têm fundamento na letra da Lei nº 14.133/2021, embora diverjam da interpretação costumeira da doutrina e jurisprudência a respeito. Por serem medidas que tornam as regras para alteração do contrato mais objetivas, reduzem a insegurança jurídica, a litigiosidade e o dispêndio de recursos para o controle externo. Dessa forma, reduzem significativamente os custos de transação *ex post*.

Ademais, esses ajustes aproximam o sistema de alteração do contrato administrativo de um modelo que foi apontado como ótimo por estudo econômico tratado no tópico 2 deste artigo, uma vez que o contrato adotaria a lógica *fixed-price* no momento da contratação, passando-se para o modelo *cost-plus* sem limites prévios em caso de alterações relevantes no projeto original (salvo para novos itens sem previsão na planilha contratual).

De nada adianta, porém, a adoção de novos limites objetivos para a alteração do contrato se a prática do controle interno e externo das alterações contratuais seguir criando não raras flexibilizações “excepcionalíssimas”. O controle pautado por peculiaridades concretas aumenta a insegurança jurídica, aumenta os custos de transação e acaba por fomentar o referido “apagão das canetas”.

Pode ser preferível o *trade-off* de se conviver com limites objetivos inflexíveis, concomitantemente com eventual necessidade de licitar novamente um projeto sujeito a intercorrências supervenientes muito específicas. A fuga da concretização das raras hipóteses em que uma nova licitação será necessária para a conclusão do objeto do contrato não pode se tornar pretexto para instabilizar todo o regime aplicado à alteração contratual.

Cabe a reflexão a respeito do que é mais custoso para o pagador de impostos: excepcionais hipóteses de uma nova licitação para a conclusão do objeto do contrato ou um regime de alteração do contrato administrativo permeado por regras pouco objetivas e um controle calcado em análises casuísticas. Ainda que um Tribunal de Contas passe anos analisando um termo aditivo contratual que ultrapassou o limite legal de aumento do preço global do contrato, para concluir que aquele caso concreto

<sup>79</sup> Art. 127 da Lei nº 14.133/2021.

<sup>80</sup> Art. 128 da Lei nº 14.133/2021.

apresentava peculiaridades que o permitia, tal exemplo não parece representar o funcionamento desejável do sistema de controle.

O volume de contratos administrativos é infinitamente superior à capacidade das Cortes de Contas e demais agentes de controle de efetuarem uma análise casuística detalhada e acertada. O sistema com regras objetivas como as suprapropostas parece ser preferível, pois, ao final, ainda que conviva com excepcionais casos de necessidade de nova licitação, é menos custoso para o pagador de impostos, que, além de arcar com as despesas tal sistema de controle, é também a parte que arca com os demais custos de transação *ex post* do contrato administrativo.

Ainda, um sistema de controle calcado em critérios objetivos é mais compatível com a adoção de *mecanismos de fiscalização automatizados*, que acompanhem em tempo real alterações em planilhas contratuais, para que se garanta o respeito ao limite legal de aumento de novos preços unitários, bem como a manutenção da taxa de desconto da licitação. Embora o desenvolvimento inicial e a implantação dessa espécie de controle automatizado possam ser custosos, a redução dos custos de transação tende a ocorrer conforme a ferramenta for padronizada e compartilhada com os diversos entes federativos contratantes, sobretudo se considerado o potencial papel do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP)<sup>81</sup>.

De maneira geral, as alterações do contrato devem receber ampla publicidade quanto ao procedimento administrativo que antecede os termos aditivos<sup>82</sup>. *A publicidade quanto aos preços de itens novos na planilha contratual é fundamental*, agindo como mecanismo de desincentivo para a adoção de preços que destoem dos valores de mercado para produtos customizados não previstos nos repositórios oficiais de preços referenciais<sup>83</sup>.

Além disso, uma melhoria do sistema de contratações que não é novidade, mas tende a auxiliar muito na *diminuição dos incentivos para o aumento de valor indevido do contrato*, seria a instituição efetiva nas contratações públicas no Brasil do *performance bond*, sem ignorar as dificuldades reais do mercado brasileiro de seguros para absorver o que seria a demanda decorrente de sua ampla adoção. Outra melhoria que vai ao encontro do já referido aprimoramento dos projetos de grandes obras é a

---

<sup>81</sup> Art. 174 da Lei nº 14.133/2021.

<sup>82</sup> JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma proposta para melhorar os aditamentos a contratos públicos. In: JURKSAITIS, Guilherme Jardim; SUNDFELD, Carlos Ari. (org.). **Contratos públicos e Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 277-294.

<sup>83</sup> Ainda, o sistema automatizado de controle de alterações contratuais pode conter informações referenciais a respeito de descontos esperados com o ganho de escala dos itens da planilha contratual. Assim, com base em indicadores objetivos dos preços de mercado, o sistema pode alertar o gestor e o controlador em caso de perda de vantajosidade em determinado aumento de um item já existente da planilha, que deixou de aplicar o desconto decorrente do ganho de escala. Cabe recordar que tal hipótese pode não ser incomum, diante do proposto sistema em que o aumento de itens já existentes na planilha contratual não está sujeito ao limite previsto no art. 125 da Lei nº 14.133/2021.

adoção do sistema *Building Information Modelling* (BIM), que tem o potencial de funcionar como inibidor de alterações indevidas no projeto<sup>84</sup>.

Finalmente, o aprimoramento do regime de alteração do contrato administrativo com influência do ferramental do D&E deve passar pelo *abandono da aplicação do instituto do reequilíbrio econômico-financeiro à hipótese de alteração consensual*, em especial quando este é utilizado como método para auferir lucro por serviços prestados sem previsão contratual. Salvo o caso de alteração unilateral, o instituto deve estar restrito às hipóteses de Fato do Príncipe ou causas exógenas imprevisíveis.<sup>85</sup> Essa última conclusão deriva, em especial, do que se expôs a respeito da incompletude contratual, dos incentivos existentes no momento da alteração contratual, bem como da crítica feita à quase hegemônica interpretação dada ao inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BAJARI, Patrick; HOUGHTON, Stephanie; TADELIS, Steven. Bidding for incomplete contracts: an empirical analysis of adaptation costs. **American Economic Review**, v. 104, n. 4, 2014, p. 1288-1319. Disponível em: [http://biblioteca.esucomex.cl/RCA/Bidding%20for%20incomplete%20contracts\\_an%20empirical%20analysis.pdf](http://biblioteca.esucomex.cl/RCA/Bidding%20for%20incomplete%20contracts_an%20empirical%20analysis.pdf). Acesso em: 7 jan. 2022.

BAJARI, Patrick; TADELIS, Steven. Incentives versus transaction costs: a theory of procurement contracts. **RAND Journal of Economics**, v. 32, n. 3, 2001, p. 387-407.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/civil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/civil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 26 ago. 2024.

BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá

---

<sup>84</sup> O sistema tem previsão de utilização em obras federais, nos termos do Decreto nº 10.306/2020.

<sup>85</sup> Embora não haja a pretensão de abordar o tema neste artigo, não se ignora a existência do debate a respeito do cabimento de reequilíbrio econômico-financeiro aplicado indistintamente para a hipótese de alteração unilateral do contrato, para a hipótese típica de Fato do Príncipe e para a hipótese de caso fortuito ou força maior que afete o contrato. Como nota a respeito de como o escopo do instituto do reequilíbrio parece ter sido indevidamente estendido desde sua introdução no Direito Administrativo brasileiro, na já citada obra de Themístocles Brandão Cavalcanti, sequer há menção à teoria de imprevisão e cabimento de reequilíbrio quando o autor trata do contrato de obra. Esses conceitos ligados à mutabilidade contratual são tratados pelo autor apenas quando este aborda os contratos de concessão de serviço público. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1967.

outras providências. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, p. 8269, 22 jun.1993. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1993/lei-8666-21-junho-1993-322221-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 20 set. 1994.

BRASIL. Decreto nº 10.306, de 02 de abril de 2020. Estabelece a utilização o *Building Information Modelling* na execução direta ou indireta de obras e serviços de engenharia realizada pelos órgãos e pelas entidades da administração pública federal, no âmbito da Estratégia Nacional de Disseminação do *Building Information Modelling* - Estratégia BIM BR, instituída pelo Decreto nº 9.983, de 22 de agosto de 2019. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, p.5, 3 abr. 2020. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2020/decreto-10306-2-abril-2020-789938-publicacaooriginal-160263-pe.html>. Acesso em: 20 set. 2024.

BRASIL. Decreto nº 15.783, de 8 de novembro de 1922. Aprova o regulamento para execução da Lei nº 4.069, de 19 de dezembro de 1917. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, 1922. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1910-1929/D15783.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D15783.htm). Acesso em: 16 set. 2024.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 27 fev. 1967. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1960-1969/decreto-lei-200-25-fevereiro-1967-376033-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 20 set. 2024.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 21 nov. 1986. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2300-86.htm?origin=instituicao](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm?origin=instituicao). Acesso em: 16 set. 2024.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 13635, 09 set. 1942. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-4657-4-setembro-1942-414605-publicacaooriginal-68798-pe.html>. Acesso em 24 set. 2024.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 6993, 03 jun.1992. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em 24 set. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 01 jul.2016. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2016/lei-13303-30-junho-2016-783296-publicacaooriginal-150691-pl.html>. Acesso em: 20 set. 2024.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administra-

tivos. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 1 abr. 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm). Acesso em: 18 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.163.283 – RS (2009/0206657-6)**. Recurso especial. Processual civil. Contratos de financiamento imobiliário. Sistema financeiro de habitação. Lei nº 10.931/2004. Inovação. Requisitos para petição inicial. Aplicação a todos os contratos de financiamento. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em 7 abr. 2015. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200902066576&dt\\_publicacao=04](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200902066576&dt_publicacao=04). Acesso em: 20 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 448/2011**. Representação. Possíveis irregularidades em contrato relacionado à transferência de tecnologia referente à produção de hemoderivados. Oitiva da Hemobrás e da empresa contratada. Esclarecimentos dos principais pontos levantados pela equipe técnica. Recomendações. Conversão do processo em acompanhamento. Relator Aroldo Cedraz. Julgado em 23 fev. 2011. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A448%2520ANOACORDAO%253A2011%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A448%2520ANOACORDAO%253A2011%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0). Acesso em: 20 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1755/2004**. Embargos de Declaração. Conhecimento. Licitação. Estudos sobre o “jogo de planilha”, conjunto de técnicas voltadas à manipulação dos preços unitários, para engendrar o superfaturamento em obras públicas. Considerações sobre a prática espúria e as medidas que devem ser adotadas pela Administração para evitá-la. Discussão sobre a metodologia que deve ser aplicada pela Administração para neutralizar eventuais ganhos auferidos pela contratada e, em sentido inverso, evitar prejuízos em desfavor da Administração, a fim de garantir que o contrato, após aditivos, continue refletindo a melhor proposta. Provimento parcial. Reforma da deliberação embargada. Determinação. Comunicação. Relator Walton Alencar Rodrigues. Julgado em 10 nov. 2004. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A1755%2520ANOACORDAO%253A2004%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1755%2520ANOACORDAO%253A2004%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0). Acesso em 25 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1977/2013**. Processo Administrativo. Estudo sobre aplicação do regime de empreitada por preço global na contratação de obras públicas. Determinação à SEGECEX. Ciência da deliberação adotada ao ministério do planejamento orçamento e gestão. Arquivamento. Relator: Valmir Campelo. Julgado em 31 jul. 2013. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A1977%2520ANOACORDAO%253A2013%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1977%2520ANOACORDAO%253A2013%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0). Acesso em: 24 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão nº 215/99**. Consulta formulada pelo Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal. Possibilidade de alteração de contrato administrativo em valor excedente ao limite estabelecido na Lei 8.666/93, visando à utilização de nova tecnologia na execução das obras. Caso concreto. Considerações levantadas pelo Ministério Público junto ao TCU quanto à relevância da matéria para o interesse público. Comunicação. Arquivamento. Relator: Min. Adhemar Ghisi, 21 de maio de 1999. Disponível em: <https://www.tcu.gov.br/acordaoslegados/1999/Plenario/DC-1999-000215-JAM-PL.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2024.

CALABRESI, Guido. **The future of law and economics**: essays in reform and recollection. Connecticut: Yale University Press, 2016.

CÂMARA, Jacintho Arruda; PARESI DE SOUZA, Ana Paula. Existem cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos? **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, 2020, p. 185-208. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/82011>. Acesso em: 7 jan. 2022.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1967.

COASE, Ronald. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, v. 3, p. 1-44, out. 1960.

COOTER, Robert D. Law and the imperialism of economics: an introduction to the economic analysis of law and a review of the major books. **UCLA L. Rev.**, v. 29, 1981, p. 1260-1269. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1111675?v=pdf>. Acesso em: 23 ago. 2024.

COOTER, Robert D. The cost of coase. **The Journal of Legal Studies**, v. XI, jan. 1982. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1111816/files/fulltext.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021.

COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6 ed. Berkeley: Berkeley Law Books, 2016. *E-book*. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/books/2>. Acesso em: 3 jan. 2022.

DRIESEN, David; MALLOY, R. Critiques of law and economics. In: PARISI, Francesco (ed.). **The Oxford handbook of law and economics methodology and concepts**. Oxford: Oxford University Press, 2017, v. 1. p. 300-320.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Contratos administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1981.

FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de “prorrogação”. In: MOREIRA, Egon Bockman (coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro**: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 371-388.

HART, Oliver. Incomplete contracts and control. **American Economic Review**, v. 107, n. 7, 2017, p. 1731-1752. Disponível em: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/aer.107.7.1731>. Acesso em: 2 jan. 2022.

HART, Oliver; MOORE, John. Incomplete contracts and renegotiation. **Econometrica: Journal Of The Econometric Society**, v. 56, n. 4, p. 755-785, jul. 1988. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1912698>. Acesso em: 11/11/2021. Acesso em: 8 jan. 2022.

HART, Oliver; SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W. The proper scope of government: theory and an application to prisons. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 112, n. 4, 1997, p. 1127-1161. Disponível em: [https://scholar.harvard.edu/files/shleifer/files/proper\\_scope.pdf](https://scholar.harvard.edu/files/shleifer/files/proper_scope.pdf). Acesso em: 26 ago. 2024.

JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma proposta para melhorar os aditamentos a contratos públicos. In: JURKSAITIS, Guilherme Jardim; SUNDFELD, Carlos Ari. (org.). **Contratos públicos e Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 277-294.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

KAERCHER LOUREIRO, Gustavo, **Estudos sobre o regime econômico-financeiro de contratos de concessão**. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. **A theory of incentives in procurement and regulation**. Cambridge: MIT Press, 1993.

LIBORIO, Matheus Pereira *et al.* A abordagem da análise econômica do direito em contratações públicas: uma revisão sistemática da literatura do Brasil. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, DF, v. 12, n. 2, p. 110-144, maio/ago. 2021. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/ealr/article/view/12054>. Acesso em: 9 out. 2021.

MCCHESENEY, Fred S.; SHUGHART II, William F. **The causes and consequences of antitrust: the public choice perspective**. Chicago: University of Chicago Press, 1995.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

NOBEL PRIZE OUTREACH AB. The Prize in Economic Sciences 2016 – Press release. **NobelPrize.org**, 26 ago. 2024. Disponível em: <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2016/press-release/>. Acesso em: 22 jan. 2022.

NÓBREGA, Marcos. Análise econômica do direito administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti. (coord.). **Direito e economia no brasil: estudos sobre a análise econômica do direito**. 4. ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 418-428.

NORTH, Douglass Cecil. **Transaction costs, institutions, and economic performance**. San Francisco: ICS Press, 1992.

NORTH, Douglass Cecil. **Institutions, institutional change and economic performance**. New York: Cambridge University Press, 1990.

PARGENDLER, Mariana, The role of the state in contract law: the common-civil law divide (March 1, 2018). **Yale Journal of International Law**, v. 43, n. 1, 2018, p. 143-189. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2848886>. Acesso em: 5 jan. 2021.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Progressive law and economics – and the new administrative law. **The Yale Law Journal**, v. 98, n. 2, 1988, p. 341-368.

SOUZA, Paulino José Soares de; DO URUGUAY, Visconde. **Ensaio sobre o Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862.

SUNDFELD, Carlos Ari; CAMPOS, Rodrigo Pinto de. Contratos administrativos de obras e o problema de sua alteração. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 8, n. 28, jan./ mar. 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. Contratos administrativos – distinção entre acréscimo de valor estimado e ampliação do objeto (art. 65, §1º, da Lei nº 8.666/93). **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 4, n. 40, abr. 2005.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur; BRADY, Gordon L. **Government failure: a primer in public choice**. 2. ed. Washington, D.C.: Cato Institute, 2005.

WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism. firms, markets, relational contracting**. New York: The Free Press, 1985.

WILLIAMSON, Oliver E. The economics of organization: the transaction cost approach. **American Journal of Sociology**, v. 87, n. 3, 1981, p. 548-577.



# CONSEQUENCIALISMO NO DIREITO PÚBLICO: INTERPRETAÇÃO E EFETIVIDADE DO ART. 20 DA LINDB NO CONTROLE JUDICIAL DA PANDEMIA DE COVID-19

*Consequentialism in public law: interpretation and effectiveness of art. 20 of the LINDB in the judicial control of the Covid-19 pandemic*

Mauro Oliveira Magalhães<sup>1</sup>

## SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Contextos teórico e jurídico do art. 20 da LINDB; 2.1. Contexto teórico: consequências como método de tomada de decisão no Direito; 2.2. Pragmatismo jurídico e o artigo 20 da LINDB; 2.3. Críticas ao pragmatismo e à adjudicação consequentialista; 2.4. Contexto jurídico: neoconstitucionalismo, decisões arbitrárias e o papel do art. 20 da LINDB; 3. Interpretação do art. 20 da LINDB; 3.1. Âmbito de aplicação: decisão com base em valores jurídicos abstratos; 3.2. Consequências práticas da decisão e valoração das medidas alternativas; 3.3. Princípio da proporcionalidade e consequentialismo na motivação expressa do ato; 4. Efetividade do art. 20: estudo de caso sobre sua aplicação no controle judicial da pandemia; 4.1. Considerações metodológicas; 4.2. A Ação Civil Pública nº 1065795-73.2020.8.26.0053: o caso da volta às aulas presenciais no Estado de São Paulo; 4.3. Discussão sobre o caso; 5. Conclusão; Referências Bibliográficas.

## RESUMO

Este artigo pretende verificar as inovações trazidas pelo art. 20 da LINDB no Direito brasileiro, analisando a interpretação que lhe deve ser feita e de que forma pode ser aplicado. Para tanto, o dispositivo será estudado à luz da teoria do pragmatismo jurídico. Além disso, por meio de estudo de caso da ação civil pública proposta contra Decreto do Estado de São Paulo que determinou a volta às aulas presenciais no estado durante a pandemia causada pela Covid-19, este estudo buscará descobrir se o art. 20 foi devidamente aplicado nas decisões de mérito proferidas no processo, de acordo com as premissas teóricas estruturadas nos capítulos anteriores.

**Palavras-chave:** Decisão judicial. Consequências práticas. Pragmatismo jurídico. Valores jurídicos abstratos. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Controle judicial. Pandemia. Covid-19.

## ABSTRACT

This article aims to verify the innovations brought about by art. 20 of the LINDB in Brazilian law, analyzing how it should be interpreted and how it can be applied. To this end, the provision will be studied in the light of the theory of legal pragmatism. In addition, through a case study of the public civil action brought against the São Paulo State Decree that ordered the return to face-to-face classes in the state during the pandemic caused by Covid-19, this study will seek to find out whether art. 20 was properly applied in the decisions on the merits handed down in the case, in accordance with the theoretical premises structured in the previous chapters.

**Keywords:** Judicial decision. Practical consequences. Legal pragmatism. Abstract legal values. Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law. Judicial control. Pandemic. Covid-19.

<sup>1</sup> Procurador do Estado de São Paulo. Integrante da Coordenadoria de Execuções contra a Fazenda Pública (Cefap). Especialista em Direito e Economia pela Escola Superior da PGE-SP. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS).

## 1. INTRODUÇÃO

Em 26 de abril de 2018 foi publicada a Lei nº 13.655/2018, que introduziu os arts. 20 a 30 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com o objetivo de aprimorar a interpretação e aplicação do Direito Público no país. As modificações realizadas foram resultado de estudos dos professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, que os apresentaram ao Senador Antônio Anastasia, responsável pelo envio do PLS 349/2015 ao Senado, dando origem à mencionada lei.

O debate por trás da mudança é a chamada “Administração Pública do medo” ou “apagão das canetas”, isto é, a paralisia, inação ou não inovação pelo administrador público, por insegurança jurídica e receio de punição em caso de interpretação contrária pelos órgãos de controle. Houve quem chamasse a nova LINDB de “Lei da Segurança para a Inovação Pública”<sup>2</sup>, denominação que, embora não tenha tido grande adesão, demonstra bem os objetivos da lei. A reforma também buscou lidar com distorções na atividade decisória do Direito Público, especialmente no controle da administração pública, com uso descomedido de princípios e de padrões vagos para sustentar decisões jurídicas<sup>3</sup>.

Nesse sentido, dentre as alterações realizadas, inseriu-se o art. 20, que determinou a consideração das consequências práticas das decisões, quando baseadas em valores jurídicos abstratos. A norma, alinhada ao princípio da motivação dos atos administrativos e ao art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil (CPC), que prevê hipóteses em que a decisão judicial não se considerará devidamente fundamentada<sup>4</sup>, criou requisitos formais adicionais à decisão administrativa, controladora ou judicial que se baseie em princípios e outras normas jurídicas abstratas.

A relevância do dispositivo se encontra não somente na adoção do consequencialismo como um dos critérios de julgamento das decisões, mas, também, por apresentar requisitos adicionais à forma com tais decisões devem ser tomadas, com o propósito de aprimorar o processo decisório no Direito Público brasileiro.

---

<sup>2</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. A nova LINDB e o consequencialismo jurídico como mínimo essencial. **Consultor Jurídico**, 18 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opiniao-lindb-quadrantes-consequencialismo-juridico>. Acesso em: 13 jan. 2022.

<sup>3</sup> LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (org.). **Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: FGV, 2016, p. 25-31. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18009>. Acesso em: 24 jan. 2022.

<sup>4</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 17 jan. 2022.

O objetivo deste trabalho é verificar, de um lado, a interpretação que deve ser feita do art. 20 da LINDB e, de outro, analisar sua efetiva aplicação em juízo. Para tanto, escolheu-se o método de pesquisa estudo de caso. Foi analisada a Ação Civil Pública nº 1065795-73.2020.8.26.0053, que buscou impedir o retorno às aulas presenciais no Estado de São Paulo durante a pandemia causada pela Covid-19<sup>5</sup>.

O controle judicial da pandemia foi realizado diante de enorme incerteza jurídica e da inexistência de critérios legais claros quanto à legitimidade da atuação estatal. Nesses casos, o Poder Judiciário se viu obrigado a dar respostas baseadas em valores jurídicos dotados de alta abstração, tornando a aplicação do art. 20 da LINDB, em princípio, obrigatória.

Assim, na primeira parte deste trabalho o dispositivo legal será analisado quanto a seu sentido e alcance, analisando-se, inicialmente, os contextos teórico e jurídico que o precederam. Em seguida, o estudo se ocupará de definir contornos interpretativos ao art. 20 propriamente dito, com a análise de seu âmbito de incidência, o que se entende por consequências práticas da decisão, como encontrá-las, como atender às prescrições do artigo e as possíveis consequências de sua inobservância.

A segunda parte se dirigirá a debater o caso escolhido, explorar os fatos relacionados à lide e os argumentos das partes, examinar o conteúdo das decisões nele proferidas e verificar se houve a efetiva aplicação do art. 20 da LINDB, de acordo com as premissas teóricas estruturadas nos capítulos anteriores.

## 2. CONTEXTOS TEÓRICO E JURÍDICO DO ART. 20 DA LINDB

### 2.1. Contexto teórico: consequências como método de tomada de decisão no Direito

Conforme lição de Marco Antonio Loschiavo L. de Barros, o tema Direito e consequência pode ser apresentado de duas maneiras: (i) como *consequências jurídicas*; e (ii) como *consequências extrajurídicas*<sup>6</sup>.

Pela primeira, entende-se a consequência como resultado jurídico da decisão. Por exemplo, a consequência jurídica da celebração de um contrato é a criação, modificação ou extinção de direitos e deveres entre os contratantes. A consequência de uma sentença, como regra, é a declaração, constituição ou condenação de uma das

<sup>5</sup> SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ação Civil Pública nº 1065795-73.2020.8.26.0053**. Classe – Assunto Ação Civil Pública Cível - Ensino Fundamental e Médio. Requerente: Apeoesp Sind dos Prof do Ensino Oficial do Est e outros. Requerido: Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Juiz(a) de Direito: Dr(a). Simone Gomes Rodrigues Casoretti, 28 de janeiro de 2021a. Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/1/04aafc8f8d3b49\\_escola.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/1/04aafc8f8d3b49_escola.pdf). Acesso em 22 jan 2022.

<sup>6</sup> BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. **Tribunais, complexidade e decisão: o argumento consequencialista no Direito Brasileiro**. 2018. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

partes a prestar alguma obrigação. Trata-se, essa primeira acepção, das consequências jurídicas *dentro do Direito*, não sendo este o objeto do dispositivo legal aqui estudado.

A segunda acepção se refere aos desdobramentos das decisões jurídicas *fora do ordenamento*, ou seja, suas consequências fáticas, sociais ou econômicas. Ao mencionar a necessidade de consideração das *consequências práticas* da decisão, a LINDB trata desse tipo de consequência.

Nada obstante, argumentos consequencialistas não são novidade no Direito brasileiro e estão presentes na história da jurisprudência pátria. Em pesquisa sobre a utilização desses argumentos pelo Supremo Tribunal Federal (STF), Marco Antonio Loschiavo L. de Barros analisou decisões da Suprema Corte em controle de constitucionalidade sobre direitos econômicos e sociais, entre os anos de 1988 e 2016.

A pesquisa verificou que tais argumentos foram utilizados em decisões de 58 ações de controle concentrado (Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO) de um universo de 301 casos analisados, o que representa um percentual próximo de 20%. Em 13 casos, o argumento foi preponderante para tomada da decisão vencedora, inclusive com reprodução na ementa, representando cerca 4% da totalidade de processos analisados<sup>7</sup>.

Recentemente, no contexto da pandemia, o STF foi chamado a resolver ações civis originárias – ACOs – ajuizadas por Estados da Federação, para fins de suspender temporariamente o pagamento de suas dívidas com a União. Na ACO nº 3.378, o Ministro Relator Alexandre de Moraes deferiu a liminar requerida pelo Estado do Rio Grande do Norte, determinando a suspensão por 180 dias do contrato de refinanciamento de dívida do Estado-autor com a União, desde que os valores respectivos fossem utilizados integralmente no custeio de ações de combate à pandemia do coronavírus. Sob o fundamento de que a pandemia é “uma ameaça real e iminente, que irá extenuar a capacidade operacional do sistema público de saúde, com consequências desastrosas para a população, caso não sejam adotadas medidas de efeito imediato”<sup>8</sup>, deixou evidente que as consequências sociais advindas da não concessão da liminar foram fundamentais ao acolhimento da tutela provisória requerida.

O art. 20 insere-se nesse contexto, prescrevendo o dever de que se considerem as consequências práticas das decisões em Direito Público, sempre que baseadas em valores jurídicos abstratos. Eis o teor do dispositivo legal:

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tutela Provisória nº 3.378. Relator: Min. Alexandre de Moraes. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 7 abr. 2020b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342847444&text=.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2022.

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. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

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. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)º.

A norma impõe, para além da verificação das consequências práticas da decisão, que tal análise deve constar expressamente da motivação do ato, demonstrando-se, ainda, a razoabilidade da medida, inclusive em face das possíveis alternativas. Portanto, embora não inove completamente o ordenamento, o art. 20 muda a lógica das decisões em matéria de Direito Público, exigindo motivação consequencialista sempre que se decidir com base em valores jurídicos abstratos.

## 2.2. Pragmatismo jurídico e o art. 20 da LINDB

Seja por enfatizar a análise consequencialista das decisões jurídicas, seja por demandar motivação casuística, a introdução legislativa ora estudada tem relação com a teoria do pragmatismo jurídico, corrente filosófica nascida nos Estados Unidos que tratou, entre outros temas, da adjudicação consequencialista no Direito.

O pragmatismo nasceu nos Estados Unidos em meados do século XIX, com as obras de Charles Sander Peirce e William James, criadores do denominado Clube Metafísico (*Metaphysical Club*). Conforme lição de Thamy Pogrebinschi, a denominação do referido clube foi escolhida de forma irônica, pois o objetivo do grupo era criticar a metafísica tradicional e seu pensamento abstrato desconectado da prática<sup>10</sup>.

Sua vertente jurídica, o pragmatismo jurídico, nasce no início do século XX. Não obstante as variadas formas, é possível identificar sobre ele três características principais, quais sejam:

i) antifundacionalismo: por rejeitar entidades metafísicas, conceitos abstratos, princípios perpétuos. A postura pragmática é sempre aberta a novas possibilidades que possam falsear as hipóteses até então descritas como verdadeiras. De acordo com José Vicente S. de Mendonça, “o antifundacionalismo é um antídoto contra

<sup>9</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 9 set. 1942. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm). Acesso em: 8 jul. 2021.

<sup>10</sup> Pogrebinschi (2007 *apud* OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do Direito Administrativo à luz do pragmatismo jurídico. **Revista De Direito Administrativo**, v. 256, n. 1, p. 129-163, jan. 2011. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/ar-ticle/view/8496/7245>. Acesso em: 8 jul. 2021).

o fetichismo de teorias e contra a tentação de torcer os dados para adequá-los às proposições teóricas<sup>11</sup>;

ii) contextualismo: por basear a interpretação em questões práticas, de modo que toda e qualquer proposição seja julgada a partir de sua conformidade com as necessidades sociais e humanas;

iii) consequencialismo: uma vez que as decisões devem ser tomadas a partir de suas consequências práticas (olhar para o futuro e não para o passado). Isso conduz o pragmatista a uma atitude marcadamente empiricista e experimentalista, caracterizando o pragmatismo como método, uma atitude ou postura diante de questões concretas<sup>12</sup>.

Sob a ótica do pragmatismo jurídico, o Direito é essencialmente definido como a atividade realizada pelos juízes (ou por aquele responsável por interpretá-lo e concretizá-lo no caso concreto). Assim, na adjudicação do Direito o intérprete não simplesmente *encontra* a norma aplicável, mas a *cria*, de acordo com as circunstâncias do caso e com base nas consequências sociais e econômicas de sua decisão.

De acordo com Richard Posner<sup>13</sup>, um dos nomes mais importantes do pragmatismo jurídico, o método de trabalho do juiz pragmático diferencia-se do formalista positivista, na medida em que o juiz positivista começa e geralmente termina sua atividade com um exame da jurisprudência, da legislação, da regulamentação executiva e dos dispositivos constitucionais. O pragmatista, por sua vez, tem a jurisprudência e a legislação como ponto de partida, mas também levará em conta a investigação das consequências das alternativas possíveis à solução do caso concreto.

Todavia, Posner adverte que a adjudicação pragmática não significa simplesmente uma adjudicação *ad hoc*, preocupada tão somente com a escolha da decisão que tiver as melhores consequências naquele caso concreto. Isso porque devem ser consideradas as *consequências sistêmicas*, e não apenas específicas da decisão. Em suas palavras:

A adjudicação pragmática não é, como seus detratores acusam, sinônimo de tomada de decisão *ad hoc*, isto é, sempre decidir um caso de forma que tenha as melhores consequências imediatas sem considerar possíveis consequências futuras. Tal abordagem seria não pragmática ao desconsiderar as consequências sistêmicas adversas da adjudicação *ad hoc*<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Mendonça (2014 *apud* BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. *E-book*).

<sup>12</sup> Binenbojm, *op. cit.*

<sup>13</sup> POSNER (2012 *apud* ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, p. 113-144, set. 2019, p. 122. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/80832>. Acesso em: 8 jul. 2021).

<sup>14</sup> POSNER, Richard. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 47.

Por consequências sistêmicas se devem entender as consequências da decisão para o caso concreto e para o sistema jurídico. Assim, embora o intérprete pragmático não se prenda cegamente ao formalismo jurídico e às regras preexistentes, deve ponderar que decidir com base no texto da lei é uma decisão – na grande maioria dos casos – pragmática, garantindo segurança jurídica e previsibilidade.

A decisão de acordo com uma norma, portanto, não deixa de ser pragmática, uma vez que o prejuízo de ignorar as consequências no caso particular deve ser pesado em relação ao ganho por simplificar a adjudicação, minimizar o arbítrio judicial, aumentar a transparência e tornar as obrigações mais definitivas<sup>15</sup>.

Ocorre que a adjudicação pragmática será sempre prospectiva, isto é, olhará para o futuro, ponderando as consequências que o julgamento acarretará, ainda que considere a aplicação do Direito realizada no passado.

Nesse sentido, não se confunde com o utilitarismo, entendido como filosofia moral segundo a qual a decisão moralmente correta é aquela apta a promover a maximização da utilidade geral. Conforme explicação de Gustavo Binbenbojm, segundo Posner, a postura pragmática busca identificar os cenários gerados por cada decisão possível, mas o critério para a escolha mais adequada pode ou não incluir a maximização do bem-estar. É dizer, o raciocínio pragmático não conduzirá sempre à decisão que atenda, naquele caso concreto, às melhores consequências, uma vez que outros valores devem igualmente ser considerados.

Dessa forma, o processo de adjudicação pragmática é realizado de acordo com o seguinte método:

Uma etapa [...] consiste em individualizar, aos pares, cada decisão possível e as consequências dela decorrentes (etapa descritiva). A etapa seguinte consistirá na ordenação desses pares consoante algum critério de julgamento (político ou jurídico, conforme o caso) entre os estados de coisas a serem alcançados (etapa normativa ou prescritiva).

Assim, por exemplo, a ordem político-jurídica pode legitimamente apontar como critério de decisão a proteção de posições individuais minoritárias, como, *e.g.*, medidas inclusivas de pessoas com necessidades especiais no mercado de trabalho – fundada em razões ligadas à dignidade humana, à igualdade ou à solidariedade social – ainda quando delas não resulte a maximização da utilidade para todos os membros da coletividade<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. *E-book*.

Sob esses influxos e considerando a realidade do Direito Público no Brasil, autores como Gustavo Binbenbojm<sup>17</sup> e Rafael Carvalho Rezende Oliveira<sup>18</sup> falam, respectivamente, em giro pragmático do Direito Administrativo e em releitura do Direito Administrativo à luz do pragmatismo jurídico.

Em linhas gerais, trata-se de analisar o Direito Administrativo com tendências *empiricistas* e *indutivas* para criação de soluções que melhor se adequem à realidade do Poder Público, inclusive se valendo de instrumental fornecido por outras ciências, como a Economia (análise econômica do Direito). Esse movimento, segundo Gustavo Binbenbojm, teria tido início com a aprovação da Emenda Constitucional nº 19/1998, que elevou a *eficiência* à condição de princípio constitucional da Administração Pública e teria se confirmado com a publicação da Lei nº 13.655/2018, em especial pela inclusão do art. 20 na LINDB, comando que introduz no itinerário do decisor o raciocínio fundado nas consequências<sup>19</sup>.

Nada obstante, apesar do claro alicerce pragmático, o consequencialismo previsto no art. 20 da LINDB parece menos amplo que o propugnado na teoria de Richard Posner. Isso porque sua aplicação é restrita aos casos decididos “com base em valores jurídicos abstratos”, diferentemente do autor norte-americano, que aceita a adjudicação consequencialista mesmo quando houver regra jurídica aplicável, se sua aplicação levar a consequências drásticas<sup>20</sup>. Além disso, o art. 20 se restringe à interpretação e à aplicação do Direito Público, por razões expostas mais adiante, enquanto o pragmatismo não faz tal restrição de seu âmbito de aplicação.

Assim, o consequencialismo na adjudicação pragmática relaciona-se, mas não se confunde com as hipóteses de cabimento trazidas pelo art. 20. Nada obstante, ambos se identificam como um *método* consequencialista de adjudicação do Direito, indicando um itinerário racional a ser seguido pelo intérprete quando da tomada de decisão.

### 2.3. Críticas ao pragmatismo e à adjudicação consequencialista

O pragmatismo jurídico não é imune a censuras, tendo recebido diversas críticas em razão da subjetividade do método, na medida em que não especifica quais seriam, na prática, as melhores consequências. Nesse sentido, Mariah Ferreira

---

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do Direito Administrativo à luz do pragmatismo jurídico. **Revista De Direito Administrativo**, v. 256, n. 1, p. 129-163, jan. 2011. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8496/7245>. Acesso em: 8 jul. 2021.

<sup>19</sup> BINENBOJM, *op. cit.*

<sup>20</sup> Nesse sentido, Cf. ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, p. 113-144, set. 2019. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/80832>. Acesso em: 8 jul. 2021.

e Evanilda Bustamante criticam o pragmatismo de Richard Posner, uma vez que, segundo elas, “cada juiz terá sua própria concepção de bem comum e de melhor consequência da decisão judicial. Desse modo, o pragmatismo cotidiano defendido por Posner parece autorizar (ou validar) uma subjetividade latente no processo de tomada da decisão judicial”<sup>21</sup>.

Em artigo sobre o consequencialismo, Luis Fernando Schuartz sustenta que decisões judiciais orientadas pelas consequências são tipicamente decisões sob incerteza subjetiva, uma vez que se limitam a exercício de imaginação com força jurídica. Cita que as teorias que se ocupam dos problemas de decisão dessa natureza são pouco confiáveis ao auxílio de juízes e tribunais, como a análise econômica do Direito, não pela consistência ou robustez das teorias ou dos conceitos que as acompanha, mas no acesso às informações necessárias aos órgãos adjudicadores<sup>22</sup>.

Noutra passagem, em análise especificamente acerca do pragmatismo, afirma que

O julgador pragmático não se detém perante textos normativos, não aceita restrições no universo dos insumos disponíveis para a justificação das decisões, e faz do direito positivo, da dogmática jurídica, bem como das teorias e estratégias gerais de aplicação do direito (e.g., do formalismo), eles próprios, *objetos de sua escolha*, convertendo-os em “fonte de informação” e em ferramentas cujo emprego apenas deverá justificar-se *instrumentalmente*, vale dizer, em função da sua maior ou menor contribuição para a produção pontual da consequência tratada como a melhor do ponto de vista social<sup>23</sup>.

Todavia, as críticas devem ser ponderadas ao fato de que é possível compatibilizar a interpretação pragmática ao formalismo jurídico, ao se limitar o uso à adjudicação realizada nos casos difíceis, ou seja, aqueles em que não existem regras claras quanto à norma aplicável, tal como parece ter feito o art. 20 da LINDB.

#### 2.4. Contexto jurídico: neoconstitucionalismo, decisões arbitrárias e o papel do art. 20 da LINDB

Embora tenha sido visto que o pragmatismo jurídico é um dos alicerces teóricos do art. 20 da LINDB, as críticas acima não se aplicam inteiramente ao dispositivo

<sup>21</sup> Ferreira e Bustamante (2015 *apud* ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, p. 113-144, set. 2019, p. 129. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/80832>. Acesso em: 8 jul. 2021).

<sup>22</sup> SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, maio 2008. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/download/41531/40881/86603>. Acesso em: 27 ago. 2024.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 135.

aqui estudado. Isso porque o art. 20 busca justamente limitar o poder do intérprete de Direito Público nos casos em que a liberdade decisória é maior, com vistas a diminuir o subjetivismo e o arbítrio da decisão.

Com efeito, a Lei nº13.655/2018 reconhece que o Direito brasileiro se pautou, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, por uma mudança de paradigma tanto na teoria quanto na prática, em decorrência do chamado neoconstitucionalismo<sup>24</sup>.

Tal movimento teórico foi sintetizado por Daniel Sarmento pela ocorrência, dentre outros fenômenos, (i) do reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e da valorização de sua importância no processo de aplicação do Direito; (ii) da rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc; e (iii) da judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário<sup>25</sup>.

Esse estado de coisas criou condições para o desvirtuamento dos poderes decisórios, permitindo a tomada de decisão de maneira excessivamente subjetiva, arbitrária e não transparente. Somado a isso, pela dificuldade de o Estado regular as atividades sociais e econômicas com a mesma rapidez com a qual as relações jurídicas são criadas e transformadas, o legislador passou a optar pela adoção de normas cada vez mais abstratas e genéricas, dotadas de conceitos indeterminados a serem interpretados casuisticamente. A construção do Direito tornou-se cada vez mais difusa, fazendo-se necessário o estabelecimento de balizas à atuação do intérprete.

O objetivo do art. 20, portanto, é evitar o chamado “simplismo decisório”<sup>26</sup>, que ocorre nas hipóteses em que, diante de casos difíceis, o julgador supera a controvérsia mediante invocação de normas e conceitos jurídicos abstratos que, de tão abstratos, poderiam conduzir a conclusões até mesmo opostas àquela efetivamente adotada, como interesse público, razoabilidade, dignidade da pessoa humana e isonomia.

Muitas vezes, como adverte Marçal Justen Filho, o processo decisório ocorre de modo intuitivo e não consciente, no qual o agente decisor forma sua vontade de

---

<sup>24</sup> BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 26 abr. 2018. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm). Acesso em 17 jan. 2022.

<sup>25</sup> SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>. Acesso em: 27 ago. 2024.

<sup>26</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB. Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>. Acesso em: 25 jan. 2022.

modo espontâneo e aleatório, chegando à conclusão sem seguir um caminho consciente racional. Nas palavras do autor:

A autoridade atinge uma conclusão sobre o caso, sem seguir um percurso consciente predeterminado.

Tendo formado a sua decisão, a autoridade desenvolve um processo de racionalização. Isso significa dar uma aparência de racionalidade a uma decisão fundada em impulsos, vontades e outras manifestações de subjetivismo<sup>27</sup>.

O art. 20 da LINDB, portanto, tão somente reconhece a existência dessa realidade, traçando meios pelos quais entende que a decisão pode ser melhor tomada. Conforme texto de Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas, a razão de ser da motivação consequencialista como *standard* de aplicação do Direito Público é, de um lado, “interditar a utilização indiscriminada de abstrações nas razões de decidir – as quais, nos últimos anos, serviram para ampliar o espectro de poder de instituições”<sup>28</sup> e, de outro, garantir responsividade e transparência ao exercício decisório.

Com opinião semelhante, Carlos Ari Sunfeld e Guilherme Jurksaitis sustentam que, se de um lado o Direito positivo permite o uso dos princípios, prevendo normas suficientemente abertas, para que os intérpretes possam deles se socorrer, de outro, em tais casos, exige-se dos órgãos de controle um ônus de motivação mais elevado<sup>29</sup>.

O objetivo da lei, portanto, não é se opor ao cenário teórico e prático consolidado no Brasil, mas criar instrumentos destinados a tornar a interpretação e a aplicação das normas mais capazes de alcançar suas finalidades.

### 3. INTERPRETAÇÃO DO ART. 20 DA LINDB

#### 3.1. Âmbito de aplicação: decisão com base em valores jurídicos abstratos

Situado o problema em seu contexto teórico e jurídico, propõe-se, neste capítulo, a definição de limites de incidência do art. 20.

---

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>28</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. A nova LINDB e o consequencialismo jurídico como mínimo essencial. **Consultor Jurídico**, 18 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opiniao-lindb-quadrantes-consequencialismo-juridico>. Acesso em: 13 jan. 2022.

<sup>29</sup> 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 (org.). **Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: FGV, 2016, p. 21-25. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18009>. Acesso em: 24 jan. 2022.

A norma afirma em seu *caput* 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” (grifo nosso)<sup>30</sup>.

Tem-se no *caput* um postulado hermenêutico, uma vez que regula o modo como devem ser interpretadas as fontes normativas<sup>31</sup>. Ao mencionar que se aplica às esferas administrativa, controladora e judicial, quer-se afirmar que se aplica a todas as esferas de decisão administrativa e judicial, incluindo tribunais de contas e Poder Judiciário. Exclui-se de sua incidência, porém, o Poder Legislativo, muito embora seja recomendável que este Poder, em suas deliberações e no curso do processo legislativo, avalie os impactos da atividade legislativa regulatória.

Quanto aos valores jurídicos abstratos, tem-se que os valores jurídicos são interesses ou bens que uma norma jurídica pretende tutelar ou proteger<sup>32</sup>. Ao aludir que as decisões considerarão suas consequências práticas quando fundadas em valores jurídicos abstratos, o legislador disse menos do que deveria. Isso porque valores jurídicos não são considerados fontes do Direito, sendo bens jurídicos de alto grau de abstração. Conforme lição de Francisco Sérgio Maia Alves:

Entre os valores abstratos passíveis de serem listados como subjacentes à ordem jurídica (justiça, liberdade, paz social, bem comum), a maior parte deles ou raramente é invocada como critério de decisão, devido ao seu alto grau de abstração, ou já foi incorporada a algum princípio jurídico (segurança jurídica, devido processo legal, ampla defesa e contraditório, boa-fé)<sup>33</sup>.

Assim, dificilmente decisões jurídicas são tomadas com base tão somente nesses valores. Esse alto grau de indeterminação provocou divergências acerca do efetivo alcance da norma.

Segundo Fredie Didier Jr. e Rafael Alexandria Oliveira, a norma não se aplica sempre que o julgador se depare com qualquer conceito vago – enunciado em princípios ou regras –, pois seria inviável exigir que, mesmo nos casos de regras com

<sup>30</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 9 set. 1942. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm). Acesso em: 8 jul. 2021.

<sup>31</sup> DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da lei de introdução às normas do direito brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 19, n. 75, p. 143-160, mar. 2019. Disponível em: <http://www.revis-taac.com/index.php/revistaac/article/view/1068>. Acesso em: 8 jul. 2021.

<sup>32</sup> Silva (2005 *apud* ALVES, Francisco Sérgio Maia). O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil Maccormick. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, p. 113-144, set. 2019. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/80832>. Acesso em: 8 jul. 2021.

<sup>33</sup> ALVES, *op. cit.*, p. 133.

conceitos jurídicos indeterminados, como “erro grosseiro”, “verdade”, “interesse público”, o julgador tenha de fazer juízo preditivo das consequências<sup>34</sup>. Em interpretação teleológica do dispositivo, afirmam que o principal problema que se quer resolver se encontra na aplicação acrítica e superficial de princípios normativos menos densificados. As regras, ainda que vazadas em termos vagos, prescrevem a consequência jurídica que delas se deve esperar, razão pela qual o art. 20 só se aplicaria quando diante de julgamentos baseados em princípios jurídicos.

Em seminário sobre os impactos da Lei nº 13.655/2018 no Direito Administrativo, organizado pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA) em julho 2019 na cidade de Tiradentes, foram elaborados 21 enunciados doutrinários relativos às alterações na LINDB. Em interpretação mais abrangente daquela dada pelos autores acima, os participantes do encontro aprovaram o Enunciado nº 6 do IBDA/Tiradentes 2019, segundo o qual “A referência a ‘valores jurídicos abstratos’ na LINDB não se restringe à interpretação e aplicação de princípios, *abrangendo regras e outras normas que contenham conceitos jurídicos indeterminados*” (grifo nosso)<sup>35</sup>.

Em posição intermediária, a Presidência da República editou o Decreto nº 9.830/2019, regulamentando em âmbito federal os arts. 20 a 30 da LINDB (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942). Em seu art. 3º, § 1, definiu:

Art. 3º A decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos observará o disposto no art. 2º e as consequências práticas da decisão.

§ 1º Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em *normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração*<sup>36</sup> (grifo nosso).

Assim, o decreto não excluiu a aplicação do art. 20 dos casos decididos com base em regras com conceitos jurídicos indeterminados, mas restringiu às decisões baseadas em “normas com alto grau de indeterminação e abstração”.

Nessa linha, Francisco Sérgio Maia Alves defende que o art. 20 se aplica quando a decisão se basear em conceitos indeterminados, seja os decorrentes dos

<sup>34</sup> DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da lei de introdução às normas do direito brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 19, n. 75, p. 143-160, mar. 2019. Disponível em: <http://www.revis-taacc.com/index.php/revistaacc/article/view/1068>. Acesso em: 8 jul. 2021.

<sup>35</sup> IBDA (2019 *apud* MOTTA, Fabricio; NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB no Direito Público**: Lei nº 11.655/2018. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. *E-book*).

<sup>36</sup> BRASIL. Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 4, 11 jun. 2019. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/d9830.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d9830.htm). Acesso em: 17 jan. 2022.

princípios jurídicos, cláusulas gerais e valores jurídicos, seja os extraídos de regras com alto grau de vagueza, tendo em vista imprecisões do seu texto<sup>37</sup>.

Portanto, é possível afirmar que os valores jurídicos abstratos se referem a decisões baseadas em princípios jurídicos e cláusulas gerais. Quanto às regras, não há consenso na doutrina. Decerto, em conceitos jurídicos indeterminados veiculados em regras com baixo grau de abstração, como a “utilidade pública” para fins de desapropriação, detalhada em diversos exemplos pelo art. 5 do Decreto-Lei nº 3.365/1941<sup>38</sup>, não há como falar em incidência do art. 20 da LINDB.

Todavia, em casos com maior grau de indeterminação, como as hipóteses de “atividades essenciais”<sup>39</sup> cujo exercício e funcionamento serão preservados durante as medidas restritivas contra a COVID-19, a aplicação da nova LINDB nos parece indispensável.

### 3.2. Consequências práticas da decisão e valoração das medidas alternativas

Viu-se que o art. 20 não veda a decisão baseada em valores jurídicos abstratos como fundamento decisório. Todavia, impõe que haja valoração das consequências práticas da escolha, inclusive em face das medidas alternativas. Assim, os argumentos consequentialistas não são, em tese, mais importantes que os argumentos de substrato valorativo<sup>40</sup>, pois não se impede que a adjudicação seja realizada com base em valores que, no caso concreto, não maximizem o bem-estar geral. O que se exige é que o intérprete reflita sobre as consequências da medida adotada, inclusive diante das alternativas, e exponha esse processo mental na motivação do ato.

Quanto à consideração das consequências práticas, de acordo com Carlos Ari Sundfeld e Guilherme Jurksaitis, o raciocínio exigido é semelhante ao que se espera de um administrador público ao formular políticas públicas: considera o problema;

<sup>37</sup> ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil Maccormick. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, p. 113-144, set. 2019. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/80832>. Acesso em: 8 jul. 2021.

<sup>38</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 14427, 18 jun. 1941. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3365.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm). Acesso em: 8 jul. 2021.

<sup>39</sup> O termo está previsto no art. 7º-C, §9º, da Lei nº 13.979/2020, que dispôs sobre as medidas para enfrentamento ao coronavírus, *in verbis*: “§ 9º A adoção das medidas previstas neste artigo deverá resguardar o abastecimento de produtos e o exercício e o funcionamento de *serviços públicos e de atividades essenciais*, assim definidos em decreto da respectiva autoridade federativa. (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020) (grifo nosso)”.

<sup>40</sup> Nesse sentido, Cf. MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB no Direito Público**: Lei nº 11.655/2018. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. *E-book*.

vislumbra possíveis soluções; tenta prever os custos e consequências de se optar por cada uma delas; submete o resultado ao escrutínio público e aos órgãos de controle<sup>41</sup>.

Não se exige que o julgador considere todas as consequências possíveis, não sendo sequer uma pretensão do pragmatismo jurídico<sup>42</sup>, uma vez que se mostraria inviável e inconveniente. No âmbito judicial, ademais, as consequências devem ser aquelas sobre as quais tenha havido efetivo contraditório, conforme arts. 9 e 10 do CPC<sup>43</sup>.

Todavia, para tornar as previsões minimamente confiáveis, é preciso que se busquem elementos e informações técnicas seguras e que se conheçam os fatos e o problema com a maior riqueza possível.

Neste contexto, o Decreto Federal nº 9.191/2017, editado para estabelecer diretrizes à elaboração, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República, pode ser utilizado como parâmetro. Para além de questões formais, no anexo do decreto são dispostas questões a serem analisadas quando da elaboração dos atos normativos no âmbito do Poder Executivo Federal. Após diagnosticar o problema e a possível providência a ser tomada, devem ser feitos os seguintes questionamentos:

### Alternativas

#### 2. Quais são as alternativas disponíveis?

2.1. Qual foi o resultado da análise do problema? Onde se situam as causas do problema? Sobre quais causas pode incidir a ação que se pretende executar?

2.2. Quais são os instrumentos da ação que parecem adequados para alcançar os objetivos pretendidos, no todo ou em parte? (Exemplo: medidas destinadas à aplicação e à execução de dispositivos já existentes; trabalhos junto à opinião pública; amplo entendimento; acordos; investimentos; programas de incentivo; auxílio para que os próprios destinatários alcançados pelo problema envidem esforços que contribuam para sua resolução; instauração de processo judicial com vistas à resolução do problema.)

---

<sup>41</sup> 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 (org.). **Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: FGV, 2016, p. 21-25. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18009>. Acesso em: 24 jan. 2022.

<sup>42</sup> POSNER, Richard. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

<sup>43</sup> Nesse sentido, Cf. DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da lei de introdução às normas do direito brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 19, n. 75, p. 143-160, mar. 2019. Disponível em: <http://www.revis-taacc.com/index.php/revistaacc/article/view/1068>. Acesso em: 8 jul. 2021.

2.3. Quais instrumentos de ação parecem adequados, considerando-se os seguintes aspectos:

2.3.1. desgastes e encargos para os cidadãos e a economia;

2.3.2. eficácia (precisão, grau de probabilidade de consecução do objetivo pretendido);

2.3.3. custos e despesas para o orçamento público;

2.3.4. efeitos sobre o ordenamento jurídico e sobre as metas já estabelecidas;

2.3.5. efeitos colaterais e outras consequências;

2.3.6. entendimento e aceitação por parte dos interessados e dos responsáveis pela execução; e

2.3.7. possibilidade de impugnação no Poder Judiciário<sup>44</sup>.

Trata-se de questionamentos que, *mutatis mutandis*, podem ser utilizados na mensuração das consequências para fins de aplicação prática do art. 20, especialmente os itens: (i) 2.3.1. desgastes e encargos para os cidadãos e a economia; (ii) 2.3.2. eficácia da medida (precisão, grau de probabilidade de consecução do objetivo pretendido); (iii) 2.3.3. custos e despesas para o orçamento público: verificar o custo orçamentário da medida, seu impacto no orçamento e em outras políticas públicas; e (iv) 2.3.4. efeitos sobre o ordenamento jurídico e sobre as metas já estabelecidas: qual o impacto da medida no Direito? Em que medida pode ser replicada a casos semelhantes?

Certo é que, para realização de tais questionamentos, faz-se necessário reunir dados que muitas vezes escapam aos juízes e aos órgãos de controle. Nesses casos, as informações devem, preferencialmente, ser trazidas pelas próprias partes interessadas, nada impedindo que sejam colhidas por meio de prova técnica ou requisição documental.

Nada obstante, ainda que os dados não estejam completamente disponíveis, a análise consequencialista é imperativa, utilizando-se o intérprete de processo mental fundado em seu próprio conhecimento técnico-científico e de sua experiência da vida social<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> BRASIL. Decreto nº 9.191, de 1º de novembro de 2017. Estabelece as normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 16, 3 nov. 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/D9191.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9191.htm). Acesso em: 27 ago. 2024.

<sup>45</sup> Nesse sentido, Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB. Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018, p. 29. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>. Acesso em: 25 jan. 2022.

Consoante explicação de Fernando Leal, uma vez identificadas as consequências vinculadas a cada alternativa decisória, o tomador de decisão deve indicar um critério com base no qual ordenará as consequências, para só então justificar sua escolha no caso concreto<sup>46</sup>.

Note-se que, além de prescrever a análise prospectiva, a norma determina que se efetive análise em face das alternativas possíveis. Ao assim dispor, insere no processo decisório raciocínio econômico, fundado na premissa da finitude dos recursos disponíveis e na lógica dos chamados *tradeoffs*. Com efeito, a Economia é a ciência que estuda a tomada da decisão pelas pessoas considerando a finitude dos bens (tempo, dinheiro, recursos naturais etc.). Nesse contexto de escassez, para escolher algo que se quer, deve-se renunciar a outro bem que também se deseja. O art. 20, portanto, exige que seja feito tal raciocínio, ponderando o custo de oportunidade da medida adotada, isto é, os benefícios que seriam alcançados pela escolha da segunda melhor alternativa disponível.

Por exemplo, a decisão, baseada no direito à livre iniciativa ou outro valor abstrato, que concede o direito de determinada atividade não ser restringida pelas medidas adotadas durante a pandemia deve refletir sobre as alternativas existentes à escolhida, os benefícios alcançados pela escolha da proteção ao direito à liberdade, comparando-se com os benefícios que se teria pela escolha da segunda melhor alternativa disponível (restrição temporária da atividade, por exemplo).

Nesse processo, deve-se conjecturar a existência de medidas alternativas, inclusive em face de políticas públicas já existentes. Na judicialização da saúde, por exemplo, a decisão judicial que concede determinado tratamento médico deve ponderar as alternativas existentes e disponíveis no Sistema Único de Saúde (SUS). É nesse sentido que o Enunciado nº 4 IBDA/Tiradentes 2019 afirma que “As ‘consequências práticas’ às quais se refere o art.20 da LINDB devem considerar, entre outros fatores, interferências recíprocas em políticas públicas já existentes”<sup>47</sup>.

### 3.3. Princípio da proporcionalidade e consequencialismo na motivação expressa do ato

Se a adjudicação consequencialista é um método a ser seguido, e não um valor elencado pela norma do art. 20 como preponderante à decisão, o mesmo não se pode dizer em relação ao princípio da proporcionalidade, na medida em que este sempre deverá ser observado no caso concreto. Isto se deve ao parágrafo único do

<sup>46</sup> LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (org.). **Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: FGV, 2016, p. 25-31. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18009>. Acesso em: 24 jan. 2022.

<sup>47</sup> IBDA (2019 *apud* MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB no Direito Público: Lei nº11.655/2018**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. *E-book*).

art. 20, segundo o qual “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” (grifo nosso)<sup>48</sup>.

Em suma, a norma exige que na argumentação haja a verificação de que a medida escolhida atende ao princípio da proporcionalidade e a seu processo de aplicação. Com efeito, para Robert Alexy a racionalidade de uma decisão baseada na proporcionalidade se dá na verificação argumentativa das três sub-regras do método: (i) adequação; (ii) necessidade; (iii) proporcionalidade em sentido em estrito. Para ele, uma decisão que siga tal caminho deve ser considerada racional, independentemente do acerto ou não de seu conteúdo<sup>49</sup>.

A argumentação fundada nesse método, portanto, vai ao encontro dos objetivos da Lei nº 13.655/2018, no sentido de aprimorar a racionalidade e a fundamentação das decisões baseadas em princípios do Direito Público<sup>50</sup>.

A *adequação* prescreve que a medida a ser adotada deve ser apta a promover o objetivo proposto. Dessa forma, “uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido”<sup>51</sup>.

Passando no teste da adequação, a medida escolhida deve superar a verificação da *necessidade*, que impõe ao Poder Público a adoção de solução que acarrete a menor restrição aos interesses em disputa (menor ingerência possível). Assim, o teste de adequação é de caráter absoluto (ou a medida fomenta ou não fomenta o objetivo pretendido), ao passo que o da necessidade é comparativo, dando-se entre as possibilidades existentes.

Por fim, o último passo a ser verificado é a *proporcionalidade em sentido estrito*, em que se analisará o custo-benefício da decisão, ou seja, o ônus imposto pela medida escolhida deve ser inferior aos benefícios gerados por ela.

O art. 20, ao mencionar a necessidade de que se argumente com base no princípio da proporcionalidade, tão somente torna expressa norma que já era implicitamente reconhecida no âmbito da interpretação e da aplicação do Direito Público.

---

<sup>48</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 9 set. 1942. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm). Acesso em: 8 jul. 2021.

<sup>49</sup> Alexy (2001 *apud* FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: JusPodivum, 2020, p. 277).

<sup>50</sup> BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 26 abr. 2018. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm). Acesso em 17 jan. 2022.

<sup>51</sup> Silva (*apud* FERNANDES, *op. cit.*, 2020, p. 278).

A grande inovação trazida pelo art. 20 é, pois, sua natureza procedimental. Isto porque exige que o decisor, nos casos decididos com base em valores jurídicos abstratos, percorra o seguinte procedimento decisório: (i) identifique o problema e as diversas alternativas disponíveis; (ii) prospecte as consequências advindas da escolha de cada uma das alternativas; (iii) escolha a alternativa que passe em juízo de proporcionalidade; e (iv) registre esse processo mental expressamente na motivação do ato.

Em nosso ver, portanto, a natureza do art. 20 da LINDB é de norma procedimental, cuja desobediência, por parte do administrador, causará nulidade do ato por vício de forma (art. 2, *b*, da Lei nº 4.717/1965<sup>52</sup>), e, no caso de decisão judicial, a tornará nula por omissão na fundamentação, consoante previsão do art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC<sup>53</sup>.

Nesse sentido, propondo solução ligeiramente diversa, na medida em que entendem que o desrespeito do art. 20, administrativamente, leva à nulidade por *inexistência de motivação* (art. 2º, *d*, da Lei nº 4.717/1965), Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas também sustentam que a inobservância das exigências do art. 20, no caso de provimento judicial, será vício de nulidade<sup>54</sup>, por “decisão considerada sem fundamentação, nos termos do art. 489, § 1º, do CPC 2015”<sup>55</sup>.

Fredie Didier Jr. e Rafael Alexandria Oliveira vão além ao afirmarem que o art. 20 funciona como mais um parágrafo do art. 489 do CPC, “seja porque estabelece mais um postulado normativo (tal como os §§ 2º e 3º do art. 489), seja porque estabelece mais uma situação em que a fundamentação pode ser considerada deficiente (tal como o § 1º do art. 489)”<sup>56</sup>. Nesse sentido, para os autores, o desrespeito ao

<sup>52</sup> “Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade”.

<sup>53</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em: 17 jan. 2022.

<sup>54</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. A nova LINDB e o consequencialismo jurídico como mínimo essencial. **Consultor Jurídico**, 18 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opiniao-lindb-quadrantes-consequencialismo-juridico>. Acesso em: 13 jan. 2022.

<sup>55</sup> “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. BRASIL, *op. cit.*

<sup>56</sup> DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da lei de introdução às normas do direito brasileiro. **A&C –**

disposto no parágrafo único do art. 20 da LINDB é omissão apta a ensejar oposição de embargos de declaração, nos termos do art. 1.022, II, e parágrafo único, II, do CPC<sup>57</sup>.

Portanto, o decisor no Direito Público deve apresentar, na motivação de ato baseado em valores jurídicos abstratos, as consequências práticas que vislumbrar de sua escolha, demonstrando sua proporcionalidade, inclusive diante das alternativas, sob pena de nulidade do ato administrativo ou da decisão judicial.

#### 4. EFETIVIDADE DO ART. 20: ESTUDO DE CASO SOBRE SUA APLICAÇÃO NO CONTROLE JUDICIAL DA PANDEMIA

##### 4.1. Considerações metodológicas

A primeira parte deste artigo buscou definir contornos interpretativos ao art. 20 da LINDB e de que forma suas previsões podem ser efetivadas em âmbito administrativo, controlador e judicial. Nesta segunda etapa, o dispositivo será analisado sob o prisma de sua efetividade em âmbito judicial.

O objetivo é verificar, em hipótese na qual seria em tese aplicável, se o art. 20 foi lembrado e efetivamente aplicado pelos julgadores. Para tanto, adotou-se a metodologia de estudo de caso, com análise da Ação Civil Pública nº 1065795-73.2020.8.26.0053, proposta perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) por entidades de classes de professores contra o estado de São Paulo durante a pandemia causada pela Covid-19<sup>58</sup>. A ação objetivou anular decreto estadual que determinou a volta gradativa das aulas presenciais, com retorno dos professores à sala de aula. Quer-se analisar, portanto, se houve a efetiva aplicação do art. 20 da LINDB nas decisões judiciais proferidas nesse processo.

O caso foi escolhido por duas razões principais: primeiro, por sua pertinência com o objeto de estudo deste artigo, uma vez que os fundamentos dos autores, da defesa e das decisões proferidas se basearam em valores jurídicos abstratos, logo,

---

**Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 19, n. 75, p. 143-160, mar. 2019. Disponível em: <http://www.revis-taacc.com/index.php/revistaacc/article/view/1068>. Acesso em: 8 jul. 2021.

<sup>57</sup> Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: [...] II – suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; [...] Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: [...] II – incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 17 jan. 2022.

<sup>58</sup> SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ação Civil Pública nº 1065795-73.2020.8.26.0053**. Classe – Assunto Ação Civil Pública Cível - Ensino Fundamental e Médio. Requerente: Apeoesp Sind dos Prof do Ensino Oficial do Est e outros. Requerido: Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Juiz(a) de Direito: Dr(a). Simone Gomes Rodrigues Casoretti, 28 de janeiro de 2021a. Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/1/04aafc8f8d3b49\\_escola.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/1/04aafc8f8d3b49_escola.pdf). Acesso em 22 jan 2022.

no âmbito de incidência do art. 20. Segundo, pela relevância jurídica, social e econômica da ação, que buscou anular ato que permitia a volta gradual das aulas de todo o sistema de ensino, público e privado do estado de São Paulo, com impacto direto na vida de milhões de residentes do estado.

No estudo, foram analisadas todas as decisões judiciais constantes dos autos, bem como petições interpostas pelas partes, terceiros intervenientes e pelo Ministério Público. Como será visto, o juízo de primeiro grau deferiu a tutela antecipada requerida pelos autores, de forma que o estado de São Paulo apresentou ao presidente do TJSP pedido de suspensão de liminar, registrada sob o nº 2013164-66.2021.8.26.0000, cuja petição inicial e decisões de mérito também foram avaliadas neste estudo, por impactarem diretamente o resultado prático da ação original<sup>59</sup>.

Muito embora todos esses dados tenham sido analisados, uma vez que o objetivo foi verificar a compatibilidade das decisões judiciais com as normas do art. 20 da LINDB, a pesquisa centrou-se nas seguintes decisões proferidas: (i) decisão interlocutória concessiva de tutela antecipada, proferida nos autos da ação civil pública em 28/01/2021; (ii) decisão liminar proferida pelo presidente do TJSP em 29/01/2021, suspendendo a execução da liminar anteriormente deferida; (iii) sentença lançada nos autos da ação civil pública em 09/03/2021 julgando a ação parcialmente procedente; e (iv) acórdão proferido em 14/04/2021 no agravo interno interposto contra a decisão do Presidente do TJSP, nos autos da suspensão de segurança.

Destaque-se que não é objetivo desta pesquisa avaliar o mérito das proposições sugeridas pelas partes e adotadas pelos juízes, mas, sim, a fundamentação das decisões judiciais e a compatibilidade delas com as prescrições do art. 20 da LINDB.

#### **4.2. A Ação Civil Pública nº 1065795-73.2020.8.26.0053: o caso da volta às aulas presenciais no estado de São Paulo**

A Ação Civil Pública nº 1065795-73.2020.8.26.0053<sup>60</sup> foi ajuizada em 22/12/2020 por seis entidades de classe<sup>61</sup> representativas de professores e profissionais

<sup>59</sup> SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Suspensão de liminar Processo nº 2013164-66.2021.8.26.0000**. Requerente: Estado de São Paulo. Requerido: Juízo de Direito da 9ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, 29 de janeiro de 2021b. Disponível em: [https://www.saopaulo.sp.gov.br/wp-content/uploads/2021/01/doc\\_95785588-1.pdf](https://www.saopaulo.sp.gov.br/wp-content/uploads/2021/01/doc_95785588-1.pdf). Acesso em 22 jan 2022.

<sup>60</sup> SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ação Civil Pública nº 1065795-73.2020.8.26.0053**. Classe – Assunto Ação Civil Pública Cível - Ensino Fundamental e Médio. Requerente: Apeoesp Sind dos Prof do Ensino Oficial do Est e outros. Requerido: Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Juiz(a) de Direito: Dr(a). Simone Gomes Rodrigues Casoretti, 28 de janeiro de 2021a. Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/1/04aafc8f8d3b49\\_escola.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/1/04aafc8f8d3b49_escola.pdf). Acesso em 22 jan 2022.

<sup>61</sup> Sindicato dos Professores do ensino oficial do Estado de São Paulo (Apeoesp); Sindicato dos Funcionários e Servidores da Educação do Estado de São Paulo (Afuse); Centro do Professorado Paulista (CPP); Sindicato dos Supervisores de Ensino do Magistério Oficial no Estado de São Paulo (Apase); Federação dos Professores do Estado de São Paulo (Fepesp); Sindicato de Especialistas de Educação do Magistério Oficial do Estado de São Paulo (Udemo).

da educação contra o estado de São Paulo, com objetivo de que se afastasse a aplicação do Decreto nº 65.384/2020 e da Resolução Seduc-95/2020<sup>62</sup>, que determinaram o retorno gradual das atividades presenciais nas escolas do estado, inclusive nas fases amarela e vermelha do Plano São Paulo, criado pelo governo para, com base em indicadores de capacidade de atendimento do SUS e evolução da pandemia, disciplinar as medidas de contenção do vírus<sup>63</sup>.

Segundo os autores, no momento da propositura da ação, o Brasil batia recorde de mortes diárias causadas pela COVID-19, não havia tratamento ou vacina aprovados e eficazes, sendo o isolamento social o único meio eficiente de combate ao vírus. Nesse contexto, o Decreto nº 65.384/2020 seria ilícito, por permitir a retomada das atividades presenciais nas redes de ensino do estado, com a seguinte previsão:

[...]

Artigo 3º – As aulas e demais atividades presenciais serão retomadas, gradualmente, nas unidades de educação infantil, ensino fundamental e ensino médio, localizadas em áreas classificadas, nos termos dos artigos 3º e 5º do Decreto nº 64.994, de 28 de maio de 2020:

*I – nas fases vermelha ou laranja, com a presença limitada a até 35% do número de alunos matriculados;*

*II – na fase amarela, com a presença limitada a até 70% do número de alunos matriculados;*

*III – na fase verde, admitida a presença de até 100% do número de alunos matriculados.*

[...] (grifo nosso)<sup>64</sup>.

Antes deste decreto, vigorava o de nº 65.061/2020, que previa o retorno às aulas apenas em regiões classificadas nas fases amarela ou verde do Plano São Paulo. Assim, os autores alegaram que a mudança de postura do governo estadual, ao permitir a volta às aulas, sem melhora correspondente nos indicadores da pandemia, seria ilegítima.

<sup>62</sup> SÃO PAULO (Estado). **Resolução Seduc-95, de 18 de dezembro de 2020**. Dispõe sobre o Projeto Recuperação Intensiva de janeiro de 2021 e detalha os critérios de aprovação e retenção no ano letivo de 2020 na rede estadual de ensino. São Paulo: Secretaria da Educação do Estado de São Paulo, 2020d. Disponível <http://siau.edunet.sp.gov.br/ItemLise/arquivos/RESOLU%C3%87%C3%83O%20SEDOC%20%2095%20-%2018-12-200.PDF>. Acesso em: 17 jan. 2022.

<sup>63</sup> SÃO PAULO (Estado). **Plano São Paulo**. São Paulo: Governo do Estado, 2020c. Disponível em: [https://www.saopaulo.sp.gov.br/wp-content/uploads/2020/05/PlanoSP\\_vf5.pdf](https://www.saopaulo.sp.gov.br/wp-content/uploads/2020/05/PlanoSP_vf5.pdf). Acesso em: 17 jan. 2022.

<sup>64</sup> SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 65.384, de 17 de dezembro de 2020**. Dispõe sobre a retomada das aulas e atividades presenciais no contexto da pandemia de COVID-19, institui o Sistema de Informação e Monitoramento da Educação para COVID-19 e dá providências correlatas. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2020b. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/norma/196562>. Acesso em: 17 jan. 2022.

Nos fundamentos jurídicos, afirmaram que, diante da possibilidade de contaminação dos alunos, familiares, professores e profissionais, o Decreto violaria os direitos fundamentais à vida e à saúde (art. 5, *caput*; art. 196; art. 219, I, todos da CF<sup>65</sup>, e art. 2, § 1º, da Lei nº 8.080/1990<sup>66</sup>), bem como os direitos humanos da saúde, bem-estar e integridade pessoal.

A petição inicial apresentou pesquisas e dados sobre a política pública questionada, inclusive com fundamentos de natureza consequencialista, dos quais se destacam os seguintes:

- (i) segundo os autores, o novo decreto desconsideraria que, quando os alunos frequentam as escolas, há quantidade maior de pessoas em circulação não somente nos prédios escolares, mas também fora do ambiente escolar, uma vez que se aumenta a demanda de transporte público, principal meio de deslocamento de alunos e professores;
- (ii) a pneumologista e pesquisadora da Fiocruz Margareth Dalcolmo teria alertado que, com as festas de fim de ano, o número de casos no Brasil subiria, trazendo a chamada segunda onda, e que “teríamos o janeiro mais triste da nossa história”, não sendo conveniente retomar as aulas naquele cenário;
- (iii) estudo anexado pelos autores teria demonstrado que, mesmo com todos os protocolos de segurança sendo seguidos, o retorno das atividades presenciais causaria contaminação de 46,35% dos estudantes e professores pela COVID-19, ou seja, mais de 1.766.400 pessoas seriam contaminadas em apenas três meses de retorno das atividades presenciais. Essa projeção seria resultado de um estudo com simulação do contágio pelo novo coronavírus, realizado por pesquisadores de sete universidades de três países, e os testes consideraram que a maioria das pessoas no ambiente escolar respeitaria as regras de higiene e que só haveria três cruzamentos entre elas por dia: na entrada, na saída e no recreio.

O Ministério Público, que atuou no feito como *custos legis*, manifestou-se parcialmente favorável aos requerimentos dos autores, com destaque, do ponto vista jurídico, para a menção à decisão do STF nas ADIs nº 6.421<sup>67</sup>, 6.422, 6.424, 6.425,

---

<sup>65</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25 jan. 2022.

<sup>66</sup> BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 18055, 20 set. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em: 8 jul. 2021.

<sup>67</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.421**. Direito Administrativo. Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Responsabilidade civil e administrativa de agentes públicos. Atos relacionados à pandemia de COVID-19. Medida Provisória nº 966/2020. Deferimento parcial da cautelar. Requerente: Rede Sustentabilidade. Relator: Min. Roberto Barroso, 21 de maio de 2020c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754359227>. Acesso em: 17 jan. 2022.

6.427, 6.428 e 6.431, propostas contra a Medida Provisória nº 966/2020, nas quais o STF delineou balizas interpretativas à atuação estatal na pandemia, incluindo a necessidade de que fosse pautada por normas e critérios científicos, bem como pelos *princípios constitucionais da precaução e da prevenção*<sup>68</sup>.

Além disso, o *parquet* também apresentou argumentação consequencialista, mencionando pesquisa da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) que projetava cenário de volta às aulas e considerava o número de indivíduos do grupo de risco no Brasil que, convivendo com pessoas entre 3 e 17 anos (idade escolar), poderiam se infectar com o vírus, aumentando, assim, a demanda hospitalar e o número de óbitos nessa população de risco.

O estado de São Paulo, por sua vez, manifestou-se pela primeira vez em 25/01/2021, ponderando, quanto ao mérito, que a retomada das atividades presenciais de ensino foi decidida em processo que abarcou diálogos com representantes dos setores educacionais de redes públicas e privadas, por meio de 17 reuniões de trabalho, envolvendo cerca de 100 pessoas. Sustentou que a medida só entraria em vigor no começo de fevereiro e que viria acompanhada da obrigatoriedade de adoção, por todas as instituições, dos protocolos sanitários aprovados pela Secretaria de Estado da Saúde. Afirmou que teriam sido destinados, ao longo de 2020, mais de R\$ 700 milhões para as escolas da rede estadual, a fim de prover-lhes dos recursos necessários à adequação dos espaços. Alegou, ainda, que os profissionais pertencentes ao grupo de risco não estariam obrigados a retomar as atividades e somente o fariam caso desejassem expressamente. Nesse sentido, destacou que estava sendo realizada contratação de professores e profissionais de ensino temporários, a fim de atender à necessidade temporária de substituição daqueles pertencentes a grupos de risco que permaneceriam em isolamento.

Do ponto de vista consequencialista, a fundamentação da defesa também foi significativa. A ré apontou, sobretudo acerca dos impactos do fechamento das escolas sobre o direito à educação, que

- (i) estudos disponíveis demonstravam que a interrupção das aulas presenciais teria graves impactos na aprendizagem, sobretudo dos estudantes em situação de pobreza e vulnerabilidade. Nessa linha, a organização Save the Children teria estimado que aproximadamente 10 milhões de crianças

---

DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da lei de introdução às normas do direito brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 19, n. 75, p. 143-160, mar. 2019. Disponível em: <http://www.revis-taac.com/index.php/revistaec/article/view/1068>. Acesso em: 8 jul. 2021.

<sup>68</sup> BRASIL. Senado Federal. **Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020**. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF: Presidência da República, 2020a. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8110754&ts=1630442842003&disposition=inline>. Acesso em: 27 ago. 2024.

poderiam abandonar os estudos, principalmente meninas, por causa do fechamento das escolas durante a pandemia;

- (ii) segundo o estudo “O efeito da pandemia de H1N1 sobre o aprendizado. O que esperar com a Covid-19?”, a extensão das férias por duas a três semanas durante a epidemia de H1N1 no estado de São Paulo gerou queda na proficiência em Matemática no 5º ano do Ensino Fundamental de 4,5 pontos, equivalente a dois meses de aprendizado. Como a restrição às atividades presenciais foi mais prolongada por causa da COVID-19, os efeitos tenderiam a ser ainda maiores em 2020 e precisariam ser combatidos de imediato;
- (iii) a Organização das Nações Unidas (ONU) afirmou que a paralisação das aulas presenciais geraria uma catástrofe geracional que pode desperdiçar um potencial humano incalculável, minar décadas de progresso e acentuar desigualdades.

Com esses argumentos reunidos, sobreveio decisão judicial em 28/01/2021, em sede de tutela antecipada, concedendo a liminar requerida. A decisão suspendeu os efeitos do Decreto nº 65.384/2020, consistentes na autorização de retomada de aulas e atividades escolares presenciais, localizadas em áreas classificadas nas fases vermelha e laranja (Plano São Paulo). A medida, fundada no direito à vida e em sua prevalência diante de outros valores, como o direito à educação, considerou o agravamento da pandemia e adotou o argumento dos autores de que os profissionais da educação, num contexto de volta às atividades presenciais, não seriam expostos somente em sala de aula, mas, também, nos deslocamentos feitos em transporte público.

Os efeitos da tutela provisória, porém, não duraram muito tempo, pois no dia seguinte foi apresentado, pelo estado de São Paulo, pedido de suspensão dos efeitos da liminar ao presidente do TJSP. Em geral, a petição reproduziu os argumentos da manifestação prévia, com destaque para o fato de que o retorno às aulas seria gradual e que todos os professores que se autodeclararam pertencentes ao grupo de risco, cerca de 27% do quadro total, permaneceriam exercendo as atividades em teletrabalho.

Logo em seguida, foi proferida, pelo presidente do TJSP, decisão liminar no pedido de suspensão para suspender a execução da tutela provisória concedida nos autos originários, susinando, assim, seus efeitos, nos termos do art. 4º, *caput*, da Lei nº 8.437/1992<sup>69</sup>.

A decisão proferida em pedido de suspensão de liminar tem natureza de contracautela, em que é realizado um juízo mínimo de deliberação, de forma que não

---

<sup>69</sup> Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

se tem análise aprofundada do mérito, mas a apreciação de aspectos relacionados à potencialidade lesiva do ato impugnado.

Assim, a decisão liminar não se aprofundou em questões jurídicas relacionadas à matéria, afirmando que não se verificava no decreto ilegalidade, que não teria extrapolado os limites da atuação discricionária legítima do Poder Executivo.

Nada obstante, a decisão detalhou-se em relação à controvérsia fática, com razoável argumentação consequencialista. Dentre as considerações do julgador, destacam-se as seguintes: (i) o estado de São Paulo, de forma notória e incontroversa, adotou desde o início da pandemia medidas restritivas de combate ao coronavírus, de forma que, em não se verificando evidente arbitrariedade, não seria legítimo ao Poder Judiciário interferir em tais decisões, sob o risco de se desestruturarem a unidade e a coordenação da atuação administrativa; (ii) quanto ao caso concreto, o Estado demonstrou risco de perda irrecuperável na educação e de abandono ou evasão escolar em caso de manutenção do fechamento integral das escolas; (iii) além disso, cerca de 1,7 mil escolas estaduais em 314 municípios haviam retornado com atividades presenciais no estado desde setembro de 2020, sem que houvesse registro de transmissão da doença dentro dessas escolas até o momento.

Destacou-se, ainda, que a medida não obrigava o retorno presencial dos profissionais do grupo de risco, bem como concedia às famílias a decisão de enviar os filhos ao ensino presencial ou mantê-los na modalidade de ensino a distância, razão pela qual não impunha ônus desproporcional aos que se encontrassem em situações de risco.

Comunicada a suspensão da liminar nos autos da ação civil pública originária, os efeitos da decisão que concedeu a tutela antecipada ficaram sobrestados, de forma que, no começo de fevereiro, deu-se início às aulas presenciais no estado de São Paulo.

O que aconteceu posteriormente, porém, foi o início da pior fase da pandemia no Brasil, com aumento expressivo do número de casos, internações e mortes em março e abril de 2021. O Brasil teve os sistemas de saúde, público e privado, próximo do colapso (inclusive chegando a tal estágio em algumas localidades, como Manaus/AM). A Figura 1, que retrata a evolução do número diário de mortes por COVID-19 no Brasil, ajuda a compreender a sequência de fatos que ocorriam à medida que a ação tramitava.



limites do decreto estadual anterior, ou seja, permitindo a retomada das aulas apenas com a respectiva melhora dos indicadores.

Em relação aos fundamentos da decisão, foram considerados o aumento do número de casos, de mortes e a piora nos indicadores da pandemia. Ponderou que, de acordo com o noticiado na imprensa, desde o retorno das aulas presenciais no estado de São Paulo, foi apurado que mais de 1.950 pessoas que atuam em 908 escolas da rede estadual pública de ensino de São Paulo se infectaram com a COVID-19, com registro de mortes de 21 professores, 2 alunos e 19 servidores. Afirmou que não seria legítimo que o estado diminuísse as restrições se, paralelamente, a curva de contágio não estivesse controlada.

Além disso, asseverou que o direito à vida deveria ser assegurado com primazia pelo estado, como consequência imediata da dignidade da pessoa humana. Por fim, aduziu que os princípios da precaução e prevenção devem ser aplicados na tutela ao meio ambiente e à saúde pública, de forma que, havendo qualquer dúvida científica acerca da adoção da medida sanitária de distanciamento social, a questão deveria ser solucionada em favor do bem saúde da população.

Do ponto de vista consequencialista, a decisão, embora baseada em princípios e normas jurídicas abstratas, não apreciou diversos argumentos nesse sentido apresentados tanto pelos autores e pelo Ministério Público quanto pelo estado de São Paulo. Foi mencionado, porém, trecho de nota técnica do Centro Estadual de Contingência da COVID-19, que tratava da importância do setor educacional no contexto da pandemia, uma vez que movimentava cerca de um terço de toda a população do Estado, de maneira que, com a suspensão das atividades presenciais, milhares de pessoas deixariam de circular diariamente, reduzindo, assim, os riscos de transmissão da COVID-19.

Noutro giro, nos autos do pedido de liminar, a última decisão analisada foi o acórdão proferido em sede de agravo interno contra a decisão do presidente do TJSP, que havia suspenso os efeitos da liminar deferida na ação civil pública.

O acórdão foi proferido em 14/04/2021 e negou provimento ao agravo interno, mantendo a decisão do presidente que sustou os efeitos da tutela antecipada. Afirmou que os casos de contaminação nas escolas eram graves e comprovariam a gravidade do cenário vivido, todavia, não demonstravam de forma suficiente o nexo de causalidade entre as contaminações e a abertura das escolas indicadas. Destacou, ademais, que, com o recrudescimento da pandemia, o próprio estado de São Paulo determinou, em 11/03/2021, a suspensão das aulas durante a fase emergencial da pandemia, mantendo-se as escolas abertas tão somente para fornecimento de materiais e alimentação aos que necessitassem, com agendamento prévio, bem como antecipou os recessos de abril e outubro para o período de 15 a 28 de março, medida que poderia ser adotada pelas escolas municipais e privadas.

Desse modo, considerando que o estado não estava agindo de forma omissa no controle da pandemia, e ressaltando o argumento de que decisões judiciais isoladas

poderiam desorganizar as ações de combate ao vírus, assentou que o caso não se revestia de requisitos autorizadores de controle judicial à atuação estatal.

Por fim, ainda teceu considerações sobre os efeitos práticos da pretensão requerida pelos autores, aduzindo que o tempo perdido na alfabetização é dificilmente recuperável, a formar cenário de danos perenes à formação da pessoa. Além disso, o fechamento das escolas aumentaria o risco de abandono escolar. Citando reportagem do portal de notícias UOL, destacou manifestação sobre o tema de Florence Bauer, representante da Unicef no Brasil, que afirmou que, antes da pandemia, 1,3 milhão de crianças e adolescentes em idade escolar já estavam fora da escola no Brasil. Com a pandemia, os dados mostravam uma evasão de aproximadamente mais 4 milhões de meninos e meninas.

Além do risco educacional, consignou argumentos sobre a situação de vulnerabilidade de cerca de 199 mil alunos em situação de pobreza que dependiam da alimentação fornecida pelas unidades escolares para obtenção de parte considerável dos nutrientes diários mínimos necessários ao seu desenvolvimento.

Desse modo, a suspensão da liminar foi mantida e as aulas retornaram, com a ação civil pública correndo paralelamente ao avanço da vacinação no país, especialmente entre os professores, que foram incluídos entre os grupos prioritários de vacinação. Conforme manifestação da Secretaria de Educação do Estado, em setembro de 2021 cerca de 97% dos professores da rede estadual de ensino havia recebido pelo menos uma dose da vacina e 58% haviam tomado a segunda dose ou dose única.

A ação civil pública ainda não transitou em julgado, restando pendente de julgamento a apelação interposta pelo estado de São Paulo contra a sentença.

Até a data de finalização deste trabalho, o Brasil contava com 78,8% da população vacinada com pelo menos uma dose, 69,5% tiveram o ciclo vacinal completo (dose única ou 2ª dose) e 20% tomaram dose de reforço. Dados colhidos em 27 de janeiro de 2022 revelam que cerca de 625.169 pessoas morreram em decorrência da doença causada pelo novo coronavírus no Brasil<sup>71</sup>.

#### 4.3. Discussão sobre o caso

O art. 20 de da LINDB prescreve que a decisão, no âmbito administrativo, controlador ou judicial, deve considerar suas consequências práticas sempre que se basear em valores abstratos. Além disso, deve-se demonstrar sua adequação (atende aos fins propostos) e necessidade (não há meios igualmente adequados que restrinjam menos direitos fundamentais).

De fato, a aplicação da norma, especialmente em juízo, esbarrará na dificuldade de os magistrados realizarem juízos preditivos, na medida em que não têm formação que lhes preparem para tais análises. Nesse sentido, Luiz Fernando

---

<sup>71</sup> Dados extraídos do sítio eletrônico do jornal Folha de São Paulo. Disponível em: <https://www.folha.uol.com.br/>. Acesso em: 27 jan. 2022.

Schuartz aponta as dificuldades da adjudicação consequencialista, notadamente pelo “ambiente institucional caracterizado por enorme escassez de pessoal tecnicamente treinado, informações pertinentes e bancos de dados prontamente disponíveis”<sup>72</sup>.

Todavia, embora se recomende uma análise baseada em evidências, parece-nos que a norma do art. 20 quer, sobretudo, exigir do intérprete um raciocínio comprometido com as consequências práticas que suas decisões poderão ter, seja com base nas decisões passadas, seja com base na experiência do decisor. Quer-se desenvolver, inclusive judicialmente, raciocínio conectado com a realidade, ainda que desamparado de dados empíricos e científicos acerca dos possíveis efeitos da decisão.

No caso ora analisado, porém, não se poderia falar em ausência de informações pertinentes e bancos de dados disponíveis, uma vez que as partes (autores, Ministério Público e o estado de São Paulo) listaram diversas possíveis consequências advindas do julgamento da ação. Com efeito, do lado dos autores, destacou-se, por exemplo, a grandiosidade do sistema educacional no estado, que geraria aumento de fluxo de pessoas não apenas nas escolas, como também nos setores de transportes e alimentação. Destacou-se que as festas de fim de ano produziriam aumento exponencial de casos, não sendo recomendável a volta às aulas após tal período.

Do lado da Fazenda Pública, ressaltou-se que a medida preservaria profissionais em grupos de risco, que permaneceriam em teletrabalho, bem assim o fato de que o ambiente escolar seria seguro e de baixo índice de contaminação. Mencionou-se, de outro lado, que a manutenção da suspensão presencial de aulas produziria *déficit* educacional irrecuperável, evasão escolar e privaria alunos hipossuficientes de alimentação escolar.

Apesar disso, nos dois incidentes processuais analisados (ação civil pública e suspensão de liminar), o art. 20 da LINDB não foi citado em nenhuma manifestação das partes, tampouco nas decisões. Muito embora o caso tenha sido decidido com base em valores jurídicos abstratos, seja para anular o decreto (direito à saúde, bem-estar, integridade física, princípios da precaução e prevenção), seja para mantê-lo (separação dos poderes, razoabilidade, direito à educação), o termo “consequências práticas da decisão”, presente no dispositivo estudado, não foi expressamente mencionado em nenhuma das ações.

Deve-se considerar, entretanto, que os juízos realizados no julgamento da tutela antecipada e no pedido de suspensão de liminar foram de cognição sumária, caracterizados por análise de probabilidade do Direito (vide art. 300 do CPC<sup>73</sup>).

<sup>72</sup> SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, maio 2008, p. 135. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/download/41531/40881/86603>. Acesso em: 27 ago. 2024.

<sup>73</sup> Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a *probabilidade do direito* e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (grifo nosso). BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 17 jan. 2022.

Todavia, mesmo na sentença, fundada em juízo de cognição exauriente, não se percebeu menção expressa ao art. 20. Não obstante, isso por si só não significa que as decisões estudadas tenham desobedecido por completo aos comandos legais.

A decisão liminar e a sentença na ação civil pública efetivaram amplo debate acerca da política pública debatida, com considerações minuciosas acerca da razoabilidade da escolha do poder público. Todavia, especialmente na sentença, não foi encontrada a mesma quantidade de considerações consequencialistas que se viu nas decisões do pedido de suspensão, bem como nas petições das partes, especialmente sobre os efeitos da sustação do decreto que permitia a volta às aulas.

Merecem destaque, neste turno, as duas decisões tomadas no pedido de suspensão, tanto a do presidente do TJSP quanto a do Órgão Especial no julgamento do agravo. A fundamentação de ambas apontou para a necessidade de se manter hígido o decreto que determinou a abertura parcial das escolas, com robusta argumentação consequencialista. Indicou-se que o fechamento das unidades de ensino causaria evasão escolar de milhares de crianças e adolescentes, prejuízo à alfabetização, danos perenes à formação educacional dos alunos, bem como o fato de que as escolas serviriam, também, como local de referência à alimentação de estudantes em situação de pobreza.

Ademais, tais decisões confrontaram a medida acolhida com as possibilidades alternativas e consideraram que o decreto seria razoável ao permitir que profissionais em situação de risco permanecessem em teletrabalho, bem como pelo fato de que as informações trazidas aos autos davam conta de que não havia contaminação excessiva nas escolas.

As decisões no pedido de suspensão, portanto, parecem ter cumprido os requisitos impostos pelo legislador no art. 20, porquanto seguiram o itinerário decisório prescrito pela lei: prospectaram as consequências advindas de cada uma das alternativas; realizaram a escolha que, no entender dos julgadores, atendia ao princípio da proporcionalidade; explicitaram na motivação do ato esse processo decisório.

Tanto a decisão liminar do presidente do TJSP quanto o acórdão no pedido de suspensão de segurança, pois, prescrutaram os resultados práticos das duas medidas que estavam em jogo e consideraram que manter o decreto estadual impugnado preservaria os direitos fundamentais à educação, à autonomia familiar e à alimentação dos alunos em situação de vulnerabilidade, sem colocar em risco, desproporcionalmente, o direito à saúde da população atingida, uma vez que a medida questionada protegia os profissionais dos grupos de risco e teria demonstrado que as salas de aula, com os protocolos de segurança, eram locais seguros à volta dos estudantes e professores.

Esse processo decisório legitimou a escolha tomada naquele momento pelo TJSP, revelando que a opção pela preservação do princípio da separação dos poderes no caso não ocorreu de maneira dissociada dos fatos e das circunstâncias trazidas pelas partes. Desse modo, a racionalidade desejada no controle judicial das políticas

públicas, um dos objetivos do art. 20 da LINDB, foi atendida no caso em análise, dentre outras razões, pela observância dos requisitos exigidos pelo novel dispositivo da Lei de introdução: prospecção das consequências das medidas em disputa; escolha da que atende ao princípio da proporcionalidade; exposição dos motivos no ato decisório.

Assim, a pesquisa demonstrou que as decisões estudadas não citaram expressamente o art. 20, mas em alguma medida atenderam às suas prescrições. A participação efetiva das partes, elencando dados e informações sobre as consequências de cada uma das possíveis decisões, foi decisiva para que se verificasse o atendimento aos comandos do art. 20. De outro lado, não ficou claro se as alterações na LINDB, notadamente a inclusão do art. 20, influenciaram de algum modo o processo decisório dos julgadores.

## 5. CONCLUSÃO

A Lei nº 13.655/2018, que inseriu os arts. 20 a 30 na LINDB, prescreveu a obrigatoriedade de argumentação contextualizada e contemplativa dos efeitos práticos das decisões em sede administrativa, controladora e judicial<sup>74</sup>. O objetivo foi aperfeiçoar o processo decisório em matéria de Direito Público, reduzir arbitrariedades e aumentar o ônus argumentativo nas decisões baseadas em valores jurídicos abstratos.

Muito embora o art. 20 da LINDB não se confunda com o pragmatismo jurídico, por se aplicar apenas aos chamados casos difíceis, representa um marco na teoria da decisão no Direito brasileiro, ao introduzir de forma expressa o consequencialismo como método de decisão.

A norma se aplica sempre que a decisão se basear em valores jurídicos abstratos, termo criticado pela doutrina por dizer menos do que deveria. A interpretação a ser feita é de que as decisões baseadas tanto em princípios quanto em cláusulas gerais demandarão a incidência do art. 20. Há divergência quanto à aplicabilidade em situações decididas com base em regras com conceitos jurídicos indeterminados, muito embora a maioria doutrinária se incline no sentido de que se aplicará em casos de conceitos jurídicos indeterminados dotados de alta abstração.

Sempre que aplicável, o julgador deverá individualizar cada decisão possível e as consequências dela decorrentes. Em seguida, ordenará os pares consoante algum critério de julgamento, que pode ser político, jurídico, social, econômico.

Não se infere do dispositivo, portanto, que os argumentos consequencialistas sejam mais importantes que os de substrato valorativo. Estes podem fundamentar

---

<sup>74</sup> BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 26 abr. 2018. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113655.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113655.htm). Acesso em 17 jan. 2022.

decisões mesmo que não acarretem, no caso, as melhores consequências práticas. Valores como vida, saúde e dignidade da pessoa humana podem se sobrepor a escolhas que teriam consequências sociais ou econômicas melhores. Todavia, o art. 20 impõe que as consequências de ambas as medidas sejam consideradas pelo decisor e constem na motivação do ato, com análise da necessidade e adequação da escolha realizada.

Assim, a norma impõe requisito formal aos atos administrativos, controladores e judiciais, cuja desobediência pode ensejar-lhes a anulação por vício de forma, nos primeiros caso, e omissão quanto ao dever de fundamentação nas decisões judiciais.

Nesse contexto, o caso aqui estudado revelou as dificuldades práticas de efetivação do dispositivo. Nota-se que as partes foram fundamentais no auxílio dos juízes na fundamentação consequencialista. Os argumentos dessa natureza trazidos pelos autores e pelo réu foram expressamente mencionados pelos magistrados em suas decisões, legitimando as opções efetuadas pelos julgadores.

As decisões analisadas no pedido de suspensão de liminar parecem ter se adequado aos mandamentos impostos pela nova LINDB, pois seguiram o itinerário decisório prescrito pela lei: prospectaram as consequências da escolha de cada uma das alternativas; realizaram a escolha que, no entender dos julgadores, passou em juízo de proporcionalidade; e explicitaram esse processo decisório na motivação do ato. Foram consideradas as consequências tanto da decretação de nulidade do decreto impugnado quanto de sua manutenção, comparando-se os benefícios advindos de cada uma.

Todavia, nenhuma das partes citou expressamente o conteúdo do art. 20 nos dois incidentes processuais analisados, não tendo sido encontrada nenhuma referência ao termo “consequências práticas da decisão” nos autos do caso estudado.

Não se pode afirmar, portanto, que a análise consequencialista empreendida na ação tenha sido estimulada, de qualquer forma, pelos comandos do art. 20 da LINDB. Ao que parece, o aprofundamento das decisões se deve à natureza e à matéria discutida na própria lide, bem assim pelo detalhamento dos dados trazidas pelas partes. Nesse sentido, faz-se necessário aprimorar o debate acerca da efetiva aplicação em juízo das inovações trazidas pelo art. 20, das consequências de sua não observância e de como pode ser mais bem aplicado.

As decisões estudadas por esta pesquisa demonstram que a motivação que obedece ao art. 20, ainda que não expressamente, e considera as consequências práticas da decisão, com análise das medidas em jogo à luz do princípio da proporcionalidade, tendem a ser mais bem estruturadas e adequadas à situação que se apresente. É indispensável, portanto, que se busque a efetiva aplicação das normas insculpidas no novel art. 20 do Decreto-Lei nº 4.657/1942<sup>75</sup>.

---

<sup>75</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 9 set. 1942. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm). Acesso em: 8 jul. 2021.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, p. 113-144, set. 2019. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/80832>. Acesso em: 8 jul. 2021.

AMORIM, Vivian; PIZA, Caio; JUNIOR, Ildo José Lautharte. O efeito da pandemia de H1N1 sobre o aprendizado. O que esperar com a Covi-19? Disponível em <https://documents1.worldbank.org/curated/en/434351591643325142/pdf/The-Effect-of-the-H1N1-Pandemic-on-Learning-What-to-Expect-with-COVID-19.pdf>. Acesso em: 10 set. 2024.

ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem casos difíceis**: a guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. 2011. 287 f. Dissertação (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade do Estado de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-01032012-085607/publico/Como\\_os\\_Juizes\\_decidem\\_os\\_casos\\_dificeis\\_Thais\\_Nunes\\_de\\_Arruda.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-01032012-085607/publico/Como_os_Juizes_decidem_os_casos_dificeis_Thais_Nunes_de_Arruda.pdf). Acesso em: 25 jan. 2022.

BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. **Tribunais, complexidade e decisão**: o argumento consequencialista no Direito Brasileiro. 2018. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo ordenador. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. *E-book*.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25 jan. 2022.

BRASIL. Decreto nº 9.191, de 1º de novembro de 2017. Estabelece as normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 16, 3 nov. 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/D9191.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9191.htm). Acesso em: 27 ago. 2024.

BRASIL. Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 4, 11 jun. 2019. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/d9830.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d9830.htm). Acesso em: 17 jan. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 9 set. 1942. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm). Acesso em: 8 jul. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 14427, 18 jun. 1941. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3365.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm). Acesso em: 8 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 18055, 20 set. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em: 8 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 8357, 01 jul. 1992. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8437-30-junho-1992-365177-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 11 set. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 17 jan. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do Direito Público. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 26 abr. 2018. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm). Acesso em: 17 jan. 2022.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº 19, de 04 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, p. 1, 05 jun. 1998. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 10 set. 2024.

BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 6241, 05 jul. 1965. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4717.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm). Acesso em: 10 set. 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Painel Coronavírus**. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em 11 set. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020**. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF: Presidência da República, 2020a. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8110754&ts=1630442842003&disposition=inline>. Acesso em: 27 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tutela Provisória nº 3.378. Relator: Min. Alexandre de Moraes. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 7 abr. 2020b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342847444&text=.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.421**. Direito Administrativo. Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Responsabilidade civil e administrativa de agentes públicos. Atos relacionados à pandemia de COVID-19. Medida Provisória nº 966/2020. Deferimento parcial da cautelar. Requerente: Rede Sustentabilidade. Relator: Min. Roberto Barroso, 21 de maio de 2020c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754359227>. Acesso em: 17 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.422**. Direito Administrativo. Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Responsabilidade civil e administrativa de agentes públicos. Atos relacionados à pandemia de COVID-19. Medida Provisória nº 966/2020. Deferimento parcial da cautelar. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: Min. Roberto Barroso, 21 de maio de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344951151&text=.pdf>. Acesso em: 10 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.424**. Direito Administrativo. Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Responsabilidade civil e administrativa de agentes públicos. Atos relacionados à pandemia de COVID-19. Medida Provisória nº 966/2020. Deferimento parcial da cautelar. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (P-SOL). Relator: Min. Roberto Barroso, 21 de maio de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344951302&text=.pdf>. Acesso em 10 set 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.425**. Direito Administrativo. Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Responsabilidade civil e administrativa de agentes públicos. Atos relacionados à pandemia de COVID-19. Medida Provisória nº 966/2020. Deferimento parcial da cautelar. Requerente: Partido Comunista do Brasil. Relator: Min. Roberto Barroso, 21 de maio de 2020. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344964396&text=.pdf>. Acesso em: 11 set 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.427**. Direito Administrativo. Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Responsabilidade civil e administrativa de agentes públicos. Atos relacionados à pandemia de COVID-19. Medida Provisória nº 966/2020. Deferimento parcial da cautelar. Requerente: Associação Brasileira de Imprensa. Relator: Min. Roberto Barroso, 21 de maio de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344964488&text=.pdf>. Acesso em 10 set 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.428. Direito Administrativo. Ações Diretas de Inconstitucionalidade.** Responsabilidade civil e administrativa de agentes públicos. Atos relacionados à pandemia de COVID-19. Medida Provisória nº 966/2020. Deferimento parcial da cautelar. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Relator: Min. Roberto Barroso, 21 de maio de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344961971&text=.pdf>. Acesso em 10 set 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.431. Direito Administrativo. Ações Diretas de Inconstitucionalidade.** Responsabilidade civil e administrativa de agentes públicos. Atos relacionados à pandemia de COVID-19. Medida Provisória nº 966/2020. Deferimento parcial da cautelar. Requerente: Partido Verde. Relator: Min. Roberto Barroso, 21 de maio de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344962356&text=.pdf>. Acesso em 10 set. 2024.

DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da lei de introdução às normas do Direito brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 19, n. 75, p. 143-160, mar. 2019. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1068>. Acesso em: 8 jul. 2021.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: JusPodivum, 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB. Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>. Acesso em: 25 jan. 2022.

LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (org.). **Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: FGV, 2016. p. 25-31. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18009>. Acesso em: 24 jan. 2022.

MANKIW, Nicholas Gregory. **Introdução à economia**. 3. ed. Tradução Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes e Lima. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. A nova LINDB e o consequencialismo jurídico como mínimo essencial. **Consultor Jurídico**, Brasília, DF, 18 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opinioao-lindb-quadrantes-consequencialismo-juridico>. Acesso em: 13 jan. 2022.

MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB no Direito Público**: Lei nº11.655/2018. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. *E-book*.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do Direito Administrativo à luz do pragmatismo jurídico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 256, n. 1, p. 129-163, jan. 2011. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8496/7245>. Acesso em: 8 jul. 2021.

POSNER, Richard. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 64.881, de 22 de março de 2020**. Decreta quarentena no Estado de São Paulo, no contexto da pandemia do COVID-19 (Novo Coronavírus). São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2020a. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2020/decreto-64881-22.03.2020.html>. Acesso em: 17 jan. 2022.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 65.061, de 13 de julho de 2020**. Dispõe sobre a retomada das aulas e atividades presenciais, no contexto da pandemia de COVID-19, e dá providências correlatas. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2020/decreto-65061-13.07.2020.html#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20retomada%20das,19%2C%20e%20d%C3%A1%20provid%C3%A2ncias%20correlatas>. Acesso em: 10 set. 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 65.384, de 17 de dezembro de 2020**. Dispõe sobre a retomada das aulas e atividades presenciais no contexto da pandemia de COVID-19, institui o Sistema de Informação e Monitoramento da Educação para COVID-19 e dá providências correlatas. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2020b. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/norma/196562>. Acesso em: 17 jan. 2022.

SÃO PAULO (Estado). **Plano São Paulo**. São Paulo: Governo do Estado, 2020c. Disponível em: [https://www.saopaulo.sp.gov.br/wp-content/uploads/2020/05/PlanoSP\\_vf5.pdf](https://www.saopaulo.sp.gov.br/wp-content/uploads/2020/05/PlanoSP_vf5.pdf). Acesso em: 17 jan. 2022.

SÃO PAULO (Estado). **Resolução Seduc-95, de 18 de dezembro de 2020**. Dispõe sobre o Projeto Recuperação Intensiva de janeiro de 2021 e detalha os critérios de aprovação e retenção no ano letivo de 2020 na rede estadual de ensino. São Paulo: Secretaria da Educação do Estado de São Paulo, 2020d. Disponível <http://siau.edunet.sp.gov.br/ItemLise/arquivos/RESOLU%C3%87%C3%83O%20SEDOC%20%2095%20-%2018-12-200.PDF>. Acesso em: 17 jan. 2022.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ação Civil Pública nº 1065795-73.2020.8.26.0053**. Classe – Assunto Ação Civil Pública Cível - Ensino Fundamental e Médio. Requerente: Apeosp Sind dos Prof do Ensino Oficial do Est e outros. Requerido: Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Juiz(a) de Direito: Dr(a). Simone Gomes Rodrigues Casoretti, 28 de janeiro de 2021a. Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/1/04aafc8f8d3b49\\_escola.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/1/04aafc8f8d3b49_escola.pdf). Acesso em 22 jan 2022.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Suspensão de liminar Processo nº 2013164-66.2021.8.26.0000**. Requerente: Estado de São Paulo. Requerido: Juízo de Direito da 9ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, 29 de janeiro de 2021b. Disponível em: [https://www.saopaulo.sp.gov.br/wp-content/uploads/2021/01/doc\\_95785588-1.pdf](https://www.saopaulo.sp.gov.br/wp-content/uploads/2021/01/doc_95785588-1.pdf). Acesso em 22 jan 2022.

SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>. Acesso em: 27 ago. 2024.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, maio 2008. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/download/41531/40881/86603>. Acesso em: 27 ago. 2024.

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 (org.). **Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: FGV, 2016, p. 21-25. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18009>. Acesso em: 24 jan. 2022.

UOL. AGÊNCIA BRASIL. Mais de 5 milhões de crianças e adolescentes ficaram sem aulas em 2020. **UOL**, [s. l.], 2020. Disponível em: <https://educacao.uol.com.br/noticias/2021/04/29/mais-de-5-milhoes-de-criancas-e-adolescentes-ficaram-sem-aulas-2020.htm>. Acesso em 11 set. 2024.



# GESTÃO DE RISCOS NA LEI Nº 14.133/2021: ASPECTOS RELEVANTES SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

*Risk management in the Law nº 14.133/2021:  
relevant aspects from the perspective of Economic Analysis of Law*

Mirna Natalia Amaral da Guia Martins<sup>1</sup>

## SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Risco; 3. Matriz de Risco; 3.1 O equilíbrio econômico-financeiro; 3.2 Identificação de riscos; 3.4 Alocação de riscos; 4. Gestão de riscos e a nova economia institucional; 5. Conclusão; Referências Bibliográficas; Anexos.

## RESUMO

Este artigo aborda as inovações trazidas pela Lei nº 14.133/2021 no que se refere a análise de riscos, matriz de riscos, identificação de riscos, alocação de riscos e quantificação de riscos para contratações públicas. A abordagem é sustentada no referencial teórico da Análise Econômica do Direito, mais especificamente no arcabouço teórico da Economia dos Custos de Transação. Como metodologia, utilizou-se a pesquisa qualitativa por meio de consulta a legislação, além de pesquisa bibliográfica de trabalhos acadêmicos e de doutrina nacional e estrangeira. A metodologia utilizada justifica-se ante a necessidade de, partindo de estudos já existentes sobre o tema, sistematizar um referencial teórico que auxilie na implantação prática de institutos que, em futuro próximo, serão de utilização compulsória por imposição legal. Inicialmente, define-se risco sob o ponto de vista das organizações, abordando como a Lei nº 14.133/2021 atribui à gestão de riscos um importante papel na governança das contratações e na busca pela eficiência, pela efetividade e pela eficácia do procedimento licitatório. Em seguida, são analisados os diversos artigos da lei que disciplinam matriz de riscos, com ênfase nas diversas etapas que compõem sua elaboração, além da importância atribuída à gestão de riscos como instrumento de caracterização do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato. Por fim, utilizando-se do referencial teórico da Nova Economia Institucional, estabelece-se uma relação entre a gestão de riscos e a Economia dos Custos de Transação, abordando questões como incerteza, custos de transação, comportamento oportunista, assimetria de informação e racionalidade limitada e suas influências sobre o chamado contrato incompleto.

**Palavras-chave:** Lei de Licitação e Contratos. Lei nº 14.133/2021. Gestão de riscos. Análise de riscos. Matriz de riscos. Análise Econômica do Direito. Nova Economia Institucional. Economia dos Custos de Transação.

## ABSTRACT

This article addresses the innovations brought by the Law nº 14.133/2021 with regard to risk analysis, risk matrix, risk identification, risk allocation and risk quantification for public procurement. The approach is based on the theoretical framework of Economic Analysis of Law, more precisely on the theoretical framework of Transaction Cost Economics. The methodology of the project was qualitative research through consultation of legislation, as well as bibliographic research of academic works and national and foreign doctrine. The methodology used is relevant

<sup>1</sup> Procuradora do Estado de São Paulo. Mestre em Saúde Pública pela FSP-USP. Especialista em Direito do Trabalho pela COGEAE-PUC/SP. Especialista em Direito e Economia pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado.

given the need to systematize a theoretical framework based on existing studies on the subject to assist in the practical implementation of institutes that, in a near future, will be of compulsory use by legal implementation. Initially, risk is defined under the perspective of organizations regarding how the law nº 14.133/2021 assigns risk management an important role in the governance of hiring and in the pursuit of efficiency, effectiveness and efficacy of the bidding procedure. Afterward, the various articles of the law that discipline the risk matrix are analyzed with emphasis on the several steps that make up its elaboration, in addition to the importance attributed to risk management as an instrument for characterizing the initial economic-financial balance of the contract. Lastly, using the theoretical framework of the New Institutional Economics, a relation is made between risk management and Transaction Cost Economics addressing issues such as uncertainty, transaction costs, opportunistic behavior, information asymmetry and restricted rationality, along with its influence on the so-called Incomplete Contract.

**Keywords:** Law of Public Bids and Contracts. Law nº 14.133/2021. Risk management. Risk analysis. Risk matrix. Economic Analysis of Law. New Institutional Economics. Transaction Cost Economics.

## 1. INTRODUÇÃO

A nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021)<sup>2</sup>, disciplinou de forma inovadora, quando comparada com a Lei nº 8.666/1993<sup>3</sup>, questões referentes à análise de riscos, à matriz de riscos, à identificação de riscos, à alocação de riscos e à quantificação de riscos para contratações públicas.

A conveniência de bem aplicar esses dispositivos legais atrai a necessidade de analisar como essas ferramentas de gestão são disciplinadas pela Lei nº 14.133/2021, o que se fez neste trabalho, sustentando a abordagem no referencial teórico da Análise Econômica do Direito, mais especificamente no arcabouço teórico da Economia dos Custos de Transação.

Ademais, por serem ferramentas já utilizadas em virtude do disciplinado por outros diplomas legais, foi feita uma incursão sobre a experiência já acumulada na prática da aplicação dessas ferramentas, trazendo as conclusões de estudos que analisaram sua aplicação em editais de licitação e contratos públicos, isso com o intuito de auxiliar na prática da aplicação da Lei nº 14.133/2021.

A Lei nº 14.133/2021 trata da gestão de riscos de forma dispersa, motivo pelo qual os diversos assuntos não foram abordados observando a ordem em que aparecem

<sup>2</sup> BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 1 abr. 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm). Acesso em: 27 jun. 2021.

<sup>3</sup> BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamento o artigo 37 da Constituição Federal, institui normas para licitação e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 8269, 22 jun. 1993. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em: 27 jun. 2021.

na lei, mas, sim, por meio de uma sistematização lógica que os dividiu em três grandes temas: risco; matriz de riscos; gestão de riscos e a Nova Economia Institucional.

Como metodologia, utilizou-se a pesquisa qualitativa, com consulta à legislação, além de pesquisa bibliográfica de trabalhos acadêmicos e de doutrina nacional e estrangeira. A metodologia utilizada justifica-se diante da necessidade de, a partir de estudos preexistentes sobre o tema, sistematizar um referencial teórico que auxilie na implantação prática de institutos que, em futuro próximo, serão de utilização compulsória por imposição legal.

## 2. RISCO

Inúmeras são as definições de risco, sendo que, neste trabalho, utilizaremos dois conceitos de risco, com o intuito de abordá-lo sob duas diferentes perspectivas. De início, risco será definido e analisado sob o ponto de vista da governança das organizações e, a seguir, como evento desfavorável, imprevisto ou de difícil previsão passível de ocorrência nas relações contratuais. Essa abordagem se justifica pois é possível observar que a Lei nº 14.133/2021 disciplina risco com base nessas duas lógicas.

Nessa perspectiva, e de início, o conceito de risco, quando analisado sob a ótica da segurança, relaciona-se à probabilidade da ocorrência de eventos que impactem negativamente uma organização, estimulando-a a gerar conhecimento que minimize perdas reais ou potenciais<sup>4</sup>. Nesse sentido, a Lei nº 14.133/2021, no *caput* e no § 1º do art. 169, dispõe que a Administração Pública deve implementar práticas contínuas de gestão de risco e controle preventivo para alcançar eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações<sup>5</sup>.

A eficiência pode ser entendida como a característica de se obter o melhor desempenho possível, e a eficácia, como a capacidade de alcançar uma meta preestabelecida<sup>6</sup>. Já a efetividade, como “a realização dos bons efeitos perseguidos pela ação pública no mundo fenomênico”<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> ROSA, Izaias Otacilio da; ENSSLIN, Leonardo; ENSSLIN, Sandra Rolim. Visão conceitual de modelos de gerenciamento de riscos à segurança organizacional. **Revista Eletrônica de Ciência Administrativa**, Curitiba, v. 10, n. 2, p. 124-135, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://www.periodicosibepes.org.br/index.php/recadm/article/view/661/566>. Acesso em: 8 ago. 2021.

<sup>5</sup> BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 1 abr. 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm). Acesso em: 27 jun. 2021.

<sup>6</sup> MARIANO, Enzo Barberio. **Crescimento econômico e desenvolvimento humano**: uma análise mundial da eficiência social de Estados-nação. 2012. Tese (Doutorado em Economia, Organizações e Gestão do Conhecimento) – Faculdade de Engenharia de São Carlos, Universidade de São Paulo, São Carlos, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/18/18157/tde-24082012-142856/>. Acesso em: 27 jun. 2021.

<sup>7</sup> CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. **Governança pública na administração contemporânea**. 2017. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 29. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-19022021-181351/>. Acesso em: 10 jan. 2021.

Para Alves, “o sentido jurídico pleno de eficiência pressupõe o cumprimento das metas propostas e o alcance do devido impacto da medida, compreendendo assim a eficácia e a efetividade”<sup>8</sup>. Entende o autor, ainda, que, tratando-se de eficiência administrativa, ou seja, aquela relativa aos atos do poder público, todas as etapas estão abrangidas, do planejamento à avaliação de desempenho.

No mesmo sentido, a lição de Perez:

[...] embora haja uma divisão e delimitação dos conceitos e eficiência, eficácia e efetividade, o importante é que se verifique uma correta organização interna, com procedimentos inteligentes e bem desenhados, com oxigenação e conversa entre setores (meios, métodos, rotinas, recursos e procedimentos), visando à maior eficiência; e atuações que gerem os efeitos almejados, que alcancem as metas estabelecidas, fornecendo um produto ou serviço de qualidade e excelência ao seu usuário final, ou seja, de maior eficácia (e efetividade)<sup>9</sup>.

A Lei nº 14.133/2021, no parágrafo único do art. 11, além de imputar à alta administração do órgão ou da entidade a responsabilidade de promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações, atribui-lhe a responsabilidade pela governança das contratações por meio, entre outros, da implementação de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos<sup>10</sup>.

Um dos significados que se pode dar ao termo “governança” se relaciona à ideia de que “governança é a da necessidade de criação de um novo meio de gerir recursos escassos necessários à vida harmônica em sociedade, com mais eficiência e maior legitimidade [...]”<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> ALVES, André Guilherme Bello Teixeira. **A eficiência da administração como preceito fundamental**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020, p.183. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08052021-002637/>. Acesso em: 10 set. 2021.

<sup>9</sup> PEREZ, Caio Frederico Fonseca Martinez. **Burocracia estável e o princípio da eficiência na administração pública brasileira**. 2016. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 85. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-03112016-223544/>. Acesso em: 20 set. 2021.

<sup>10</sup> BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 1 abr. 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm). Acesso em: 27 jun. 2021.

<sup>11</sup> CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. **Governança pública na administração contemporânea**. 2017. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 59. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-19022021-181351/>. Acesso em: 10 jan. 2021.

A Lei nº 14.133/2021 determina a implementação de controles internos que, para fins deste estudo, são definidos como instrumentos do processo de gestão de riscos que objetivam a mitigação de eventos indesejáveis<sup>12</sup>.

A referida lei atribui à gestão de riscos um importante papel na governança das contratações e na busca pela eficiência, pela efetividade e pela eficácia. É possível afirmar, inclusive, que a lei considera a gestão de riscos uma ferramenta valiosa para a realização de contratações públicas adequadas. Nesse sentido, interessante notar que eficiência e eficácia são consideradas pelo art. 5º da Constituição Federal de 1988 (CF/88)<sup>13</sup> princípios a serem observados na aplicação da Lei nº 14.133/2021.

A gestão de riscos é um processo que “envolve a identificação, a análise e a avaliação de riscos, a seleção e a implementação de respostas aos riscos avaliados, o monitoramento de riscos e controles, e a comunicação sobre riscos com partes interessadas, internas e externas”<sup>14</sup>.

A gestão de riscos, portanto, compreende várias etapas, sendo a análise de riscos uma delas. O art. 18 da Lei nº 14.133/2021 dispõe que a fase preparatória da licitação é caracterizada pelo planejamento, ocasião em que se deve abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidas, entre outras, e nos termos do inciso X, a análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual<sup>15</sup>.

### 3. MATRIZ DE RISCOS

O § 3º e o “*caput*” do art. 22 da Lei nº 14.133/2021 estabelecem que o edital da licitação deverá conter “matriz de alocação de riscos” quando a contratação se referir a obras e serviços de grande vulto ou forem adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada, sendo, portanto, opcional nos demais casos<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> OLIVEIRA JUNIOR, Antonio José Saraiva de; GOMES, Arnaldo Ribeiro; MACHADO, Guilherme de Vasconcelos. Metodologia de auditoria com foco em processo e risco. **Revista do TCU**, Brasília, DF, n. 132, p. 28-37, jan./abr. 2015. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/249>. Acesso em: 23 out. 2021.

<sup>13</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 28 ago. 2024.

<sup>14</sup> VIEIRA, James Batista; BARRETO, Rodrigo Tavares de Souza. **Governança, gestão de riscos e integridade**. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública, 2019. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/4281>. Acesso em: 23 out. 2021.

<sup>15</sup> BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 1 abr. 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm). Acesso em: 27 jun. 2021.

<sup>16</sup> *Ibid.*

A matriz de riscos é utilizada para identificar e registrar eventos de risco<sup>17</sup>. Nessa etapa do trabalho, utilizaremos outra definição de risco, caracterizando-o como:

[...] a ocorrência de um evento desfavorável, imprevisto ou de difícil previsão, que onera demasiadamente os encargos contratuais de uma ou de ambas as partes, afetando a rentabilidade do projeto, no caso da parte privada, e a eficiência na realização dos objetivos, no caso da parte pública<sup>18</sup>.

Nos termos do art. 6º, XXVII, da Lei nº 14.133/2021, a matriz de riscos constará do contrato celebrado entre as partes após o procedimento licitatório, em cláusula que deverá: (i) identificar e alocar riscos; e (ii) caracterizar o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação. A matriz de riscos deverá, ainda, nos termos do § 1º do art. 22: (iii) prever mecanismos que afastem a ocorrência do evento; (iv) e mecanismos que mitiguem seus efeitos, caso este ocorra durante a execução contratual<sup>19</sup>.

O Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), ao analisar sua experiência no âmbito do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), chama atenção para o fato de que, quando da elaboração da matriz, deve-se separar claramente as causas dos efeitos dos riscos, de forma que conste da matriz: (i) o evento de risco (descrição); (ii) as causas do risco (associadas à probabilidade de ocorrência); e (iii) os efeitos do risco (associado ao impacto do risco). Como exemplo, consta uma matriz que descreve riscos que impactam os empreendimentos rodoviários, a qual foi parcialmente reproduzida no Anexo I deste trabalho<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> OLIVEIRA JUNIOR, Antonio José Saraiva de; GOMES, Arnaldo Ribeiro; MACHADO, Guilherme de Vasconcelos. Metodologia de auditoria com foco em processo e risco. **Revista do TCU**, Brasília, DF, n. 132, p. 28-37, jan./abr. 2015. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/249>. Acesso em: 23 out. 2021.

<sup>18</sup> GRAEFF, Fernando. **Uma análise da alocação de riscos nos contratos para prestação de serviços públicos**: o caso do transporte rodoviário interestadual de passageiros por ônibus. 2011, p. 3. Tese (Especialização em Controle da Regulação) – Instituto Serzedello Corrêa, Tribunal de Contas da União, Brasília, 2011. Disponível em: [https://portal.tcu.gov.br/en\\_us/biblioteca-digital/uma-analise-da-alocacao-de-riscos-nos-contratos-para-prestacao-de-servicos-publicos-o-caso-do-transporte.htm](https://portal.tcu.gov.br/en_us/biblioteca-digital/uma-analise-da-alocacao-de-riscos-nos-contratos-para-prestacao-de-servicos-publicos-o-caso-do-transporte.htm). Acesso em: 27 jun. 2021.

<sup>19</sup> BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 1 abr. 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm). Acesso em: 27 jun. 2021.

<sup>20</sup> NEVES, Carlos Eduardo Veras; RODRIGUES, Iana Araújo; PORTO, Mariana Campos. **Guia de gerenciamento de riscos de obras rodoviárias – fundamentos**. Brasília, DF: Ministério dos Transportes, 2013. Disponível em: <https://www.gov.br/dnit/pt-br/assuntos/planejamento-e-pesquisa/custos-e-pagamentos/custos-e-pagamentos-dnit/documentos/guia-de-gerenciamento-de-riscos-fundamentos.pdf>. Acesso em: 23 out. 2021.

### 3.1. O equilíbrio econômico-financeiro

Como referido anteriormente, nos termos do art. 6º, XXVII, da Lei nº 14.133/2021, a matriz de riscos constará do contrato celebrado entre as partes após o procedimento licitatório, em cláusula que deverá, além de identificar e alocar riscos, caracterizar o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação<sup>21</sup>.

O equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ou seja, a relação original entre os encargos do particular e a contraprestação devida pela Administração, é mensurado com base na relação originária entre as prestações. Fatos previsíveis que venham a alterar essa relação originária não ensejam a revisão para readequação do equilíbrio econômico-financeiro e devem ser objeto de estipulação contratual expressa ou implícita. Havendo cláusula contratual que descreva a possibilidade da ocorrência de fato que altere as condições iniciais do contrato, já se deverá prever a solução adequada à ocorrência desse fato e, conseqüentemente, incabível será a revisão para reajustar o contrato a sua equação financeira original<sup>22</sup>.

Nos termos do art. 6º, XXVII, *a*, da Lei nº 14.133/2021, são justamente esses fatos previsíveis que deverão constar da matriz de riscos que, além de listar os fatos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro, alocará o risco entre as partes, indicando, ainda, eventual necessidade de celebração de termo aditivo de impacto financeiro<sup>23</sup>.

No mesmo sentido, o disposto no § 4º do art. 103 da Lei nº 14.133/2021, segundo o qual “a matriz de alocação de riscos definirá o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação a eventos supervenientes e deverá ser observada na solução de eventuais pleitos das partes”<sup>24</sup>.

A lei presume estar mantido o equilíbrio econômico-financeiro sempre que atendidas as condições do contrato e da matriz de riscos (§ 5º do art. 103), impondo às partes renunciar “aos pedidos de reestabelecimento do equilíbrio relacionados aos riscos assumidos”<sup>25</sup>.

Alencar esclarece que

---

<sup>21</sup> Brasil, *op. cit.*

<sup>22</sup> GIL, Fabio Coutinho de Alcântara. **A onerosidade excessiva em contratos de engineering**. 2007. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-24052011-143442/>. Acesso em: 12 dez. 2021.

<sup>23</sup> BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 1 abr. 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm). Acesso em: 27 jun. 2021.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> *Ibid.*

[...] ao alocar contratualmente entre as partes os riscos que possam ser previamente identificados e dimensionados, tais eventos de ocorrência incerta passam a ser tutelados contratualmente e, dessa forma, devem ser excluídos do conceito de álea extraordinária, reduzindo o espectro da garantia do equilíbrio econômico-financeiro em seu aspecto remediativo<sup>26</sup>.

Importante observar que, quanto maior for a duração do contrato, maiores os riscos a que a equação econômico-financeira que se forma no momento da celebração fica sujeita, pois uma maior quantidade de eventos poderá afetá-la<sup>27</sup>.

Nessa perspectiva, importante lembrar que a onerosidade excessiva se caracteriza quando as prestações se tornam demasiadamente onerosas para uma das partes, entretanto, não se tem, automaticamente, um permissivo para o descumprimento do contrato, ainda que o cumprimento da prestação evidencie um desequilíbrio<sup>28</sup>.

Nesse sentido, o art. 22, § 2º, II, dispõe que a matriz de riscos do contrato deverá prever a possibilidade de resolução do contrato quando eventos supervenientes tiverem o condão de “majorar excessivamente ou impedir a continuidade da execução contratual”<sup>29</sup>.

### 3.2 Identificação de riscos

No que se refere à identificação dos riscos, nos termos do *caput* do art. 103, deve-se identificar “riscos contratuais previstos e presumíveis”<sup>30</sup>.

É ideal que se busque inserir no contrato o maior número possível de ocorrências futuras, de modo que mais riscos sejam identificados e alocados para as partes no contrato, o que trará, como consequência, uma melhor exploração das capacidades das partes. Objetiva-se com a identificação dos riscos prever o maior número

<sup>26</sup> ALENCAR, Letícia Oliveira Lins de. **Uma releitura do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviço público**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 19. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-15102020-193811/>. Acesso em: 12 nov. 2021.

<sup>27</sup> FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. **Parcerias público-privadas: repartição objetiva de riscos**. 2011. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-14052012-162009/>. Acesso em: 23 set. 2021.

<sup>28</sup> ALMEIDA, Rafael Augusto Paes de. **A revisão judicial dos contratos no sistema de defesa do consumidor**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-21082020-020847/>. Acesso em: 4 jan. 2022.

<sup>29</sup> BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 1 abr. 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm). Acesso em: 27 jun. 2021.

<sup>30</sup> *Ibid.*

de estados futuros e de negociar sobre a multiplicidade de questões incidentes, pela experiência acumulada e da consolidação de práticas reiteradas<sup>31</sup>.

Questão interessante a se mencionar no tocante à identificação dos riscos diz respeito à assimetria de informação. Esse fenômeno caracteriza-se quando alguns agentes dispõem de mais informação que outros, moldando um cenário incerto e inseguro<sup>32</sup>.

A correta identificação e o correto tratamento dos riscos relevantes na etapa de estruturação do projeto impactarão diretamente o contrato a ser celebrado, pois a não identificação de riscos relevantes prejudicará as adequadas alocação, gestão e repartição dos riscos contratuais, o que reforça a importância do trabalho realizado na etapa de estruturação dos projetos<sup>33</sup>.

Matrizes de riscos que identificam de forma insuficiente os riscos podem ocasionar três efeitos indesejáveis no processo de licitação, a saber: (i) prejudicar a comparabilidade entre as propostas; (ii) incrementar os custos envolvidos na contratação, tornando as ofertas mais onerosas; e (iii) gerar distorções no resultado da licitação, favorecendo licitantes com maior capacidade para renegociar contratos<sup>34</sup>.

### 3.3 Afastamento e mitigação

A matriz de riscos deverá, nos termos do § 1º do art. 22 da Lei nº 14.133/2021, prever mecanismos que afastem a ocorrência do evento e que mitiguem seus efeitos caso este ocorra durante a execução contratual<sup>35</sup>.

Por meio da análise de riscos é que se tenta identificar a natureza do risco e seu nível, este entendido como as consequências negativas que o evento pode causar.

---

<sup>31</sup> GIL, Fabio Coutinho de Alcantara. **A onerosidade excessiva em contratos de engineering**. 2007. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-24052011-143442/>. Acesso em: 12 dez. 2021.

<sup>32</sup> BERTOLIN, Rosangela Vieira *et al.* Assimetria de informação e confiança em interações cooperativas. **Revista de Administração Contemporânea**, Curitiba, v. 12, n. 1, p. 59-81, mar. 2008. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1415-65552008000100004&lng=pt&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-65552008000100004&lng=pt&tlng=pt). Acesso em: 10 jan. 2022.

<sup>33</sup> MARTINS, Antônio Fernando da Fonseca; VIANA, Felipe Benedito. Alocação de riscos em contratos de parceria público-privada: a (expressiva) distância entre teoria e prática. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 27, p. 53-100, set. 2019. Disponível em: <http://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/17820>. Acesso em: 12 out. 2021.

<sup>34</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Repartição objetiva de riscos nas Parcerias Público-Privadas. In: NUNES JUNIOR, Vidal Serrano *et al.* **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**. Tomo 2. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 1-26. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/28/edicao-1/reparticao-de-riscos-nas-parcerias-publico-privadas>. Acesso em: 23 set. 2021.

<sup>35</sup> BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 1 abr. 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm). Acesso em: 27 jun. 2021.

Dessa forma, ao final da análise de riscos, para cada risco identificado será atribuída uma classificação determinando o nível do risco<sup>36</sup>.

Na avaliação de riscos, determina-se se o risco é tolerável ou se merece uma resposta, sendo importante ressaltar que, quanto maior o número de riscos gerenciáveis, maior o custo, motivo pelo qual se deve priorizar o gerenciamento daqueles com maior probabilidade de ocorrência e de maiores impactos. O plano de respostas aos riscos priorizados é concluído com um planejamento de ação para mitigação, aceitação ou superação dos riscos priorizados<sup>37</sup>.

O processo de mitigação de riscos envolve ações para redução da probabilidade de ocorrência de eventos adversos ou, em caso da iminência de fatos inesperados, de absorção do impacto que eles possam vir a causar<sup>38</sup>.

Chama-se de risco inerente aquele existente antes das ações realizadas para reduzir a probabilidade do evento ou seus impactos<sup>39</sup>, ao passo que o risco residual é o que permanece após a implementação de ações que permitam reduzir a probabilidade e/ou o impacto do evento<sup>40</sup>.

Na identificação da probabilidade e do impacto das fontes e dos eventos de risco, podem ser utilizados métodos qualitativos, quantitativos e semiquantitativos, abrangendo desde descrições simples de resultados até modelagens quantitativas. Quanto melhor o método, mais assertiva a avaliação. Em seguida, na etapa de avaliação do risco, combinam-se probabilidade e impacto para determinar o nível de risco, ocasião em que podem ser utilizados diferentes técnicas e métodos, entre eles a matriz de probabilidade e de impacto<sup>41</sup>.

<sup>36</sup> VIEIRA, James Batista; BARRETO, Rodrigo Tavares de Souza. **Governança, gestão de riscos e integridade**. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública, 2019. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/4281>. Acesso em: 23 out. 2021.

<sup>37</sup> ARAUJO, Almira Mary Cordeiro de. **Gerenciamento de riscos em contratos de obras públicas – estudo de caso: serviços de reforma em imóveis funcionais**. 2012. Dissertação (Mestrado em Estruturas e Construção Civil) – Faculdade Tecnologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <https://www.pecc.unb.br/wp-content/uploads/dissertacoes/M12-13A-Almira-Araujo.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2021.

<sup>38</sup> LIMA, Carlos Marcio Campos; COELHO, Antonio Carlos. Alocação e mitigação dos riscos em parcerias público-privadas no Brasil. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 49, n. 2, p. 267-291, mar./abr. 2015. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-76122015000200267&lng=pt&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122015000200267&lng=pt&tlng=pt). Acesso em: 23 set. 2021.

<sup>39</sup> VIEIRA, James Batista; BARRETO, Rodrigo Tavares de Souza. **Governança, gestão de riscos e integridade**. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública, 2019. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/4281>. Acesso em: 23 out. 2021.

<sup>40</sup> OLIVEIRA JUNIOR, Antonio José Saraiva de; GOMES, Arnaldo Ribeiro; MACHADO, Guilherme de Vasconcelos. Metodologia de auditoria com foco em processo e risco. **Revista do TCU**, Brasília, DF, n. 132, p. 28-37, jan./abr. 2015. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/249>. Acesso em: 23 out. 2021.

<sup>41</sup> BRANDSTETTER, Maria Carolina Gomes de Oliveira; RIBEIRO, Helen Regina de Oliveira e. Causas de custos adicionais e impacto financeiro em obras públicas sob a perspectiva da gestão de risco. **Ambiente Construído**, Porto Alegre, v. 20, n. 1, p. 41-63, jan./mar. 2020. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1678-8621202000100041&lng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-8621202000100041&lng=pt). Acesso em: 10 jan. 2022.

Na matriz, expressa-se o nível de risco, sendo que, segundo Vieira e Barreto, “Geralmente, a matriz de risco considera uma escala de probabilidades e impactos com cinco categorias (matriz 5x5), em que são atribuídos pesos, de acordo com o contexto e os objetivos específicos da atividade objeto da gestão de riscos”<sup>42</sup>. A título de ilustração, segue um exemplo de matriz 5x5 no Anexo II.

Amaral, Nunes e Amaral estudaram métodos para análise e quantificação de riscos no âmbito da segurança da informação, apresentando variáveis, fórmulas e escalas de valores para cálculo do risco. Entre os métodos por eles apresentados, é pertinente trazer à colação o método *Australian Risk Management Approach* (ARIMA), que foi desenvolvido para utilização em gestão de risco das autoridades públicas australianas. Utilizam-se uma escala de impacto e uma escala de probabilidades que, depois de combinadas, são inseridas em uma matriz de risco (*vide* Anexo III)<sup>43</sup>.

Ao final da análise, os riscos estarão identificados, classificados e avaliados, e seu nível estará determinado, resolvendo-se, assim, se o risco é tolerável ou se merece uma resposta. Passa-se, então, à etapa de alocação dos riscos que são relevantes para o procedimento licitatório.

### 3.4 Alocação de riscos

No que se refere à alocação de riscos, observa-se a existência de um capítulo específico na Lei nº 14.133/2021, qual seja, o Capítulo III do Título III, que contém o art. 103 com seis parágrafos, além de a matéria ser tratada pelo art. 22, §§ 1º, 2º e 4º, e pelo art. 6º, XXVII, *a*, *b* e *c*. Nos termos do art. 103, § 1º, na alocação do risco para cada uma das partes deverão se considerar: a natureza do risco, o beneficiário das prestações a que se vincula e a capacidade de cada setor para melhor gerenciá-lo<sup>44</sup>.

A lei menciona que o risco deve ser alocado considerando a “capacidade de cada setor para melhor gerenciá-lo”<sup>45</sup>. Para Nóbrega, quando se aborda a questão da alocação de riscos, é comum o entendimento de que o risco deve ser alocado para a parte que tem melhor condição de o gerenciar, entendimento que, embora correto,

<sup>42</sup> VIEIRA, James Batista; BARRETO, Rodrigo Tavares de Souza. **Governança, gestão de riscos e integridade**. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública, 2019, p. 133. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/4281>. Acesso em: 23 out. 2021.

<sup>43</sup> AMARAL, Marisa M.; NUNES, Raul C; AMARAL, Érico Hoff do. Metodologia para cálculo do risco por composição de métodos. In: X SIMPÓSIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO E SISTEMAS COMPUTACIONAIS, 10., 2010, Fortaleza. **Anais [...]**. Porto Alegre: Sociedade Brasileira de Computação, 2010, p. 461-473. Disponível em: [https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/350/2018/07/Metodologia\\_para\\_calculo\\_do\\_risco\\_por\\_composicao\\_de\\_metodos.pdf](https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/350/2018/07/Metodologia_para_calculo_do_risco_por_composicao_de_metodos.pdf). Acesso em: 18 jun. 2021.

<sup>44</sup> BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 1 abr. 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm). Acesso em: 27 jun. 2021.

<sup>45</sup> *Ibid.*

é simplista e vago. Segundo o autor, cada fator de risco deve ser alocado considerando a capacidade da parte para influenciar o risco, sua capacidade de antecipar ou responder ao fator de risco e sua capacidade de o absorver<sup>46</sup>.

No que se refere à capacidade de influenciar o risco, oportuna a menção ao § 4º do art. 22 da Lei nº 14.133/2021, segundo o qual, “nas contratações integradas ou semi-integradas, os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico pelo contratado deverão ser alocados como de sua responsabilidade na matriz de riscos”<sup>47</sup>. O § 3º do art. 46 da lei reforça essa ideia, estabelecendo “a responsabilidade integral do contratado pelos riscos associados ao projeto básico”<sup>48</sup>. Na contratação semi-integrada, se o contratado, após prévia autorização da Administração, alterar o projeto básico, ele assume a responsabilidade integral pelos riscos associados à alteração (§ 5º do art. 45 da Lei nº 14.133/2021).

De se notar, ademais, que existem riscos fisicamente incontroláveis, riscos que do ponto de vista econômico podem ser suscetíveis de prevenção, por exemplo, pela contratação de seguros. A questão, do ponto de vista contratual, desloca-se da irreversibilidade dos fenômenos naturais para a identificação daquele que pode suportar o risco ao menor custo possível, ou seja, para a alocação eficiente de riscos<sup>49</sup>.

Nesse sentido, a lei determina que os riscos que tenham cobertura oferecida por seguradora serão preferencialmente alocados ao contratado (§ 3º do art. 103) e que serão considerados seguros obrigatórios, definidos em cláusula contratual, aqueles alocados na matriz de riscos (inciso III do § 2º do art. 22).

Nos termos do § 3º do art. 103 da Lei nº 14.133/21, a “alocação dos riscos contratuais será quantificada para fins de projeção dos reflexos de seus custos no valor estimado da contratação”<sup>50</sup>, motivo pelo qual a alocação dos riscos deve ser cuidadosa. Lembra Justen Filho que o contratado: “[...] será remunerado pelo risco assumido independentemente da efetiva consumação do evento danoso”, de modo que “a amplitude da responsabilidade transferida se reflete diretamente na remuneração

---

<sup>46</sup> NÓBREGA, Marcos. Riscos em projetos de infraestrutura: incompletude contratual; concessões de serviço público e PPPs. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 22, maio/jun./jul. 2010. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/47548921>. Acesso em: 25 out. 2021.

<sup>47</sup> BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 1 abr. 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm). Acesso em: 27 jun. 2021.

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> GIL, Fabio Coutinho de Alcantara. **A onerosidade excessiva em contratos de engineering**. 2007. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-24052011-143442/>. Acesso em: 12 dez. 2021.

<sup>50</sup> Brasil, *op. cit.*

assegurada ao contratado privado. Quanto maiores os custos e os riscos transferidos, tanto maior será a remuneração a ele devida<sup>51</sup>.

De outra parte, há que se cuidar para que o Estado não assuma demasiados riscos, pois, como alertam Brandão e Saraiva, deve-se evitar que a concessão indiscriminada de garantias contratuais crie um passivo e uma responsabilidade potencial para o futuro<sup>52</sup>.

Se de um lado a assunção de um risco pelo Poder Público tem um custo, de outro, reduz a contraprestação paga ao contratado. Assim, se a decisão for correta, a redução na contraprestação será maior que o custo. De outra parte, a alocação de um risco ao privado livra o poder público de absorver o custo de gestão daquele risco, gerando, entretanto, um aumento na contraprestação a ser paga. Nesse caso, a despesa com o acréscimo na contraprestação deveria ser inferior ao custo que o Poder Público teria com a gestão do risco<sup>53</sup>.

O Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), ao tratar dos riscos transferidos ao contratado, menciona que a transferência de riscos para o ente privado é feita pelo acréscimo de um montante ao orçamento estimado dos projetos de engenharia. Tal montante é denominado reserva de contingência e remunera o contratado pelos riscos a ele transferidos<sup>54</sup>, nos termos do art. 75 do Decreto Federal n.º 7.581/2011<sup>55</sup>.

Acrescente-se que a Lei nº 14.133/2021, no *caput* do art. 103, permite, além da alocação de riscos a cada uma das partes contratantes, o compartilhamento dos riscos<sup>56</sup>.

---

<sup>51</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei nº 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1274.

<sup>52</sup> BRANDÃO, Luiz E. T.; SARAIVA, Eduardo C. G. Risco privado em infraestrutura pública: uma análise quantitativa de risco como ferramenta de modelagem de contratos. **RAP**, Rio de Janeiro, v. 41, n. 6, p. 1035-1067, nov./dez. 2007. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6617/5201>. Acesso em: 23 set. 2021.

<sup>53</sup> MARTINS, Antônio Fernando da Fonseca; VIANA, Felipe Benedito. Alocação de riscos em contratos de parceria público-privada: a (expressiva) distância entre teoria e prática. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 27, p. 53-100, set. 2019. Disponível em: <http://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/17820>. Acesso em: 12 out. 2021.

<sup>54</sup> NEVES, Carlos Eduardo Veras; RODRIGUES, Iana Araújo; PORTO, Mariana Campos. **Guia de gerenciamento de riscos de obras rodoviárias – fundamentos**. Brasília, DF: Ministério dos Transportes, 2013. Disponível em: <https://www.gov.br/dnit/pt-br/assuntos/planejamento-e-pesquisa/custos-e-pagamentos/custos-e-pagamentos-dnit/documentos/guiaegerenciamentoderiscosfundamentos.pdf>. Acesso em: 23 out. 2021.

<sup>55</sup> BRASIL. Decreto Federal nº 7.581, de 11 de outubro de 2011. Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, de que trata a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 17, 13 out. 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/decreto/D7581compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/D7581compilado.htm). Acesso em: 23 out. 2021.

<sup>56</sup> BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 1 abr. 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm). Acesso em: 27 jun. 2021.

O compartilhamento dos riscos, possível quando contratante e contratado são aptos ao gerenciamento do risco, é uma técnica que incentiva a adoção de medidas mitigadoras por ambos os contratantes<sup>57</sup>.

Lima e Coelho analisaram a alocação contratual dos fatores de risco de 15 contratos de parcerias público privadas celebrados entre o início do ano de 2004 e junho de 2010, dividindo os riscos em categorias. Entre os fatores de risco identificados, convém mencionar neste trabalho que: (i) o risco legal, ou seja, aquele decorrente de mudanças de lei ou atos normativos foi em 100% dos casos identificados como fator de risco e alocado ao ente público; (ii) o risco decorrente de caso fortuito ou força maior foi identificado como risco em 93% dos contratos analisados, tendo sido partilhado entre o setor público e o contratado privado; (iii) o risco referente ao atraso na construção, risco listado em 67% dos contratos analisados, foi alocado ao privado; (iv) o mesmo se dando em relação às falhas na construção, sempre alocada ao privado, nos 73% dos casos em que foi identificada como risco; (vi) a obsolescência técnica ou por inovação, identificada como fator de risco em 47% dos contratos analisados, foi alocada ao privado em 85% dos casos, sendo que, no restante, foi alocada ao setor público por meio do aumento da contraprestação pecuniária<sup>58</sup>.

#### 4. GESTÃO DE RISCOS E A NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL

Pesquisas feitas por Oliver Williamson e Douglas North sobre a importância das instituições para a atividade econômica deram origem, no final da década de 1970, a uma agenda de pesquisa na ciência econômica denominada Nova Economia Institucional. Segundo ela, de forma geral, as transações e seus custos definem as estruturas de mercado do sistema econômico. Os mercados apresentam falhas, na maioria das vezes, relacionadas à incerteza e à racionalidade limitada, que levam a um comportamento oportunista por parte dos agentes econômicos<sup>59</sup>.

A Economia dos Custos de Transação, elaborada com base nos trabalhos desenvolvidos por Oliver Williamson, traz um arcabouço teórico segundo o qual

<sup>57</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Repartição objetiva de riscos nas Parcerias Público-Privadas. In: NUNES JUNIOR, Vidal Serrano *et al.* **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**. Tomo 2. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 1-26. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/28/edicao-1/reparticao-de-riscos-nas-parcerias-publico-privadas>. Acesso em: 23 set. 2021.

<sup>58</sup> LIMA, Carlos Marcio Campos; COELHO, Antonio Carlos. Alocação e mitigação dos riscos em parcerias público-privadas no Brasil. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 49, n. 2, p. 267-291, mar./abr. 2015. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-76122015000200267&lng=pt&lng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122015000200267&lng=pt&lng=pt). Acesso em: 23 set. 2021.

<sup>59</sup> CAMATTA, Rafael; SALLES, Alexandre. Interpolação ou incorporação? Uma análise sobre a trajetória teórica da nova economia institucional e a economia da informação. **Revista de Economia**, Curitiba, v. 42, n. 79, p. 571-594, 27 set. 2021. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/economia/article/view/71175>. Acesso em: 12 jan. 2022.

[...] a firma deve ser tratada como uma estrutura de governança, na qual o objetivo é garantir uma coordenação que economiza os custos de transação, reduzindo a incerteza, compensando os agentes da racionalidade limitada e protegendo-os do oportunismo. Tal governança pode ser através ou não do mercado<sup>60</sup>.

A incerteza é um dos fatores objetivos para a existência dos custos de transação, pois, nas operações econômicas, o resultado previsto pela atividade negocial nem sempre será certo<sup>61</sup>. A percepção de incerteza potencializa o comportamento oportunista por dificultar a previsão das condições futuras do ambiente<sup>62</sup>. Assim, os custos de transação não dependem apenas das características do acordo e de suas condições objetivas, mas, também, da conduta das partes, em especial quando se comportam com racionalidade limitada e oportunismo<sup>63</sup>.

A busca pela alocação eficiente de recursos com a redução dos custos de transação é um objetivo dos agentes econômicos. Os custos se relacionam à segurança das transações e, nesta seara, os contratos, ao delimitarem direitos, possibilitam aos agentes econômicos maior segurança em suas relações diminuindo, consequentemente, os custos de transação<sup>64</sup>.

A racionalidade limitada dos contratantes está associada à impossibilidade de as partes anteverem todas as contingências supervenientemente à celebração do contrato capazes de influenciar o resultado almejado e a execução contratual<sup>65</sup>. À racionalidade limitada acrescenta-se o comportamento oportunista, ou seja, a ideia de que os seres humanos nem sempre se conduzem de maneira transparente e honesta na busca de seu autointeresse<sup>66</sup>.

---

<sup>60</sup> ZANELLA, Cleunice *et al.* Conhecendo o Campo da Economia dos Custos de Transação: uma análise epistemológica a partir dos trabalhos de Oliver Williamson. **Revista de Ciências da Administração**, Florianópolis, v. 17, n. 42, p. 64-77, ago. 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/adm/article/view/2175-8077.2015v17n42p64>. Acesso em: 13 jan. 2022.

<sup>61</sup> CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato incompleto: uma perspectiva entre Direito e economia para contratos de longo termo. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 155-200, jan./jun. 2014. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322014000100007&lng=pt&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322014000100007&lng=pt&tlng=pt). Acesso em: 12 jan. 2022.

<sup>62</sup> SILVA, Adilson Aderito da; BRITO, Eliane Pereira Zamith. Incerteza, racionalidade limitada e comportamento oportunista: um estudo na indústria brasileira. **Revista de Administração Mackenzie**, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 176-201, jan./fev. 2013. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1678-69712013000100008&lng=pt&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-69712013000100008&lng=pt&tlng=pt). Acesso em: 2 jan. 2022.

<sup>63</sup> CAMINHA, *op. cit.*

<sup>64</sup> SARAIVA, Bruno de Sousa. Direito dos contratos, mercado e custos de transação. **Themis**, Fortaleza, v. 17, n. 1, p. 61-86, jan./jun. 2019. Disponível em: <http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/viewFile/686/572>. Acesso em: 2 jan. 2022.

<sup>65</sup> BANDEIRA, Paula Greco. O contrato incompleto e a Análise Econômica do Direito. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 2696-2718, 26 dez. 2015. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20944>. Acesso em: 13 jan. 2022.

<sup>66</sup> ZANELLA, Cleunice *et al.* Conhecendo o Campo da Economia dos Custos de Transação: uma análise epistemológica a partir dos trabalhos de Oliver Williamson. **Revista de Ciências da Administração**,

Os custos de transação podem ser classificados em custos de transação *ex ante* e *ex post*, estes últimos relacionados à execução contratual, ou seja, aos custos de monitoramento, negociação e adaptação dos termos contratuais. Os custos *ex ante* ocorrem antes de as transações serem realizadas e se relacionam à negociação, à fixação das contrapartidas e de salvaguardas contratuais. Esses custos podem estar vinculados às assimetrias de informação no caso, por exemplo, de o agente não revelar informações relevantes ou quando se compromete com algo que, de antemão, sabe que não cumprirá<sup>67</sup>.

O oportunismo é estudado por Gil, que, ao abordar os contratos de *engineering*, ou seja, os que tem por objeto o desenvolvimento de projetos industriais e de infraestrutura de grande porte, observa a existência do dilema da cooperação *versus* o interesse individual:

[...] a experiência demonstra que a cooperação é frequentemente substituída pelo oportunismo e o longo período de execução do contrato induz o surgimento de novas contingências que podem pôr em jogo o equilíbrio inicialmente estabelecido. No caso das grandes obras ou projetos, por mais que o esforço de planejamento engendrado por intermédio do contrato seja compensador, dificilmente será completo, exaurindo todas as hipóteses possíveis, justamente pela complexidade e nível de incertezas que se apresentam<sup>68</sup>.

A existência de uma cláusula expressa de matriz de risco no contrato propicia a redução das incertezas e inseguranças e, conseqüentemente, reduz os custos de transação<sup>69</sup>. É aconselhável que o administrador busque um nível adequado de detalhamento e identificação dos riscos, evitando a alocação genérica ou relapsa, que enseja ineficiência contratual e possibilidade de comportamentos oportunistas das partes<sup>70</sup>.

---

Florianópolis, v. 17, n. 42, p. 64-77, ago. 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/adm/article/view/2175-8077.2015v17n42p64>. Acesso em: 13 jan. 2022.

<sup>67</sup> MELO, Elivânia Bezerra de. **Assimetrias de informação, nova economia institucional e custos de transação**: uma análise das convergências entre Stiglitz e Williamson. 2013. Dissertação (Mestrado em Economia) – Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufes.br/handle/10/2653>. Acesso em: 26 nov. 2021.

<sup>68</sup> GIL, Fabio Coutinho de Alcântara. **A onerosidade excessiva em contratos de *engineering***. 2007. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 129. Disponível <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-24052011-143442/>. Acesso em: 12 dez. 2021.

<sup>69</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei nº 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

<sup>70</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Repartição objetiva de riscos nas Parcerias Público-Privadas. In: NUNES JUNIOR, Vidal Serrano *et al.* **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**. Tomo 2. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 1-26. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/28/edicao-1/reparticao-de-riscos-nas-parcerias-publico-privadas>. Acesso em: 23 set. 2021.

Em contrapartida, certa parcela de incerteza há de permanecer em contratos complexos, como são, por exemplo, os contratos de engenharia, pela impossibilidade de se preverem todos os cenários possíveis, esforço que acarretaria um aumento dos custos de transação. Nesse sentido, a lição de Silva e Brito: “Assim, é inevitável que a elaboração de contratos complexos se torne incompleta, resultando na necessidade de efetuar adaptações ante os distúrbios que surgem em função de lacunas, erros ou omissões contratuais não previstos ou antecipados no contrato original”<sup>71</sup>.

Entendendo-se o contrato como instrumento de gestão dos riscos econômicos, com base na alocação de riscos efetuada pelas partes, tem-se o sinalagma contratual, isto é, a comutatividade entre as prestações, que revela a equação econômica desejada pelos contratantes<sup>72</sup>.

O Direito Contratual, além do oportunismo das partes, tem como desafio a previsibilidade limitada dos contratantes, o que pode levar à celebração do denominado contrato incompleto, ou seja, aquele que não disciplina todas as possíveis superveniências e que se justifica pela almejada diminuição dos custos de transação e obtenção de resultados mais eficientes<sup>73</sup>. Acrescente-se que é inerente aos contratos não instantâneos, ou seja, àqueles que se prolongam no tempo, o problema da incompletude econômica e da gestão da superveniência<sup>74</sup>.

Segundo a teoria econômica, os contratos são sempre incompletos, sendo importante esclarecer a distinção jurídica e econômica da incompletude contratual:

[...] para o Direito, a incompletude é associada à ideia de insuficiência, no sentido de que os integrantes da relação contratual não estipularam adequadamente todas as obrigações dela oriundas, favorecendo o nascimento de litígios. De outro lado, como já analisado, a Economia, apesar de reconhecer esse sentido jurídico, também faz referência à incompletude deliberada, atrelada à vontade das partes, em preservar inacabado o acordo, e à incompletude estrutural<sup>75</sup>.

<sup>71</sup> SILVA, Adilson Aderito da; BRITO, Eliane Pereira Zamith. Incerteza, racionalidade limitada e comportamento oportunista: um estudo na indústria brasileira. **Revista de Administração Mackenzie**, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 176-201, jan./fev. 2013. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1678-69712013000100008&lng=pt&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-69712013000100008&lng=pt&tlng=pt). Acesso em: 2 jan. 2022.

<sup>72</sup> TERRA, Aline de Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos. **RBD Civil**, Rio de Janeiro, v. 06, n. 04, p. 09-25, out./dez. 2015. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/80>. Acesso em: 13 jan. 2022.

<sup>73</sup> BANDEIRA, Paula Greco. O contrato incompleto e a análise econômica do Direito. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 2696-2718, 26 dez. 2015. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20944>. Acesso em: 13 jan. 2022.

<sup>74</sup> CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato incompleto: uma perspectiva entre Direito e economia para contratos de longo termo. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 155-200, jan./jun. 2014. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322014000100007&lng=pt&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322014000100007&lng=pt&tlng=pt). Acesso em: 12 jan. 2022.

<sup>75</sup> *Ibid.*

Assim, diante da complexidade das operações que se prolongam no tempo e dos elevados custos que essas transações podem acarretar, as partes podem optar por não dispor antecipadamente sobre todas as possíveis contingências, evitando um custo que poderá ser de forma mais eficientemente alocado posteriormente<sup>76</sup>. Trata-se da gestão negativa dos riscos econômicos previsíveis, sendo que, uma vez concretizado o risco, será realizada a integração das lacunas de acordo com o procedimento definido originariamente no contrato<sup>77</sup>.

A gestão positiva dos riscos econômicos previsíveis dá-se por meio da alocação dos riscos definidos nas cláusulas contratuais, estabelece o risco econômico do negócio e deve ser observada pelas partes no curso da relação contratual<sup>78</sup>. Estabelecida a alocação dos riscos e fixados os deveres contratuais, a alteração do contrato se justifica apenas em hipóteses excepcionais nas quais se configure a onerosidade excessiva<sup>79</sup>.

Ao analisar os contratos administrativos celebrados sob a égide da Lei nº 8.666/1993, Nóbrega pondera que, por serem contratos de adesão, uma vez que a minuta já está inserida no edital, não haveria condições de pactuar antecipadamente cláusulas contratuais com uma partilha adequada de riscos<sup>80</sup>. Dessa forma, o contrato seria incompleto, quer pela falta de percepção da Administração da necessidade de elaborar um contrato que disponha sobre a partilha adequada dos riscos, quer por, deliberadamente, considerar os elevados custos de transação de estabelecer essas premissas.

Em contrapartida, a Lei nº 14.133/2021 ao prever, no *caput* do art. 22, a possibilidade de o edital da licitação já contemplar a matriz de alocação de riscos, que será posteriormente convertida em uma cláusula contratual (nos termos do § 2º do mesmo artigo), possibilita a diminuição dos custos de transação ao trazer mais segurança à relação jurídica e realiza a chamada gestão positiva dos riscos econômicos. Ademais,

---

<sup>76</sup> CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato incompleto: uma perspectiva entre Direito e economia para contratos de longo termo. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 155-200, jan./jun. 2014. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322014000100007&lng=pt&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322014000100007&lng=pt&tlng=pt). Acesso em: 12 jan. 2022.

<sup>77</sup> TERRA, Aline de Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos. **RBDCivil**, Rio de Janeiro, v. 06, n. 04, p. 09-25, out./dez. 2015. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/80>. Acesso em: 13 jan. 2022.

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> BANDEIRA, Paula Greco. O contrato incompleto e a Análise Econômica do Direito. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 2696-2718, 26 dez. 2015. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20944>. Acesso em: 13 jan. 2022.

<sup>80</sup> NÓBREGA, Marcos. Riscos em projetos de infraestrutura: incompletude contratual; concessões de serviço público e PPPs. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 22, maio/jun./jul. 2010. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/47548921>. Acesso em: 25 out. 2021.

o art. 22, § 2º, II, dispõe que a matriz de riscos do contrato deverá prever a possibilidade de resolução do contrato quando eventos supervenientes tiverem o condão de “majorar excessivamente ou impedir a continuidade da execução contratual”<sup>81</sup>, caracterizando a possibilidade de resolução por onerosidade excessiva. Observa-se, também, que a lei prevê a possibilidade de revisão dos valores contratados, quando for adotada a contratação integrada ou semi-integrada, caso ocorra evento superveniente alocado na matriz de riscos como de responsabilidade da Administração (nos termos dos arts. 133, IV, e 103, § 5º, II).

No que se refere à gestão negativa de riscos, observa-se que o art. 134 da Lei nº 14.133/2021, ao prever uma cláusula genérica de possibilidade de alteração dos preços contratados no caso de ocorrência de alterações legislativas, aborda hipótese de incompletude contratual estrutural, ou seja, aquela inerente aos contratos que se prolongam no tempo<sup>82</sup>.

## 5. CONCLUSÃO

A nova Lei de Licitações e Contratos, Lei nº 14.133/2021, disciplinou de forma inovadora, quando comparada com a Lei nº 8.666/1993, questões referentes à gestão de riscos para contratações públicas, disciplinando de forma não sistematizada o assunto ao longo da lei, o que dificulta seu entendimento e aplicação.

A Lei nº 14.133/2021 trata do risco sob dois aspectos, ou seja, risco é, de um lado, abordado do ponto de vista das organizações, ocasião em que se atribui à gestão de riscos um importante papel na governança das contratações e na busca pela eficiência, pela efetividade e pela eficácia do procedimento licitatório. De outro, risco é tido como um evento desfavorável, ocasião em que a lei concentra sua disciplina sobre a matriz de riscos enquanto cláusula contratual, atribuindo-lhe importante papel no equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Ao abordar a gestão de riscos utilizando-se do arcabouço teórico da Economia dos Custos de Transação, é possível compreender melhor a disciplina legal, pois questões como incerteza, custos de transação, comportamento oportunista, assimetria de informação, racionalidade limitada e contrato incompleto não são estudadas pela doutrina jurídica *stricto sensu*, embora se relacionem com a gestão de riscos.

---

<sup>81</sup> BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 1 abr. 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm). Acesso em: 27 jun. 2021.

<sup>82</sup> BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 1 abr. 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm). Acesso em: 27 jun. 2021.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Letícia Oliveira Lins de. **Uma releitura do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviço público**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-15102020-193811/>. Acesso em: 12 nov. 2021.

ALMEIDA, Rafael Augusto Paes de. **A revisão judicial dos contratos no sistema de defesa do consumidor**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-21082020-020847/>. Acesso em: 4 jan. 2022.

ALVES, André Guilherme Bello Teixeira. **A eficiência da administração como preceito fundamental**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08052021-002637/>. Acesso em: 10 set. 2021.

AMARAL, Marisa M.; NUNES, Raul C; AMARAL, Érico Hoff do. Metodologia para cálculo do risco por composição de métodos. In: X SIMPÓSIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO E SISTEMAS COMPUTACIONAIS, 10., 2010, Fortaleza. **Anais [...]**. Porto Alegre: Sociedade Brasileira de Computação, 2010, p. 461-473. Disponível em: [https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/350/2018/07/Metodologia\\_para\\_calculo\\_do\\_risco\\_por\\_composicao\\_de\\_metodos.pdf](https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/350/2018/07/Metodologia_para_calculo_do_risco_por_composicao_de_metodos.pdf). Acesso em: 18 jun. 2021.

ARAUJO, Almira Mary Cordeiro de. **Gerenciamento de riscos em contratos de obras públicas – estudo de caso: serviços de reforma em imóveis funcionais**. 2012. Dissertação (Mestrado em Estruturas e Construção Civil) – Faculdade Tecnologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <https://www.pecc.unb.br/wp-content/uploads/dissertacoes/M12-13A-Almira-Araujo.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2021.

BANDEIRA, Paula Greco. O contrato incompleto e a Análise Econômica do Direito. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 2696-2718, 26 dez. 2015. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20944>. Acesso em: 13 jan. 2022.

BERTOLIN, Rosangela Vieira *et al.* Assimetria de informação e confiança em interações cooperativas. **Revista de Administração Contemporânea**, Curitiba, v. 12, n. 1, p. 59-81, mar. 2008. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1415-6552008000100004&lng=pt&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-6552008000100004&lng=pt&tlng=pt). Acesso em: 10 jan. 2022.

BRANDÃO, Luiz E. T.; SARAIVA, Eduardo C. G. Risco privado em infraestrutura pública: uma análise quantitativa de risco como ferramenta de modelagem de contratos. **RAP**, Rio de Janeiro, v. 41, n. 6, p. 1035-1067, nov./dez. 2007. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6617/5201>. Acesso em: 23 set. 2021.

BRANDSTETTER, Maria Carolina Gomes de Oliveira; RIBEIRO, Helen Regina de Oliveira e. Causas de custos adicionais e impacto financeiro em obras públicas sob a perspectiva da gestão de risco. **Ambiente Construído**, Porto Alegre, v. 20, n. 1, p. 41-63, jan./mar. 2020. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1678-8621202000100041&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-8621202000100041&tlng=pt). Acesso em: 10 jan. 2022.

BRASIL. Decreto Federal nº 7.581, de 11 de outubro de 2011. Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, de que trata a Lei n 12.462, de 4 de agosto de 2011. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 17, 13 out. 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/decreto/D7581compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/D7581compilado.htm). Acesso em: 23 out. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o artigo 37 da Constituição Federal, institui normas para licitação e contratos da Administração Pública e dá outra providência. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 8269, 22 jun. 1993. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em: 27 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 1 abr. 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm). Acesso em: 27 jun. 2021.

CAMATTA, Rafael; SALLES, Alexandre. Interpolação ou incorporação? Uma análise sobre a trajetória teórica da nova economia institucional e a economia da informação. **Revista de Economia**, Curitiba, v. 42, n. 79, p. 571-594, 27 set. 2021. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/economia/article/view/71175>. Acesso em: 12 jan. 2022.

CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato incompleto: uma perspectiva entre Direito e economia para contratos de longo termo. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 155-200, jan./jun. 2014. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322014000100007&lng=pt&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322014000100007&lng=pt&tlng=pt). Acesso em: 12 jan. 2022.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. **Governança pública na administração contemporânea**. 2017. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-19022021-181351/>. Acesso em: 10 jan. 2021.

FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. **Parcerias público-privadas: repartição objetiva de riscos**. 2011. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-14052012-162009/>. Acesso em: 23 set. 2021.

GIL, Fabio Coutinho de Alcantara. **A onerosidade excessiva em contratos de engineering**. 2007. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito,

Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-24052011-143442/>. Acesso em: 12 dez. 2021.

GRAEFF, Fernando. **Uma análise da alocação de riscos nos contratos para prestação de serviços públicos: o caso do transporte rodoviário interestadual de passageiros por ônibus**. 2011. Tese (Especialização em Controle da Regulação) – Instituto Serzedello Corrêa, Tribunal de Contas da União, Brasília, 2011. Disponível em: [https://portal.tcu.gov.br/en\\_us/biblioteca-digital/uma-analise-da-alocacao-de-riscos-nos-contratos-para-prestacao-de-servicos-publicos-o-caso-do-transporte.htm](https://portal.tcu.gov.br/en_us/biblioteca-digital/uma-analise-da-alocacao-de-riscos-nos-contratos-para-prestacao-de-servicos-publicos-o-caso-do-transporte.htm). Acesso em: 27 jun. 2021.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Repartição objetiva de riscos nas Parcerias Público-Privadas. In: NUNES JUNIOR, Vidal Serrano *et al.* **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**. Tomo 2. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 1-26. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/28/edicao-1/reparticao-de-riscos-nas-parcerias-publico-privadas>. Acesso em: 23 set. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei nº 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

LIMA, Carlos Marcio Campos; COELHO, Antonio Carlos. Alocação e mitigação dos riscos em parcerias público-privadas no Brasil. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 49, n. 2, p. 267-291, mar./abr. 2015. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-76122015000200267&lng=pt&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122015000200267&lng=pt&tlng=pt). Acesso em: 23 set. 2021.

MARIANO, Enzo Barberio. **Crescimento econômico e desenvolvimento humano: uma análise mundial da eficiência social de Estados-nação**. 2012. Tese (Doutorado em Economia, Organizações e Gestão do Conhecimento) – Faculdade de Engenharia de São Carlos, Universidade de São Paulo, São Carlos, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/18/18157/tde-24082012-142856/>. Acesso em: 27 jun. 2021.

MARTINS, Antônio Fernando da Fonseca; VIANA, Felipe Benedito. Alocação de riscos em contratos de parceria público-privada: a (expressiva) distância entre teoria e prática. **Revista do BNDDES**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 27, p. 53/100, set. 2019. Disponível em: <http://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/17820>. Acesso em: 12 out. 2021.

MELO, Elivânia Bezerra de. **Assimetrias de informação, nova economia institucional e custos de transação: uma análise das convergências entre Stiglitz e Williamson**. 2013. Dissertação (Mestrado em Economia) – Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufes.br/handle/10/2653>. Acesso em: 26 nov. 2021.

NAPOLEÃO, Bianca Minetto. Matriz de Riscos (Matriz de Probabilidade e Impacto). **Ferramentas da Qualidade**, 26 jun. 2019. Disponível em: <https://ferramentasdaqualidade.org/matriz-de-riscos-matriz-de-probabilidade-e-impacto/>. Acesso em: 2 jan. 2022.

NEVES, Carlos Eduardo Veras; RODRIGUES, Iana Araújo; PORTO, Mariana Campos. **Guia de gerenciamento de riscos de obras rodoviárias – fundamentos**. Brasília, DF: Ministério dos Transportes, 2013. Disponível em: <https://www.gov.br/dnit/pt-br/assuntos/planejamento-e-pesquisa/custos-e-pagamentos/custos-e-pagamentos-dnit/documentos/guiaegerenciamentoderiscosfundamentos.pdf>. Acesso em: 23 out. 2021.

NÓBREGA, Marcos. Riscos em projetos de infraestrutura: incompletude contratual; concessões de serviço público e PPPs. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 22, maio/jun./jul. 2010. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/47548921>. Acesso em: 25 out. 2021.

OLIVEIRA JUNIOR, Antonio José Saraiva de; GOMES, Arnaldo Ribeiro; MACHADO, Guilherme de Vasconcelos. Metodologia de auditoria com foco em processo e risco. **Revista do TCU**, Brasília, DF, n. 132, p. 28-37, jan./abr. 2015. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/249>. Acesso em: 23 out. 2021.

PEREZ, Caio Frederico Fonseca Martinez. **Burocracia estável e o princípio da eficiência na administração pública brasileira**. 2016. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-03112016-223544/>. Acesso em: 20 set. 2021.

ROSA, Izaias Otacilio da; ENSSLIN, Leonardo; ENSSLIN, Sandra Rolim. Visão conceitual de modelos de gerenciamento de riscos à segurança organizacional. **Revista Eletrônica de Ciência Administrativa**, Curitiba, v. 10, n. 2, p. 124-135, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://www.periodicosibepes.org.br/index.php/recadm/article/view/661/566>. Acesso em: 8 ago. 2021.

SARAIVA, Bruno de Sousa. Direito dos contratos, mercado e custos de transação. **Themis**, Fortaleza, v. 17, n. 1, p. 61-86, jan./jun. 2019. Disponível em: <http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/viewFile/686/572>. Acesso em: 2 jan. 2022.

SILVA, Adilson Aderito da; BRITO, Eliane Pereira Zamith. Incerteza, racionalidade limitada e comportamento oportunista: um estudo na indústria brasileira. **Revista de Administração Mackenzie**, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 176-201, jan./fev. 2013. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1678-69712013000100008&lng=pt&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-69712013000100008&lng=pt&tlng=pt). Acesso em: 2 jan. 2022.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. A cláusula resolutiva expressa e o contrato incompleto como instrumentos de gestão de risco nos contratos. **RBD Civil**, Rio de Janeiro, v. 06, n. 04, p. 09-25, out./dez. 2015. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/80>. Acesso em: 13 jan. 2022.

VIEIRA, James Batista; BARRETO, Rodrigo Tavares de Souza. **Governança, gestão de riscos e integridade**. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública, 2019. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/4281>. Acesso em: 23 out. 2021.

---

ZANELLA, Cleunice *et al.* Conhecendo o Campo da Economia dos Custos de Transação: uma análise epistemológica a partir dos trabalhos de Oliver Williamson. **Revista de Ciências da Administração**, Florianópolis, v. 17, n. 42, p. 64-77, ago. 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/adm/article/view/2175-8077.2015v17n42p64>. Acesso em: 13 jan. 2022.

ANEXO I

Exemplo de Matriz de Alocação De Risco<sup>83</sup>

<b>Tipo de Risco</b>	<b>Descrição</b>	<b>Materialização</b>	<b>Mitigação</b>	<b>Alocação</b>
Desapropriação/ realocação	Risco de não haver frentes liberadas para o contratado iniciar o empreendimento. Risco de não obter a desocupação de áreas invadidas ou já desapropriadas.	Atraso no cronograma. Aumento no custo.	A Administração deve fazer levantamento das áreas, cadastro e avaliação. Estimar o custo da desapropriação e relocação, incluindo indenizações. Publicidade. Possibilidade de aditivo de prazo e reajustamento decorrente do atraso nessa atividade e, se for o caso, reequilíbrio.	Atos de levantamento, indenização e demais executórios da expropriação são de responsabilidade da administração.
Risco geológico	Risco de haver acréscimos nos volumes de escavação, necessidade de tratamentos especiais com maior consumo de aço ou concreto ou, ainda, mudança na técnica de construção prevista.	Atraso no cronograma. Aumento dos custos.	Contratação Integrada. Remuneração do risco baseada na avaliação quantitativa. Seguro risco de engenharia.	Contratado seguradora
Licença ambiental/ riscos ambientais	Risco de não obtenção das licenças quando do vencimento ou licenças de canteiro e jazidas. Necessidade de complementação de estudos.	Atraso no início das obras. Atraso no cronograma. Aumento dos custos.	Administração, por meio do gerenciamento ambiental, deve prover todos os estudos, estimando custos. Supervisora deve ter o poder de notificar construtora e paralisar serviços.	A Administração arca com licenças e custos das medidas ambientais. Passivo físico por conta da construtora. Custos com autuações de responsabilidade da construtora serão por ela arcados.

<sup>83</sup> Adaptado de NEVES, Carlos Eduardo Veras; RODRIGUES, Iana Araújo; PORTO, Mariana Campos. **Guia de gerenciamento de riscos de obras rodoviárias – fundamentos**. Brasília, DF: Ministério dos Transportes, 2013. Disponível em: <https://www.gov.br/dnit/pt-br/assuntos/planejamento-e-pesquisa/custos-e-pagamentos/custos-e-pagamentos-dnit/documentos/guiaegerenciamentoderiscosfundamentos.pdf>. Acesso em: 23 out. 2021.

## ANEXO II

Exemplo de Matriz de Identificação da Probabilidade e do Impacto (5X5)<sup>84</sup>

<b>Probabilidade</b>	90%	Média	Média	Alta	Alta	Alta
	70%	Baixa	Média	Média	Alta	Alta
	50%	Baixa	Baixa	Média	Alta	Alta
	30%	Baixa	Baixa	Média	Média	Alta
	10%	Baixa	Baixa	Baixa	Baixa	Média
	Muito Baixo	Baixo	Moderado	Alto	Muito Alto	
	<b>Impacto</b>					

<sup>84</sup> NAPOLEÃO, Bianca Minetto. Matriz de Riscos (Matriz de Probabilidade e Impacto). **Ferramentas da Qualidade**, 26 jun. 2019. Disponível em: <https://ferramentasdaqualidade.org/matriz-de-riscos-matriz-de-probabilidade-e-impacto/>. Acesso em: 2 jan. 2022.

### ANEXO III

#### Método “ARIMA” de cálculo de risco

##### Escala de Impacto – ARIMA

<b>Sigla</b>	<b>Escala do Impacto</b>
L	O impacto é controlável e não há efeitos subsequentes para a organização
M	O impacto não pode ser totalmente compensado
H	O impacto tem efeitos significativos sobre a organização

##### Escala de Probabilidade – ARIMA

<b>Sigla</b>	<b>Probabilidade</b>
V	Muito baixa
VL	Baixa
M	Média
H	Alta
VH	Muito Alta

##### Matriz de Risco ARIMA

<b>Probabilidade</b>	<b>Impacto</b>		
	<b>L</b>	<b>M</b>	<b>H</b>
<b>VL</b>	1	2	3
<b>L</b>	2	3	4
<b>M</b>	3	3	4
<b>H</b>	3	4	5
<b>VH</b>	4	5	5



# AVALIAÇÃO DA CONFORMIDADE NO BRASIL E A NOVA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA À LUZ DO DIREITO E ECONOMIA

*Conformity assessment in Brazil and the new economic freedom law in the light of law and economics*

Oswaldo Prisciliano Minha Tomassini de Carvalho<sup>1</sup>

## SUMÁRIO

1. Introdução; 1.1. O Inmetro no contexto da nova Lei de Liberdade Econômica; 1.2. Perguntas a serem respondidas pelo artigo; 1.3. Trabalhos anteriores sobre a autarquia federal e seu modelo de avaliação da conformidade; 1.4. Metodologia utilizada; 1.4.1. Limitações da pesquisa; 1.4.2. Delimitação da pesquisa; 1.5. Organização do trabalho; 2. Inmetro: análise de sua identidade e missão no contexto pós-LLE; 2.1. Mudança do Inmetro após 2019 e influência da política econômica na direção da autarquia federal; 2.2. O Novo Modelo Regulatório do Inmetro e os riscos da falta de informações; 2.2.1. O Inmetro alinhado às diretrizes do Ministério da Economia: o novo modelo regulatório; 2.2.2. O Inmetro e o problema dos fios e cabos elétricos “certificados”; 2.2.3. O risco de o Inmetro atuar como fonte pública de informações equivocadas; 2.2.4. Seleção adversa e risco moral como consequências de informações assimétricas; 3. Conclusão. Referências bibliográficas.

## RESUMO

Este artigo apresenta uma abordagem do modelo de avaliação da conformidade de produtos e serviços submetidos à regulamentação do Inmetro, bem como sua relação com a proteção do consumidor brasileiro à luz dos fundamentos de Direito e Economia e analisa o cenário atual da Certificação de Produtos, tomando como principal “case” o problema da qualidade dos fios e cabos elétricos comercializados no país e a implicação disso na proposta de mudança de modelo vislumbrada pelo Inmetro com fundamento na agenda liberal postulada pela nova Lei de Liberdade Econômica. Além disso, demonstra a ocorrência de falhas de mercado e falhas de governo, respectivamente, assimetria de informações e captura do regulador pelo ente regulado, indicando a necessidade de se repensar o modelo de avaliação da conformidade no Brasil ao mesmo tempo que se busca o crescimento da economia com maior participação da iniciativa privada.

**Palavras-chave:** Avaliação da conformidade. Direito e Economia. Assimetria de informação. Bem-estar do consumidor.

## ABSTRACT

This article presents an approach to the model of conformity assessment of products and services subject to regulation by Inmetro, as well as its relationship with Brazilian consumer protection in the light of the fundamentals of Law and Economics and analyzes the current scenario of Product Certification, taking as its main “case” the problem of the quality of electrical wires and cables sold in the country and the implication of this in the proposal for a change of model envisioned by Inmetro based on the liberal agenda postulated by the new Economic Freedom Law. In addition, it demonstrates the occurrence of market failures and government failures, respectively, information asymmetry and capture of the regulator by the regulated entity, indicating the need to

<sup>1</sup> Bacharel em Física pela Universidade de São Paulo. Pós-Graduado em Administração da Tecnologia de Informação pela FGV e Gestão Avançada pela FIA (USP). Especialista em Direito & Economia pela ESPGE.

rethink the conformity assessment model in Brazil at the same time as seeking economic growth with greater participation by the private sector.

**Keywords:** Conformity assessment. Law and economics. Information asymmetry. Consumer welfare.

## 1. INTRODUÇÃO

### 1.1. O Inmetro no contexto da nova Lei de Liberdade Econômica

A publicação da Lei nº 13.874/2019, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, ou simplesmente Lei de Liberdade Econômica (LLE), estabeleceu garantias ao livre mercado e implicou a necessidade de se buscar introduzir na agenda das agências reguladoras, e também na agenda do Instituto Nacional de Metrologia Qualidade e Tecnologia (Inmetro), uma forma de adequação a seus preceitos fundamentais, por exemplo, os instituídos pelos incisos I, II, III e IV de seu art. 2º, respectivamente: a liberdade como uma garantia no exercício das atividades econômicas, a boa-fé do particular perante o Poder Público, a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre as atividades econômicas e o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado<sup>2</sup>.

O Inmetro, sendo uma autarquia federal e, portanto, impactado diretamente pelo art. 5º da LLE, além de promover adequação a suas premissas, busca adequar-se ao novo paradigma associado a sua mudança do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior para o Ministério da Economia a partir de 2019<sup>3</sup>, mediante processo de modernização de seu modelo regulatório, com ações que vão desde a elaboração de novo planejamento estratégico, alinhamento à realidade da indústria 4.0 até a construção de soluções baseadas nas parcerias público privadas.

Diante de tal cenário, um grande desafio desse novo modelo a ser enfrentado é o de buscar a eficiência pretendida por meio da diminuição do custo regulatório associado ao estoque regulatório, sem, no entanto, acabar por burocratizar ainda mais o processo de regulação, tornando-o ainda mais complexo e sem aplicação prática.

Outro desafio é conciliar a regulação e, principalmente, a desregulação com o controle da concorrência entre as empresas nacionais e entre estas últimas e os novos entrantes em função da diminuição de eventuais barreiras, principalmente técnicas.

<sup>2</sup> BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de set. de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 20 set. 2019c. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/l13874.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13874.htm). Acesso em: 29 ago. 2024.

<sup>3</sup> BRASIL. Decreto nº 9.660, de 1º de jan. de 2019. Dispõe sobre a vinculação das entidades da administração pública federal indireta. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 13, 1 jan. 2019b. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/d9660.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d9660.htm). Acesso em: 29 ago. 2024.

Por fim, um último desafio do novo modelo do Inmetro é o de conciliar o esperado aumento da concorrência e a oferta de novos produtos a preços mais acessíveis, com a manutenção da qualidade, da quantidade e da segurança, analisando os custos, os benefícios e, principalmente, os eventuais riscos ao bem-estar do consumidor brasileiro não somente com a diminuição das restrições regulatórias, mas, também, com a transferência de prerrogativas atualmente limitadas ao regulador e a órgãos de fiscalização para entidades privadas, como a autorregulação e a vigilância do mercado, que passariam a ser executadas em boa parte pelas próprias empresas reguladas<sup>4</sup>.

Segundo Pfeiffer, “[...] Bem-estar do consumidor é o interesse específico dos destinatários finais econômicos do produto ou serviço que compõe o mercado relevante, não se confundindo com o bem-estar agregado ou com a eficiência econômica”<sup>5</sup>.

O Inmetro, criado em 1973<sup>6</sup>, tem suas competências determinadas pelo art. 3º da Lei nº 9.933/1999, que determina que a autarquia federal, além de ser responsável por exercer poder de polícia administrativa, deve elaborar e expedir regulamentos técnicos nas áreas da avaliação da conformidade de produtos, insumos e serviços, abrangendo segurança, proteção da vida e da saúde humana, proteção do meio ambiente e prevenção de práticas enganosas de comércio<sup>7</sup>.

Para exercer suas competências na área da avaliação da conformidade de produtos e serviços, utiliza-se do Programa de Avaliação da Conformidade (PAC), que tem sua estrutura baseada na acreditação (credenciamento) de Organismos de Avaliação da Conformidade (OAC), os quais atestam como uma “terceira parte” a conformidade de produtos e serviços por meio de diversos mecanismos, entre os quais, a certificação com consequente autorização do uso da marca Inmetro para os fornecedores<sup>8</sup>.

Esses OAC, também conhecidos como Organismos de Certificação de Produtos (OCP), atestam a conformidade de produtos a normas e regulamentos expedidos

---

<sup>4</sup> BRASIL. Ministério da Economia. Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia. Consulta Pública nº 8, de 25 de março de 2021. Proposta do Modelo Regulatório do Inmetro. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF n. 59, p. 75, 29 mar. 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/consulta-publica-n-8-de-25-de-marco-de-2021-310910534>. Acesso em: 29 ago. 2024.

<sup>5</sup> PFEIFFER, Roberto A. C. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 22.

<sup>6</sup> BRASIL. Lei nº 5.966, de 11 de dez de 1973. Institui o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 12717, 12 dez. 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5966.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5966.htm). Acesso em: 8 dez. 2020.

<sup>7</sup> BRASIL. Lei nº 9.933, de 20 de dez. de 1999. Dispõe sobre as competências do Conmetro e do Inmetro, institui a Taxa de Serviços Metrológicos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 2, 21 dez. 1999. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9933.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9933.htm). Acesso em: 29 ago. 2024.

<sup>8</sup> NOGUEIRA, Camila B. **Os modelos regulatórios do Brasil e dos Estados Unidos da América para segurança de produtos de consumo**: estudo comparativo entre Inmetro e CPSC. 2016, 176 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Metrologia e Qualidade) – Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia, Duque de Caxias, 2016.

pelo Inmetro e, pelo menos em tese, têm independência em relação ao fornecedor e ao cliente, não tendo interesse na comercialização do produto<sup>9</sup>.

Constata-se que existem dúvidas acerca da real efetividade dos processos de certificação originados de tais OAC, uma vez que um percentual significativo de produtos com a marca Inmetro comercializados no mercado apresenta não conformidades, muitas das quais com potencial para gerar externalidades negativas aos consumidores<sup>10</sup>.

O exemplo escolhido que permite demonstrar a existência de falhas de mercado como a assimetria de informação<sup>11</sup> e as externalidades e, eventualmente, falhas de governo como a captura do regulador pelo ente regulado é o “case” dos fios e cabos elétricos de baixa tensão, cuja certificação é condição obrigatória para comercialização no Brasil.

Este artigo demonstra, por meio de dados do sindicato da indústria que produz fios e cabos, bem como de dados do próprio Inmetro obtidos por intermédio do Programa de Verificação da Conformidade (PVC), que o índice de não conformidade associado a tais produtos obtidos no mercado com a marca Inmetro pode ser superior a 87%, situação que já se perpetua por vários anos.

Não obstante, conforme mencionado, o Inmetro vem desenvolvendo uma nova proposta de modelo regulatório que visa à ampliação de parcerias público-privadas ao mesmo tempo que busca a modernização dos aspectos regulatórios vinculados às premissas da LLE.

Dessa forma, a mudança recente do Inmetro do Ministério do Desenvolvimento Indústria e Comércio (MDIC) para o Ministério da Economia (ME) parece gerar uma situação de conflito de identidade e missão da autarquia federal, a qual, ao mesmo tempo que tem como uma de suas principais competências definidas por Lei<sup>12</sup> a “prevenção de práticas enganosas no comércio”, vê-se instada a buscar implementar uma nova missão baseada em premissas econômicas neoclássicas assumidas no atual contexto<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> COSTA, Raimisson R. *et al.* **Novo modelo regulatório para o Inmetro**: diagnóstico e proposta de um novo modelo regulatório com base na atuação da Dconf. Rio de Janeiro: Inmetro, 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/inmetro/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/novo-modelo-regulatorio-v01.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2024.

<sup>11</sup> AKERLOFF, George A. The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism. **Quarterly Journal Economics**, v. 84. n. 3, 1970, p. 488-500.

<sup>12</sup> BRASIL. Lei nº 9.933, de 20 de dez. de 1999. Dispõe sobre as competências do Conmetro e do Inmetro, institui a Taxa de Serviços Metrológicos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 2, 21 dez. 1999. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9933.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9933.htm). Acesso em: 29 ago. 2024.

<sup>13</sup> Trecho extraído do planejamento estratégico do Inmetro publicado em 2021: “Há evidências de que o Inmetro atualmente é reconhecido pela população e pelo empresariado, e mesmo por setores do governo, *principalmente como uma instituição de proteção do consumidor* e pelo exercício do poder de

Assim, existe a necessidade de se conciliarem duas situações aparentemente paradoxais: a implementação de uma política voltada à ampliação das parcerias com empresas privadas, como os OAC em detrimento da diminuição da atuação do Estado; e, simultaneamente, a atuação na prevenção de práticas enganosas no comércio, muitas das quais ocasionadas justamente pela falha na atuação de tais organismos privados por ocasião das certificações concedidas a produtos sem qualidade e segurança, implicando o surgimento de falhas de mercado e, eventualmente, falhas de governo.

## 1.2. Perguntas a serem respondidas pelo artigo

Diante de tais desafios, este artigo procurará responder às questões:

- (i) É possível assegurar que, atualmente, a atuação do Inmetro, por intermédio de Programas de Avaliação da Conformidade e Certificação de Produtos e Serviços, realmente minimiza os efeitos nocivos decorrentes da assimetria de informações entre consumidores e fornecedores de produtos certificados?
- (ii) A mudança de modelo regulatório ensejada pela publicação da LLE, associada, inclusive, à recente incorporação do Inmetro pelo ME, realmente promoverá melhorias ao “bem-estar do consumidor” e permitirá mitigar eventuais falhas de mercado como externalidades, problemas de agente-principal e, principalmente, a assimetria de informações entre consumidores e fornecedores, assim como de suas consequências como risco moral e seleção adversa?

## 1.3 Trabalhos anteriores sobre a autarquia federal e seu modelo de avaliação da conformidade

Existem diversos artigos e teses publicadas que correlacionam a atuação do Inmetro com a diminuição da assimetria da informação decorrente da gestão da autarquia federal em prol do desenvolvimento de uma marca que conquistou credibilidade durante várias décadas e, principalmente, em função do PAC, que teve a “mídia” televisiva<sup>14</sup> como uma importante aliada na divulgação de dados de empresas que tiveram seus produtos ensaiados e que viriam a demonstrar a necessidade de um controle mais rígido como uma “certificação compulsória”.

---

polícia administrativa. Esse posicionamento da imagem, *além de não condizer com a missão institucional, dificulta a atuação do Instituto no apoio ao desenvolvimento tecnológico, um dos principais aspectos de sua missão [...]*” (INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, QUALIDADE E TECNOLOGIA. **Plano Estratégico do Inmetro 2021-2023**, p. 37. Brasília, DF: Inmetro, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/inmetro/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/plano-estrategico-inmetro-2021-2023.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2024).

<sup>14</sup> MONTEIRO, Luiz C. **Antecedentes do comprometimento do consumidor**. Dissertação (Mestrado em Administração e Desenvolvimento Empresarial). Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2007.

Como exemplo, a pesquisa intitulada *Antecedentes do comprometimento do consumidor* tem seu foco na avaliação da credibilidade na marca Inmetro e procura demonstrar, entre outras coisas, que o consumidor deposita sua confiança na marca com base nos resultados que já foram divulgados, tomando suas decisões acerca de qual produto deverá adquirir sem considerar os riscos ou mesmo um eventual incremento de preços, em função de tal credibilidade na marca<sup>15</sup>.

Outro exemplo é o artigo apresentado no IX Congresso Brasileiro de Regulação, da Associação Brasileira de Agências de Regulação (ABAR), intitulado “Certificação como apoio à regulamentação de produtos, processos e serviços: o caso do Inmetro”, que conclui pela difusão do modelo de certificação do Inmetro para outros atores da sociedade, por exemplo, agências reguladoras, associações do setor produtivo e organizações não governamentais<sup>16</sup>.

Também merece destaque, inclusive como contraponto a este artigo, um interessante trabalho apresentado no VIII Congresso Nacional de Excelência em Gestão (CNEG), intitulado “Estudo comparativo do Sistema Brasileiro de Avaliação da Conformidade com o Sistema de Conformidade Europeu”, que, além de buscar pontos em comum entre o modelo de certificação brasileiro e o europeu, acaba por concluir que diversas ações foram implementadas ao longo dos anos pelo Inmetro a fim de aperfeiçoar o modelo, mostrando que, apesar de haver melhorias a serem implementadas, o sistema parece atender muito bem à finalidade para a qual foi criado<sup>17</sup>.

Nessa mesma linha de pesquisa comparativa, o trabalho desenvolvido para obtenção do título de Mestre em Metrologia e Qualidade pelo Inmetro, intitulado *Os modelos regulatórios do Brasil e dos Estados Unidos da América para segurança de produtos de consumo: estudo comparativo entre Inmetro e CPSC*<sup>18</sup>, apresenta uma abordagem voltada à análise de segurança de produtos submetidos à regulamentação destes dois órgãos reguladores, o brasileiro (Inmetro) e o norte-americano (CPSC), especialmente quanto aos modelos regulatórios; chegando-se a algumas conclusões, dentre as quais a importância da utilização do Código de Defesa do Consumidor como “base legal adicional do Inmetro para atuação mais ampla na vigilância da segurança de produtos de consumo”<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> CHAMUSCA, Roberta de Freitas. Certificação como apoio à regulamentação de produtos, processos e serviços: o caso do Inmetro. In: IX CONGRESSO BRASILEIRO DE REGULACÃO, 9, 2015, Brasília, DF. *Anais* [...]. Brasília, DF: Associação Brasileira de Agências de Regulação, 2015.

<sup>17</sup> COSTA, Stella Regina Reis da; BARROS, Marcia. Estudo comparativo do Sistema Brasileiro de Avaliação da Conformidade com o Sistema da Comunidade Europeia. In: VIII CONGRESSO NACIONAL DE EXCELÊNCIA EM GESTÃO – CNEG, 8., 2012, Rio de Janeiro. *Anais* [...]. Rio de Janeiro: Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro, 2012.

<sup>18</sup> Consumer Product Safety Commission (CPSC), em tradução livre, significa Comissão de Segurança de Produtos de Consumo, entidade criada nos EUA em 1972, com funções semelhantes às do Inmetro no Brasil.

<sup>19</sup> NOGUEIRA, Camila B. *Os modelos regulatórios do Brasil e dos Estados Unidos da América para segurança de produtos de consumo: estudo comparativo entre Inmetro e CPSC*. 2016, 176 f.

Por fim, a dissertação apresentada para obtenção do Mestrado em Sistemas de Gestão intitulada *O programa de análise de produtos do Inmetro: importância estratégica para consumidores e indústria* é um trabalho que procura tratar da relevância do programa do Inmetro e sua importância estratégica para a sociedade, por meio da redução da assimetria de informação existente entre consumidores e fornecedores, sendo justamente o maior contraponto ao discorrido neste artigo<sup>20</sup>.

#### 1.4. Metodologia utilizada

A metodologia utilizada nesta pesquisa segue a proposta de Vergara ao buscar definir o tipo de pesquisa quanto a sua finalidade, assim como os meios a partir dos quais foram investigados os eventos descritos no documento, bem como a delimitação do tema e as limitações da pesquisa<sup>21</sup>. Dessa forma, este artigo pretende responder às questões formuladas no item 1.2, valendo-se de dados provenientes do sindicato que representa os produtores de fios e cabos elétricos sujeitos à certificação compulsória do Inmetro, assim como de dados do próprio Inmetro decorrentes do PVC. Além disso, as referências bibliográficas representam um importante elemento, quer para permitir efetuar comparações com estudos anteriores, como os apresentados em 1.3, quer para subsidiar a pesquisa com elementos que permitam compreender os fenômenos abordados sob a ótica do Direito e Economia.

##### 1.4.1 Limitações da pesquisa

Dentre as limitações mais relevantes está a escassez de material divulgado pelo Inmetro acerca do comportamento dos OAC acreditados por aquela autarquia federal para realizar as certificações que, de algum modo, autorizam os fornecedores a utilizarem a marca do Inmetro em seus produtos.

Além disso, nem todos os relatórios dos PVC do Inmetro são divulgados publicamente, ficando restritos à avaliação interna da área responsável por sua realização. Um exemplo é o Relatório do PVC de fios e cabos elétricos<sup>22</sup> que somente pôde ter parte de seu conteúdo divulgado neste estudo, mediante autorização do Inmetro.

---

Dissertação (Mestrado Profissional em Metrologia e Qualidade) – Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia, Duque de Caxias, 2016.

<sup>20</sup> BORGES, Marcos André. **O programa de análise de produtos do Inmetro: importância estratégica para consumidores e indústria**. Dissertação (Mestrado em Sistemas de Gestão) –Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2006.

<sup>21</sup> VERGARA, Sylvia Constant. **Projetos e relatórios de pesquisa em administração**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

<sup>22</sup> MONTEIRO, Marcelo dos Santos. **Inmetro/Dconf: Relatório do Programa de Verificação da Conformidade de Fios e Cabos Elétricos 2016/2017**. Brasília, DF: Inmetro, 2017.

#### 1.4.2. Delimitação da pesquisa

Muito embora sejam apresentadas informações que representam de forma genérica todo o PAC do Inmetro, obtidas mediante o uso de dados gerados pelo PVC também do Inmetro<sup>23</sup>, optou-se pela análise específica do problema *relacionado à certificação de fios e cabos elétricos*, pois, além dos dados obtidos pelo PVC, ainda existem dados da própria indústria representada pelo Sindicato da Indústria de Condutores Elétricos (Sindicel)<sup>24</sup>, sendo possível, portanto, estabelecer uma comparação entre as fontes de informações de modo a atestar a fidedignidade dos dados a fim de obter conclusões mais robustas.

As análises envolvem as implicações da assimetria de informação entre consumidor e fornecedor de fios de cabos elétricos no Brasil, considerando que entre o consumidor e o fornecedor existe, ainda, uma “terceira parte”<sup>25</sup>, o OAC, acreditado pelo Inmetro, que atesta a conformidade do produto comercializado pelo fornecedor<sup>26</sup>, autorizando, após um processo de auditoria, o uso da marca Inmetro nos produtos comercializados no mercado brasileiro.

#### 1.5. Organização do trabalho

O desenvolvimento da pesquisa ocorre da seguinte forma: a primeira seção do Capítulo 2 apresenta uma análise acerca do cenário atual propiciado pela mudança do Inmetro para a pasta do Ministério da Economia, fazendo-se um paralelo com os enfoques apresentados pelas escolas de Chicago e seu contraponto com a Nova Economia Institucional; a segunda seção analisa os efeitos da nova proposta de modelo regulatório para o Inmetro apresentada em 2021<sup>27</sup> em discussão no

---

<sup>23</sup> COSTA, Raimisson R. *et al.* **Novo modelo regulatório para o Inmetro**: diagnóstico e proposta de um novo modelo regulatório com base na atuação da Dconf. Rio de Janeiro: Inmetro, 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/inmetro/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/novo-modelo-regulatorio-v01.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2024.

<sup>24</sup> Sindicel – Sindicato da Indústria de Condutores Elétricos, Trefilação e Laminação de Metais Não-Ferrosos do Estado de São Paulo, entidade fundada em 1979, que tem em seu quadro de filiados os principais fabricantes de fios e cabos elétricos (INMETRO E SINDICEL se unem no combate às fraudes de fios e condutores elétricos no País. **Sindicel**, 2021. Disponível em: <https://www.sindicel.org.br/noticia.asp?pagina=5&rid=760#>. Acesso em: 2 dez. 2021.)

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> COSTA, Stella Regina Reis da; BARROS, Marcia. Estudo comparativo do Sistema Brasileiro de Avaliação da Conformidade com o Sistema da Comunidade Europeia. In: VIII CONGRESSO NACIONAL DE EXCELENÇA EM GESTÃO – CNEG, 8., 2012, Rio de Janeiro. **Anais [...]**. Rio de Janeiro: Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro, 2012.

<sup>27</sup> BRASIL. Ministério da Economia. Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia. Consulta Pública nº 8, de 25 de março de 2021. Proposta do Modelo Regulatório do Inmetro. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 59, p. 75, 29 mar. 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/consulta-publica-n-8-de-25-de-marco-de-2021-310910534>. Acesso em: 29 ago. 2024.

presente momento e as eventuais falhas de mercado evidenciadas como a assimetria de informação e as consequentes “seleção adversa” e “risco moral”, além das possíveis externalidades como, por exemplo, os riscos à segurança advindos de tal cenário, bem como a eventual falha de governo caracterizada pela captura do ente regulador<sup>28</sup>. Nessa mesma seção é mencionado o *case* vislumbrado no mercado de fios e cabos que ostentam a marca do Inmetro sem, contudo, apresentarem a qualidade e a segurança que deles se espera.

Por fim, são apresentadas as considerações finais, procurando responder às perguntas formuladas, analisando as evidências e dados coletados, bem como as referências bibliográficas utilizadas.

## 2. INMETRO: ANÁLISE DE SUA IDENTIDADE E MISSÃO NO CONTEXTO PÓS-LLE

### 2.1. Mudança do Inmetro após 2019 e influência da política econômica na direção da autarquia federal

O Inmetro é uma autarquia federal que, atualmente, integra a administração indireta com vínculo ao Ministério da Economia (ME)<sup>29</sup>.

Pertencente até janeiro de 2019 ao (extinto) Ministério de Desenvolvimento da Indústria e Comércio Exterior, foi criado em 1973 pela Lei nº 5.966<sup>30</sup> e tem suas competências legais determinadas pelo art. 3º da Lei nº 9.933/1999<sup>31</sup>, com nova redação dada pela Lei nº 12.545/2011, dentre as quais “segurança, proteção da vida e saúde humana, proteção do meio ambiente e prevenção de práticas enganosas do comércio”<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> STIGLER, George J. The theory of economic regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, v. 2, n. 1, 1971, p. 3.

<sup>29</sup> BRASIL. Decreto nº 9.660, de 1º de jan. de 2019. Dispõe sobre a vinculação das entidades da administração pública federal indireta. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 13, 1 jan. 2019b. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/d9660.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d9660.htm). Acesso em: 29 ago. 2024.

<sup>30</sup> BRASIL. Lei nº 5.966, de 11 de dez de 1973. Institui o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 12717, 12 dez. 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5966.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5966.htm). Acesso em: 8 dez. 2020.

<sup>31</sup> BRASIL. Lei nº 9.933, de 20 de dez. de 1999. Dispõe sobre as competências do Conmetro e do Inmetro, institui a Taxa de Serviços Metrológicos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 2, 21 dez. 1999. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9933.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9933.htm). Acesso em: 29 ago. 2024.

<sup>32</sup> BRASIL. Lei nº 12.545, de 14 de dez. de 2011. Dispõe sobre o Fundo de Financiamento à Exportação, altera o art. 1º da Lei nº 12.096, de 24 de novembro de 2009, e as Leis nº 10.683, de 28 de maio de 2003, nº 11.529, de 22 de outubro de 2007, nº 5.966, de 11 de dezembro de 1973 e nº 9.933, de 20 de dezembro de 1999. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 15 dez. 2011. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12545.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12545.htm). Acesso em: 29 ago. 2024.

A autarquia já teve, no decorrer de sua história, sua missão alterada em diversas ocasiões, entre as quais merecem destaque:

– Missão em 2013: “Prover confiança à sociedade brasileira nas medições e nos produtos, por meio da metrologia e da avaliação da conformidade, promovendo a *harmonização das relações de consumo, a inovação e a competitividade do País*” (BRASIL, 2013, grifo nosso).

– Missão em 2019: “A medida certa para promover *confiança* à sociedade e *competitividade ao setor produtivo*”<sup>33</sup>.

– Missão em 2021: “Viabilizar soluções de infraestrutura da qualidade que adicionem *confiança, qualidade e competitividade* aos produtos e serviços disponibilizados pelas organizações brasileiras, em prol da *prosperidade econômica e bem-estar da nossa sociedade*” (grifo nosso)<sup>34</sup>.

Percebe-se claramente que a missão declarada em 2013 estava voltada à harmonização entre “relações de consumo”, “inovação” e “competitividade”; já a missão de 2021 está voltada, além da competitividade, à “prosperidade econômica” e ao “bem-estar da sociedade”.

Nesse sentido, nota-se que a agenda liberal introduzida a partir de 2019, bem como a saída do Inmetro do extinto Ministério do Desenvolvimento da Indústria e Comércio para o Ministério da Economia, podem ter contribuído não somente para a mudança de direção da autarquia no tocante a sua missão, que passou a estar mais focada na perspectiva econômica neoclássica, mais associada à Escola de Chicago<sup>35</sup>, como também com a alteração dos parâmetros referentes ao atendimento às premissas decorrentes da implementação da LLE<sup>36</sup>.

A mudança de paradigma vislumbrada pelo cenário fomentado pela política econômica veiculada a partir de 2019, com viés liberal decorrente da difusão pelo

<sup>33</sup> PRESIDENTE DO INMETRO apresenta a nova missão do Instituto. **Jornal Na Medida**, n. 21, jul. 2019. Disponível em: <http://www.infoconsumo.gov.br/imprensa/namedida/2019/edicao021.asp>. Acesso em: 29 ago. 2024.

<sup>34</sup> INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, QUALIDADE E TECNOLOGIA. **Plano Estratégico do Inmetro 2021-2023**. Brasília, DF: Inmetro, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/inmetro/pt-br/acao-a-informacao/institucional/plano-estrategico-inmetro-2021-2023.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2024.

<sup>35</sup> A Escola de Chicago é intimamente relacionada com a análise econômica do Direito, que tem como pressuposto básico a busca de eficiência, de acordo com os parâmetros neoclássicos, defendendo que a melhor maneira de distribuir riquezas se dá por meio dos mecanismos de mercado. A Escola é influenciada pela perspectiva neoclássica, que apreende a realidade econômica a partir do comportamento de indivíduos perfeitamente racionais, que buscam atingir seus objetivos de forma ótima e visando sempre aos próprios interesses (PFEIFFER, Roberto A. C. Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015).

<sup>36</sup> BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de set. de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 20 set. 2019c. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/113874.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113874.htm). Acesso em: 29 ago. 2024.

Ministério da Economia de diretrizes voltadas à aplicação das premissas neoclássicas, indica uma busca por tal eficiência, na perspectiva do conceito vinculado ao economista e sociólogo italiano Vilfredo Pareto<sup>37</sup>.

Os acadêmicos da Escola de Chicago utilizam, do ponto de vista de uma economia normativa, o conceito de “ótimo de Pareto”, que basicamente descreve a situação em que não é possível melhorar a situação de um agente sem piorar a de outro agente.

Segundo Stiglitz e Walsh, para que uma economia atinja seu grau máximo de bem-estar na perspectiva de Pareto<sup>38</sup>, devem ser evidenciadas três condições: (1) eficiência das trocas; (2) eficiência produtiva; e (3) eficiência de mix de produtos<sup>39</sup>. De modo semelhante, na situação de equilíbrio caracterizada como “Pareto superior”, existe a melhoria da situação de um agente, mas sem prejudicar a situação do outro agente.

Além de tais equilíbrios, os economistas desenvolveram instrumentos de equilíbrio parcial, utilizados a partir da constatação de que a maioria dos mercados não é caracterizada pela concorrência perfeita. Destaca-se, por exemplo, o princípio da compensação, segundo o qual a soma dos benefícios daqueles que ganham deve ser superior à soma dos prejuízos daqueles que perdem, havendo, portanto, um ganho de bem-estar agregado<sup>40</sup>.

O “princípio da compensação”, também conhecido como eficiência de Kaldor-Hicks, avalia uma situação verificando se há outras que geram benefícios líquidos maiores, considerando a soma dos efeitos líquidos em todos os agentes, e não em cada um individualmente<sup>41,42</sup>.

Tanto no equilíbrio proporcionado pelo ótimo de Pareto quanto no compensatório (Kaldor-Hicks) não há preocupações de ordem distributiva. No ótimo de Pareto não há perdas, tampouco preocupação com a equidade da situação, ao passo que no equilíbrio compensatório não há preocupação em saber quem perde e quem ganha<sup>43</sup>.

---

<sup>37</sup> PARETO, Vilfredo. **Manual de Economia Política**. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Coleção Os Economistas).

<sup>38</sup> PARETO, Vilfredo. **Manual de Economia Política**. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Coleção Os Economistas).

<sup>39</sup> STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl. E. **Introdução à microeconomia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

<sup>40</sup> VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M.; HARRINGTON JR., Joseph E. **Economics of regulation and antitrust**. Cambridge: The MIT Press, 2000.

<sup>41</sup> HICKS, Jonh R. The Foundations of Welfare Economics. **The Economic Journal**, v. 49, n. 196, 1939, p. 696-712.

<sup>42</sup> KALDOR, Nicolas. Welfare propositions in economics and interpersonal comparisons of utility. **Economic Journal**, v. 49, n. 195, 1939, p. 549-552.

<sup>43</sup> Viscusi, Vernon e Harrington Jr., *op. cit.*

Portanto, a situação analisada neste artigo requer uma interpretação que talvez destoe um pouco da visão proporcionada exclusivamente pela Escola de Chicago na avaliação do problema apresentado, uma vez que os custos de transação<sup>44</sup> envolvidos em todo o processo de Acreditação pelo Inmetro a entes privados, os OAC, parecem ser de grande relevância no atual cenário.

Nesse sentido, a assimetria de informação<sup>45</sup> é uma das mais importantes falhas de mercado e compõe o rol de custos de transação, uma vez que tal elemento acentua consideravelmente a vulnerabilidade do consumidor, sendo muito mais custoso para este último buscar a informação do que para o fornecedor, que poderá proporcioná-la a um menor custo<sup>46</sup>.

Esse tema será mais bem discutido na próxima seção, todavia, é importante sua menção, uma vez que se faz relevante não somente a alusão aos citados pressupostos da teoria neoclássica condizentes com a Escola de Chicago, mas, também, a menção a uma concepção alternativa para análise e compreensão dos objetivos deste artigo, que destaque justamente a importância dos custos de transação, além de contrapor-se ao paradigma neoclássico da racionalidade maximizadora de eficiências, a Nova Economia Institucional (NEI)<sup>47</sup>.

Essa Escola manifesta concordância com diversos postulados neoclássicos, tais como o fundamento da escassez, o papel do mercado na definição dos preços relativos e a função central da concorrência. No entanto, apresenta pontos diferenciais, dentre os quais o abandono do primado da “racionalidade instrumental”, a centralidade das instituições e o papel dos custos de transação como a conexão entre instituições e custos de produção<sup>48</sup>.

Portanto, a análise das consequências decorrentes da eventual conduta de Organismos de Certificação acreditados em conceder certificações a fornecedores de produtos com qualidade e segurança questionáveis<sup>49</sup> conduz a pesquisa a observar

---

<sup>44</sup> COASE, Ronald H. The Nature of the Firm. *Economica*, v. 4, nov. 1937.

<sup>45</sup> PINTO JR., Helder Q.; PIRES, Melissa Cristina Pinto. **Assimetria de informações e problemas regulatórios**. Brasília, DF: Agência Nacional do Petróleo, 2000. Disponível em: <https://www.gov.br/anp/pt-br/centrais-de-conteudo/notas-e-estudos-tecnicos/notas-tecnicas/arquivos/2000/nota-tecnica-9-2000.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2024.

<sup>46</sup> “[...] Portanto, além de ser um imperativo de equidade, tal solução é a mais eficiente do ponto de vista econômico. *Inclusive, uma das funções primordiais dos mecanismos de normalização e certificação é a atenuação dos custos de busca de informação, além, obviamente, da proteção da saúde e da segurança do consumidor*” (PFEIFFER, Roberto A. C. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 84 (grifo nosso).

<sup>47</sup> NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change, and economic performance**. New York: Cambridge University Press, 1990.

<sup>48</sup> PFEIFFER, *op. cit.*

<sup>49</sup> Conforme reportado pelo próprio Inmetro por meio do Programa de Verificação da Conformidade (PVC), não se confirmam nos produtos distribuídos no mercado de consumo as características originais que ensejaram as certificações. Dessa forma, a obrigatória análise, pelo OAC, da manutenção das características que originaram a certificação de determinados produtos pode não estar ocorrendo a contento.

o cenário não somente sob o viés dos pressupostos neoclássicos eventualmente perseguidos como possível solução à realidade vislumbrada e que implica prejuízos ao mercado e ao consumidor, mas também à análise que resulta da contestação do paradigma neoclássico do homem racional, aplicando, para melhor compreensão do cenário, uma abordagem voltada aos preceitos da NEI.

O economista Ronald Coase foi um dos precursores da NEI, formulando a teoria referente à economia dos custos de transação e preconizando que somente nas hipóteses em que tais custos ocorrem incide a necessidade de o ordenamento jurídico dispor sobre a alocação de direitos.

Assim, a NEI, ao contestar o paradigma da racionalidade limitada, permite compreender o fenômeno da falha de mercado caracterizada pela assimetria da informação, uma vez que, nitidamente, uma das partes da transação (representada por Inmetro, Organismos Acreditados e fornecedores certificados), responsável pela qualidade e segurança do produto, detém melhores informações do que a outra parte, o consumidor<sup>50</sup>.

Entre as consequências da assimetria da informação, estão a seleção adversa e o risco moral, bem como a eventual identificação de captura do regulador e as externalidades advindas das falhas de segurança identificadas e decorrentes de processo de certificação com eficácia questionável.

## 2.2. O Novo Modelo Regulatório do Inmetro e os riscos da falta de informações

### 2.2.1. O Inmetro alinhado às diretrizes do Ministério da Economia: o novo modelo regulatório

As diretrizes veiculadas pela área econômica a partir de 2019, seguidas por entes reguladores como o Inmetro, ensejaram a busca por uma economia mais positiva<sup>51</sup>, o que parece ter motivado a análise, a explicação e a previsão de determinados comportamentos econômicos<sup>52</sup>.

Dessa forma, a publicação da LLE e de suas premissas, como a desregulamentação e a diminuição do estoque regulatório, parecem ter motivado a mudança da missão da autarquia e a construção de um novo modelo regulatório para o Inmetro.

Em 2019, foi apresentada uma proposta de Novo Modelo Regulatório para o Inmetro<sup>53</sup>, documento este que, mesmo sendo substituído por nova proposta ainda

<sup>50</sup> NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change, and economic performance**. New York: Cambridge University Press, 1990.

<sup>51</sup> FRIEDMAN, Milton. **The methodology of positive economics**. Chicago: University of Chicago Press, 1953.

<sup>52</sup> NUSDEO, Fábio. **Introdução ao Direito Econômico**. 6. ed. São Paulo: RT, 2011.

<sup>53</sup> COSTA, Raimisson R. *et al.* **Novo modelo regulatório para o Inmetro: diagnóstico e proposta de um novo modelo regulatório com base na atuação da Dconf**. Rio de Janeiro: Inmetro, 2019. Disponível em:

em desenvolvimento<sup>54</sup>, e ainda que não tenha sido reconhecido como um modelo para todo o Inmetro<sup>55</sup>, serviu de base para expor algumas falhas graves do modelo atual, como o baixo alcance da regulação e “[...] desestímulo à inovação, à competitividade e ao acesso a outros mercados em função do desalinhamento com outros modelos regulatórios mais robustos [...]”<sup>56</sup>.

Diante da necessidade de se repensar um modelo que pudesse ser aplicado a todo o escopo de atuação do Inmetro, em 2020 foi criado, pela presidência do Inmetro, um grupo de trabalho<sup>57</sup> com o objetivo de “elaborar uma proposta para modernização do Modelo Regulatório do Inmetro” que estivesse alinhada à LLE e ao novo Planejamento Estratégico Institucional da Autarquia<sup>58</sup>.

Foram analisados, além do documento produzido pela Diretoria de Avaliação da Conformidade do Inmetro (Dconf)<sup>59</sup>, as contribuições do setor produtivo<sup>60</sup> e, logo após, foi apresentada uma proposta, por meio de consulta pública, contendo as diretrizes para o novo modelo a ser implementado em até cinco anos<sup>61</sup>.

---

<https://www.gov.br/inmetro/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/novo-modelo-regulatorio-v01.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2024.

<sup>54</sup> BRASIL. Ministério da Economia. Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia. Consulta Pública nº 8, de 25 de março de 2021. Proposta do Modelo Regulatório do Inmetro. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 59, p. 75, 29 mar. 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/consulta-publica-n-8-de-25-de-marco-de-2021-310910534>. Acesso em: 29 ago. 2024.

<sup>55</sup> O modelo foi concebido para a avaliação da conformidade (AC), contudo, o Inmetro atua em diversas outras áreas além da AC, como a metrologia legal (instrumentos de medição: bombas de combustíveis, etilômetros conhecidos por bafômetros, radares, produtos pré-embalados, etc.), metrologia científica, metrologia aplicada às ciências da vida, ensino e pesquisa, fiscalização etc.

<sup>56</sup> COSTA, Raimisson R. *et al.* **Novo modelo regulatório para o Inmetro**: diagnóstico e proposta de um novo modelo regulatório com base na atuação da Dconf. Rio de Janeiro: Inmetro, 2019, p. 4. Disponível em: <https://www.gov.br/inmetro/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/novo-modelo-regulatorio-v01.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2024.

<sup>57</sup> BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia. **Portaria nº 212, de 10 de junho de 2020**. Grupo de Trabalho para a Modernização do Modelo Regulatório do Inmetro. Brasília: DF: Inmetro, 2020. Disponível em: <https://asmetro.org.br/portalsn/wp-content/uploads/2020/06/Portaria-Presi-212-2020.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2024.

<sup>58</sup> INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, QUALIDADE E TECNOLOGIA. **Plano Estratégico do Inmetro 2021-2023**. Brasília, DF: Inmetro, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/inmetro/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/plano-estrategico-inmetro-2021-2023.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2024.

<sup>59</sup> Costa *et al.*, *op. cit.*

<sup>60</sup> INMETRO LANÇARÁ novo modelo regulatório até o fim do ano. **Agência Brasil**, 7 nov. 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-11/inmetro-lancara-novo-modelo-regulatorio-ate-o-fim-do-ano#>. Acesso em: 6 dez. 2021.

<sup>61</sup> BRASIL. Ministério da Economia. Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia. Consulta Pública nº 8, de 25 de março de 2021. Proposta do Modelo Regulatório do Inmetro. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 59, p. 75, 29 mar. 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/consulta-publica-n-8-de-25-de-marco-de-2021-310910534>. Acesso em: 29 ago. 2024.

As diretrizes econômicas do Governo Federal e a própria LLE tiveram grande influência na proposta apresentada no documento que foi para consulta pública<sup>62</sup>.

Apesar da necessidade de mudança de modelo, considerando principalmente que o Brasil está classificado como uma das economias mais fechadas do mundo<sup>63</sup>, é preciso avaliar se essa proposta de modelo, com foco voltado ao aumento de competitividade e “em prol da prosperidade econômica”, realmente pode mitigar não somente os problemas enfrentados pela economia, no tocante à abertura de mercado, mas, principalmente, se o novo modelo regulatório pode alterar o quadro de não conformidades evidenciado.

É de extrema relevância para a compreensão do cenário, bem como do escopo do presente artigo, subdividir a discussão em duas partes:

- (i) A influência que o novo modelo regulatório do Inmetro poderá representar para a abertura do mercado brasileiro, por meio de diminuição das barreiras técnicas, desburocratização, desregulação, redefinição dos critérios e procedimentos para classificação de risco de atividade econômica<sup>64</sup>, assim como seu alinhamento estratégico com a política econômica;
- (ii) As mudanças propiciadas pelo novo modelo regulatório no cenário atual vinculado à regulamentação das atividades de avaliação da conformidade com foco na diminuição das não conformidades evidenciadas e na certificação de produtos sem qualidade e segurança que ostentam a marca Inmetro.

---

<sup>62</sup> Texto extraído do Novo Modelo Regulatório do Inmetro apresentado em 2021 em consulta pública que demonstra a influência da agenda econômica liberal do governo após 2019 na proposta apresentada.

[...] 1. INTRODUÇÃO:

O contexto nacional e global tem tido uma forte evolução nos últimos tempos, com a intensificação da competição, profundas mudanças decorrentes da digitalização da economia (que abrange a chamada Indústria 4.0), a *insatisfatória posição da competitividade brasileira no cenário internacional*, as *diretrizes do governo federal de promover um ambiente regulatório no Brasil de maior liberdade econômica* como estratégia de desenvolvimento, dando origem a uma modernização da legislação e ainda o próprio desenvolvimento do Plano Estratégico do Inmetro para o período de 2021 a 2023 (BRASIL. Ministério da Economia. Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia. Consulta Pública nº 8, de 25 de março de 2021. Proposta do Modelo Regulatório do Inmetro. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, n. 59, p. 75, 29 mar. 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/consulta-publica-n-8-de-25-de-marco-de-2021-310910534>. Acesso em: 29 ago. 2024, grifo nosso).

<sup>63</sup> HESSEL, Rosana. “Brasil é uma das economias mais fechadas do mundo”, diz Guedes no Itamaraty. **Correio Braziliense**, 26 out. 2021. Disponível em: <https://www.correio braziliense.com.br/economia/2021/10/4958286-brasil-e-uma-das-economias-mais-fechadas-do-mundo-diz-guedes-no-itamaraty.html>. Acesso em: 6 dez. 2021.

HICKS, Jonh R. The Foundations of Welfare Economics. **The Economic Journal**, v. 49, n. 196, 1939, p. 696-712.

<sup>64</sup> BRASIL. Decreto nº 10.178, de 18 de dez. de 2019. Regulamenta dispositivos da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, para dispor sobre os critérios e os procedimentos para a classificação de risco de atividade econômica e para fixar o prazo para aprovação tácita e altera o Decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017, para incluir elementos na Carta de Serviços ao Usuário. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 5, 19 dez. 2019a. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D10178.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10178.htm). Acesso em: 29 ago. 2024.

A primeira abordagem não é o objetivo principal deste trabalho, pois diz respeito ao nível de atendimento da autarquia às diretrizes do Ministério da Economia no tocante à adequação dos regulamentos à LLE, com foco na abertura do mercado.

A segunda abordagem é a tratada neste artigo e, ainda que tenha alguma relação com a primeira, não é diretamente decorrente dela, uma vez que a proposta de novo modelo apresentada<sup>65</sup> prevê ampliação dos mecanismos de participação dos OAC, inclusive atuando em outras frentes, como a metrologia legal (instrumentos de medição e produtos pré-medidos, por exemplo)<sup>66</sup>, justificando, eventualmente, tal medida mediante a alusão ao princípio da “boa fé do particular perante o poder público” e da “intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre as atividades econômicas”, respectivamente esculpidos nos incisos II e III do art. 2º da LLE<sup>67</sup>.

Dessa forma, ainda que a proposta de se desenvolver um novo modelo regulatório seja justificável e até mesmo necessária, é possível que a adequação do Inmetro às premissas da LLE não seja condição suficiente para resolver os problemas de qualidade e segurança vislumbrados atualmente, uma vez que o modelo prevê justamente a diminuição da intervenção do Estado no exercício de atividades econômicas<sup>68</sup>, o que implica redução do escopo regulatório por parte do Inmetro em detrimento da atuação do mercado em sua autorregulação.

Verifica-se, no entanto, mediante análise de relatório do próprio Inmetro<sup>69</sup>, que o índice de não conformidade detectado no mercado em função do PVC<sup>70</sup>, para todos os produtos certificados, está em média em 43%.

---

<sup>65</sup> BRASIL. Ministério da Economia. Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia. Consulta Pública nº 8, de 25 de março de 2021. Proposta do Modelo Regulatório do Inmetro. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 59, p. 75, 29 mar. 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/consulta-publica-n-8-de-25-de-marco-de-2021-310910534>. Acesso em: 29 ago. 2024.

<sup>66</sup> BRASIL. Ministério da Economia. Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia. Consulta Pública nº 8, de 25 de março de 2021. Proposta do Modelo Regulatório do Inmetro. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 59, p. 75, 29 mar. 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/consulta-publica-n-8-de-25-de-marco-de-2021-310910534>. Acesso em: 29 ago. 2024.

<sup>67</sup> BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de set. de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 20 set. 2019c. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/113874.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113874.htm). Acesso em: 29 ago. 2024.

<sup>68</sup> *Ibid.*

<sup>69</sup> COSTA, Raimisson R. *et al.* **Novo modelo regulatório para o Inmetro**: diagnóstico e proposta de um novo modelo regulatório com base na atuação da Dconf. Rio de Janeiro: Inmetro, 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/inmetro/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/novo-modelo-regulatorio-v01.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2024.

<sup>70</sup> Texto extraído da proposta de modelo regulatório de 2019: “[...] *Os melhores dados de compliance disponíveis no Inmetro “nas áreas de avaliação da conformidade” são os provenientes do Programa de Verificação da Conformidade (PVC), programa de coleta e ensaios de amostras de produtos regulamentados objetos de avaliação da conformidade compulsória. Como mencionamos no capítulo anterior, o objetivo do PVC é avaliar se os produtos colocados no mercado mantêm a conformidade (compliance) aos regulamentos vigentes*” (Costa *et al.*, op. cit., p. 65, grifo nosso).

Isso significa que um consumidor, ao adquirir um produto certificado no mercado, tem, em tese, cerca de 50% de chance de que esse produto apresente algum problema relacionado a sua qualidade ou mesmo a sua segurança, ainda que ostentando a marca de conformidade do Inmetro e, portanto, a “autorregulação” ou a ampliação das prerrogativas dos OAC privados na vigilância do mercado e na ampliação dos mecanismos de certificação parece ser um fator de agravamento do problema, e não de atenuação ou correção.

Existem informações suficientes, advindas do PVC do Inmetro e da fiscalização dos Ipems<sup>71</sup> estaduais, que permitem assegurar que, para o mercado de fios e cabos elétricos de baixa tensão, seguimento regulamentado pelo Inmetro, o índice de não conformidade de produtos que ostentam a marca Inmetro pode chegar a mais de 87%, o que configura uma grave falha do modelo vigente e um grande risco ao consumidor brasileiro que confia na marca Inmetro.

Diante de tais constatações, parece plausível de fato avaliar a necessidade de se buscarem alterações do modelo vigente, uma vez que o processo de avaliação da conformidade pode não estar cumprindo com sua função de demonstrar<sup>72</sup> que tais produtos certificados atendem aos requisitos estabelecidos pela regulamentação expedida pelo Inmetro, buscando-se, portanto, alternativas para aumentar a eficiência do sistema.

### 2.2.2. O Inmetro e o problema dos fios e cabos elétricos “certificados”

Quando o produto em análise se trata de “fios e cabos elétricos de baixa tensão” utilizados em instalações elétricas prediais, por exemplo, esse percentual está próximo a 87,5% de não conformidade<sup>73,74</sup>, mesmo em produtos que ostentam a marca do Inmetro.

Ressalte-se que o Inmetro não certifica diretamente nenhum produto, processo ou serviço, todavia, a autarquia confere essa prerrogativa aos OAC acreditados por ela. Tais OAC, que, como mencionado, são entidades privadas, são os responsáveis pela certificação, que conferirá, caso atendidos determinados parâmetros, a autorização para que os fornecedores utilizem a marca Inmetro em seus produtos<sup>75</sup>.

<sup>71</sup> Instituto de Pesos e Medidas (Ipem).

<sup>72</sup> Segundo a definição da norma brasileira da ABNT – NBR ISO/IEC 17000:2005, a avaliação da conformidade é o exame sistemático do grau de atendimento por parte de um produto, processo ou serviço a requisitos especificados. Disponível em <https://www.normas.com.br/visualizar/abnt-nbr-nm/24690/abnt-nbriso-iec17000-avaliacao-da-conformidade-vocabulario-e-principios-gerais>. Acesso em: 16 set. 2024.

<sup>73</sup> INMETRO E SINDICEL se unem no combate às fraudes de fios e condutores elétricos no País. **Sindicel**, 2021. Disponível em: <https://www.sindicel.org.br/noticia.asp?pagina=5&id=760#>. Acesso em: 2 dez. 2021.

<sup>74</sup> MONTEIRO, Marcelo dos Santos. **Inmetro/Dconf: Relatório do Programa de Verificação da Conformidade de Fios e Cabos Elétricos 2016/2017**. Brasília, DF: Inmetro, 2017.

<sup>75</sup> NOGUEIRA, Camila B. **Os modelos regulatórios do Brasil e dos Estados Unidos da América para segurança de produtos de consumo: estudo comparativo entre Inmetro e CPSC**. 2016, 176 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Metrologia e Qualidade) – Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia, Duque de Caxias, 2016.

Segundo o Sindicato da Indústria de Condutores Elétricos, Trefilação e Laminação do Estado de São Paulo (Sindicel), atualmente existem cerca de 156 empresas com marcas licenciadas pelo Inmetro<sup>76</sup>, das quais 116 comercializam seus produtos fora de conformidade técnica, ou seja, praticamente 75% das empresas certificadas que ostentam a marca do Inmetro apresentam irregularidades em seus produtos. Dentre as não conformidades, estão problemas com o percentual de cobre que deveria estar contido nos fios inferiores ao determinado na regulamentação, além da redução da área de seção. Isso implica, além de um consumo de energia elétrica muito superior ao que seria de se esperar (pois ocorrem perdas por aquecimento), um incremento substancial de riscos de incêndio por superaquecimento das instalações elétricas.

Ainda segundo dados do Sindicel, no restante do Brasil, a situação não é diferente, e

[...] 7% do total de energia consumido no país foram destinados a alimentar as perdas extras nos condutores não conformes” o que teria implicado um gasto anual de **R\$ 9,2 bilhões de reais a mais na conta de luz dos brasileiros**<sup>77</sup>.

**Figura 1.**

*Empresas certificadas no seguimento de fios e cabos elétricos no Brasil*<sup>78</sup>



<sup>76</sup> Uma empresa pode ter mais de uma marca licenciada, existindo cerca de **240 marcas** de fios e cabos comercializadas no mercado e que atualmente têm autorização para uso da marca Inmetro (INMETRO E SINDICEL se unem no combate às fraudes de fios e condutores elétricos no País. **Sindicel**, 2021. Disponível em: <https://www.sindicel.org.br/noticia.asp?pagina=5&rid=760#>. Acesso em: 2 dez. 2021).

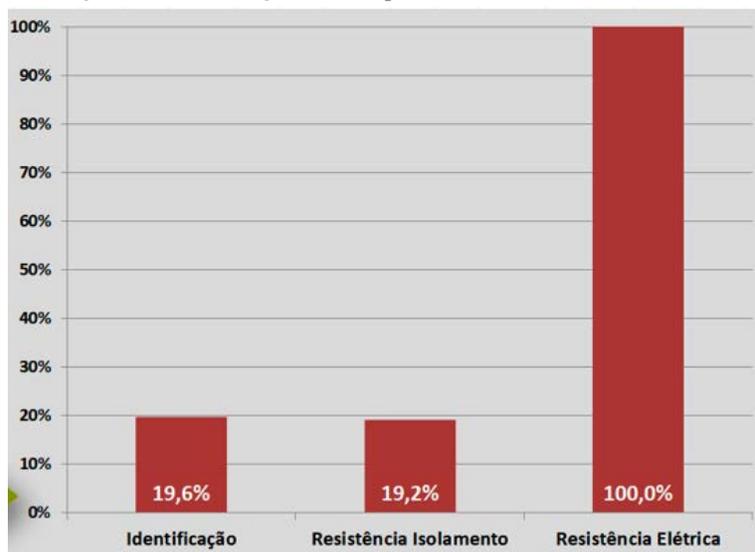
<sup>77</sup> INMETRO E SINDICEL se unem no combate às fraudes de fios e condutores elétricos no País. **Sindicel**, 2021. Disponível em: <https://www.sindicel.org.br/noticia.asp?pagina=5&rid=760#>. Acesso em: 2 dez. 2021.

<sup>78</sup> INMETRO E SINDICEL se unem no combate às fraudes de fios e condutores elétricos no País. **Sindicel**, 2021. Disponível em: <https://www.sindicel.org.br/noticia.asp?pagina=5&rid=760#>. Acesso em: 2 dez. 2021.

A Figura 1 mostra que, no Brasil, de 240<sup>79</sup> marcas de fios e cabos elétricos disponibilizadas no mercado (um fabricante pode ter mais de uma marca) que foram avaliadas pelos OAC como aptas a serem comercializadas, *somente 30* estão com seus produtos em conformidade com os regulamentos do Inmetro e normas técnicas da ABNT, o que representa um percentual de 87,5% de não conformidade.

## Figura 2.

Maiores não conformidades identificadas em produtos com a marca Inmetro<sup>80</sup>



A Figura 2 mostra que a maior incidência de não conformidade se dá na “resistência elétrica”, que está intimamente relacionada com a composição dos fios (com menor quantidade de cobre e maior resistência elétrica, por exemplo) ou mesmo com o diâmetro inferior ao declarado. A diferença na composição se deve, possivelmente, ao elevado preço de mercado do cobre em detrimento de outros metais com menor capacidade de condução elétrica utilizados indevidamente em substituição.

Isso significa, em termos práticos, que a probabilidade de incêndios com vítimas fatais cresce à medida que os fios recebem menor quantidade de cobre e, por conseguinte, apresentam maior dissipação por efeito Joule, que basicamente é a conversão de energia elétrica em calor ou, em outras palavras, em vez de esses produtos conduzirem a energia elétrica para os eletrodomésticos de uma residência, por exemplo, acabam por transformar essa energia em calor na fiação elétrica.

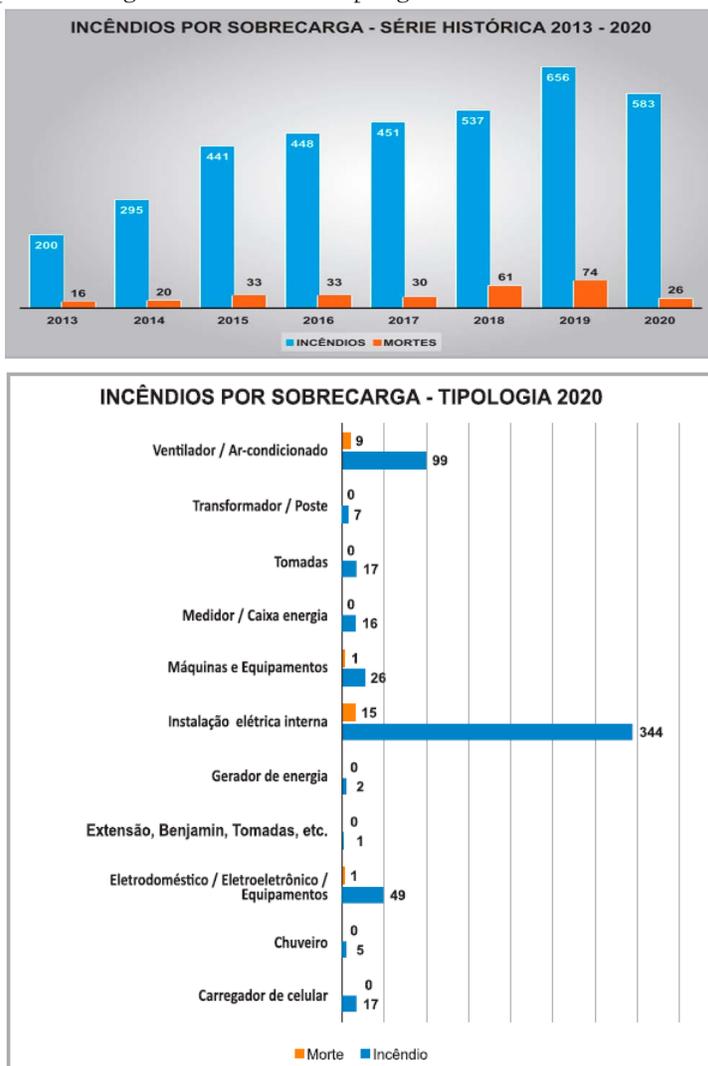
<sup>79</sup> Apesar de existirem 293 marcas autorizadas pelo Inmetro, somente 240 foram encontradas no mercado.

<sup>80</sup> *Ibid.*

Tal fato aumenta indevidamente a conta de energia elétrica dos consumidores e eleva o risco de incêndios.

**Figura 3.**

*Incêndios por sobrecarga elétrica, mortes e tipologia<sup>81</sup>*



<sup>81</sup> ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONSCIENTIZAÇÃO PARA OS PERIGOS DA ELETRICIDADE. **Anuário estatístico de acidentes de origem elétrica: 2021 – ano base 2020**. São Paulo: Abracopel, 2021. Disponível em: [https://abracopel.org/wp-content/uploads/2021/04/Anuario-Abracopel-2021\\_vs.-final.pdf](https://abracopel.org/wp-content/uploads/2021/04/Anuario-Abracopel-2021_vs.-final.pdf). Acesso em: 6 dez 2021.

Na Figura 3, percebe-se claramente a evolução dos incêndios por sobrecarga das instalações elétricas e a correspondência com o número de mortes, assim como a preponderância de incêndios relacionados a problemas na instalação elétrica interna.

Diversos trabalhos foram divulgados até o momento, dentre os quais os descritos em 1.3, fazendo menção à eventual redução da assimetria da informação entre consumidor e fornecedor em virtude da implementação do modelo de avaliação da conformidade implantado pelo Inmetro no Brasil, identificado, atualmente, como Programa de Avaliação da Conformidade (PAC). No entanto, o que é indicado pela análise dos dados apresentados é que o fenômeno é exatamente o oposto, visto que o consumidor, ao depositar sua confiança na marca Inmetro, deixa de avaliar todos os riscos e adquire o produto ainda que o seu custo seja superior ao de um concorrente que não ostente a marca Inmetro<sup>82</sup>.

Saliente-se que os OAC são obrigados a acompanhar a manutenção das características que ensejaram a certificação do produto após a emissão da certificação. Tal acompanhamento deve considerar, obrigatoriamente, a *realização de ensaios de amostras coletadas no comércio*<sup>83</sup>, o que, ao que tudo indica, parece não estar ocorrendo a contento.

### 2.2.3. O risco de o Inmetro atuar como fonte pública de informações equivocadas

Monteiro discorre sobre “O Inmetro como fonte pública de informação”<sup>84</sup>, mostrando, ainda, que, entre diversos órgãos avaliados, a autarquia é considerada pelo consumidor como fonte pública com credibilidade: “Também são ratificados os estudos realizados pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (IBOPE) e Instituto de Defesa de Consumidores (IDEC), onde o consumidor considera o Inmetro uma fonte pública com credibilidade”<sup>85</sup>.

Nesse entendimento, Nogueira apresenta levantamento que mostra que, “[...] dentre aqueles que afirmam conhecer a marca Inmetro, 86,9% declaram confiar no trabalho do Instituto”<sup>86</sup>.

---

<sup>82</sup> NOGUEIRA, Camila B. **Os modelos regulatórios do Brasil e dos Estados Unidos da América para segurança de produtos de consumo**: estudo comparativo entre Inmetro e CPSC. 2016, 176 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Metrologia e Qualidade) – Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia, Duque de Caxias, 2016.

<sup>83</sup> BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia. **Portaria nº 640, de 30 de novembro de 2012**. Aprova o aperfeiçoamento dos Requisitos de Avaliação da Conformidade da Qualidade de fios, cabos e cordões flexíveis elétricos. Brasília, DF: Inmetro, 2012. Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/legislacao/rtac/pdf/RTAC001938.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2024.

<sup>84</sup> MONTEIRO, Luiz C. **Antecedentes do comprometimento do consumidor**. Dissertação (Mestrado em Administração e Desenvolvimento Empresarial). Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2007, p. 79.

<sup>85</sup> *Ibid.* p. 113.

<sup>86</sup> NOGUEIRA, Camila B. **Os modelos regulatórios do Brasil e dos Estados Unidos da América para segurança de produtos de consumo**: estudo comparativo entre Inmetro e CPSC. 2016. 176 f.

Segundo Borges, o Inmetro, como parte do subprograma Conscientização e Mobilização para a Qualidade e Produtividade do Governo Federal, desenvolveu o “Projeto Imagem, destinado a intensificar a divulgação das atividades do Inmetro para a sociedade, por meio de uma campanha de marketing institucional que passou a ser implantado a partir de 1995”<sup>87</sup>.

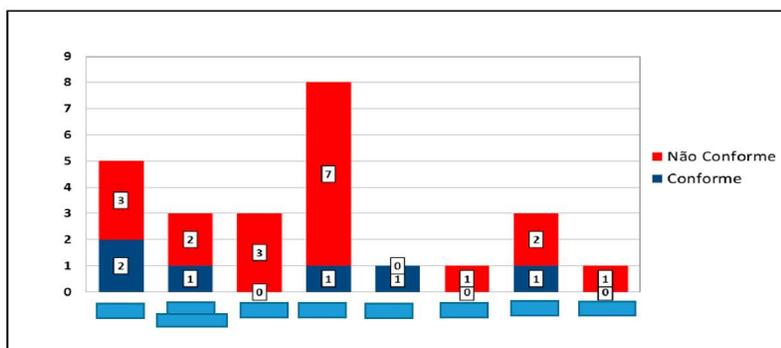
Monteiro, na conclusão de sua tese, argumenta que o consumidor utiliza a fonte pública de informação como parâmetro para definir sua escolha:

Os resultados encontrados no Modelo de Equações Estruturais respondem em parte o problema dessa dissertação, ou seja, que o consumidor se compromete com a fonte pública de informação e percebe o valor dessa informação como positiva e a utiliza na decisão de escolha [...] (grifo nosso)<sup>88</sup>.

A seguir, é apresentado um quadro que mostra o número de amostras não conformes por OAC, ensaiadas no âmbito do PVC do Inmetro referente a fios e cabos elétricos de baixa tensão correspondente aos anos de 2016 e 2017. Os nomes dos OAC foram encobertos (retângulos azuis).

#### Figura 4.

Número de amostras não conformes por OAC<sup>89</sup>



A análise do próprio Inmetro acerca da Figura 4, manifestada no item 7.3 do relatório do PVC em comento, é a seguinte:

Dissertação (Mestrado Profissional em Metrologia e Qualidade) – Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia, Duque de Caxias, 2016, p. 75.

<sup>87</sup> BORGES, Marcos André. **O programa de análise de produtos do Inmetro: importância estratégica para consumidores e indústria.** Dissertação (Mestrado em Sistemas de Gestão) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2006, p. 38.

<sup>88</sup> MONTEIRO, Luiz C. **Antecedentes do comprometimento do consumidor.** Dissertação (Mestrado em Administração e Desenvolvimento Empresarial). Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2007, p. 113.

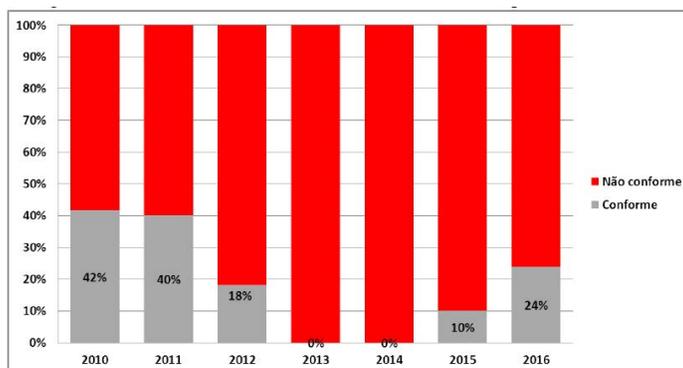
<sup>89</sup> MONTEIRO, Marcelo dos Santos. **Inmetro/Dconf: Relatório do Programa de Verificação da Conformidade de Fios e Cabos Elétricos 2016/2017.** Brasília, DF: Inmetro, 2017, p. 11.

A figura X ilustra o gráfico de não conformidades relativas aos organismos responsáveis pela certificação dos cabos elétricos flexíveis. É importante ressaltar que as não conformidades estão distribuídas por *praticamente todos os organismos; porém, especificamente em dois deles, as não conformidades foram evidenciadas em maior proporção (87,5% e 100%)*. Nessa análise foram desconsiderados os organismos que só tiveram uma amostra verificada pelo Programa (grifo nosso)<sup>90</sup>.

No gráfico abaixo (Figura 5), também extraído do relatório do Inmetro referente ao PVC de fios e cabos elétricos para o período 2016/17, que trata da série histórica dos resultados realizados a partir de 2010, observa-se a tendência de não conformidades no setor, especificamente nos anos de 2013 e 2014, quando houve priorização das denúncias, *detectou-se 100% de não conformidades*. Lembrando que se trata de marcas que foram avaliadas por OAC como estando adequadas aos regulamentos e normas técnicas.

### Figura 5.

Série histórica das não conformidades dos PVC no período 2010-2016<sup>91</sup>



Diante de tais dados, que foram utilizados mediante autorização do Inmetro, percebe-se que o consumidor não tem acesso a tais informações com a mesma clareza que o Inmetro, OAC e fornecedores de tais produtos não conformes. Não obstante, segundo Monteiro, esse mesmo consumidor baseia sua opção de compra na presença do selo do Inmetro, sem que, no entanto, tal marca de certificação garanta de fato a qualidade e a segurança esperadas<sup>92</sup>.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>91</sup> MONTEIRO, Marcelo dos Santos. **Inmetro/Dconf**: Relatório do Programa de Verificação da Conformidade de Fios e Cabos Elétricos 2016/2017. Brasília, DF: Inmetro, 2017.

<sup>92</sup> MONTEIRO, Luiz C. **Antecedentes do comprometimento do consumidor**. Dissertação (Mestrado em Administração e Desenvolvimento Empresarial). Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2007.

Entretanto, não somente o Inmetro, como também, e principalmente, os OAC, conhecem tal cenário que já se perpetua, conforme PVC, pelo menos desde 2010.

#### 2.2.4. Seleção adversa e risco moral como consequências de informações assimétricas

A assimetria de informação pode ser evidenciada em situações nas quais uma das partes envolvidas em uma negociação tem maior acesso a registros e dados que a outra<sup>93</sup>, tal qual é indicado no caso em estudo.

Como discorrido, a NEI contesta o paradigma neoclássico do homem racional, surgindo, assim, a teoria da racionalidade limitada<sup>94</sup>.

A assimetria da informação, portanto, decorre, entre outros fatores, dessa racionalidade limitada e está relacionada a consequências como a seleção adversa e o risco moral<sup>95</sup>.

Segundo Pinto Jr. e Pires, o problema de seleção adversa é derivado justamente do custo de acesso à informação<sup>96</sup>.

Segundo Rodrigues, tanto a seleção adversa quanto o risco moral podem ser vistos como duas dimensões básicas de assimetria de informações existentes entre o ente regulador e o ente regulado. Na visão do autor, a “seleção adversa” corresponde à dimensão exógena da assimetria de informações e decorre do fato de que o regulador não tem o mesmo nível de informações que o regulado em relação a fatores exógenos, como parâmetros tecnológicos, comportamentos da demanda, entre outros<sup>97</sup>.

Um exemplo muito conhecido da seleção adversa<sup>98</sup> é o de mercado de carros usados, pois existem carros em bom e em mau estado, e somente os vendedores conhecem o real estado dos veículos. Como os compradores não têm informações suficientes para escolher adequadamente, acabarão pagando um preço médio, ou seja, acima do preço que pagariam por um carro ruim e abaixo do que pagariam por um carro bom.

---

<sup>93</sup> AKERLOFF, George A. The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism. *Quarterly Journal Economics*, v. 84. n. 3, 1970, p. 488-500.

<sup>94</sup> SIMON, Herbert. Theories of decision making in economics and behavioral science. *The American Economic Review*, v. 49, n. 3, 1959, p. 253-283.

<sup>95</sup> PFEIFFER, Roberto A. C. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

<sup>96</sup> PINTO JR., Helder Q.; PIRES, Melissa Cristina Pinto. *Assimetria de informações e problemas regulatórios*. Brasília, DF: Agência Nacional do Petróleo, 2000. Disponível em: <https://www.gov.br/anp/pt-br/centrais-de-conteudo/notas-e-estudos-tecnicos/notas-tecnicas/arquivos/2000/nota-tecnica-9-2000.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2024.

<sup>97</sup> RODRIGUES, Antônio Sérgio. Assimetria de informações e o risco de captura de agência reguladora. *Revista da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT)*, Brasília, DF, v. 3, n. 1, maio 2011.

<sup>98</sup> AKERLOFF, George A. The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism. *Quarterly Journal Economics*, v. 84. n. 3, 1970, p. 488-500.

Tal conceito, aplicado aos produtos certificados e, especificamente, aos fios e cabos elétricos, representa um enorme prejuízo à economia e ao consumidor, pois este último, por confiar na marca Inmetro<sup>99</sup> inclusa nos produtos (bons e ruins), acabará pagando um preço alto por produtos ruins e, eventualmente, um preço mais baixo por produtos bons, o que fará que os produtores ruins se beneficiem indevidamente da marca Inmetro e da confiança que o consumidor deposita nela e que os bons produtores tenham sucessivos prejuízos decorrentes da concorrência desleal, afastando-os do mercado.

Ainda segundo Rodrigues, o “risco moral” caracteriza a dimensão endógena da assimetria de informações resultante do fato de somente o ente regulado conhecer o resultado de determinados movimentos intrinsecamente endógenos, como os custos e os resultados de medidas administrativas, o que possibilitaria a manipulação do esforço pelo regulador com o objetivo de obter vantagem, por exemplo, na estipulação de metas regulatórias<sup>100</sup>.

Um exemplo muito utilizado para caracterizar o risco moral é o aplicável a mercados de seguros, pois o segurado eventualmente poderia reduzir sua precaução em evitar acidentes após contratar um seguro.

Para o caso específico de produtos certificados pelos OAC, o fenômeno do risco moral também é evidenciado, pois, além de eventualmente tais organismos se beneficiarem de suas informações para manipular esforços do regulador em seu favor, o mau fornecedor, conhecedor da falta de informação do consumidor de fios e cabos, ou até pior, conhecedor da confiança que este deposita na marca Inmetro, após adquirir do OAC o direito de utilizar a marca Inmetro, impõe a venda de produtos com pouca qualidade a preços desproporcionais.

A teoria do principal-agente<sup>101</sup> também parece ajudar a explicar o comportamento evidenciado pelos OAC como entes regulados pelo Inmetro, uma vez que tal teoria econômica analisa algumas formas de relacionamento hierárquico entre indivíduos, grupos ou organismos que “estabeleçam relações econômicas de fornecimento e consumo de mercadorias e serviços, como possibilidades de se ter *comportamentos oportunistas de agentes econômicos* em decorrência de assimetria de informações entre as partes” (grifo nosso)<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup> MONTEIRO, Luiz C. **Antecedentes do comprometimento do consumidor**. Dissertação (Mestrado em Administração e Desenvolvimento Empresarial). Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2007.

<sup>100</sup> Rodrigues, *op. cit.*

<sup>101</sup> “A regulação possui todas as características de um problema principal-agente. Sendo assim, pode-se esperar que ambos os lados busquem estruturar sua relação de modo a contornar os **problemas de informação e oportunismo**” (LIMA, Clóvis Ricardo M. **Assimetria de informações e regulação de mercado**, 2005. Disponível em: <http://www.gepicc.ufba.br/enlepicc/pdf/ClovisMontenegroDeLima.pdf>. p. 10, grifo nosso).

<sup>102</sup> RODRIGUES, Antônio Sérgio. Assimetria de informações e o risco de captura de agência reguladora. **Revista da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT)**, Brasília, DF, v. 3, n. 1, maio 2011.

Segundo Lima, a teoria do principal-agente pode ser considerada a mais aplicável à regulação envolvendo o ente regulador e o regulado, uma vez que a agência, representada, neste caso, pelo Inmetro, é vista como o “principal” que delega ao “agente”, neste caso, os OAC, a tarefa de produzir o serviço de utilidade pública. Dessa forma, o interesse do Inmetro, nesse contexto, é que os OAC atendam a todas as demandas em um nível satisfatório de preço e qualidade; por sua vez, o interesse dos OACs é maximizar seus lucros<sup>103</sup>.

Considerando que os OAC, via de regra, visam ao lucro e que tem havido um expressivo aumento na quantidade de organismos acreditados pelo Inmetro nos últimos anos<sup>104</sup>, essa relação entre a agência (Inmetro) e os organismos privados acaba por ser prejudicada pela assimetria de informações, e os comportamentos oportunistas tendem a ser mais evidenciados, pois a acreditação passa a depender justamente da estratégia comercial desses OAC, e não necessariamente da necessidade do regulador em buscar o bem-estar do consumidor<sup>105</sup>.

Da mesma forma, no caso em estudo, são identificados elementos que caracterizam uma possível captura do regulador pelos interesses dos entes regulados.

Segundo Rodrigues, a “captura regulatória” pode ser vislumbrada quando uma agência reguladora criada para defender o interesse público acaba atuando em prol de interesses comerciais que dominam a indústria ou o setor sob regulação<sup>106</sup>. A captura seria, então, uma importante “falha de governo”, pois o próprio governo, representado, neste caso, pelo Inmetro, poderia estar atuando (ainda que não intencionalmente) para que as empresas certificadas possam ser incentivadas a produzir as externalidades negativas, como o aumento indevido e injustificável das contas de luz por uso de fios e cabos com resistência elétrica muito superior à adequada ou mesmo por riscos de incêndio como vislumbrado na Figura 3, extraída do relatório da Abracopel<sup>107</sup>.

---

<sup>103</sup> Lima, *op. cit.*

<sup>104</sup> INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, QUALIDADE E TECNOLOGIA. **Relatório do Termo Aditivo do Contrato de Gestão 2019**. Brasília, DF: Inmetro, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/inmetro/pt-br/acao-a-informacao/acoes-e-programas/planejamento/contrato-de-gestao/2019/relatorio-anual-2019.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2024.

<sup>105</sup> “Quase sempre, os organismos de avaliação da conformidade são empresas com fins lucrativos e a decisão de solicitar ou não uma acreditação depende de suas estratégias comerciais específicas para cada mercado de serviços de avaliação da conformidade” (INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, QUALIDADE E TECNOLOGIA. Relatório do Termo Aditivo do Contrato de Gestão 2019, p. 30. Brasília, DF: Inmetro, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/inmetro/pt-br/acao-a-informacao/acoes-e-programas/planejamento/contrato-de-gestao/2019/relatorio-anual-2019.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2024. (grifo nosso).

<sup>106</sup> RODRIGUES, Antônio Sérgio. Assimetria de informações e o risco de captura de agência reguladora. **Revista da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT)**, Brasília, DF, v. 3, n. 1, maio 2011.

<sup>107</sup> ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONSCIENTIZAÇÃO PARA OS PERIGOS DA ELETRICIDADE. **Anuário estatístico de acidentes de origem elétrica: 2021 – ano base 2020**. São Paulo: Abracopel, 2021.

Tais evidências colocam em discussão a efetividade do PAC instituído pelo Inmetro para a certificação de tais produtos, realizada pelos OAC.

## 5. CONCLUSÃO

Diante dos dados apresentados, principalmente os relativos à certificação de fios e cabos elétricos, e respondendo à primeira pergunta formulada no item 1.2 deste artigo, conclui-se que, atualmente, o PAC não contribuiu para a redução da assimetria de informações entre consumidores e fornecedores, contrariando a tese defendida em alguns estudos mencionados. Ao contrário, o PAC atualmente induz o consumidor a adquirir fios e cabos elétricos que, embora estejam certificados e tenham a marca Inmetro, não fornecem as condições de qualidade e segurança que deveriam ser decorrentes da certificação.

Muito embora haja cerca de 12,5% de produtos certificados que ainda atendem à regulamentação, segundo os dados apresentados pelo sindicato dos fabricantes desses produtos, corroborados pelo PVC do próprio Inmetro, o consumidor não tem informações suficientes para escolher, de fato, um produto adequado, pois o selo do Inmetro é usado tanto nos 12,5% conformes quanto nos 87,5% não conformes.

Esse fato não é recente, e os dados apresentados neste estudo mostram que o Inmetro já tem conhecimento das não conformidades em produtos que ostentam sua marca há mais de uma década. O que aponta este estudo é que, a partir de determinado momento, ainda não identificado precisamente<sup>108</sup>, a presença da marca Inmetro nos produtos certificados passou a não mais identificar necessariamente a conformidade com as normas e regulamentos técnicos, pois os índices de não conformidade detectados em produtos adquiridos no comércio com a marca Inmetro, ao contrário do que se espera, são extremamente elevados<sup>109</sup>.

Entre as consequências dessa assimetria de informações entre consumidores e fornecedores, podem ser evidenciados os fenômenos de seleção adversa e do risco moral. Seleção adversa, pois o consumidor, por confiar na marca Inmetro inclusa nos produtos (bons e ruins), acaba pagando um preço alto por produtos ruins e, eventualmente, um preço mais baixo por produtos bons, o que faz que os

---

Disponível em: [https://abracopel.org/wp-content/uploads/2021/04/Anuario-AbraCOPel-2021\\_vs.-final.pdf](https://abracopel.org/wp-content/uploads/2021/04/Anuario-AbraCOPel-2021_vs.-final.pdf). Acesso em: 6 dez 2021.

<sup>108</sup> Apesar de não ser possível, com base nos dados apresentados neste estudo, definir precisamente o momento em que o Programa de Avaliação da Conformidade passou a não mais atuar diretamente na redução da assimetria da informação, percebe-se que, pelo menos desde 2010, o Inmetro já tinha dados que apontavam altos índices de não conformidade de produtos certificados e com sua marca.

<sup>109</sup> Conforme analisado neste artigo, principalmente em virtude dos dados do Programa de Verificação da Conformidade do próprio Inmetro, percebe-se que existe um índice de não conformidade de, em média, 43% em relação a todos os produtos que ostentam a marca do Inmetro avaliados no mercado de consumo, chegando a 87,5% de irregularidades para o setor de fios e cabos elétricos.

produtores ruins se beneficiem indevidamente da marca Inmetro e que os bons produtores saiam do mercado. Risco moral, pois o mau fornecedor, conhecedor da falta de informação do consumidor de fios e cabos, ou até pior, conhecedor da confiança que este deposita na marca Inmetro, impõe a venda de produtos com pouca qualidade a preços desproporcionais.

Além disso, a assimetria de informações entre o Inmetro e os OAC pode permitir a manipulação do regulador objetivando a ampliação do número de produtos certificados e dando origem a outro problema com explicação mais bem formulada pela teoria do principal-agente. Essa teoria descreve, basicamente, a possibilidade de que tal falha de mercado possibilite “comportamentos oportunistas” por parte dos regulados, neste caso, os OAC acreditados pelo Inmetro, uma vez que existe interesse comercial dos OAC na ampliação de suas atividades, pois se trata de empresas com fins lucrativos, e a decisão de solicitar ou não uma acreditação dependerá de suas estratégias comerciais para cada mercado, e não especificamente do interesse do regulador em proteger o consumidor ou reduzir a concorrência desleal.

Nesse sentido, as não conformidades evidenciadas podem estar ocorrendo por mera negligência dos entes regulados, mas também podem estar ocorrendo por questões comerciais, pois, como visto no decorrer do artigo, a utilização de fios e cabos com menor percentual de cobre do que o obrigatório por regulamento implica menores gastos com sua produção e propiciam, além da concorrência desleal, externalidades negativas, como aumento de contas de energia elétrica e incêndios provocados por instalações elétricas sem qualidade.

Tais certificações poderiam estar ocorrendo somente com base nas “amostras de ouro”<sup>110</sup> enviadas pelos fabricantes para obter a autorização para uso da marca Inmetro, ao passo que a produção real, disponibilizada no comércio, não corresponderia à amostra analisada pelo OAC para obtenção da certificação.

Uma hipótese que poderia explicar o aumento de informações assimétricas é a possibilidade de “captura do ente regulador pelo ente regulado”, respectivamente, Inmetro e os OAC responsáveis pelas certificações dos produtos, implicando uma desvirtuação da função pública de defender o interesse público em detrimento de interesses comerciais que dominam a indústria ou o setor sob regulação. Não obstante, o consumidor é o maior prejudicado, visto que é a parte detentora da menor carga de informação.

Entre as possíveis soluções para reduzir a assimetria de informações e seus efeitos negativos para o consumidor, evidenciam-se, a título de exemplo:

- (i) A alteração do modelo de certificação que atualmente consiste, basicamente, em atribuir a responsabilidade da certificação e de sua manutenção

---

<sup>110</sup> Amostra de ouro é um termo utilizado para descrever materiais enviados pelo fabricante ou importador com características de qualidade e segurança muito superiores às de seus produtos, para efeito de avaliação por uma terceira parte, o OAC, como requisito para obtenção de uma certificação.

aos OAC. Nesse sentido, um *case* de sucesso para ser utilizado como referência é o Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade do Habitat (PBQP-H)<sup>111</sup>, que, muito embora conte com a participação de alguns OAC acreditados pelo Inmetro, tem foco na descentralização nos estados por meio de programas setoriais da qualidade de responsabilidade do setor privado, bem como da adesão pelo setor público, que atua como indutor da melhoria da qualidade por meio de seu poder de compra. Atualmente, a Coordenação Geral do PBQP-H é exercida pela Chefia de Gabinete da Secretaria Nacional de Habitação, do Ministério de Desenvolvimento Regional, e apresenta, ao contrário do PAC gerido pelo Inmetro, baixos índices de não conformidade;

- (ii) A desvinculação da acreditação atualmente exercida exclusivamente pelo Inmetro para um órgão neutro e vinculado diretamente à Casa Civil da Presidência da República;
- (iii) A fiscalização da atuação dos Organismos de Certificação de produtos com aplicação de sanções efetivas, incluindo as previstas no Código de Defesa do Consumidor (publicidade enganosa: art. 37, § 1º, ou produto não conforme: art. 39, VIII, por exemplo);
- (iv) O fortalecimento da Rede de Ipems estaduais e Procons com poder de polícia para aplicar sanções não somente a fornecedores, mas, também, aos OAC que demonstrem responsabilidade solidária pelos vícios de produto.

Com relação à segunda pergunta formulada no item 1.2 deste artigo, que aborda, basicamente, a possibilidade de melhoria ao “bem-estar do consumidor” decorrente da implementação das propostas contidas no novo modelo regulatório do Inmetro, ressalte-se, preliminarmente, que o conceito de bem-estar do consumidor está muito mais associado ao interesse dos destinatários finais econômicos do produto ou serviço do que ao bem-estar agregado ou mesmo à eficiência econômica.

Como discorrido ao longo deste estudo, o Inmetro, a partir de 2019, passou a ser vinculado ao Ministério da Economia, e não mais ao (extinto) Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Associada a tal mudança, também ocorreu a alteração de sua missão institucional, que passou a visar mais ao atendimento às regras da livre iniciativa e premissas da LLE do que a suas funções definidas por Lei, dentre as quais a “prevenção de práticas enganosas de comércio”.

A Escola de Chicago exerceu grande influência nas medidas adotadas pelo Governo Federal a partir de 2019, as quais tiveram a finalidade de promover um ambiente regulatório no Brasil de maior liberdade econômica como estratégia de desenvolvimento.

---

<sup>111</sup> CARVALHO, Maria S. *et al.* **Histórico e levantamento de publicações sobre o PBQP-H**. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2021. Disponível em: <https://pbqp-h.mdr.gov.br/biblioteca/historico-e-levantamento-de-publicacoes-sobre-o-pbqp-h/>. Acesso em: 29 ago. 2024.

No entanto, como também discorrido, a Escola de Chicago tem como pressuposto básico a busca de eficiência de acordo os parâmetros neoclássicos, defendendo que a realidade econômica é evidenciada por indivíduos perfeitamente racionais que buscam alcançar seus objetivos de forma ótima, visando a seus interesses.

Ainda que as premissas assumidas pelo Governo permitam identificar a busca por eficiência na perspectiva da Escola de Chicago, bem como que essa Escola associe o bem-estar do consumidor à eficiência econômica, nem sempre eficiência econômica é sinônimo de interesse do consumidor, havendo, inclusive, como mencionado, situações em que o aumento do bem-estar econômico pode ser alcançado com redução do bem-estar específico dos consumidores de determinado produto ou serviço.

Portanto, a mudança de modelo pretendida pelo Inmetro, associada unicamente ao aspecto econômico voltado às premissas neoclássicas atinentes à Escola de Chicago, pode redundar em um cenário ainda pior que o vislumbrado atualmente, pois, apesar de ser notória a necessidade de se transferir para a iniciativa privada diversos serviços atualmente mal geridos pelo Estado, no caso específico da certificação de produtos pelos OAC, o que ocorrerá será o agravamento do problema, e não sua mitigação.

A certificação obrigatória de produtos, como o caso dos fios e cabos elétricos, deveria significar o melhor emprego possível de recursos na produção de bens, de modo a reduzir custos, aumentar a qualidade e a produtividade das empresas, identificando, de certa forma, adequação ao conceito de eficiência produtiva, que, como apresentado em 2.1, é uma das condições indicadas por Pareto para que se alcance o grau máximo de bem-estar econômico.

O que se percebe por meio da análise deste estudo é que o aumento do número de certificações e, por conseguinte, de OAC no decorrer dos últimos anos não implicou o aumento de eficiência produtiva; pelo contrário, o que se evidencia é que o processo de certificação de produtos realizado por tais entidades em nome do Inmetro vem acarretando custos desnecessários ao mercado, uma vez que a certificação acaba por não representar incremento de qualidade ou segurança aos produtos, principalmente no caso dos fios e cabos elétricos.

Isso não significa necessariamente que o PAC e as certificações decorrentes dele devam ser extintos por não produzirem resultados satisfatórios, até porque outros produtos devem apresentar índices de conformidade que justifiquem a continuidade das certificações, mas, sim, significa que devem ser realizados esforços para que se adeque tal sistema às necessidades de uma economia cada vez mais globalizada e dependente de um sistema robusto, para fornecer produtos com qualidade e segurança ao mercado brasileiro e, inclusive, mitigar a entrada de produtos com baixa qualidade no país.

Assim, o novo modelo regulatório do Inmetro, baseado no aumento da atuação de OAC e da ampliação de tais entidades privadas de avaliação da conformidade

a outras áreas, como a metrologia legal (atualmente executada exclusivamente por entes públicos dotados de poder de polícia administrativa), não contribui, isoladamente, para o aumento do bem-estar do consumidor; pelo contrário, acelera o processo de degradação do sistema e, ainda, macula a imagem do Inmetro conquistada ao longo dos anos perante a sociedade.

Ao analisar os dados apresentados, bem como indícios do fenômeno de captura do regulador pelo ente regulado, percebe-se a necessária mudança na condução da construção de um novo modelo para o Inmetro que considere os avanços promovidos pela LLE, mas que, simultaneamente, vise a uma mudança na mecânica de certificações promovidas pelo Inmetro por intermédio dos OAC.

Verifica-se que, muito embora os OAC acreditados pelo Inmetro não comercializem tais produtos diretamente, são eles quem atestam a conformidade mediante análise, auditorias e ensaios nos fornecedores de tais produtos.

Constata-se, assim, a conveniência de se avaliar o grau de responsabilidade de tais OAC quanto às externalidades negativas decorrentes da comercialização de produtos inseguros e inadequados, como os cerca de R\$ 9 bilhões em perdas devidas à má qualidade (não conformidade) dos fios e cabos ou mesmo aos riscos de incêndio por superaquecimento das instalações com perda de vidas humanas, conforme discorrido em 2.2.2.

Tais produtos ostentam a marca Inmetro por eles conferida após auditorias nos fabricantes, sendo possível falar, eventualmente, em responsabilidade solidária nos termos do Código de Defesa do Consumidor, além de eventuais imputações de responsabilidade civil e penal, uma vez que caberia aos OAC não somente a avaliação do produto na fábrica ou da “amostra de ouro” fornecida, mas, principalmente, o acompanhamento de amostras coletadas aleatoriamente no comércio, o que não está ocorrendo a contento.

Deve ser dado algum crédito à proposta de novo modelo regulatório, principalmente no que diz respeito à abertura de mercado, à desregulação e à diminuição das barreiras à entrada de produtos importados. No entanto, o que se percebe é que existe uma evidente contradição entre a proposta de um novo modelo regulatório baseado na ampliação das “parcerias público-privadas como declarado pelo Inmetro” em 1.1, e a viabilização da missão dessa mesma autarquia declarada em 2021, uma vez que o “aumento da confiança, qualidade e competitividade aos produtos e serviços disponibilizados pelas organizações brasileiras [...]” não está sendo obtido por intermédio da principal parceria privada do Inmetro, representada justamente pelos OAC, que atuam nos processos de certificação de produtos.

Como mencionado em 1.4.1, dentre as limitações desta pesquisa estão a escassez de divulgações de resultados de PVC para outros produtos, no entanto, analisando os dados do próprio Inmetro, percebe-se que a média de não conformidades de todos os produtos com selo Inmetro no mercado supera os 40% de não conformidades, chegando a 87,5% no caso de fios e cabos elétricos.

Dessa forma, mesmo considerando tais limitações impostas à pesquisa, bem como a delimitação da pesquisa apresentada em 1.4.2, verifica-se a existência de um problema sistêmico no modelo de avaliação da conformidade do Inmetro, e alternativas como as apresentadas nos parágrafos anteriores podem ser mais bem discutidas e devem fomentar a elaboração de outros artigos, assim como a busca por soluções que permitam atribuir responsabilidade aos OAC pelas práticas enganosas evidenciadas no mercado, reduzindo as externalidades apresentadas.

Saliente-se que o Inmetro é um órgão de Estado, e não de governo, e que tem suas competências determinadas por Lei, entre elas, a “prevenção de práticas enganosas de comércio”, como mencionado.

Conclui-se, portanto, que o PAC do Inmetro, nos moldes em que vem sendo gerido, não contribui para a redução da assimetria da informação entre fornecedores e consumidores, ou seja, atualmente não é possível confiar que um produto é seguro ou de qualidade comprovada simplesmente por ostentar o selo do Inmetro, principalmente se esse produto for “fios e cabos elétricos”.

Da mesma forma, se mantida a mesma sistemática atual, que prevê a ampliação da atuação dos OAC (entidades privadas e com fins lucrativos acreditadas pelo Inmetro), o novo modelo regulatório proposto pelo Inmetro não promoverá melhorias ao bem-estar do consumidor, ainda que vise ao atendimento às premissas instituídas pela LLE, isso porque, apesar de se buscarem mudanças necessárias, como a desregulação e a desburocratização, não parece haver medidas para promover a redução da assimetria da informação entre consumidores e fornecedores ou mesmo entre o regulador e os entes regulados, bem como de suas consequências, como a seleção adversa ou o risco moral. Além disso, o que se percebe é o distanciamento dos objetivos apresentados na proposta de novo modelo regulatório para o Inmetro, na medida em que se evidencia a possibilidade de captura do regulador pelos entes regulados, o que compromete severamente a credibilidade de todo o sistema de avaliação da conformidade no país.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONSCIENTIZAÇÃO PARA OS PERIGOS DA ELETRICIDADE. **Anuário estatístico de acidentes de origem elétrica: 2021 – ano base 2020.** São Paulo: Abracopel, 2021. Disponível em: [https://abracopel.org/wp-content/uploads/2021/04/Anuario-Abracopel-2021\\_vs.-final.pdf](https://abracopel.org/wp-content/uploads/2021/04/Anuario-Abracopel-2021_vs.-final.pdf). Acesso em: 6 dez. 2021.

AKERLOFF, George A. The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism. **Quarterly Journal Economics**, [s. l.], v. 84, n. 3, 1970, p. 488-500.

BORGES, Marcos André. **O programa de análise de produtos do Inmetro: importância estratégica para consumidores e indústria.** 2006. Dissertação (Mestrado em Sistemas de Gestão) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2006.

BRASIL. Lei nº 5.966, de 11 de dez de 1973. Institui o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, e dá outras providências. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, p. 12717, 12 dez. 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15966.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15966.htm). Acesso em: 8 dez. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União:** seção 1, Suplemento, Brasília, DF, p. 1, 12 set. 1990. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm). Acesso em: 16 set. 2024.

BRASIL. Lei nº 9.933, de 20 de dezembro de 1999. Dispõe sobre as competências do Conmetro e do Inmetro, institui a Taxa de Serviços Metrológicos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, p. 2, 21 dez. 1999. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9933.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9933.htm). Acesso em: 29 ago. 2024.

BRASIL. Lei nº 12.545, de 14 de dezembro de 2011. Dispõe sobre o Fundo de Financiamento à Exportação, altera o art. 1º da Lei nº 12.096, de 24 de novembro de 2009, e as Leis nº 10.683, de 28 de maio de 2003, 11.529, de 22 de outubro de 2007, 5.966, de 11 de dezembro de 1973 e 9.933, de 20 de dezembro de 1999. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, p. 1, 15 dez. 2011. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/12545.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12545.htm). Acesso em: 29 ago. 2024.

BRASIL. Decreto nº 10.178, de 18 de dez. de 2019. Regulamenta dispositivos da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, para dispor sobre os critérios e os procedimentos para a classificação de risco de atividade econômica e para fixar o prazo para aprovação tácita e altera o Decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017, para incluir elementos na Carta de Serviços ao Usuário. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, p. 5, 19 dez. 2019a. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D10178.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10178.htm). Acesso em: 29 ago. 2024.

BRASIL. Decreto nº 9.660, de 1º de janeiro de 2019. Dispõe sobre a vinculação das entidades da administração pública federal indireta. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, p. 13, 1 jan. 2019b. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/d9660.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d9660.htm). Acesso em: 29 ago. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, p. 1, 20 set. 2019c. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/13874.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/13874.htm). Acesso em: 29 ago. 2024.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia. **Portaria nº 640, de 30 de novembro de 2012.** Aprova o aperfeiçoamento dos Requisitos de Avaliação da Conformidade da Qualidade de fios, cabos e cordões flexíveis elétricos. Brasília, DF: Inmetro, 2012. Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/legislacao/rtac/pdf/RTAC001938.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2024.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia. **Portaria nº 212, de 10 de junho de 2020**. Grupo de Trabalho para a Modernização do Modelo Regulatório do Inmetro. Brasília: DF: Inmetro, 2020. Disponível em: <https://asmetro.org.br/portalsn/wp-content/uploads/2020/06/Portaria-Presi-212-2020.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2024.

BRASIL. Ministério da Economia. Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia. Consulta Pública nº 8, de 25 de março de 2021. Proposta do Modelo Regulatório do Inmetro. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 59, p. 75, 29 mar. 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/consulta-publica-n-8-de-25-de-marco-de-2021-310910534>. Acesso em: 29 ago. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – CONMETRO. Comitê Brasileiro de Metrologia – CBM. **Diretrizes Estratégicas para a Metrologia Brasileira 2018-2022**. Rio de Janeiro, 25 abr. 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/inmetro/pt-br/assuntos/metrologia-cientifica/foruns-comites-e-redes/cbm/diretrizes-estrategicas-para-a-metrologia-brasileira-2018-2022>. Acesso em 16 set. 2024.

BRODNEY, J. F. The economic goals of antitrust: efficiency, consumer welfare and technological progress. **New York University Review**, New York, v. 62, 1987, p. 1020-1053.

CARVALHO, Maria S. *et al.* **Histórico e levantamento de publicações sobre o PBQP-H**. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2021. Disponível em: <https://pbqp-h.mdr.gov.br/biblioteca/historico-e-levantamento-de-publicacoes-sobre-o-pbqp-h/>. Acesso em: 29 ago. 2024.

CHAMUSCA, Roberta de Freitas. Certificação como apoio à regulamentação de produtos, processos e serviços: o caso do Inmetro. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE REGULACÃO, 9., 2015, Brasília, DF. **Anais [...]**. Brasília, DF: Associação Brasileira de Agências de Regulação, 2015.

COASE, Ronald H. The Nature of the Firm. **Economica**, [s. l.], v. 4, nov. 1937.

COSTA, Raimisson R. *et al.* **Novo modelo regulatório para o Inmetro**: diagnóstico e proposta de um novo modelo regulatório com base na atuação da Dconf. Rio de Janeiro: Inmetro, 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/inmetro/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/novo-modelo-regulatorio-v01.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2024.

COSTA, Stella Regina Reis da; BARROS, Marcia. Estudo comparativo do Sistema Brasileiro de Avaliação da Conformidade com o Sistema da Comunidade Europeia. In: CONGRESSO NACIONAL DE EXCELÊNCIA EM GESTÃO – CNEG, 8., 2012, Rio de Janeiro. **Anais [...]**. Rio de Janeiro: Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro, 2012.

FRIEDMAN, Milton. **The methodology of positive economics**. Chicago: University of Chicago Press, 1953.

HESSEL, Rosana. “Brasil é uma das economias mais fechadas do mundo”, diz Guedes no Itamaraty. **Correio Braziliense**, Brasília, DF, 26 out. 2021. Disponível em: <https://www.correio braziliense.com.br/economia/2021/10/4958286-brasil-e-uma-das-economias-mais-fechadas-do-mundo-diz-guedes-no-itamaraty.html>. Acesso em: 6 dez. 2021.

HICKS, Jonh R. The Foundations of Welfare Economics. **The Economic Journal**, [s. l.], v. 49, n. 196, 1939, p. 696-712.

INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, QUALIDADE E TECNOLOGIA. **Relatório do Termo Aditivo do Contrato de Gestão 2019**. Brasília, DF: Inmetro, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/inmetro/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/planejamento/contrato-de-gestao/2019/relatorio-anual-2019.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2024.

INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, QUALIDADE E TECNOLOGIA. **Plano Estratégico do Inmetro 2021-2023**. Brasília, DF: Inmetro, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/inmetro/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/plano-estrategico-inmetro-2021-2023.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2024.

INMETRO E SINDICEL se unem no combate às fraudes de fios e condutores elétricos no País. **Sindicel**, 2021. Disponível em: <https://www.sindicel.org.br/noticia.asp?pagina=5&cid=760#>. Acesso em: 2 dez. 2021.

INMETRO LANÇARÁ novo modelo regulatório até o fim do ano. **Agência Brasil**, Brasília, DF, 7 nov. 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-11/inmetro-lancara-novo-modelo-regulatorio-ate-o-fim-do-ano#>. Acesso em: 6 dez. 2021.

INMETRO. PRESIDENTE DO INMETRO apresenta a nova missão do Instituto. **Jornal Na Medida**, [s. l.], n. 21, jul. 2019. Disponível em: <http://www.infoconsumo.gov.br/im-prensa/namedida/2019/edicao021.asp>. Acesso em: 29 ago. 2024.

KALDOR, Nicolas. Welfare propositions in economics and interpersonal comparisons of utility. **Economic Journal**, [s. l.], v. 49, n. 195, 1939, p. 549-552.

LIMA, Clóvis Ricardo Montenegro de. Informação, assimetria de informações e regulação do mercado de saúde suplementar. In: ENCONTRO NACIONAL DE PESQUISA EM CIÊNCIA DA INFORMAÇÃO, 6., 2005, Florianópolis. **Anais [...]**. Florianópolis, 2005. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/eb/article/view/1518-2924.2006v11nesp1p132/418>. Acesso em 16 set. 2024.

MODELO REGULATÓRIO é uma carta de compromisso do Inmetro com a sociedade, diz presidente do Instituto. **Inmetro**, Brasília, DF, 30 abr. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/inmetro/pt-br/centrais-de-conteudo/noticias/modelo-regulatorio-e-uma-carta-de-compromisso-do-inmetro-com-a-sociedade-diz-presidente-do-instituto>. Acesso em: 7 dez. 2022.

MONTEIRO, Luiz C. **Antecedentes do comprometimento do consumidor**. 2007. Dissertação (Mestrado em Administração e Desenvolvimento Empresarial) - Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2007.

MONTEIRO, Marcelo dos Santos. **Inmetro/Dconf: Relatório do Programa de Verificação da Conformidade de Fios e Cabos Elétricos 2016/2017**. Brasília, DF: Inmetro, 2017.

NOGUEIRA, Camila B. **Os modelos regulatórios do Brasil e dos Estados Unidos da América para segurança de produtos de consumo: estudo comparativo entre Inmetro e CPSC**. 2016, 176 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Metrologia e Qualidade) – Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia, Duque de Caxias, 2016.

NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change, and economic performance**. New York: Cambridge University Press, 1990.

NUSDEO, Fábio. **Introdução ao Direito Econômico**. 6. ed. São Paulo: RT, 2011.

PARETO, Vilfredo. **Manual de Economia Política**. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Coleção Os Economistas).

PFEIFFER, Roberto A. C. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PINTO JR., Helder Q.; PIRES, Melissa Cristina Pinto. **Assimetria de informações e problemas regulatórios**. Brasília, DF: Agência Nacional do Petróleo, 2000. Disponível em: <https://www.gov.br/anp/pt-br/centrais-de-conteudo/notas-e-estudos-tecnicos/notas-tecnicas/arquivos/2000/nota-tecnica-9-2000.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2024.

RODRIGUES, Antônio Sérgio. Assimetria de informações e o risco de captura de agência reguladora. **Revista da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT)**, Brasília, DF, v. 3, n. 1, maio 2011.

SIMON, Herbert. Theories of decision making in economics and behavioral science. **The American Economic Review**, [s. l.], v. 49, n. 3, 1959, p. 253-283.

SINDICEL – Sindicato da Indústria de Condutores Elétricos, Trefilação e Laminação de Metais Não-Ferrosos do Estado de São Paulo, entidade fundada em 1979, que tem em seu quadro de filiados os principais fabricantes de fios e cabos elétricos (INMETRO E SINDICEL se unem no combate às fraudes de fios e condutores elétricos no País. **Sindicel**, 2021. Disponível em: <https://www.sindicel.org.br/noticia.asp?pagina=5&rid=760#>. Acesso em: 2 dez. 2021.)

STIGLER, George J. The theory of economic regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, [s. l.], v. 2, n. 1, 1971, p. 3.

STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl. E. **Introdução à microeconomia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

VERGARA, Sylvia Constant. **Projetos e relatórios de pesquisa em administração**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M.; HARRINGTON JR., Joseph E. **Economics of regulation and antitrust**. Cambridge: The MIT Press, 2000.

# A AQUISIÇÃO DE CESTAS BÁSICAS DE AGRICULTORES ASSENTADOS E DISTRIBUIÇÃO AOS POVOS INDÍGENAS DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19: UMA ANÁLISE SOB O ENFOQUE DO DIREITO E ECONOMIA

*The purchase of food baskets from settled farmers and distribution to indigenous peoples during the covid-19 pandemic: an analysis from the perspective of Law and Economics*

Paula Cristina Rigueiro Barbosa<sup>1</sup>

## SUMÁRIO

1. Introdução; 2. A situação das aldeias indígenas, dos assentados e a agricultura familiar durante a pandemia no estado de São Paulo; 3. Políticas públicas e direito e economia; 3.1 Políticas públicas. Conceito; 3.2. Direito e economia. Elementos; 3.2.1. Eficiência segundo Direito e Economia; 3.2.2. A dificuldade em identificar o conceito de eficiência nas políticas públicas; 4. Estudo de caso: o convênio celebrado entre a Secretaria da Justiça e Cidadania e a Fundação Itesp; 5. Conclusão; Referências bibliográficas.

## RESUMO

Este artigo tem como objetivo analisar, a partir de conceitos de Direito e Economia, a ação implementada pela Secretaria da Justiça e Cidadania e a Fundação Instituto de Terras de São Paulo (Itesp) para aquisição de cestas básicas de agricultores familiares assentados e distribuição aos povos indígenas durante a pandemia de covid-19. Para tanto, será verificado, dentro do contexto da situação de pandemia e da declaração do estado de calamidade, e segundo o critério da eficiência apresentado pelo Direito e Economia, o convênio que viabilizou a aquisição de cestas básicas e a distribuição aos indígenas.

**Palavras-chave:** Política Pública. Aldeias indígenas. Eficiência. Direito e Economia.

## ABSTRACT

The aim of this article is to analyze, using concepts from Law and Economics, the action implemented by the Department of Justice and Citizenship and the São Paulo Land Institute Foundation (Itesp) to purchase basic food baskets from settled family farmers and distribute them to indigenous peoples during the covid-19 pandemic. To this end, the agreement that enabled the purchase of food baskets and their distribution to indigenous people will be examined in the context of the pandemic situation and the declaration of a state of calamity, and according to the criterion of efficiency presented by Law and Economics.

**Keywords:** Public policy. Indigenous villages. Efficiency. Law and Economics.

## 1. INTRODUÇÃO

Fomos todos surpreendidos no começo de 2020 com uma pandemia de proporções até então inimagináveis. Ainda cético quanto ao real alcance do surto, o governo brasileiro reconheceu a pandemia de âmbito nacional pela Lei Federal

---

<sup>1</sup> Procuradora do Estado de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, pós-graduação *lato sensu* em Direito Tributário pela PUC-SP, pós-graduação *lato sensu* em Direito Processual Civil pelo CEU-IICS, pós-graduação *lato sensu* em Direito do Estado pela ESPGE, pós-graduação *lato sensu* em Direito e Economia pela ESPGE.

nº 13.979/2020, que decretou o estado de emergência em saúde pública de importância nacional e estipulou medidas para seu enfrentamento, e pelo Decreto Legislativo nº 6/2020, que reconheceu o estado de calamidade pública no país.

No estado de São Paulo, por força do Decreto Estadual nº 64.881/2020, foi implementada quarentena com medidas restritivas para o setor público e privado. Referido decreto foi alterado diversas vezes, ora ampliando, ora restringindo as medidas, mas sempre prorrogando o prazo de vigência.

As medidas de isolamento levaram à redução da produção e da demanda<sup>2</sup> e a pandemia colocou em risco grupos que já eram reconhecidamente vulneráveis, tornando crucial a implantação de políticas públicas como forma de garantir padrões mínimos de sobrevivência à população mais frágil.

No caso dos indígenas, além da preocupação com a contaminação pela covid-19, uma vez que são povos mais suscetíveis a doenças contagiosas, identificou-se o risco de insegurança alimentar. A distribuição de cestas básicas se mostrou, assim, medida que visou garantir, de um lado, a segurança alimentar e nutricional e, de outro, o isolamento sanitário das comunidades.

Na outra ponta, os agricultores assentados que praticam agricultura familiar viram-se impedidos de escoar a produção em razão da deterioração econômica causada pela crise sanitária.

Neste contexto e diante da insuficiência das políticas públicas já adotadas e a necessidade de intervenção em razão da situação excepcional causada pela pandemia da covid-19, a atuação estatal se mostrou a forma mais eficaz para atender o quadro de insegurança alimentar, que, se já era uma realidade, tornou-se mais profundo durante a pandemia.

Uma das maneiras encontradas pelo estado de São Paulo foi a celebração de convênio entre a Secretaria da Justiça e Cidadania e a Fundação Instituto de Terras do Estado de São Paulo – “José Gomes da Silva” (Fundação Itesp), com o objetivo de adquirir cestas básicas dos agricultores assentados que praticam agricultura familiar e distribuí-las a grupos hipossuficientes, mais especificamente no que interessa a este a trabalho, aos povos indígenas.

O presente trabalho visa, assim, analisar este convênio celebrado entre as duas instituições que procurou dar uma resposta à situação de vulnerabilidade dessas populações durante a pandemia.

Para tanto, utilizando-se de conceitos de Direito e Economia se buscará verificar em que medida o ajuste é eficiente, segundo o critério de Pareto ou de Kador-Hicks e a adequação da política pública.

---

<sup>2</sup> Sobre a situação econômica no período ver Carta de Conjuntura Número 46 – 1º Trimestre de 2020 publicada pelo IPEA. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Carta de Conjuntura número 46 – 1º Trimestre de 2020**. Brasília, DF: Ipea, 2020. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/index.php/category/sumario-executivo/#:~:text=A%20previs%C3%A3o%20da%20Dimac%2FIpea%20%C3%A9%20de%20que%20o%20crescimento,%2C%20para%202%2C%25> Acesso em: 23 de jun. de 2021.

## 2. A SITUAÇÃO DAS ALDEIAS INDÍGENAS, DOS ASSENTADOS E A AGRICULTURA FAMILIAR DURANTE A PANDEMIA NO ESTADO DE SÃO PAULO

Reconhecidamente, os povos originários são mais vulneráveis a epidemias<sup>3</sup>, seja em razão da dificuldade de acesso aos serviços de saúde, seja pela distância dos centros de atendimento. Ademais, possuem costumes, como viver em casas coletivas e compartilhar objetos, que permitem uma disseminação mais rápida do vírus.

O atendimento médico dessa população se faz a partir do chamado Distrito Sanitário Especial Indígena (DSEI), uma unidade gestora descentralizada do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena (SasiSUS), divididos por critérios territoriais, tendo como base a ocupação geográfica das comunidades indígenas. O sistema conta ainda com os chamados polos base para a prestação de serviços de atenção básica à saúde, que podem se localizar nas aldeias ou nos municípios. Nessa organização ainda está inserido o sistema de vigilância alimentar e nutricional (Sisvan), que visa obter informações para orientar e avaliar ações e políticas de promoção da segurança alimentar e nutricional para os indígenas<sup>4</sup>.

No que se refere à fragilidade alimentar, a questão foi bem exposta no relatório *O Direito Humano à Alimentação Adequada e à Nutrição do Povo Guarani e Kaiowá – um enfoque holístico*, produzido pela **Fian Brasil** em parceria com o Conselho Indigenista Missionário (CIMI)<sup>5</sup>:

Os dados que resultaram da pesquisa realizada em 2013 revelam que cerca de 87% das comunidades que participaram do diagnóstico não tinham, no momento da pesquisa, garantia nem mesmo da primeira dimensão do DHANA, que é o direito de estar livre da fome. Quando o estado de insegurança alimentar leve é também considerado, a violação se torna incontestavelmente grave: 100% dos moradores e moradoras das comunidades encontravam-se, no momento da pesquisa, em insegurança alimentar e nutricional.

Quando a referência passa a ser o percentual de domicílios no Brasil que se encontram em algum grau de insegurança alimentar, os dados revelados

<sup>3</sup> As causas dessa maior contaminação constam do Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo Coronavírus (covid-19) em Povos Indígenas. BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Especial da Saúde Indígena. **Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo Coronavírus (COVID-19) em Povos Indígenas**. Brasília, DF: MS, mar. 2020. Disponível em: [https://docs.bvsalud.org/biblioref/2020/04/1095139/plano\\_de\\_contingencia\\_da\\_saude\\_indigena\\_preliminar.pdf](https://docs.bvsalud.org/biblioref/2020/04/1095139/plano_de_contingencia_da_saude_indigena_preliminar.pdf). Acesso em: 3 jan. 2022.

<sup>4</sup> “O SISVAN é um sistema voltado para a gestão das informações da Vigilância Alimentar e Nutricional na Atenção Primária à Saúde e mantém um banco de dados sobre antropometria, formado com base em registros feitos no e-SUS APS, Sistema de Gestão do Programa Bolsa Família na saúde e no próprio SISVAN”. SISTEMA DE VIGILÂNCIA Alimentar e Nutricional – SISVAN. **Ministério da Saúde**, Brasília, DF, 2021. Disponível em: <https://aps.saude.gov.br/ape/vigilanciaalimentar/sisvan>. Acesso em: 10 set. 2021.

<sup>5</sup> ORGANIZAÇÃO PELO DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO E À NUTRIÇÃO ADEQUADAS. **O direito humano à alimentação adequada e à nutrição do povo Guarani e Kaiowá – um enfoque holístico**. Brasília, DF: FIAN Brasil, 2016. Disponível em: [https://cimi.org.br/pub/Relatorio\\_direito-alimentacao-Guarani-Kaiowa.pdf](https://cimi.org.br/pub/Relatorio_direito-alimentacao-Guarani-Kaiowa.pdf). Acesso em: 5 jan. 2022.

nesta pesquisa tornam-se prova inequívoca da gravidade da discriminação, do abandono e do descaso do Estado Brasileiro na realização do DHANA dos Guarani e Kaiowá no Mato Grosso do Sul. De acordo com a PNAD/IBGE70, o percentual de domicílios no Brasil que se encontravam em algum grau de insegurança alimentar caiu de 30,2% em 2009 para 22,6% em 2013. De acordo com o IBGE, em 2013, 52 milhões de pessoas residentes em 14,7 milhões de domicílios apresentavam alguma restrição alimentar ou, pelo menos, alguma preocupação com a possibilidade de ocorrer restrição, devido à falta de recursos para adquirir alimentos. Quanto à fome, que é a expressão mais grave da insegurança alimentar e nutricional, o percentual de brasileiros nesta condição em 2013 era de 3,2%. Segundo o IBGE, “a insegurança alimentar grave apresentou reduções importantes em relação aos levantamentos anteriores. Esse indicador caiu de 6,9% em 2004 para 5,0% em 2009 e, em 2013, atingiu seu patamar mais baixo: 3,2%”. (IBGE, 2013). De acordo com os dados da PNAD 2013, a insegurança alimentar grave passa de 3,2% dos domicílios para cerca de 4,8% quando existem nos domicílios menores de 18 anos.

Assim, se em 2013, no Brasil, 4,8% dos domicílios com menores de 18 anos se encontravam em insegurança alimentar grave, no mesmo ano os dados da pesquisa da FIAN Brasil revelam a gravidade da violação ao DHANA cometida pelo Estado Brasileiro contra as comunidades que participaram do diagnóstico, ao indicar que 28% dos domicílios com crianças e jovens que ainda dependiam de suas famílias para sua alimentação no momento da pesquisa, encontravam-se em insegurança alimentar grave. Ao mesmo tempo, enquanto 22,6% dos domicílios brasileiros declaravam algum grau de insegurança alimentar em 2013, 100% dos domicílios das comunidades participantes do diagnóstico revelaram algum grau de insegurança alimentar e nutricional.

O acesso a seus territórios ancestrais é um pré-requisito para o direito humano à alimentação e nutrição adequadas dos Povos Indígenas, pois é através da terra, considerada sagrada, que estes povos garantem sua subsistência. Considerando a interdependência e a indivisibilidade dos direitos humanos, o gravíssimo estado de insegurança alimentar e nutricional enfrentado por estas comunidades está associado à demora injustificada na demarcação do seu território ancestral, às péssimas condições de vida, à destruição dos seus meios de subsistência, à falta de renda, à discriminação, à extrema violência física, moral e psicológica cometida contra as comunidades, à falta de moradia adequada, ao abandono do Estado revelado através da ausência de políticas públicas nas comunidades, incluindo políticas de fomento e apoio à produção, além das violações aos direitos humanos à saúde e educação, dentre outros fatores.

A situação econômica, por sua vez, está sendo ameaçada, seja pela limitação das áreas demarcadas, seja por um aumento do número de invasões com a

consequente depreação ambiental, aliada à dificuldade de cultivo em áreas de disputa<sup>6</sup>, o que afeta negativamente a forma de sobrevivência<sup>7</sup>.

Todo esse quadro foi agravado com a pandemia. Os povos indígenas implementaram o isolamento e a redução de circulação de pessoas, todavia as aldeias, em regra, não são autossuficientes na produção de alimentos, dependendo da compra, ainda que parcial, de muitos itens. Além disso, parte de sua atividade econômica, como compra/venda de produtos, além da obtenção de recursos de programas de transferência de renda, dependem do deslocamento até os centros urbanos, já que o acesso à internet é precário.

O reconhecimento como grupo prioritário para vacinação (limitado inicialmente aos aldeados) não garantiu o acesso imediato, e a imunização ocorreu mais lentamente que nos demais grupos<sup>8</sup>. O governo brasileiro, aliás, foi acusado de implementar uma política indigenista de extermínio junto ao Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU)<sup>9</sup>.

Na outra ponta, a pandemia afetou especialmente a agricultura familiar, atividade que consiste no cultivo de pequenos espaços de terra por membros de uma mesma família para sua subsistência e atendimento do mercado interno<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> O Relatório Violência Contra os Povos Indígenas do Brasil – dados de 2020, publicado pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI) mostrou um aumento dessa violência: “O Relatório identificou que, em 2020, os casos de ‘invasões possessórias, exploração ilegal de recursos e danos ao patrimônio’ aumentaram, em relação ao já alarmante número que havia sido registrado no primeiro ano do governo Bolsonaro. Foram 263 casos do tipo registrados em 2020 – um aumento em relação a 2019, quando foram contabilizados 256 casos, e um acréscimo de 137% em relação a 2018, quando haviam sido identificados 111 casos. Este foi o quinto aumento consecutivo registrado nos casos do tipo, que em 2020 atingiram pelo menos 201 terras indígenas, de 145 povos, em 19 estados.

As invasões e os casos de exploração de recursos naturais e de danos ao patrimônio registrados em 2020 repetem o padrão identificado no ano anterior. Os invasores, em geral, são madeireiros, garimpeiros, caçadores e pescadores ilegais, fazendeiros e grileiros, que invadem as terras indígenas para se apropriar ilegalmente da madeira, devastar rios inteiros em busca de ouro e outros minérios, além de desmatar e queimar largas áreas para a abertura de pastagens. Em muitos casos, os invasores dividem a terra em “lotes” que são comercializados ilegalmente, inclusive em terras indígenas habitadas por povos isolados”. CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. **Relatório Violência Contra os Povos Indígenas do Brasil – dados de 2020**. Brasília, DF: Cimi, 2020. Disponível em: <https://cimi.org.br/2021/10/relatorioviolencia2020/>. Acesso em: 2 dez. 2021.

<sup>7</sup> A dependência das aldeias indígenas da ajuda governamental para manutenção da segurança alimentar foi sentida até mesmo antes da pandemia no episódio em que a FUNAI decidiu não acompanhar a distribuição de cestas básicas, o que causou a suspensão da distribuição e situações de fome pelo Brasil. SHALDERS, André. FUNAI suspende atendimento e famílias indígenas passam fome no Mato Grosso do Sul. **BBC News Brasil**, Brasília, DF, 4 fev. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-51272231>. Acesso em: 28 jun. 2021.

<sup>8</sup> MÔES, Malu. Prioridade no plano de vacinação, apenas 67% dos indígenas estão imunizados. **Poder360**, 18 maio 2021. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/coronavirus/prioridade-no-plano-de-vacinacao-apanas-67-dos-indigenas-estao-imunizados/>. Acesso em: 10 set. 2021.

<sup>9</sup> CHADE, Jamil. Na ONU, indígenas denunciam Bolsonaro por promover genocídio e extermínio. **UOL**, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2021/03/01/na-onu-indigenas-denunciam-bolsonaro-por-promover-genocidio-e-exterminio.htm>. Acesso em: 10 set. 2021.

<sup>10</sup> Sobre a definição de agricultura familiar: O QUE É A AGRICULTURA FAMILIAR? **Vitrine da Agricultura Familiar**, Brasília, DF, 2021. Disponível em: <https://sistemas.agricultura.gov.br/vitrine/o-que-e-a-agricultura-familiar>. Acesso em: 28 jun. 2021. A matéria é regulada pela Lei nº 11.326/2006.

Segundo o Censo Agropecuário de 2017, 77% dos estabelecimentos agrícolas do país foram classificados como de agricultura familiar, ocupando 23% da área total dos estabelecimentos agropecuários brasileiros e empregando mais de 10 milhões de pessoas, o que representa 67% do total de pessoas ocupadas na agropecuária<sup>11</sup>.

Esse grande contingente de trabalhadores se viu diante da limitação de circulação de pessoas, com a consequente restrição da atividade econômica e da geração de renda. A distribuição de alimentos a feiras livres, restaurantes, escolas etc. foi significativamente reduzida, afetando diretamente tais produtores rurais<sup>12</sup>.

Segundo levantamento feito pelo Fórum Brasileiro de Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional junto a 168 grupos produtivos de agricultores familiares e pescadores artesanais, fornecedores de alimentos para o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) que estão presentes em 108 municípios da região Nordeste, em 2019, aproximadamente 4,5 mil produtores de alimentos tiveram um rendimento de aproximadamente R\$ 27 milhões. Até setembro de 2020, os mesmos coletivos venderam o equivalente a apenas R\$ 3,6 milhões, sendo que parte corresponde a vendas feitas antes das medidas de isolamento social<sup>13</sup>.

No estado de São Paulo, a Secretaria da Agricultura e Abastecimento divulgou a Nota Técnica nº 4, uma sondagem sobre os impactos da pandemia da covid-19 nos agricultores familiares. Uma das conclusões foi de que “Houve uma queda significativa na renda de alguns grupos de produtores devido à pandemia, especialmente dos mais vulneráveis”<sup>14</sup>. A pesquisa mostrou uma piora no quadro geral da renda do produtor no último ano da pandemia da covid-19, com um aumento significativo nos relatos de perdas superiores a 50% da renda da família, atingindo sua pior marca em março de 2021, data da sondagem.

---

<sup>11</sup> AGRICULTURA FAMILIAR. Afinal, o que é agricultura familiar? Acesse para conhecer essa atividade, responsável por boa parte dos alimentos que chegam à mesa dos brasileiros. **Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento**, Brasília, DF, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/agricultura-familiar/agricultura-familiar-1>. Acesso em: 13 set. 2021.

<sup>12</sup> COVID-19 AFETA agricultores familiares e vai repercutir na oferta. **Instituto Interamericano de Cooperação Agrícola**, San José, 28 jul. 2020. Disponível em: <https://www.iica.org.br/pt/prensa/noticias/covid-19-afeta-agricultores-familiares-e-vai-repercutir-na-oferta-de-alimentos>. Acesso em: 28 jun. 2021.

<sup>13</sup> FBSSAN E ASA APRESENTAM levantamento sobre Alimentação Escolar na pandemia. **Fórum Brasileiro de Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional**, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://fbssan.org.br/2020/11/fbssan-e-asa-apresentam-levantamento-sobre-alimentacao-escolar-na-pandemia/>. Acesso em: 3 jan. 2022.

<sup>14</sup> SÃO PAULO (Estado). Secretaria da Agricultura e Abastecimento. **Nota Técnica: 4ª Sondagem sobre os Impactos da Pandemia da COVID-19 nos Agricultores Familiares do Estado de São Paulo**. São Paulo: Governo do Estado, maio 2021. Disponível em: [https://www.cdrs.sp.gov.br/portal/themes/unify/arquivos/produtos-e-servicos/acervo-tecnico/Nota%20T%C3%A9cnica%2004\\_%20Sondagem%2012\\_5\\_2021.pdf](https://www.cdrs.sp.gov.br/portal/themes/unify/arquivos/produtos-e-servicos/acervo-tecnico/Nota%20T%C3%A9cnica%2004_%20Sondagem%2012_5_2021.pdf). Acesso em: 13 set. 2021.

### 3. POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITO E ECONOMIA

#### 3.1 Políticas Públicas. Conceito

Na definição de Maria Paula Dallari Bucci<sup>15</sup>:

Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas são “metas coletivas conscientes” e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato.

Trata-se, em apertada síntese, de intervenção do poder público a fim de garantir a resolução de problemas sociais e atender demandas da sociedade.

A inclusão de direitos sociais nas Constituições, sobretudo naquelas do pós-guerra<sup>16</sup>, implicou a alteração na forma de intervenção do Estado no domínio econômico. Ao longo desse período, o Estado atuou ora como ator proeminente (com liderança e direcionamento), ora como coadjuvante (mero regulador). A Constituição Federal de 1988 impôs ao Estado obrigações positivas em diferentes áreas sociais (educação, saúde etc.)<sup>17</sup>,

---

<sup>15</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 241.

<sup>16</sup> Ao se referir aos direitos de segunda dimensão (direitos econômicos, sociais e culturais), Ingo Wolfgang Sarlet afirma que: “É, contudo, no século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 47-48.

<sup>17</sup> Como afirma Diogo Rosenthal Coutinho: “Em um processo lento, marcado por períodos autoritários, efeitos regressivos e insulamento burocrático, assim como por arranjos institucionais centralizadores e por práticas clientelistas, o Brasil vem, desde a década de 1930, construindo seu Estado de Bem Estar Social. Na esteira das lutas e embates políticos pela garantia de direitos e pela redemocratização, a Constituição de 1988 marcou, nesse percurso, uma importante inflexão ao enunciar direitos econômicos e sociais e ao estruturar, em linhas gerais, um novo arcabouço jurídico-institucional para a política social. Entre outras coisas, a Constituição criou e definiu as linhas mestras do campo da assistência social no país”. COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Direito, desigualdade e desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 109.

que, nesses pouco mais de 30 anos, com avanços e retrocessos, vêm sendo paulatinamente implantadas<sup>18</sup>.

Tradicionalmente são ações de médio ou longo prazo, resultado de decisões políticas e técnicas que possuem um tempo quase sempre extenso de maturação e que se espera que sejam sentidas pela população após algum tempo de execução.

Todavia, a emergência gerada pela pandemia da covid-19 alterou essa lógica e impôs a aceleração desse mecanismo. O planejamento e a coordenação, inerentes a processos como este, foram afetados, e problemas que um plano bem elaborado poderia ter suprido, restaram prejudicados<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Segundo Maria Paula Dallari Bucci: “No Brasil, o balanço dos 30 anos da Constituição Federal de 1988, ainda que modesto nos indicadores, apontava razoável convergência sobre a direção das principais políticas públicas, ‘de notável intensidade’, construídas ao longo do período de plenitude democrática. A história da ação estatal, nesse período, é uma crônica do aprendizado de uma nova institucionalidade, permeada pela racionalidade das políticas públicas. Isso permitiu alcançar alguma continuidade administrativa e, mais importante, envolver adversários políticos em programas de ação de longo prazo pactuados no Congresso Nacional, na forma de políticas públicas razoavelmente estruturadas. Além disso, viu-se a construção de modos de cooperação interfederativa e intersetorial que permitiram alcançar resultados, se não satisfatórios como metas finais, auspiciosos quanto a direções e formas de ação capazes de levar o país a alcançá-las em médio e longo prazos. Com a atuação de diferentes gestões partidárias, em negociações entre instâncias e setores governamentais, sob formas jurídicas variadas, foram se definindo padrões de ação estatal mais propícios à progressiva efetivação de direitos no país. Combinações entre planejamento centralizado e execução descentralizada, com o envolvimento de setores privados, passando pelo crivo da participação democrática em instâncias próprias – conselhos, conferências, audiências e consultas públicas, sob a transparência pública assegurada pela Lei de Acesso à Informação – forma passos consistentes na direção de um patamar de civilidade inédito no país... Paradoxalmente, no entanto, desde 2016, cresce a utilização das políticas públicas como justificativa para propostas de ajuste fiscal, periodicamente renovadas em discurso de redução do Estado de viés conservador. Renova-se a crítica sobre hipotéticos ‘excessos’ da Constituição de 1988 em relação aos direitos, em função de limitações de ordem econômica”. BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 25-27.

<sup>19</sup> FAMÍLIAS SEM ACESSO à internet não conseguem usar o dinheiro do auxílio emergencial. **Jornal Nacional**, [s. l.], 9 abr. 2021; FREITAS, Clayton. Capital paulista tem 100 mil alunos da rede municipal com dificuldade de acesso à internet. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 7 jul. 2021. Disponível em: <https://agora.folha.uol.com.br/sao-paulo/2021/07/capital-paulista-tem-100-mil-alunos-da-rede-municipal-com-dificuldade-de-acesso-a-internet.shtml>. Acesso em: 2 set. 2021.

Decisões foram tomadas sem embasamento suficiente sobre as consequências ou mesmo acerca da adequação e importância ou necessidade da medida<sup>20</sup>. Para muitos casos não se tem até hoje uma análise dos resultados<sup>21</sup>; e nunca é demais lembrar

---

<sup>20</sup> Gilson Fernandes Ribeiro traz interessante exemplo: “Exemplo bastante ilustrativo é a atuação do governo do Distrito Federal no período de uma semana. Entre os dias 26 de fevereiro e 5 de março de 2021, o colapso no sistema de saúde levou à edição de quatro decretos do governo local na busca para limitar a circulação de pessoas por meio de fechamento de atividades comerciais e coletivas: os Decretos nº 41.840 e nº 41.842, de 26 de fevereiro, Decreto nº 41.849, de 27 de fevereiro e o Decreto nº 41.869, de 5 de março.

A edição de dois decretos em um dia, separados por questão de poucas horas, com tomada de medidas drásticas são o indicativo de que a ação careceu de uma avaliação e seus efeitos, nos critérios de efetividade da medida escolhida e de quais seriam suas consequências.

Enquanto no primeiro momento reputou-se suficiente a limitação do horário de funcionamento das atividades industriais e comerciais, proibindo-se sua atividade no período noturno, evoluiu-se, em poucas horas, para o fechamento quase total da atividade comercial, excluídas quinze categorias de estabelecimentos (26 de fevereiro), abrandamento da medida, de maneira que o número estabelecimentos autorizados a funcionar chegasse a trinta e dois (27 de fevereiro), acrescentando-se, por fim, mais duas categorias de entidades com autorização para funcionamento (entidades educacionais da rede de ensino privada e academias de esportes), totalizando trinta e quatro (5 de março).

Verifica-se, portanto, que no caso do Distrito Federal, a análise de impacto, se feita, falhou por pelo menos duas vezes: na previsão de contingências para evitar o colapso do sistema de saúde, esperado há um ano, e na tomada de decisão em relação ao momento para adoção de medidas de restrição de circulação de pessoas e sua proporção.

A proibição do funcionamento das instituições privadas de ensino e sua liberação, uma semana depois, é um indicativo da ausência de perspectivas para o governo local, quanto ao impacto da medida, porém, o que chama mais a atenção é o incremento, do dia 26 para o dia 27 de fevereiro, de atividades autorizadas a funcionar, não apenas quantitativamente, mas pela variedade de seguimentos, sendo incluídas desde bancas de jornal a escritórios de trabalhadores autônomos – uma clara busca pela correção na interferência da atividade econômica”. RIBEIRO, Gilson Fernandes. A análise de impactos de políticas públicas em tempos de Covid-19: É imprescindível que sejam feitas avaliações de impacto das políticas públicas para se evitar um agravamento da crise econômica e social. **Migalhas**, [s. l.], 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/341780/a-analise-de-impactos-de-politicas-publicas-em-tempos-de-covid-19>. Acesso em: 2 set. 2021.

Outro exemplo foi a instituição, na cidade São Paulo, de rodízio de veículos mais restrito, valendo para toda a cidade durante as 24 horas do dia, inclusive sábados e domingos, deixando fora de circulação metade dos carros todos os dias. A medida não teve resultado significativo, o aumento de isolamento subiu de 46% para 48%. SEM ELEVAR NÍVEIS de isolamento, prefeitura de SP desiste de rodízio ampliado. **Terra**, São Paulo, 17 maio 2020. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/sem-elevar-niveis-de-isolamento-prefeitura-de-sp-desiste-de-rodizio-ampliado,49c04e3cbd55b12b1fc5a28e5b6ddb26mjbh2t7a.html>. Acesso em: 2 dez. 2021.

<sup>21</sup> Ainda que seja obrigação prevista constitucionalmente:

Art. 37.

[...]

§ 16. Os órgãos e entidades da administração pública, individual ou conjuntamente, devem realizar avaliação das políticas públicas, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados, na forma da lei.

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

o quão essencial é a avaliação para a formulação e execução das políticas públicas como forma, inclusive, de aperfeiçoamento da ação estatal<sup>22</sup>.

De todo modo, é preciso reconhecer o valor de diversas iniciativas que, se não totalmente, ao menos em alguma medida conseguiram assegurar proteção à população como um todo e mais especificamente aos vulneráveis<sup>23</sup>.

Esse é o caso da distribuição de cestas básicas aos indígenas, como se verá à frente.

### 3.2. Direito e Economia. Elementos

No dizer de Ivo Gico Jr., o propósito da disciplina “[...] é precisamente introduzir uma metodologia que contribua significativamente para a compreensão de fenômenos sociais e que auxilie na tomada racional de decisões jurídicas”<sup>24</sup>. A disciplina analisa fundamentalmente comportamentos e escolhas humanas diante de determinadas normas e busca, através de instrumentos da economia, em especial da microeconomia, prever e explicar fatos e suas consequências jurídicas.

A análise parte de algumas concepções sobre escassez, escolha racional e incerteza.

Os recursos em uma sociedade são escassos, e o valor que se dá a cada um deles varia no tempo e no espaço. Se antes o petróleo era extremamente valorizado, hoje perde lugar para outras fontes de energia, muitas renováveis. A água, no passado tida como ilimitada, apresenta-se atualmente como restrita. A carne bovina, bastante consumida no Brasil, é intocada na Índia.

Segundo Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau<sup>25</sup>:

Uma coisa se torna escassa quando não há mais quantidade suficiente para que todos os que a desejam possam obtê-la à vontade: é preciso escolher entre diferentes usos, ou, o que dá na mesma, regular o uso. Mas, na abundância que reinava antes, era perfeitamente supérfluo regular o uso. Quando a

---

Parágrafo único. O Estado exercerá a função de planejamento das políticas sociais, assegurada, na forma da lei, a participação da sociedade nos processos de formulação, de monitoramento, de controle e de avaliação dessas políticas.

<sup>22</sup> A Casa Civil possui uma cartilha que visa orientar essa avaliação. AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. Casa Civil, Brasília, DF, 12 dez. 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/avaliacao-de-politicas>. Acesso em: 3 set. 2021.

<sup>23</sup> Por exemplo: o programa “Merenda em Casa” instituído pelo Decreto estadual nº 64.891/2020, destinado aos estudantes da rede estadual, visou de forma emergencial e temporária garantir a alimentação dos alunos no período de suspensão das aulas ao disponibilizar R\$ 55,00 mensais para cada aluno.

<sup>24</sup> GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 11.

<sup>25</sup> MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 29.

escassez se manifesta, não há como evitar a formulação de regras para determinar quais usos concorrentes devem ser aceitos. Isso ou a anarquia.

É decorrência da escassez, portanto, a regulação de sua utilização através do estabelecimento de regras e direitos.

De outro lado, a escassez dos bens impõe escolhas entre as opções possíveis e excludentes, na medida em que cada escolha implica deixar uma ou mais alternativas de lado, o chamado custo de oportunidade.

Presume-se que os agentes econômicos, ao fazerem suas escolhas, ajam como se considerassem os custos e benefícios de cada alternativa optando por aquela que lhes traga maior bem-estar.

Tal estrutura é conhecida como modelo de escolha racional: os agentes, em tese, sempre escolhem a alternativa que lhes traga maior satisfação com o mínimo de custo (custo-benefício). Justamente por isso, uma alteração induzida nos custos ou nos benefícios (incentivos) poderá levá-los a alterar a escolha, o que, a depender dos incentivos que forem introduzidos ou suprimidos, levará a consequências positivas ou negativas a partir de tal alteração<sup>26</sup>.

Importante apontar que a escolha depende muito das informações disponíveis, o que pode levar a uma decisão aparentemente “errada”, mas que foi tomada dentro do contexto, bastante limitado, do conhecimento do agente. Ou seja, a assimetria informacional influi determinantemente nas escolhas. Daí vem a principal crítica ao modelo da escolha racional, uma vez que, na vida real, para decisões complexas elege-se apenas alguns aspectos dentre todos aqueles que envolvem o problema<sup>27</sup>.

Outras críticas a esse modelo podem ser acrescidas, como o viés estritamente monetário, que não é suficiente para aferir o valor de determinados bens (segurança alimentar, educação, meio ambiente etc.). Também se constata que o

---

<sup>26</sup> Nesse sentido: “No referido capítulo trabalharemos a *nudge theory*, uma técnica regulatória que consiste em oferecer pequenos incentivos aos regulados, sem reduzir sua liberdade de escolha, de modo a tomar decisões em um sentido presumivelmente melhor para si mesmas e para a sociedade como um todo. O ponto principal é que os *nudge* não são comandos, não se confundem com ordens de polícia, que proíbem ou condicionam uma atividade, mas sim pequenas mudanças na arquitetura de escolha das pessoas capazes de, gentilmente, incentivá-las a tomar melhores decisões”. O autor cita vários exemplos desse tipo de “empurrãozinho”, como um hortifruti americano que aumentou a venda de legumes e vegetais ao colocar setas verdes no chão para que os consumidores fossem até as bancas de frutas e legumes. Nove em cada 10 clientes seguiam as setas. PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2020, p. 62, 162.

<sup>27</sup> Mackaay e Rousseau, ao mencionarem os estudos de Herbert Simon, bem apresentam a crítica: “Para Simon, o modelo da escolha racional é irrealista como descrição de decisões humanas, de vez que se apoia muito sobre o tratamento da informação. Os seres humanos que decidem raramente dispõem, para problemas de média complexidade, da informação necessária para inventariar e valorizar corretamente todas as opções existentes. Mais grave, ainda, mesmo que toda a informação pertinente estivesse disponível, o tomador da decisão não teria como saber disso para chegar à decisão. O espírito humano não pode fazer mais do que determinado número de coisas ao mesmo tempo, ou por vez. Deve usar esquemas simplificadores para delimitar as informações a serem consideradas na decisão”. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Op. cit., p. 33.

agente nem sempre opta pela melhor escolha ou faz escolhas racionais, comportamento estudado pela economia comportamental. Como apontado por Antônio Maristrello Porto e Nuno Garoupa<sup>28</sup>:

Podemos citar como as principais críticas à análise de custo-benefício: a métrica estritamente monetária, que acaba se mostrando inadequada para a aferição do valor de determinados bens jurídicos, como meio ambiente, qualidade de vida, que são monetariamente, incomensuráveis. Ademais, o parâmetro monetário também é acusado de ser meramente utilitarista, sem a existência de preocupações éticas.

Temos, ainda, novas descobertas da psicologia que apontam para a existência de pequenos desvios cognitivos que acabam impedindo que as pessoas realizem decisões verdadeiramente eficientes, pautadas na análise de custo-benefício. Em outras palavras, questiona-se o modelo ideal da racionalidade humana.

Mas não é só. A incerteza quanto às consequências da decisão a ser tomada também é componente de destaque. Por natureza, os agentes estão sujeitos a mudanças que independem deles e que não podem ser previamente previstas, forçando-os a se adaptarem, bem como a adaptar as suas escolhas.

Tendo esses fundamentos como pano de fundo, deve-se dizer que existem outros conceitos que integram o estudo de Direito e Economia como economicidade; externalidades; incentivos; teoria dos custos de transação, da agência e dos contratos incompletos; teoria dos jogos; teoria da escolha pública e, no que interessa mais a esse estudo, a eficiência.

### 3.2.1. *Eficiência segundo Direito e Economia*

O conceito de eficiência em economia tem sentido próprio. Como afirma Diogo R. Coutinho<sup>29</sup>:

Em economia, pode-se dizer que operar eficientemente significa obter resultados desejáveis com o mínimo de dispêndio de recursos. Para alguns economistas, eficiência pode significar, ainda, a maximização da utilização de recursos escassos de acordo com certos critérios (subjetivos) de satisfação, como a utilidade.

<sup>28</sup> PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2020, p. 61.

<sup>29</sup> COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 25.

Vale dizer que a noção está estreitamente ligada à forma como as decisões são tomadas para a alocação de recursos escassos, se certificando que estes sejam distribuídos de maneira a garantir a melhor utilização possível.

Sob esse aspecto, pode-se analisar a eficiência considerando o critério de Pareto ou de Kaldor-Hicks.

O critério de eficiência de Pareto, em síntese, estipula que uma dada medida é eficiente somente quando melhora o nível de bem-estar de um indivíduo sem piorar o nível de bem-estar de outro. No campo das políticas públicas, significa reconhecer que a implementação da medida trouxe melhoria para todo o público-alvo, sem que outros tenham “perdido” parcela do seu bem-estar<sup>30</sup>.

Na prática, diante da complexidade da vida em sociedade, a busca pelo ótimo de Pareto é bastante irreal. Por outro lado, desenvolveu-se outra concepção de eficiência, conhecida como critério Kaldor-Hicks, segundo a qual uma solução é eficiente se gerar mais benefícios que custos, mesmo que implique perdas para alguns, ou seja, se os ganhos superarem as perdas. Todavia, os prejudicados podem, ainda que somente em tese, serem compensados pelos que ganharam.

A distinção entre os dois critérios é bem explicada por Antônio Maristrello Porto e Nuno Garoupa<sup>31</sup>:

O critério da eficiência de Kaldor-Hicks estabelece o parâmetro somatório simples dos níveis de utilidade atribuído pelos indivíduos da sociedade, como visto na fórmula do bem-estar social de uma sociedade com três indivíduos. É preciso voltar ao exemplo de uma sociedade com três indivíduos: João, Pedro e Maria. Em situação inicial, João possui R\$ 100.000,00, Pedro possui R\$ 50.000,00 e Maria possui R\$ 40.000,00. Como consequência de determinada medida política ‘X’, João passará a possuir R\$ 150.000,00, Pedro R\$ 50.000,00 e Maria R\$ 20.000,00. Se adotarmos o critério de eficiência de Kaldor-Hicks, a medida deverá ser considerada eficiente, uma vez que aumenta o resultado da fórmula de bem-estar social. Basta verificar que no cenário inicial o bem-estar era de R\$ 190.000,00 (R\$ 100.000,00 + R\$ 50.000,00 + R\$ 40.000,00). Após a adoção da medida ‘X’, o bem-estar passa a ser de R\$ 220.000,00 (150.000,00 + R\$ 50.000,00 + R\$ 20.000,00).

<sup>30</sup> Como exemplifica Diogo Rosenthal Coutinho: “Como se vê, a economia neoclássica, apoiada em pressupostos filosóficos (éticos e morais) utilitaristas, construiu um critério de ‘bem comum’ para a sociedade de mercado. Esse critério parte da noção de eficiência e, por meio da ferramenta ótimo de Pareto, permite que se justifiquem como desejáveis políticas públicas, cujo resultado seja maximizador da utilidade agregada (isto é, em que todos ganham). Ao mesmo tempo, portanto, que se consideram como indesejáveis políticas públicas que alterem para pior a situação subjetiva de pelo menos um agente”. COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 26.

<sup>31</sup> PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2020, p. 60.

A medida não pode, entretanto, ser considerada eficiente pelo critério de Pareto. A metodologia de eficiência de Pareto estipula que uma determinada medida pode ser considerada eficiente somente quando melhora o nível de bem-estar de alguém sem piorar o nível de bem-estar de outra pessoa. Após a adoção da medida 'X', Maria deixa de possuir R\$ 40.000,00 e passa a ter apenas R\$ 20.000,00. Como a medida prejudicou Maria, não pode ser considerada eficiente.

Na prática, políticas econômicas e sociais sempre produzem ganhadores e perdedores. Há ainda determinadas políticas sociais, nas quais não é possível identificar os perdedores, pois estes seriam, em tese, aqueles que deixaram de ser beneficiados em razão da alocação do recurso para outrem.

Ainda que, com esses limites, o critério de Kaldor-Hicks permitiria aferir se o conjunto de determinada medida produziu mais benefícios que perdas, de forma a melhorar o bem-estar de todos.

### 3.2.2. A dificuldade em identificar o conceito de eficiência nas políticas públicas

De modo geral, a utilização de instrumentos de Direito e Economia para a avaliação de políticas públicas encontra limitações morais, éticas ou filosóficas, na medida em que tais intervenções estão estreitamente ligadas às questões de justiça distributiva e igualdade.

No que se refere à implantação, colocam-se dificuldades quanto ao grau de efetividade que podem alcançar ou quanto à adequada estruturação, incluindo a necessária harmonização com outras políticas públicas para alcançar seus fins. E ainda, como bem apontado por Diogo R. Coutinho<sup>32</sup>:

Adicionalmente, políticas públicas redistributivas enfrentam **o nada simples** desafio de produzir o menor grau possível de efeitos indesejados, contraproducentes ou mitigadores de seus próprios objetivos. Se o objetivo é atacar determinado problema social, idealmente uma política pública eficaz o fará sem criar outros problemas sociais e, no limite, não resultará, por exemplo, em perdas de produtividade econômica, tampouco afetará negativamente incentivos ao trabalho. Se por um lado não é imprescindível que políticas públicas sejam pensadas como empreitadas lucrativas ou rentáveis, por outro devem evitar desperdícios de recursos públicos e privados como uma de suas preocupações centrais. Além disso, devem atentar para que a esfera de autonomia dos indivíduos-alvo não seja invadida de forma desarrazoada, isto é, políticas públicas não devem ser paternalistas no sentido negativo de substituir escolhas e preferências individuais.

<sup>32</sup> COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 75, grifo nosso.

No que se refere à eficiência, ainda que não seja sempre possível identificar precisamente se determinada política pública foi eficiente pelo critério de Pareto ou Kaldor-Hicks, por certo, é possível aferir se ela foi ineficiente quando equivocadamente ou insuficientemente implantada.

Mais especificamente, uma análise de custo-benefício em políticas públicas voltadas para segurança alimentar enfrenta também dificuldades.

No caso da distribuição de cestas básicas aos povos originários, poder-se-ia estimar no número de mortes evitáveis, além da manutenção da população indígena nos limites das aldeias, contribuindo para não disseminação do vírus. Para os agricultores familiares, destaca-se a capacidade de manutenção da renda durante o período de crise. De um lado e de outro, o bem-estar gerado.

#### **4. ESTUDO DE CASO: O CONVÊNIO CELEBRADO ENTRE A SECRETARIA DA JUSTIÇA E CIDADANIA E A FUNDAÇÃO ITESP**

A proteção aos povos originários está dispersa por diversas normas jurídicas<sup>33</sup>. Especificamente quanto ao enfrentamento à pandemia de covid-19, foi promulgada a Lei federal nº 14.021/2020, que dispôs sobre medidas para proteção e prevenção ao contágio da doença nos territórios indígenas.

Dentre as diversas medidas, o artigo 9º estabeleceu a garantia da segurança alimentar e nutricional aos povos indígenas. Contudo, o parágrafo primeiro, que previa a distribuição gratuita de cestas básicas aos indígenas, foi vetado.

No âmbito do estado de São Paulo, a política pública de atendimento aos povos indígenas conta com o Conselho Estadual dos Povos Indígenas, colegiado vinculado à Secretaria da Justiça e Cidadania, que tem como objetivos propor e subsidiar a elaboração, a implementação e o acompanhamento das Diretrizes Estaduais de Atenção aos Povos Indígenas. É composto por um representante de cada Secretaria do Estado de São Paulo, um representante da Procuradoria Geral do Estado, da Universidade de São Paulo, da Universidade Estadual de Campinas, da Universidade Estadual Paulista, da Fundação Nacional dos Povos Indígenas (FUNAI) e 34 representantes indígenas das etnias Guarani, Tupi-Guarani, Terena, Krenak, Kaingang, Pankararu, Fulni-ô, Pataxó e Xavante, Xucuru e Xucuru-Cariri e Kariri-Xocó<sup>34</sup>.

Diante do risco de insegurança alimentar a que estavam expostos os povos indígenas no estado, o referido Conselho encaminhou solicitação de doação de cestas básicas para atendimento dessa população durante a situação emergencial.

<sup>33</sup> Por exemplo: Constituição Federal (artigo 210, parágrafo 2º, artigo 215, parágrafo 1º, artigos 231 e 232); Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio); Decreto Federal nº 7.747/2012 (institui a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas).

<sup>34</sup> POVOS INDÍGENAS. **Secretaria da Justiça e Cidadania do Governo do Estado de São Paulo**, [2021]. Disponível em: <https://justica.sp.gov.br/index.php/conselhos/430-2/>. Acesso em: 9 out. 2021.

O pedido recebido pela Secretaria da Justiça e Cidadania foi direcionado ao Itesp, uma vez que nos assentamentos rurais por ele atendidos os produtores familiares produzem alimentos de alto teor nutritivo e já participam de programas governamentais voltados à segurança alimentar, como o PPAIS, PAA e PNAE<sup>35</sup>.

Para implementar a ação foi celebrado convênio entre a Secretaria da Justiça e a Fundação Itesp.

O convênio teve como objeto a distribuição de gêneros alimentícios, adquiridos pelo Itesp de agricultores familiares assentados e quilombolas no âmbito do programa “Cultivando Negócios”, à população hipossuficiente em situação de insegurança alimentar em virtude da pandemia do covid-19, incluindo-se os povos indígenas, quilombolas e ciganos, dentre outras.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>36</sup>, define-se o convênio como “forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração”.

O convênio celebrado entre a Secretaria da Justiça e a Fundação Itesp atende perfeitamente a esta definição, pois o intuito das partes foi justamente a conjugação de esforços com o fim de viabilizar, de um lado, a aquisição de gêneros alimentícios dos assentamentos estaduais e quilombolas, e de outro, a distribuição à população hipossuficiente, dentre elas, aldeias indígenas. Ambos são beneficiários das políticas públicas desenvolvidas tanto pelo Itesp<sup>37</sup> como pela Secretaria, na medida em que o Itesp possui entre os seus objetivos a promoção de ações visando implantar assentamentos de trabalhadores rurais e prestar assistência técnica às famílias assentadas e aos remanescentes das comunidades de quilombos<sup>38</sup>. Por seu turno, são atribuições

---

<sup>35</sup> PPAIS – Programa Paulista da Agricultura de Interesse Social do Governo do Estado de São Paulo, PAA – Programa de Aquisição de Alimentos e PNAE – Programa Nacional de Alimentação Escolar, estas duas últimas de responsabilidade do Governo Federal. Os três programas visam, através da compra de alimentos, fortalecer a agricultura familiar, garantindo acesso às formas de comercialização, bem como o combate à fome, fornecendo alimentos de alto valor nutritivo.

<sup>36</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

<sup>37</sup> Criado inicialmente como órgão público, pelo Decreto nº 33.133, de 15 de março de 1991, o Instituto de Terras ganhou status de Fundação de Direito Público por meio da Lei Estadual nº 10.207, de 1999. Vinculada institucionalmente à Secretaria da Justiça e Cidadania, a Fundação ITESP tem por finalidade o planejamento e a execução das políticas agrária e fundiária no âmbito estadual, sendo dotada de personalidade jurídica própria e autonomia administrativa e financeira.

<sup>38</sup> Lei Estadual nº 10.207/1999:

Artigo 2º – A Fundação terá por objetivo planejar e executar as políticas agrária e fundiária no âmbito do Estado.

Artigo 3º – Para consecução de suas finalidades, cabe à Fundação:

I – promover a regularização fundiária em terras devolutas ou presumivelmente devolutas, nos termos da legislação vigente;

II – implantar assentamentos de trabalhadores rurais, nos termos da Lei nº 4.957, de 30 de dezembro de 1985, e legislação complementar;

da Secretaria da Justiça e Cidadania ações que visem o exercício da cidadania e a defesa dos direitos humanos e a proteção de grupos vulneráveis<sup>39</sup>.

O plano de trabalho estabeleceu como meta a compra de até 200 mil quilos de alimentos por meio de 10 mil cestas básicas de 20 quilos, contendo 12 itens de primeira necessidade, incluindo os da produção familiar como farinha de mandioca, legumes e frutas da época<sup>40</sup>.

À Secretaria da Justiça coube triar os grupos vulneráveis e definir os beneficiários. Ao Itesp coube adquirir as cestas básicas, assistir os produtores rurais, realizar o mapeamento das cadeias produtivas e levantamentos sobre produtividade, logística de entrega e sazonalidade dos produtos.

---

III – prestar assistência técnica às famílias assentadas e aos remanescentes das comunidades de quilombos, assim identificados;

[...]

<sup>39</sup> Decreto nº 59.101/2013:

Artigo 2º – À Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania cabe, precipuamente, o desempenho de funções relativas ao exercício da cidadania e à defesa dos direitos humanos.

Artigo 3º – Constituem o campo funcional da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania, além de outras funções compreendidas nas disposições do artigo 2º deste decreto:

I – a participação:

a) na formulação, implementação e avaliação de políticas do Governo do Estado pertinentes à defesa da cidadania;

b) na elaboração e execução de programas, projetos e atividades destinados ao cumprimento de obrigações constitucionais da administração estadual quanto à prestação de serviços de orientação, proteção e defesa da cidadania;

II – o zelo pelo cumprimento:

a) do Programa Estadual de Direitos Humanos, instituído pelo Decreto nº 42.209, de 15 de setembro de 1997;

b) da Política de Ações Afirmativas para Afrodescendentes, instituída pelo Decreto nº 48.328, de 15 de dezembro de 2003 – Legislação do Estado;

[...]

IV – a promoção, a elaboração, a coordenação, o desenvolvimento e o acompanhamento de programas, projetos e atividades, com vista, em especial, à efetiva atuação em favor do respeito à dignidade da pessoa humana;

V – a promoção:

a) do desenvolvimento de iniciativas que contribuam para políticas públicas voltadas à proteção de grupos étnica e historicamente vulneráveis, como mulheres, crianças, adolescentes, afrodescendentes, membros de comunidades tradicionais de terreiros, quilombolas, indígenas, gays, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis e vítimas de violência;

[...].

<sup>40</sup> A composição era arroz (5 quilos), feijão (2 quilos), açúcar (1 quilo), sal (1 quilo), óleo de soja (1 garrafa), 4 tipos de legumes da época ou mais (8 quilos), 1 tipo de fruta da época ou mais (2 quilos).

A contratação<sup>41</sup> foi feita por dispensa de licitação prevista na Lei federal nº 13.979/2020<sup>42</sup>, mediante prévio chamamento público das associações e cooperativas de assentados e/ou assentados individuais interessados, utilizando-se ainda da plataforma “Cultivando Negócios”<sup>43</sup>. Na minuta de edital constou a quantidade de cestas, as aldeias indígenas beneficiárias<sup>44</sup> e a indicação de onde deveriam ser entregues as cestas.

No total, foram entregues às aldeias indígenas 2.957 cestas.

O financiamento do projeto ocorreu através de recursos do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza (FECOEP).

Trata-se de fundo instituído para atender o disposto no artigo 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)<sup>45</sup> que determina que cabe aos estados instituir Fundos de Combate à Pobreza. No estado de São Paulo, a Lei Estadual nº 16.006/2015 instituiu o FECOEP com o objetivo de permitir o acesso da população do estado a níveis dignos de subsistência. A lei foi regulamentada pelo Decreto Estadual nº 62.242/2016, que limitou a aplicação dos recursos exclusivamente em programas e ações de **nutrição**, habitação, educação, **saúde** e outras para melhoria da qualidade de vida, incluindo ações de proteção à criança e ao adolescente e ações de **incentivo à agricultura familiar**.

Assim, a proposta se adequou aos objetivos do fundo de destinar recursos para efetivar políticas públicas ligadas, de um lado, à promoção da nutrição e da saúde e de outro, ao desenvolvimento de agricultura familiar.

---

<sup>41</sup> Foram realizados cinco chamamentos públicos: Processos Itesp nº 247/2020, nº 260/2020, nº 266/2020, nº 277/2020 e nº 305/2020.

<sup>42</sup> A Lei Federal nº 13.979/2020 dispôs sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia de covid-19. Em seu artigo 4º e § 1º estabelece que:

Art. 4º. É dispensável a licitação para aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei.

§ 1º A dispensa de licitação a que se refere o caput deste artigo é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

<sup>43</sup> Plataforma que disponibiliza espaço para anúncios dos produtores e cadastro dos compradores. CULTIVANDO NEGÓCIOS. **Governo do Estado de São Paulo**, São Paulo, 2021. Disponível em: <http://www.cultivandonegocios.sp.gov.br/portal/>. Acesso em: 6 jul. 2021.

<sup>44</sup> Além das aldeias indígenas, foram beneficiados outros grupos vulneráveis, como os ciganos e algumas associações, mas este trabalho se propõe a analisar somente a distribuição aos indígenas.

<sup>45</sup> Art. 82. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem instituir Fundos de Combate à Pobreza, com os recursos de que trata este artigo e outros que vierem a destinar, devendo os referidos Fundos ser geridos por entidades que contem com a participação da sociedade civil.

§ 1º Para o financiamento dos Fundos Estaduais e Distrital, poderá ser criado adicional de até dois pontos percentuais na alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, sobre os produtos e serviços supérfluos e nas condições definidas na lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, da Constituição, não se aplicando, sobre este percentual, o disposto no art. 158, IV, da Constituição.

Da estruturação do projeto é possível verificar que a distribuição das cestas básicas buscou uma alocação de recursos por razões sociais e não econômicas. A identificação de um grupo vulnerável teve ainda um viés distributivo.

No caso, aplicaram-se regras e institutos jurídicos (convênio, chamamento público, financiamento através de fundo público), buscando a máxima satisfação ou bem-estar, alocando-se os recursos existentes de forma a garantir maiores ganhos (ou bem-estar) a determinados grupos.

Ainda nessa esteira, o esforço para acolher diferentes grupos (indígenas e assentados) e com a adequada utilização dos recursos disponibilizados atende à ideia de que estes devem ser utilizados de uma forma eficiente e de modo a gerar o menor desperdício possível.

Sobre esse aspecto, Germano Bezerra Cardoso<sup>46</sup>, ao citar Robert Cooter e Thomas Ulen, afirma que:

No entanto, o aspecto instrumental do critério de eficiência econômica o tem afastado das discussões morais ao relacionar o grau de eficiência a uma análise de custo-benefício: “qualquer que seja a política adotada e os objetivos perseguidos, há sempre uma forma eficiente – que desperdiça menos recursos – de fazê-lo.

Aponte-se que não é possível identificar quais seriam os chamados grupos perdedores. Sob esse aspecto, não se pode perder de vista que a teoria segundo a Kaldor-Hicks aventa a possibilidade de que existam perdedores e que a compensação pode ser apenas hipotética. Segundo Diogo R. Coutinho<sup>47</sup>:

Um das aplicações frequentes do teorema de Kaldor-Hicks é a de dar base teórica a análise de custo-benefício. Nesse tipo de exercício, grosso modo, um determinado objetivo é avaliado por meio da comparação de seus custos totais vis-à-vis seus benefícios totais estimados. Se estes forem superiores àqueles, passa a fazer sentido do ponto de vista econômico realizar ou perseguir tal objetivo – um plano nacional de expansão das redes de telecomunicações, por exemplo – porque se pode argumentar que os benefícios, para uns, decorrentes da empreitada justificariam as perdas resultantes para outros. O fato de, eventualmente, haver indivíduos prejudicados, nesse contexto, não é relevante. Note-se, assim, como a proposta alocativa descortinada pelo teorema de Kaldor-Hicks é a de que a eficiência pode ser concebida como a maximização da riqueza social segundo critérios que nada têm a ver, em princípio, com a forma como se distribuem os benefícios entre os indivíduos.

<sup>46</sup> CARDOSO, Germano Bezerra. Análise econômica do direito, políticas públicas e consequências. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, DF, v. 17, n. 112, p. 293-313, jun./set. 2015.

<sup>47</sup> COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Direito e economia política na regulação de serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 28-29.

Na hipótese, na medida em que o fundo se presta a financiar diversas ações, qualquer uma delas válida, não se vê como apontar para um grupo prejudicado.

Ademais, o número total de cestas distribuídas não é significativo para impactar negativamente, por exemplo, outros fornecedores, ainda que seja relevante para os assentados.

De outro lado, o valor pago pelas cestas estava previamente definido no edital de chamamento e observou o valor de mercado, conforme pesquisa elaborada pela Fundação Itesp de modo a garantir o menor custo, ou ao menos, o custo mais fiel ao preço corrente, na aquisição das cestas.

Por fim, importante frisar que a implementação do projeto só foi possível graças à articulação entre diversos atores (Secretaria da Justiça e Cidadania, Itesp e Conselho Estadual dos Povos Indígenas), o que, embora difícil, é extremamente desejado na execução de toda política pública.

## 5. CONCLUSÃO

O esforço do trabalho visou compreender, sob a ótica de institutos de Direito e Economia, a ação da administração pública estadual paulista que pretendeu garantir segurança alimentar e econômica a grupos vulneráveis durante a pandemia, diante da constatação de insegurança alimentar a que estavam sujeitos os povos originários e a situação de vulnerabilidade dos assentados que se dedicam à agricultura familiar.

Buscou-se também demonstrar o desafio de implementar políticas públicas, especialmente durante a pandemia, e a dificuldade de se utilizar conceitos de Direito e Economia nessa seara.

A partir da análise do convênio firmado entre a Secretaria da Justiça e Cidadania e a Fundação Itesp, verifica-se que as metas propostas foram alcançadas. Sob o critério da eficiência, é possível afirmar, de um lado, que houve um aumento do bem-estar dos indígenas e dos assentados, que tiveram parte de suas necessidades atendidas, e de outro, com o menor custo possível, na medida em que a aquisição se efetivou por chamamento (garantindo a participação do maior número de interessados) e observando-se o preço de mercado (através de pesquisa de preço) dos produtos, de modo a garantir um preço justo, com a consequente alocação correta dos recursos.

Aponto, por fim, que, embora desejável, não houve uma análise por parte do Itesp ou mesmo da Secretaria quanto ao impacto da ação nas comunidades indígenas. Como inexistem dados disponíveis este estudo fica, ao menos por ora e nos limites deste trabalho, prejudicado, mas seria salutar que futuras ações contassem, também, com tal análise. O resultado encontrado pode, no futuro, auxiliar a direcionar políticas públicas de atenção à segurança alimentar.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Casa Civil. Avaliação de Políticas Públicas. **Casa Civil**, Brasília, DF, 12 dez. 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/avaliacao-de-politicas>. Acesso em: 3 set. 2021.

BRASIL, Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. **Agricultura Familiar. Afinal, o que é agricultura familiar? Acesse para conhecer essa atividade, responsável por boa parte dos alimentos que chegam à mesa dos brasileiros**. Brasília, DF, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/agricultura-familiar/agricultura-familiar-1>. Acesso em: 13 set. 2021.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Agrário e Agricultura Familiar. O que é a agricultura familiar? **Vitrine da Agricultura Familiar**, Brasília, DF, 2021. Disponível em: <https://sistemas.agricultura.gov.br/vitrine/o-que-e-a-agricultura-familiar>. Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Sistema de Vigilância Alimentar e Nutricional – SISVAN**. Brasília, DF, 2021. Disponível em: <https://aps.saude.gov.br/ape/vigilanciaalimentar/sisvan>. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Especial da Saúde Indígena. **Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo novo Coronavírus (COVID-19) em Povos Indígenas**. Brasília, DF: MS, mar. 2020. Disponível em: [https://docs.bvsalud.org/biblioref/2020/04/1095139/plano\\_de\\_contingencia\\_da\\_saude\\_indigena\\_preliminar.pdf](https://docs.bvsalud.org/biblioref/2020/04/1095139/plano_de_contingencia_da_saude_indigena_preliminar.pdf). Acesso em: 3 jan. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88\\_Livro\\_EC91\\_2016.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf). Acesso em: 9 out. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Decreto nº 7.747, de 5 de junho de 2012**. Institui a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas – PNGAT e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 2012. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/decreto/d7747.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7747.htm). Acesso em: 9 out. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Estatuto do Índio. Brasília, DF: Senado Federal, 1973. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6001.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm). Acesso em: 9 out. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Senado Federal, 2020. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm). Acesso em: 10 set. 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

CALDAS, Aline Diniz Rodrigues. **Vigilância alimentar e nutricional para os povos indígenas no Brasil**: análise da construção de uma política pública em saúde. 2010. Dissertação (Mestrado em Ciências) – Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro, 2010.

CARDOSO, Germano Bezerra. Análise econômica do direito, políticas públicas e consequências. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, DF, v. 17, n. 112, p. 293-313, jun./set. 2015.

CHADE, Jamil. Na ONU, indígenas denunciam Bolsonaro por promover genocídio e extermínio. **UOL**, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2021/03/01/na-onu-indigenas-denunciam-bolsonaro-por-promover-genocidio-e-extermínio.htm>. Acesso em: 10 set. 2021.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. **Relatório Violência Contra os Povos Indígenas do Brasil** – dados de 2020. Brasília, DF: Cimi, 2020. Disponível em: <https://cimi.org.br/2021/10/relatorioviolencia2020/>. Acesso em: 2 dez. 2021.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Direito, desigualdade e desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DALLARI, Maria Paula. **Políticas públicas** – reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DISTRITO FEDERAL. **Decreto nº 41.869, de 05 de março de 2021**. Altera o Decreto nº 41.849, de 27 de fevereiro de 2021, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da COVID-19 (Sars-Cov-2), e dá outras providências. Brasília: Governo do Distrito Federal. Disponível em: <https://dflegis.df.gov.br/ato.php?p=decreto-41869-de-05-de-mar%C3%A7o-2021>. Acesso em: 01 out. 2021.

FAMÍLIAS SEM ACESSO à internet não conseguem usar o dinheiro do auxílio emergencial. **Jornal Nacional**, [s. l.], 9 abr. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2021/04/09/familias-sem-acesso-a-internet-nao-conseguem-usar-o-dinheiro-do-auxilio-emergencial.ghtml>. Acesso em: 2 set. 2021.

FÓRUM BRASILEIRO DE SOBERANIA E SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL (FBSSAN). **FBSSAN E ASA apresentam levantamento sobre Alimentação Escolar na pandemia**, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://fbssan.org.br/2020/11/fbssan-e-asa-apresentam-levantamento-sobre-alimentacao-escolar-na-pandemia/>. Acesso em: 3 jan. 2022.

FREITAS, Clayton. Capital paulista tem 100 mil alunos da rede municipal com dificuldade de acesso à internet. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 7 jul. 2021. Disponível em: <https://agora.folha.uol.com.br/sao-paulo/2021/07/capital-paulista-tem-100-mil-alunos-da-rede-municipal-com-dificuldade-de-acesso-a-internet.shtml>. Acesso em: 2 set. 2021.

GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 11.

HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. **Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integradora**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. **Carta de Conjuntura número 46 – 1º Trimestre de 2020**. Brasília, DF: Ipea, 2020. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/wp-content/uploads/2020/03/CC46\\_Vis%C3%A3o-Geral](https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/wp-content/uploads/2020/03/CC46_Vis%C3%A3o-Geral). Acesso em: 23 jun. 2021.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE COOPERAÇÃO AGRÍCOLA (IICA). **COVID-19 afeta agricultores familiares e vai repercutir na oferta de alimentos**. San José, 28 jul. 2020. Disponível em: <https://www.iica.org.br/pt/prensa/noticias/covid-19-afeta-agricultores-familiares-e-vai-repercutir-na-oferta-de-alimentos>. Acesso em: 28 jun. 2021.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas**. Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 51-74.

MÕES, Malu. Prioridade no plano de vacinação, apenas 67% dos indígenas estão imunizados. **Poder360**, Brasília, DF, 18 maio 2021. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/coronavirus/prioridade-no-plano-de-vacinacao-apenas-67-dos-indigenas-estao-imunizados/>. Acesso em: 10 set. 2021.

NOGUEIRA DE SÁ, Luís Filipe Vellozo; DETONI, Robert Luther Salviato. A Análise Econômica do Direito no controle externo das políticas públicas: um olhar pela fechadura. **Revista Controle**, Fortaleza, v. 17, n.1, p. 252-284, 2019.

ORGANIZAÇÃO PELO DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO E À NUTRIÇÃO ADEQUADAS. **O direito humano à alimentação adequada e à nutrição do povo Guarani e Kaiowá – um enfoque holístico**. Brasília, DF: FIAN Brasil, 2016. Disponível em: [https://cimi.org.br/pub/Relatorio\\_direito-alimentacao-Guarani-Kaiowa.pdf](https://cimi.org.br/pub/Relatorio_direito-alimentacao-Guarani-Kaiowa.pdf). Acesso em: 5 jan. 2022.

PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2020.

RIBEIRO, Gilson Fernandes. A análise de impactos de políticas públicas em tempos de Covid-19: É imprescindível que sejam feitas avaliações de impacto das políticas públicas para se evitar um agravamento da crise econômica e social. **Migalhas**, [s. l.], 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/341780/a-analise-de-impactos-de-politicas-publicas-em-tempos-de-covid-19>. Acesso em: 2 set. 2021.

SÃO PAULO (Estado). Programa Cultivando negócios. São Paulo: **Governo do Estado de São Paulo**, 2021. Disponível em: <http://www.cultivandonegocios.sp.gov.br/portal/>. Acesso em: 6 jul. 2021.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 33.133, de 15 de março de 1991**. Altera a denominação da Secretaria da Justiça, cria o Instituto de Terras e dá providências correlatas. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/1991/decreto-33133-15.03.1991.html>. Acesso em 01 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 42.209, de 15 de setembro de 1997**. Institui o Programa Estadual de Direitos Humanos, cria a Comissão Especial de Acompanhamento da execução desse programa. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/1997/decreto-42209-15.09.1997.html>. Acesso em: 01 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 48.328, de 15 de dezembro de 2013**. Institui, no âmbito da Administração Pública do Estado de São Paulo, a Política de Ações Afirmativas para Afrodescendentes. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2003/decreto-48328-15.12.2003.html#:~:text=Decreta%3A,%2C%20quando%20necess%C3%A1rio%2C%20por%20autoclassifica%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 01 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 59.101, de 18 de abril de 2013**. Dispõe sobre a organização da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania e dá providências correlatas. São Paulo: Governo do Estado, 2013. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2013/decreto-59101-18.04.2013.html>. Acesso em: 9 out. 2021.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 62.242, de 31 de outubro de 2016**. Dispõe sobre o Regulamento do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza – FECOEP. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2016/decreto-62242-31.10.2016.html#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Regulamento%20do,e%20Erradica%C3%A7%C3%A3o%20da%20Pobreza%20%2D%20FECOEP>. Acesso em: 01 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 64.881, de 22 de março de 2020**. Decreta quarentena no Estado de São Paulo, no contexto da pandemia do COVID-19 (Novo Coronavírus), e dá providências complementares. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2020/decreto-64881-22.03.2020.html>. Acesso em 01 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 64.891, de 30 de março de 2020**. Dispõe sobre o atendimento de necessidade inadiável de alunos da rede pública estadual de ensino em situação de pobreza ou de extrema pobreza, no contexto da pandemia COVID-19 (Novo Coronavírus), e dá providências correlatas. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2020/decreto-64891-30.03.2020.html>. Acesso em: 01 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Lei nº 4.957, de 30 de dezembro de 1985**. Dispõe sobre planos públicos de valorização e aproveitamento dos recursos fundiários. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1985/lei-4957-30.12.1985.html>. Acesso em: 01 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Lei nº 10.207, de 8 de janeiro de 1999**. Cria a Fundação Instituto de Terras do Estado de São Paulo “José Gomes da Silva” – ITESP. São Paulo: Governo do Estado, 1999. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1999/lei-10207-08.01.1999.html>. Acesso em: 13 set. 2021.

SÃO PAULO (Estado). **Lei nº 16.006, de 24 de novembro de 2015**. Institui o Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza - FECOEP no Estado de São Paulo, nos termos da Emenda Constitucional Federal nº 31, de 2000. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2015/lei-16006-24.11.2015.html>. Acesso em: 01 out. 2024.

SÃO PAULO (Estado). Secretaria da Agricultura e Abastecimento. **Nota Técnica: 4ª Sondagem sobre os Impactos da Pandemia da COVID-19 nos Agricultores Familiares do Estado de São Paulo**. São Paulo: Governo do Estado, maio 2021. Disponível em: [https://www.cdrrs.sp.gov.br/portal/themes/unify/arquivos/produtos-e-servicos/acervo-tecnico/Nota%20T%C3%A9cnica%2004\\_%20Sondagem%2012\\_5\\_2021.pdf](https://www.cdrrs.sp.gov.br/portal/themes/unify/arquivos/produtos-e-servicos/acervo-tecnico/Nota%20T%C3%A9cnica%2004_%20Sondagem%2012_5_2021.pdf). Acesso em: 13 set. 2021.

SÃO PAULO (Estado). Secretaria da Justiça e Cidadania. **Conselho Estadual dos Povos Indígenas**, [2021]. Disponível em: <https://justica.sp.gov.br/index.php/conselhos/430-2/>. Acesso em: 9 out. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SEM ELEVAR NÍVEIS de isolamento, prefeitura de SP desiste de rodízio ampliado. **Terra**, São Paulo, 17 maio 2020. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/sem-elevar-niveis-de-isolamento-prefeitura-de-sp-desiste-de-rodizio-ampliado,49c04e3cbd55b12b1fc5a28e5b6ddb26mjbh2t7a.html>. Acesso em: 2 dez. 2021.

---

SHALDERS, André. FUNAI suspende atendimento e famílias indígenas passam fome no Mato Grosso do Sul. **BBC News Brasil**, Brasília, DF, 4 fev. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-51272231>. Acesso em: 28 jun. 2021.

TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

# O QUE IMPORTA NA ADESÃO AO PARCELAMENTO TRIBUTÁRIO?

*What matters to option for tax installment?*

Rafael Souza de Barros<sup>1</sup>

## SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Administração da dívida ativa e o parcelamento tributário; 3. Modelo teórico de evasão fiscal e a concessão de benefícios fiscais; 4. Base de dados e metodologia; 5. Análise dos dados; 6. Conclusão; Referências bibliográficas; Anexo.

## RESUMO

Este artigo busca analisar os principais incentivos e desincentivos para os contribuintes aderirem a parcelamentos dos débitos inscritos em dívida pública, analisando a teoria econômica de evasão fiscal e os impactos dessa política pública de cobrança sobre o comportamento dos devedores. Por meio de metodologia analítica descritiva, foram avaliados os dados dos Programas Especiais de Parcelamento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (PEP do ICMS) do estado de São Paulo. Observou-se os débitos nele incluídos e classificados por tipo de débito, cotejando os descontos concedidos, com o valor total dos débitos beneficiados, bem como o custo da manutenção da dívida tributária e o custo de oportunidade para os contribuintes.

**Palavras-chave:** Evasão fiscal. Parcelamento. Teoria da decisão. Direito e Economia.

## ABSTRACT

This work aims to analyze the incentives for taxpayers to option for tax installment and the impact of such tax policy in debtors behavior from the perspective of the tax evasion theory. The data was extracted from the Especial Installment's Program of the Estate of São Paulo (PEP do ICMS), appreciating the debts included by its type, the total value of amnesties, the costs of debt maintenance and its opportunity cost for contributors.

**Keywords:** Tax evasion. Installment. Decision theory. Law and Economics.

## 1. INTRODUÇÃO

Este trabalho analisa os principais fatores que incentivam os contribuintes com débitos de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) perante o estado de São Paulo em aderir ou não aos Programas Especiais de Parcelamento (PEP do ICMS), ofertados no período de 2013 a 2019. O que se objetiva neste artigo é estudar a teoria da evasão fiscal, fundamentada na teoria econômica da utilidade esperada, para melhor compreensão dos efeitos dessa política pública de cobrança de tributos na tomada de decisão dos contribuintes; bem como a relação dos fatos econômicos com o pagamento de tributos.

Os países da América Latina e Caribe estão entre os países do mundo que mais promovem práticas de não conformidade fiscal (*non-compliance decisions*).

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado de São Paulo. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife da UFPE. Especialista em Direito e Economia pela Escola Superior da PGE-SP.

Estima-se que, nessa região, em média três quartos das operações de compra e venda de mercadorias são regularmente declaradas às autoridades tributárias. No Brasil, a situação é ainda pior, visto que as declarações abrangeriam cerca de 67% do volume das transações tributáveis<sup>2</sup>.

Como a principal fonte de receita dos estados no Brasil decorre da arrecadação de ICMS, que possui como base de cálculo as operações de compra e venda de mercadorias e alguns serviços específicos, é possível perceber que o orçamento desses entes é profundamente afetado pelas práticas de evasão fiscal.

A concessão de descontos e dilação de prazo para pagamento em parcelas de débitos tributários tem sido prática recorrente em diversos países no mundo com diferentes níveis de desenvolvimento e, geralmente, possuem como finalidade declarada aumentar a arrecadação de dívidas que não seriam recuperáveis em um prazo razoável<sup>3</sup>.

Entretanto, há fervoroso debate sobre os pontos positivos e negativos da adoção dessas medidas como uma política pública regular de cobrança. São os principais argumentos favoráveis: alocação mais eficiente de recursos, pois diminui os custos de cobrança da dívida e aumenta a arrecadação para o Estado e diminui o valor da obrigação ao contribuinte; aumento da conformidade fiscal, trazendo os devedores para a regularidade e diminuindo a percepção de impunidade pelo descumprimento das obrigações tributárias. Em sentido contrário, se destacam a possibilidade de percepção de incapacidade da autoridade pública cobrar os impostos (imposição legal), o que elevaria a quantidade de contribuintes que passariam a não pagar os débitos no vencimento; a expectativa de futuros descontos levariam a uma maior evasão fiscal no presente; e impactos sobre a concorrência no mercado, pois o Estado está concedendo menores custos a um concorrente que não cumpriu com suas obrigações, diminuindo, assim, seus custos de operação<sup>4</sup>.

Baseado no modelo teórico de utilidade esperada proposto por Allingham e Sandmo<sup>5</sup> e adaptado por Norman Gemmell<sup>6</sup> para a hipótese de tributos inadimplidos com a concessão de benefícios fiscais, tais como descontos e dilação de prazo para pagamento, pretende-se identificar as principais variáveis consideradas pelo contribuinte ao decidir pagar ou não os débitos tributários não recolhidos até o vencimento.

---

<sup>2</sup> ALM, James; MARTINEZ-VAZQUEZ, Jorge. **Tax morale and tax evasion in Latin America**. Atlanta: International Studies Program, Georgia State University, 2007. Working Paper, n. 07-32.

<sup>3</sup> PAES, Nelson Leitão. Os efeitos dos parcelamentos sobre a arrecadação tributária. **Estudos Econômicos**, São Paulo, v. 44, p. 323-350, jun. 2014.

<sup>4</sup> LUITEL, Hari S. **Is Tax Amnesty a Good Tax Policy?** Evidence from State Tax Amnesty Programs in the United States. Lanham: Lexington Books, 2014.

<sup>5</sup> ALLINGHAM, Michael G.; SANDMO, Agnar. Income tax evasion: a theoretical analysis. **Journal of Public Economics**, Amsterdam, v. 1, n. 3-4, p. 323-338, nov. 1972.

<sup>6</sup> GEMMELL, Norman. **An Allingham-Sandmo Tax Compliance Model with Imperfect Enforcement**. Wellington: Victoria Business School, nov. 2016. Working Papers in Public Finance.

Segundo esse modelo, o tomador de decisão, ao determinar a opção pelo inadimplemento tributário, está assumindo que a probabilidade de ser autuado e sofrer uma determinada sanção pela evasão fiscal representa um custo menor que o do adimplemento no período regulamentar<sup>7</sup>. Para o devedor que já possui débito inscrito em dívida ativa, a relação entre o custo de manutenção dos encargos tributários e o custo de captação de crédito no mercado privado exsurge como o principal critério na manutenção ou não da dívida tributária<sup>8</sup>.

Assim, os créditos públicos apenas deveriam ser pagos pelo contribuinte nas hipóteses em que os custos de oportunidade sejam inferiores aos de manutenção de débitos inscritos em dívida ativa, o que levaria, à primeira vista, a uma ausência de benefício para o ente público na concessão de benefícios fiscais. No entanto, ao optar pela concessão de descontos sobre multas e juros de mora, além de uma dilatação no prazo para pagamento, com a suspensão das cobranças judiciais e extrajudiciais, o Fisco insere na função de custo de oportunidade outras variáveis, como custo de não conformidade, o próprio valor do desconto e a probabilidade de sofrer restrições patrimoniais pela cobrança imediata da dívida<sup>9</sup>.

Com isso, alguns contribuintes passam a ter incentivos no processo decisório para pagar o débito fiscal ou, ao menos, parte dele, e evitar cobranças judiciais ou extrajudiciais, o que pode diminuir incertezas e custos de acesso a crédito financeiro.

Foram analisados os dados fornecidos pela Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo em relação aos PEPs I, II, III, IV e V, ofertados entre 2013 e 2019, tais como número de adesões, valores totais dos débitos incluídos nos programas de parcelamento, total de descontos concedidos, valores arrecadados em cada um dos programas, além da classificação em faixa de desconto e número de parcelas para pagamento por tipo de débito. Comparou-se os resultados obtidos nos programas, levando em consideração as circunstâncias e expectativas econômicas da época, no intuito de compreender o comportamento dos devedores que optaram por aderir ao parcelamento tributário.

Adotou-se a metodologia analítica descritiva dos dados disponibilizados, a fim de especificar o perfil dos débitos objeto dos PEPs I, II, III, IV e V, bem como possíveis alterações de comportamento dos contribuintes após a familiarização com o instituto e suas regras. Pretendendo-se, ainda que de forma agregada, aferir alguns aspectos das decisões dos contribuintes que aderiram aos PEPs ao longo dos anos.

O artigo está dividido da seguinte forma: no tópico 1, é analisada a regulamentação dos parcelamentos tributários, sua fundamentação constitucional e infraconstitucional, bem como as normas específicas dos Programas Especiais de Parcelamento do ICMS ofertados pelo estado de São Paulo, além dos incentivos jurídicos e econômicos para a adesão dos contribuintes em débito. No ponto 2, é apresentado o modelo teórico

---

<sup>7</sup> ALLINGHAM, Michael G.; SANDMO, Agnar. *Op. cit.*

<sup>8</sup> GEMMELL, Norman. *Op. cit.*

<sup>9</sup> *Ibidem.*

de evasão fiscal, baseado na teoria da utilidade esperada, desde o modelo clássico até sua adaptação para a inclusão dos benefícios concedidos pelos parcelamentos. No item 3, são apresentados os dados e a metodologia adotada. Na parte 4, são analisados os dados fornecidos pela Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo sobre diversos aspectos dos PEPs I, II, III, IV e V, levando em consideração o modelo teórico utilizado nesse estudo e os fatores de incentivo e desincentivo para o pagamento dos tributos. Por fim, no tópico 5 são apresentadas as considerações finais.

## 2. ADMINISTRAÇÃO DA DÍVIDA ATIVA E O PARCELAMENTO TRIBUTÁRIO

No ano de 2008, a Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo passou a exercer as competências relacionadas à administração da dívida ativa do estado, sendo criada a Subprocuradoria-Geral do Contencioso Tributário-Fiscal, órgão responsável pela gestão e cobrança judicial e extrajudicial da dívida ativa. São órgãos de execução dessas atribuições, a Procuradoria Fiscal, a quem compete administrar, arrecadar e cobrar os débitos ajuizados do Estado e de suas Autarquias, e a Procuradoria da Dívida Ativa, a quem cabe controlar, gerenciar, promover a inscrição e realizar a cobrança extrajudicial da dívida ativa, conforme dispõem os artigos 3º, inciso V, 35 e 36 da Lei Complementar nº 1.270/2015.

A cobrança não judicial do crédito tributário no estado de São Paulo é realizada por diversos instrumentos, tais como: transação, protesto extrajudicial e parcelamento. Entre os instrumentos utilizados para a persecução e satisfação das obrigações tributárias fora do âmbito judicial, o parcelamento se destaca como uma das políticas fiscais mais adotadas pelas administrações tributárias nacionais e internacionais. Nos Estados Unidos, a Federation of Tax Administrators (FTA) contabilizou mais de 100 programas de parcelamentos e descontos ofertados pelos estados norte-americanos entre 1982 e 2017<sup>10</sup>. No Brasil, a União, os estados, o Distrito Federal e diversos municípios, especialmente no início dos anos 2000, lançaram inúmeros programas de parcelamento concedendo benefícios e exigindo contrapartidas, para que os contribuintes regularizassem sua situação perante o Fisco.

No âmbito nacional, o parcelamento tributário foi positivado pela Lei Complementar nº 104/2001, que, entre outras alterações, incluiu o inciso VI do artigo 151 do Código Tributário Nacional (CTN) e acrescentou o artigo 155-A desse diploma, o qual regulamenta de forma bastante sucinta o novo instituto, relegando à legislação ordinária o estabelecimento da forma e condições a serem concedidas. Assim, em decorrência da competência concorrente para legislar sobre direito tributário (art. 24 do § 1º da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88), os Entes Federados passaram a ter certa independência para regulamentar e conceder os parcelamentos tributários.

<sup>10</sup> State Tax Amnesty Programs. Federation of Tax Administrators, 2017. Disponível em <https://taxadmin.org/>. Acesso em: 19 out. 2021.

No entanto, em relação ao ICMS, principal tributo de competência estadual, a exigência de prévia deliberação dos estados e Distrito Federal para a concessão e revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais, contidas na CRFB/88, artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea g, submete a concessão e regulação dos parcelamentos envolvendo esse tributo à aprovação do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ).

Os Programas Especiais de Parcelamento do ICMS do Estado de São Paulo foram autorizados por convênio do Confaz (Convênios ICMS nº 108/2012, 24/2014, 117/2015, 186/2015, 54/2017, 152/2019 e 76/2020)<sup>11</sup>, os quais estabelecem o período dos débitos que poderão ser incluídos no parcelamento, o percentual de descontos, os juros mensais que incidirão sobre o saldo remanescente, e estipula matérias específicas a serem reguladas pela legislação estadual. Com base nessas autorizações, entre os anos de 2012 e 2019 foram instituídos os PEPs I, II, III, IV e V, que previam descontos sobre as multas punitivas e moratórias e sobre os juros de mora, além de possibilitar o pagamento dos débitos em parcela única ou em parcelas mensais de igual valor, chegando até 120 meses.

Os contribuintes poderiam aderir ao PEP para pagamento do débito em uma única parcela, recebendo desconto de 75% do valor da multa aplicada e 60% dos juros moratórios, ou dividir esse valor em até 120 parcelas, obtendo redução de 50% da multa e 40% dos juros de mora, sendo aplicados acréscimos financeiros capitalizáveis mensalmente de 0,64% até a 24ª parcela, 0,8% até a 60ª e 1% até a 120ª parcela.

No PEP III, autorizado pelo Convênio ICMS nº 117/2015, com reabertura pelo Convênio ICMS nº 186/2015, foi feita pequena alteração com o aumento dos percentuais de acréscimos financeiros a incidir na opção de pagamento em até 120 parcelas, incrementando o custo de manutenção da dívida no parcelamento. Assim, os contribuintes poderiam escolher em aceitar o acordo de parcelamento para pagamento em uma vez com o desconto de 75% do valor da multa aplicada e 60% dos juros moratórios, ou dividir esse valor em até 120 parcelas, obtendo redução de 50% da multa e 40% dos juros de mora, sendo aplicados acréscimos financeiros capitalizáveis mensalmente de 1% até a 24ª parcela, 1,4% até a 60ª e 1,8% até a 120ª parcela.

Os PEPs IV e V, autorizados pelos Convênios ICMS nº 54/2017 e 152/2019, retomaram os percentuais de acréscimos financeiros dos dois primeiros PEPs, mas reduziram a quantidade máxima de parcelas para pagamento, limitando o prazo para até 60 meses. Dessa forma, os devedores poderiam aderir ao PEP para pagamento do débito em uma única parcela, recebendo desconto de 75% do valor da multa aplicada e 60% dos juros moratórios, ou dividir esse valor em até 60 parcelas, obtendo redução de 50% da multa e 40% dos juros de mora, sendo aplicados acréscimos financeiros capitalizáveis mensalmente de 0,64% até a 12ª parcela, 0,8% até a 30ª e 1% até a 60ª parcela.

---

<sup>11</sup> Convênios ICMS. Disponível em: <https://www.pepdoicms.sp.gov.br/pep/pages/legislacao/convenio.jsf?param=239>. Acesso em: 1 mar. 2024.

Embora os percentuais dos acréscimos financeiros tenham sido reduzidos, observa-se que houve majoração no custo do parcelamento, pois a elevação dos percentuais ocorreu em parcelas anteriores em comparação com os PEPs I e II.

Além dos descontos especificados, todos os PEPs oferecidos previram uma redução adicional, aplicada de modo cumulativo, sobre as multas punitivas de Auto de Infração e Imposição de Multa (AIIM), conforme Decretos nº 58.811/2012, nº 60.444/2014, nº 61.625/2015, nº 62.709/2017 e nº 64.564/2019<sup>12</sup>. Nos PEPs I, II e III, esse benefício era de 70% para pagamentos realizados até 15 dias da data de notificação do AIIM; de 60%, se o recolhimento fosse feito entre o 16º e o 30º dia após a notificação; ou de 45% nos demais casos. Para os PEPs IV e V, os descontos foram quase os mesmos, com exceção da última faixa, em que houve uma diminuição do benefício de 45% para 25%. A Tabela 1 apresenta o resumo dos programas mencionados.

**Tabela 1 – Resumo dos programas**

PARCELAMENTOS	ANO	DESCONTO SOBRE MULTA	DESCONTO SOBRE JUROS	JUROS MENSAIS (%a.m.)
PEP I	2013	75% – parcela única	60% – parcela única	0,64% – até 24 meses
		50% – até 120 meses	40% – até 120 meses	0,8% – de 25 a 60 meses 1% – de 61 a 120 meses
PEP II	2014	75% – parcela única	60% – parcela única	0,64% – até 24 meses
		50% – até 120 meses	40% – até 120 meses	0,8% – de 25 a 60 meses 1% – de 61 a 120 meses
PEP III	2015	75% – parcela única	60% – parcela única	1% – até 24 meses
		50% – até 120 meses	40% – até 120 meses	1,4% – de 25 a 60 meses 1,8% – de 61 a 120 meses
PEP IV	2017	75% – parcela única	60% – parcela única	0,64% – até 12 meses
		50% – até 60 meses	40% – até 60 meses	0,8% – de 13 a 30 meses 1% – de 31 a 60 meses
PEP V	2019	75% – parcela única	60% – parcela única	0,64% – até 12 meses
		50% – até 60 meses	40% – até 60 meses	0,8% – de 13 a 30 meses 1% – de 31 a 60 meses

Fonte: elaborado pelo autor

Como se pode observar, os PEPs do ICMS concedidos possuem quase os mesmos benefícios e os mesmos juros mensais (denominados de acréscimos financeiros pela legislação), ressaltando os números de parcelas dos PEPs IV e V, que concederam

<sup>12</sup> Decretos PEP. Disponível em <https://www.pepdoicms.sp.gov.br/pep/pages/legislacao/decreto.jsf?param=241>. Acessado em 01/03/2024.

prazo de até 60 meses para liquidação e os juros mensais do PEP III, que foram fixados em percentuais maiores que os demais. Essa homogeneidade facilita a avaliação do impacto dos fatores exógenos na tomada de decisão dos contribuintes, visto que os fatores endógenos dos programas se mantiveram quase que constantes.

Para analisar a decisão do contribuinte com débito inscrito em dívida ativa em aderir a programas de parcelamento, como os PEPs de ICMS, revela-se necessário avaliar não apenas as normas que os regulamentam, mas também devemos observar outras variáveis a que estão expostos esses sujeitos. Quando se estuda a decisão de pagar ou não um tributo, especialmente um com as características do ICMS, que incide sobre a troca de mercadorias e serviços específicos, não se pode negligenciar os fatores econômicos nesse processo de escolha dos agentes.

Importante, nesse aspecto, o conceito econômico de “custo de oportunidade”, que consiste na soma dos custos pela escolha de uma opção e o que se deixou de ganhar pela não eleição de outra alternativa<sup>13</sup>.

Assim, pela perspectiva do contribuinte, ao decidir pagar um tributo ele não está apenas transferindo determinada quantia monetária para o estado, mas também renuncia aos retornos que poderia auferir com um uso alternativo desses recursos, como, por exemplo, investimentos mobiliários ou ampliação da sua capacidade produtiva.

Considerando um tomador de decisão racional, a opção pela adesão a parcelamentos tributários indica uma percepção do devedor de que essa decisão lhe trará benefícios que suplantarão o custo de oportunidade. Por isso, é importante termos claro os principais fatores que incentivam e desincentivam o pagamento dos tributos em programas de parcelamento.

Como o trabalho analisará os parcelamentos especiais de ICMS do estado de São Paulo instituídos entre os anos de 2013 a 2019, toma-se como referência a legislação desse estado, começando a especificar quais os principais custos no inadimplemento tributário dessa espécie. O primeiro fator pecuniário a incidir é a multa pelo não pagamento no vencimento, que consiste em valor escalonado e que aumenta quanto maior for o período de descumprimento da obrigação, sendo de 2% sobre o valor do imposto declarado e não pago até o 30º dia após a data que deveria ter sido feito o recolhimento; 5% entre o 31º e o 60º dia; 10% a partir do 60º dia e 20% após a inscrição em dívida ativa (artigo 87 da Lei nº 6.374/1989).

Outro fator importante são os juros de mora, que incidem tanto em relação ao montante principal do imposto quanto sobre a multa e, atualmente, equivalem à Taxa Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), acumulada mensalmente, e para períodos inferiores a um mês completo aplica-se 1%. Esse é um dos principais fatores para o cálculo do débito, visto que aumenta o importe da dívida a cada mês de atraso, o que influencia na análise do custo de oportunidade ao longo do tempo.

O primeiro custo não diretamente pecuniário aqui mencionado e que impacta a decisão do contribuinte é o protesto extrajudicial, que, como mencionado anteriormente, é instrumento adotado recentemente pelos entes públicos nacionais

<sup>13</sup> CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Almedina, 2018, p. 70.

para cobrança de suas dívidas fora do âmbito judicial. Ele consiste na publicação em cartório extrajudicial de protestos da existência do débito, tornando-a de conhecimento geral. Um dos principais efeitos do protesto é a inclusão da dívida em cadastros de entidades de proteção ao crédito, como Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) e Serviços de Assessoria S.A. (Serasa), o que implica encarecimento ou até mesmo óbice do acesso ao crédito para os devedores, afetando de modo bastante negativo o fluxo de caixa das empresas.

Outro custo do inadimplemento é a inscrição do débito no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados de Órgãos e Entidades Estaduais (Cadin), que é um banco de dados público e que impede a celebração de qualquer tipo de acordo, contrato ou convênio que envolva desembolso e repasse de verbas públicas aos devedores, bem como obsta o recebimento de incentivos, isenções fiscais e liberação de crédito do Projeto da Nota Fiscal Paulista.

Em contrapartida, ao decidir aderir a um parcelamento tributário, o contribuinte promove a suspensão da exigibilidade do tributo, o que impede a adoção de medidas judiciais ou extrajudiciais com a finalidade de executar a obrigação (artigo 151 do CTN). Quer dizer, o parcelamento da dívida tributária elimina os custos de permanecer em débito, enquanto houver o adimplemento das parcelas.

Além desse benefício, os entes públicos conferem diversas vantagens para atrair os contribuintes faltosos e, com isso, aumentar sua arrecadação e diminuir o passivo tributário. Como se observa na Tabela 1, todos os PEPs concederam descontos no montante das multas punitivas e moratórias, bem como dos juros de mora, incidentes sobre o valor do tributo não recolhido no tempo devido, além de proporcionar o adimplemento em prestações que podem durar até 10 anos.

Embora pareça um ótimo negócio, o que se constata na realidade é que uma pequena parcela dos contribuintes buscou parcelar seus passivos com o gozo dos favores ofertados. Exemplificativamente, o último PEP, ofertado em dezembro de 2019, contou com um total de 15.039 adesões, totalizando um montante de débitos de R\$ 11.340.184.932,67 antes da aplicação dos descontos, em relação a um estoque de dívida de ICMS que, em novembro de 2019, somava R\$ 313.587.520.995,24<sup>14</sup>, ou seja, algo em torno de 3,5% do total da dívida ativa de ICMS.

Em razão dessa situação, passaremos a analisar a teoria econômica da evasão fiscal, baseada em uma função de utilidade esperada, na tentativa de explicar o comportamento do devedor perante a concessão de benefícios para o pagamento de dívidas tributárias.

### 3. MODELO TEÓRICO DE EVASÃO FISCAL E A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS

“A ação, enquanto vontade posta em prática, pressupõe a escolha do agente. O agente humano, ao perseguir seus fins, sempre se coloca diante de uma escolha:

<sup>14</sup> Ação Transparência 2021. Disponível em: <https://www.dividaativa.pge.sp.gov.br/da-ic-web/download?tipo=00f7b9c8cf194689ba1b61d4a2868dcc&xdata=02/2015>. Acesso em: 6 jan. 2022.

satisfazer uma necessidade em detrimento de outra”<sup>15</sup>. A compreensão do processo decisório do ser humano, seus objetivos, circunstâncias e consequências, são objeto de estudo de vários ramos do conhecimento, como filosofia, economia, sociologia, matemática, direito e outros.

Nos diversos campos, busca-se não apenas descrever ou teorizar sobre o tema, mas também modelar e, em certa medida, prever as opções que os indivíduos irão escolher, sob determinadas condições, o que pode resultar em uma alocação de recursos de forma mais eficiente e aumentar o nível de desenvolvimento e satisfação de uma sociedade.

Um primeiro esforço para compreender e descrever o processo de tomada de decisão dos contribuintes entre pagar, ou não, as obrigações tributárias impostas pelo Estado foi desenvolvida por Allingham e Sandmo no artigo “*Income tax evasion: a theoretical analysis*”<sup>16</sup>. Esses autores, partindo de um modelo de decisão sob incertezas de acordo com Von Neumann-Morgenstern e utilizando perspectivas dos estudos econômicos da atividade criminal<sup>17</sup>, analisaram os atos de evasão fiscal numa perspectiva de utilidade esperada e o risco de sofrer uma sanção pelo descumprimento da norma (*enforcement*), identificando os principais fatores para a tomada de decisão de pagar ou não os tributos.

Os autores partem da premissa de que decidir declarar e pagar os tributos devidos é uma decisão sob incerteza, pois a não declaração ou declaração a menor dos impostos não gera, automaticamente, a aplicação de uma sanção, havendo espaço para duas estratégias: a de declarar corretamente ou a de evadir parcela ou a totalidade da exação. Então, passam a descrever a função de utilidade esperada do contribuinte no momento de decidir sobre se e o quanto declarar, chegando à seguinte função, com a contribuição de Yitzhaki<sup>18</sup> sobre a aplicação de multa em relação ao valor do imposto devido, como ocorre, em regra, no Brasil:

$$Y = (W - tX) \quad (1)$$

$$Z = (W - tX - Ft(W - X)) = (1 - Ft)W + t(F - 1)X \quad (2)$$

Onde **W** é o valor da renda efetivamente recebida, **X** é o valor da renda declarada ao Fisco, **t** é a alíquota do imposto e **F** é a penalidade aplicada em caso de autuação. Observamos que a função Y representa a utilidade obtida em declarar apenas parcela da renda a ser tributada sem imposição da multa, multiplicada pela probabilidade de não sofrer a sanção prevista pelo inadimplemento. Enquanto a

<sup>15</sup> CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Almedina, 2018, p. 66.

<sup>16</sup> ALLINGHAM, Michael G.; SANDMO, Agnar. Income tax evasion: a theoretical analysis. **Journal of Public Economics**, Amsterdam, v. 1, n. 3-4, p. 323-338, nov. 1972.

<sup>17</sup> BECKER, Gary. Crime and punishment: an economic approach. **Journal of Political Economy**, Chicago, v. 76, n. 2, 1968, p. 169-217.

<sup>18</sup> YITZHAKI, Shlomo. A note on Income Tax Evasion: A Theoretical Analysis. **Public Finance Quarterly**, [s. l.], v. 15, n. 2, 1974, p. 123-137.

função  $Z$  descreve a utilidade obtida em caso de atuação pelo agente fiscal, como o produto da multiplicação da probabilidade de imposição da multa pela renda total, subtraída do valor do imposto devido e da penalidade prevista.

Assumindo que a função de utilidade é crescente e côncava, considerando que o contribuinte é averso ao risco<sup>19</sup>, e aplicando a condição de primeira ordem, que consiste em igualar a zero a derivada de primeira ordem da função de utilidade para obter seus pontos críticos (no caso da função de utilidade côncava, será obtido o ponto de máximo)<sup>20</sup>, obtemos:

$$-t(1-p)U'(y) + pt(F-1)U'(z) = 0 \quad (3)$$

Ou

$$\frac{U'(z)}{U'(y)} = \frac{1-p}{p(F-1)} \quad (4)$$

O lado direito da equação (4) pode ser entendido como o preço relativo da evasão fiscal, que depende das variáveis  $p$  e  $F$ . Para que a utilidade obtida com o inadimplemento do tributo seja mais vantajosa que a alcançada com a quitação regular do tributo, essa razão deve ser maior que 1. Por isso, para alguns contribuintes (com aversão ao risco), a evasão fiscal representará uma otimização da receita se:

$$pF < 1 \quad (5)$$

Então, é possível afirmar que a probabilidade de detecção do inadimplemento deve ser menor que o inverso da penalidade aplicada, para que o não pagamento do tributo seja um ponto ótimo da função utilidade:

$$p < \frac{1}{F} \quad (6)$$

A presunção de que o contribuinte é averso ao risco é bastante razoável, estando em consonância com a teoria econômica e as evidências empíricas. Tversky e Kahneman<sup>21</sup> relatam que, em uma situação de escolha envolvendo ganhos, a pessoa é, usualmente, aversa ao risco, e, no caso da decisão sobre evasão fiscal, o contribuinte está analisando um ganho imediato com o pagamento de menos imposto e sua aplicação alternativa.

Além disso, estudos recentes vêm demonstrando que empresas que realizam planejamento tributário (*tax avoidance*), com o objetivo de pagar menos tributos,

<sup>19</sup> SANDMO, Agnar. The Theory of Tax Evasion: A Retrospective View. **National Tax Journal**, Chicago, v. 58, n. 4, p. 643-663, 1 Dec. 2005.

<sup>20</sup> SIMON, Carl P.; BLUME, Lawrence. **Matemática para economistas**. Trad. Claus Ivo Doering. Porto Alegre: Bookman, 2004, p. 408-409.

<sup>21</sup> TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Rational Choice and the Framing of Decision. **Journal of Business**, Chicago, v. 59, n. 4, p. 251-278, Oct. 1986.

acabam experimentando uma diminuição do seu valor de mercado, bem como redução no seu fluxo de caixa, pois essas corporações aumentam a incerteza sobre futuras autuações fiscais<sup>22, 23</sup>. Com isso, mesmo que as empresas decidam tomar os riscos de pagar menos tributos, costumam ser penalizadas pelo mercado pelo aumento das incertezas ocasionadas, o que, provavelmente, gerará uma aversão ao risco nos demais participantes do mercado.

A partir dessa análise, pode-se concluir que o preço relativo da evasão fiscal, ou seja, da decisão de não pagar o tributo, deve variar negativamente em relação à probabilidade de autuação do contribuinte e do valor da penalidade, sendo que quanto maior a penalidade e/ou maior a percepção do contribuinte de que pode ser penalizado pelo Fisco, menor será sua disposição à evasão fiscal.

Esse modelo recebeu diversas contribuições no decorrer dos anos, sendo revisitado não apenas em trabalhos teóricos, mas também confrontado com diversas evidências empíricas, buscando-se incluir muitos outros fatores que são relevantes para a tomada de decisão em relação à evasão fiscal, tal como a oferta de trabalho, os custos de transação pelo não pagamento dos impostos, a percepção subjetiva do risco de ser autuado e outras<sup>24</sup>.

Nessa esteira, Norman Gemmill e Marisa Ratto<sup>25</sup> propuseram uma adaptação do modelo citado para as hipóteses em que os débitos fiscais não foram pagos no tempo devido e o Fisco concede uma redução de penalidade pelo atraso. Em trabalho anterior, Gemmill<sup>26</sup> já havia demonstrado que, para os contribuintes decidirem por não adimplir a exação devida no prazo legal, a probabilidade de cobrança,  $p$ , acrescida do custo do débito fiscal,  $F$ , deve ser menor que o custo de oportunidade, como, por exemplo, o valor de cada unidade monetária somada aos juros de um empréstimo. Assim, a condição de otimização, levando em consideração o custo de oportunidade, seria escrita como:

$$pF < (1 + P) \quad (7)$$

<sup>22</sup> HERRON, Richard; NAHATA, Rajarishi. Corporate Tax Avoidance and Firm Value Discount. **The Quarterly Journal of Finance**, v. 10, n. 2, 2050008, 1 June, 2020. DOI: 10.1142/S2010139220500081.

<sup>23</sup> SHEVLIN, Terry; URCAN, Oktay; VASVARI, Florin P. Corporate Tax Avoidance and Debt Costs. **Journal of the American Taxation Association**, v. 42, n. 2, p. 117-143, 12 Oct. 2019. DOI: doi.org/10.2308/atax-52605.

<sup>24</sup> SIQUEIRA, Marcelo Lettieri; RAMOS, Francisco S. A economia da sonegação: teorias e evidências empíricas. **Revista de Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 555-581, Dec. 2005.

<sup>25</sup> GEMMELL, Norman; RATTO, Marisa. **The Effects of Penalty Information on Tax Compliance: Evidence from a New Zealand Field Experiment**. Wellington: Victoria Business School, 2017. Working Papers in Public Finance.

<sup>26</sup> GEMMELL, Norman. **An Allingham-Sandmo Tax Compliance Model with Imperfect Enforcement**. Wellington: Victoria Business School, Nov. 2016. Working Papers in Public Finance.

É importante destacar que, nesse modelo, a penalidade,  $F$ , representa não apenas a multa ( $m$ ) aplicada sobre o tributo devido, mas também os juros moratórios e correção monetária ( $j$ ),  $F=(1+m)(1+j)$ .

Incluindo a opção de um parcelamento, no qual são concedidos descontos no valor do débito e a possibilidade de pagamento em parcelas, o contribuinte estaria diante de duas opções: permanecer com o débito fiscal (função 8) ou aderir ao programa de parcelamento (função 9). Reescrevendo as funções (1) e (2) como:

$$Y = W + D - p \left( \frac{F}{1+p} \right) D \quad (8)$$

$$Z = W + (1-b)D - p' \left( \left( \frac{F'}{1+p} \right) (1-b) \right) D \quad (9)$$

Incrementando o modelo inicial, considerou o tributo devido e não pago no vencimento,  $D$ , a penalidade pelo atraso,  $F$ , que consiste no acréscimo de multa e juros de mora, o custo de oportunidade,  $(1+P)$ , e o valor do desconto concedido pelo Fisco,  $b$ . Na função (8), a receita,  $W$ , é somada ao valor do tributo não pago,  $D$ , e subtraída da expectativa da cobrança do tributo com a penalidade descontado o custo de oportunidade,  $p \left( \frac{F}{1+p} \right) D$ . A função (9) representa o programa de parcelamento, no qual a receita,  $W$ , é acrescida do valor do desconto concedido sobre a dívida,  $(1-b)D$ , e diminuído da expectativa de cobrança das parcelas do acordo descontado o custo de oportunidade,  $p' \left( \left( \frac{F'}{1+p} \right) (1-b) \right) D$ .

Então, a condição de otimização da função (7) passaria a ser escrita como:

$$p < \frac{b}{F} (1+P) + p' \frac{(1-b)F'}{F} \quad (10)$$

Observa-se que o devedor preferirá aderir ao parcelamento se a probabilidade de a dívida ser cobrada for superior ao resultado de parte direita da equação (10), sendo o inverso verdadeiro se a percepção de risco da cobrança for menor, então, o contribuinte escolherá permanecer em débito. Havendo uma igualdade na função (10), pode-se identificar os pontos de indiferença para o contribuinte entre aderir ou não ao programa de parcelamento.

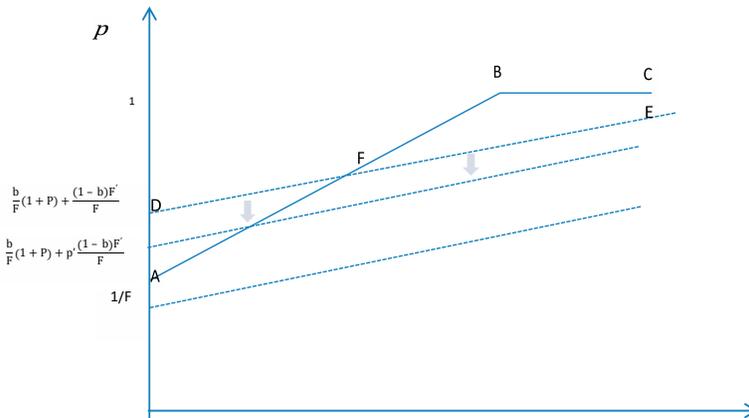
Graficamente, essa condição de otimização pode ser representada pela Figura 1, retirada do artigo “*The effects of penalty information on tax compliance: evidence from a New Zealand field experiment*”, de Norman Gemmill e Marisa Ratto, na qual se destacam os pontos de indiferença das funções de utilidade sem a concessão de desconto (linha preenchida) e o que acontece quando são concedidos benefícios para o pagamento dos tributos após o vencimento e as diferentes expectativas de cobrança das parcelas (linhas tracejadas).

A linha AB (linha preenchida) possui o ponto de intercessão  $1/F$ , de acordo com a função (6), indicando os pontos de indiferença entre pagar o tributo imediatamente ou pagá-lo em atraso. No ponto em que a expectativa de cobrança é certa,  $p=1$ , a linha se torna horizontal, entre os pontos BC. Os contribuintes que decidiram não pagar a

totalidade ou parte dos tributos devidos se encontram abaixo da linha ABC, seja por uma percepção menor de risco de cobrança ou por um elevado custo de oportunidade.

Ao ser concedida a opção de adesão ao programa de parcelamento, considerando que a percepção de risco de cobrança da dívida parcelada seja maior, já que a autoridade pública está em contato mais direto com o devedor e muitas vezes são exigidas garantias para a adesão, obtém-se a linha DE, para  $p'=1$ , o que representa uma elevação no ponto de interseção no eixo X, mas há uma suavização na inclinação da linha, o que é causado pela concessão do desconto em relação à dívida. Caso a percepção de risco de cobrança efetiva do débito parcelado for menor que um,  $p' < 1$ , então, a linha DE se deslocará para baixo abarcando mais contribuintes endividados, o que não significa que haverá maior arrecadação, visto que a baixa percepção de risco aumenta a probabilidade de rompimento do acordo.

Figura 1



Fonte: Gemell, Norman and Ratto, Marisa. “The effects of penalty information on tax compliance”<sup>27</sup> (1 + P).

Analisando o modelo teórico exposto, pode-se identificar que o valor do desconto, o custo de oportunidade, a penalidade aplicada e a probabilidade de cobrança do tributo são os fatores que se destacam na decisão dos contribuintes endividados em aderir ou não a um programa de parcelamento, de acordo com a teoria da utilidade esperada. Por exemplo, um contribuinte que possua alto custo de acesso ao crédito (taxa de juros de empréstimo), que é um custo de oportunidade, necessitaria ter uma percepção de alto risco de cobrança do débito para aderir ao parcelamento.

<sup>27</sup> GEMMELL, Norman; RATTO, Marisa. **The Effects of Penalty Information on Tax Compliance: Evidence from a New Zealand Field Experiment.** Wellington: Victoria Business School, 2017. Working Papers in Public Finance.

Tendo isso em mente, serão analisadas as características dos débitos que foram incluídos nos 5 PEP<sup>7</sup> de ICMS oferecidos pelo estado de São Paulo entre os anos de 2013 e 2019, como valor médio da dívida, percentual de desconto e número de parcelas, bem como os valores efetivamente arrecadados, no intuito de identificar padrões na tomada de decisão dos contribuintes.

#### 4. BASE DE DADOS E METODOLOGIA

Os dados observados neste artigo referente aos Programas Especiais de Parcelamento do ICMS foram concedidos pela Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. Além destes será utilizado na análise o Índice de Custo de Crédito, elaborado pelo Banco Central do Brasil<sup>28</sup>, que consiste em uma média das taxas de juros aplicadas aos saldos de empréstimos concedidos pelo sistema financeiro nacional e reportados aquela instituição.

O presente estudo consistirá em uma análise descritiva dos dados disponibilizados, a fim de especificar o perfil dos débitos objeto dos PEPs I, II, III, IV e V, bem como possíveis alterações de comportamento dos contribuintes após a familiarização com o instituto e suas regras. Com essa finalidade, serão examinados (tabela no Anexo) a quantidade de débitos incluídos em cada um dos programas, seus montantes globais com e sem os descontos concedidos, os valores distribuídos em cada uma das modalidades de parcelamento ofertados, o total arrecadado e a quantia dos parcelamentos rompidos até março de 2021, bem como a média dos valores dos débitos. Com isso, pretende-se, ainda que de forma agregada, aferir alguns aspectos das decisões dos contribuintes que aderiram aos PEPs ao longo dos anos.

Além disso, se investigará possível relação entre a variação da taxa média de juros no mercado privado de capital e a arrecadação de ICMS, levando-se em consideração os tributos pagos até a data de vencimento e aqueles adimplidos mediante adesão ao parcelamento, através da observação gráfica da série histórica do Índice de Custo de Crédito (ICC) e da arrecadação induzida de ICMS e dos PEPs, no mesmo período. Importante ressaltar que os dados de arrecadação mensal dos PEPs estão disponibilizados de forma agregada para os PEPs I e II e para os PEPs III, IV e V, em virtude de terem sido recolhidos com mesmo código de receita.

#### 5. ANÁLISE DOS DADOS

Como abordado anteriormente, foram abertos cinco programas especiais de parcelamento do ICMS (PEP) no estado de São Paulo entre os anos de 2012 e 2019,

---

<sup>28</sup> INDICADOR DE CUSTO do Crédito – ICC – Conjuntos de dados. Banco Central do Brasil, Brasília, DF, [2021]. Disponível em: <https://dadosabertos.bcb.gov.br/dataset/25351-indicador-de-custo-do-credito---icc>. Acesso em: 29 nov. 2021.

sendo os dois primeiros, chamados de PEP I e PEP II, abertos nos anos de 2013 e 2014, possuindo o mesmo regramento. O PEP II, na realidade, foi considerado como uma “reabertura” do PEP I, pois o Convênio ICMS nº 24/2014 do Confaz apenas alterou a cláusula primeira do Convênio ICMS nº 108/2012, para permitir a inclusão no programa de parcelamento de débitos fiscais dos valores vencidos até 31 de dezembro de 2013.

Os PEPs I e II podem ser considerados os programas mais bem sucedidos, especialmente do ponto de vista da quantidade de débitos que aderiram, contando com 49.365 e 32.554 adesões, respectivamente, representando cada uma dessas adesões um débito de ICMS perante a Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Apenas o PEP I teve mais adesões que os PEPs III, IV e V somados.

No PEP I, foi parcelado o montante de R\$ 24.661.955.106,91, com valor médio dos débitos de R\$ 499.583,82, antes da aplicação dos descontos. As multas e juros moratórios foram reduzidos no total de R\$ 8.230.883.597,47, representando em média um desconto de R\$ 166.735,21 por dívida. No PEP II, foram incluídos R\$ 10.032.252.116,00, com valor médio por débito de R\$ 308.172,64, e concedidos descontos na importância de R\$ 881.003.943,44, constituindo uma dispensa de pagamento em média de R\$ 27.062,85.

Embora o PEP II tenha atingido valor expressivo de débitos (mais de 10 bilhões de reais), apenas superados pelo PEP I e pelo PEP V, os devedores conseguiram baixos valores de desconto (R\$ 27.062,85 em média por adesão), o que pode ser explicado por possível adesão de débitos que receberiam pequenos descontos, visando os benefícios não financeiros do parcelamento, tal como suspensão da exigibilidade do crédito tributário e suspensão de protesto extrajudicial. Corroborando essa tese, o dado de efetiva arrecadação indica que o PEP II foi o que teve pior desempenho na quitação da dívida consolidada, alcançando em torno de 33% do valor das adesões com benefícios contra 52% do PEP I, que havia sido aberto 1 ano antes daquele.

Além disso, é importante destacar que o PEP II foi aberto no período de 19 de maio 2014 a 30 de junho 2014, ou seja, no final do segundo trimestre de 2014, momento em que a economia brasileira entrou formalmente em recessão, segundo o Comitê de Datação de Ciclos Econômicos (Codace) da Fundação Getúlio Vargas<sup>29</sup>. Essa conjuntura pode ter contribuído para que muitos devedores tenham aderido ao programa de parcelamento com a finalidade de diminuir seus custos de captação de crédito no mercado privado, já que, como visto anteriormente, o protesto extrajudicial pode elevar os riscos de concessão de crédito e, conseqüentemente, os juros financeiros cobrados das empresas inadimplentes.

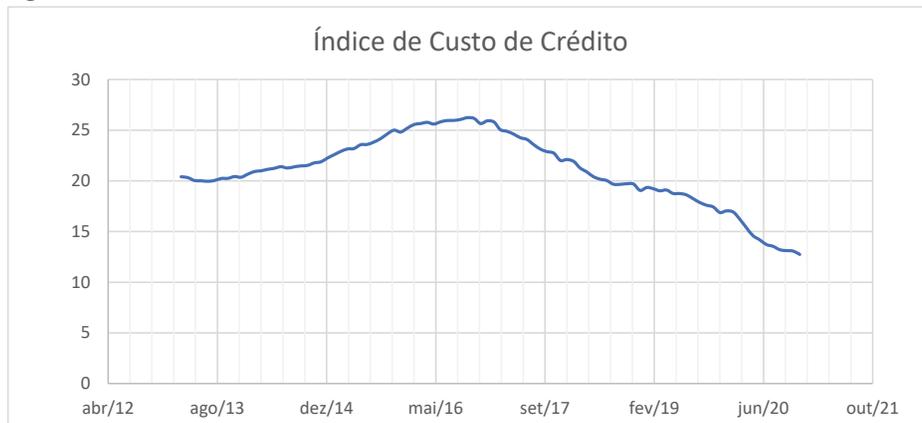
---

<sup>29</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE ECONOMIA. Comitê de Datação de Ciclos Econômicos. **Comunicado de Início de Recessão**. Rio de Janeiro: Codace, ago. 2015. Disponível em: [https://portalibre.fgv.br/sites/default/files/2020-03/comite-de-datacao-de-ciclos-economicos-comunicado-de-4\\_8\\_2015.pdf](https://portalibre.fgv.br/sites/default/files/2020-03/comite-de-datacao-de-ciclos-economicos-comunicado-de-4_8_2015.pdf). Acesso em: 29 nov. 2021.

O PEP III foi aberto no período de 16 de novembro de 2015 a 15 de dezembro de 2015 e reaberto em 29 de fevereiro de 2016, ainda durante a crise econômica de 2014-2016, possuindo características similares ao PEP II. A adesão dos contribuintes foi sensivelmente menor que os dois parcelamentos anteriores, abarcando somente 12.621 débitos, que totalizavam R\$ 6.477.237.020,99 antes dos descontos, os quais reduziram esses valores em R\$ 424.164.841,16, alcançando uma média de redução de R\$ 33.607,86 por débito. A arrecadação de principal, multa e juros de mora atingiu a importância de R\$ 2.232.373.744,42, o que significa uma adimplência de 37% dos valores consolidados, já considerando os benefícios financeiros.

Outra explicação que pode ser suscitada com base no modelo teórico apresentado é que, com os baixos valores de descontos recebidos, o custo de oportunidade se sobressaiu na análise feita pelos contribuintes no momento de continuar pagando os parcelamentos celebrados. O Índice de Custo de Crédito, como se pode observar na Figura 2, continuou subindo até novembro de 2016. Assim, o principal custo de oportunidade (a taxa de juros), segundo o modelo teórico adotado, teve uma trajetória de alta, enquanto a média dos descontos efetivamente concedidos nos PEPs II e III foi consideravelmente menor que as dos outros programas, o que pode ter levado a uma maior propensão ao inadimplemento.

**Figura 2 – Índice de Custo de Crédito**



Fonte: elaborado pelo autor

Para fins de comparação, o PEP IV, que foi aberto entre 20 de julho de 2017 e 15 de agosto de 2017, teve 17.753 adesões, totalizando R\$ 8.808.005.398,11 antes da aplicação dos benefícios pecuniários, que foram no valor de R\$ 2.011.409.754,08, representando uma média de R\$ 113.299,71 por dívida parcelada. Considerando que foram arrecadados até 3 de junho de 2021 a quantia de R\$ 3.224.671.785,85, o PEP IV tem, aproximadamente, 47% dos débitos renegociados já quitados,

sendo que ainda há parcelamentos em andamento com o potencial de arrecadar algo em torno de meio de bilhão de reais.

O PEP V foi aberto no período de 7 de novembro de 2019 a 15 de dezembro de 2019, contando com 15.039 adesões, alcançando a monta de R\$ 11.340.184.932,67 antes dos descontos, os quais reduziram os débitos em R\$ 3.613.811.094,78, significando uma média de R\$ 240.295,97 por adesão. Até 3 de junho de 2021, foram recolhidos no âmbito desse programa o valor de R\$ 3.719.528.513,94, que representa 48% do valor consolidado dos débitos.

A primeira coisa que chama a atenção nesses dados é a queda acentuada em relação ao PEP I dos valores nominais parcelados, o que pode ter sido ocasionada por uma expectativa dos contribuintes não correspondida no sentido de que com os benefícios fiscais concedidos nos PEPs, eles seriam capazes de quitar seu passivo tributário. Outros tantos podem ter aderido apenas para postergar ainda mais o pagamento do tributo sem a intenção real de adimplemento integral, assegurando a interrupção das ações executivas, ainda que momentaneamente.

Outro dado que se destaca é a da efetividade de pagamento dos débitos parcelados, havendo uma clara relação entre a capacidade arrecadatória do PEP e a conjuntura econômica do período em que aberto o programa, caindo de, aproximadamente, 50% em condições mais favoráveis para algo em torno de 35% em momentos de baixa atividade produtiva.

Além dessas observações possíveis de capturar nos dados agregados, outra informação interessante sobre o processo de tomada de decisão dos contribuintes se relaciona com a distribuição dos tipos de débito nas diferentes modalidades oferecidas para o seu pagamento. Em todos os PEPs era possível incluir tanto débitos decorrentes da lavratura de Auto de Infração e Imposição de Multa (AIIM) pela autarquia fiscal quanto débitos declarados pelo contribuinte, seja em relação à atividade própria ou de terceiros, sendo que para a primeira espécie de dívida houve a previsão de concessão de benefício cumulativo como explicado anteriormente.

O que se verifica dos dados é que nos PEPs I, II e III, é que os contribuintes em sua maioria optavam por incluir os débitos de maior valor médio na faixa de menor desconto, mas com o maior número de parcelas, diluindo, assim, as maiores dívidas, já que a diferença de descontos não era tão significativa em relação à parcela única e não se alterava para parcelas menores. No entanto, a partir do PEP IV essa opção sofreu uma significativa mudança, chegando o valor médio dos débitos de AIIM pagos em parcela única a ser muito próximo ao da faixa de maiores parcelas, tendência que se confirmou no PEP V, no qual os débitos decorrentes de AIIM passaram a ser preferencialmente pagos em parcela única.

Em relação ao ICMS declarado, não se observa essa alteração de comportamento, sendo em todos os PEPs preferido o parcelamento no maior número de parcelas. Os dados estão apresentados na Tabela 2.

Tabela 2 – Dados sobre o ICMS

	PEP I	PEP II	PEP III	PEP IV	PEP V
<b>VALOR MÉDIO DÉBITO AIIM PARCELA ÚNICA</b>	R\$ 570.358,51	R\$ 261.468,34	R\$ 357.937,46	R\$ 623.268,10	R\$ 1.251.912,43
<b>VALOR MÉDIO DÉBITO AIIM 2 A 24 PARCELAS</b>	R\$ 211.726,85	R\$ 132.278,83	R\$ 214.616,04	R\$ 271.655,86	R\$ 229.447,34
<b>VALOR MÉDIO DÉBITO AIIM 25 A 60 PARCELAS</b>	R\$ 441.527,11	R\$ 480.159,70	R\$ 892.075,58	R\$ 777.161,72	R\$ 970.747,01
<b>VALOR MÉDIO DÉBITO AIIM 61 A 120 PARCELAS</b>	R\$ 1.140.823,24	R\$ 1.459.326,42	R\$ 1.791.707,18	-	-
<b>VALOR MÉDIO DÉBITO DECLARADO PARCELA ÚNICA</b>	R\$ 42.792,45	R\$ 18.674,40	R\$ 89.746,31	R\$ 68.132,59	R\$ 56.833,02
<b>VALOR MÉDIO DÉBITO DECLARADO 2 A 24 PARCELAS</b>	R\$ 28.930,02	R\$ 25.575,40	R\$ 58.443,90	R\$ 53.226,14	R\$ 45.946,70
<b>VALOR MÉDIO DÉBITO DECLARADO 25 A 60 PARCELAS</b>	R\$ 205.113,46	R\$ 204.597,51	R\$ 397.103,08	R\$ 594.713,51	R\$ 666.954,21
<b>VALOR MÉDIO DÉBITO DECLARADO 61 A 120 PARCELAS</b>	R\$ 890.004,33	R\$ 967.437,41	R\$ 1.318.171,98	-	-

Fonte: elaborado pelo autor

Como informado anteriormente, nos PEPs IV e V foram reduzidos os percentuais dos descontos cumulativos concedidos aos débitos decorrentes de AIIM na faixa em que a notificação da lavratura da autuação havia ocorrido há mais de 30 dias, saindo de 45% para 25% de redução da multa punitiva. Essa redução pode ter incentivado os contribuintes apenados em período próximo à abertura do parcelamento a preferir o pagamento em parcela única, em razão da grande diferença dos descontos aplicados, mas não é possível imputar apenas a essa mudança regulatória a alteração de comportamento, pois seria necessário um volume de autuação bastante elevada em um período curto de 30 dias para majorar a média dos débitos de forma tão substancial.

Outra explicação possível para essa alteração de comportamento pode ser a percepção de que os acréscimos financeiros aplicados nos PEPs IV e V teriam maior custo que as taxas de juros praticadas pelo mercado privado, haja vista a forte queda experimentada nos anos recentes, chegando a patamares muito baixos na série

histórica. Justificativa essa que se coaduna com a análise de custo de oportunidade proposto no modelo teórico explicitado acima.

## 6. CONCLUSÃO

Recebida pela Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo a competência de gerir a dívida ativa do estado a partir de 2008, incluiu-se entre suas atribuições a adoção de políticas de cobrança dos débitos tributários e não-tributários devidos à Administração direta e indireta. Assim, conhecer as preferências e os perfis dos contribuintes que possuem débitos inscritos em dívida ativa e os impactos das diferentes formas de execução é essencial para uma gestão mais eficiente.

O intuito deste artigo foi analisar uma das principais políticas públicas adotadas para a cobrança dos débitos de ICMS, que é a maior fonte de receita do estado de São Paulo, à luz da teoria econômica da evasão fiscal, para aprofundar o conhecimento sobre a tomada de decisão dos contribuintes. Nesse sentido, foram destacados os principais pontos da regulação do parcelamento tributário no âmbito constitucional, da legislação federal e estadual, e analisados os incentivos e desincentivos do ponto de vista econômico e jurídicos, para a adesão dos devedores.

Em seguida, foram apresentados modelos teóricos, fundamentados na teoria da utilidade esperada, que buscam equacionar a tomada de decisão do contribuinte no momento de escolher pagar ou não o imposto devido, além de tentar descrever as consequências de eventuais alterações de diferentes fatores no comportamento das pessoas. Considerando esse arcabouço, foram analisados alguns dados agregados dos programas especiais de parcelamento do ICMS (PEPs), que mostraram variação do comportamento dos contribuintes endividados em aderir ou não ao parcelamento tributário, conforme eram alteradas as perspectivas econômicas, havendo indícios da relação entre a decisão de adimplemento com a mudança da taxa de juros de crédito no mercado privado.

Outro achado foi de que a conjuntura econômica do momento de disponibilização do parcelamento afeta não apenas a quantidade e os valores das adesões, mas também o percentual de adimplemento, havendo significativa queda na quantidade relativa de débitos efetivamente quitados nos parcelamentos ofertados em período de recessão econômica. Além disso, em momento que combinou melhores perspectivas econômicas com taxas de juros menores, observou-se uma mudança de atitude dos contribuintes em pagar as dívidas de maiores custos com o maior desconto oferecido, mesmo que em uma única parcela.

Assim, pode-se notar que a análise de custo de oportunidade é considerada pelo contribuinte no momento de decidir pelo pagamento ou não de um tributo devido, bem como para a adesão e cumprimento do acordo de parcelamento, o que influencia na sua postura perante a manutenção da dívida tributária.

Para uma análise mais aprofundada sobre o tema, a observação mais individualizada dos dados de adesão, descontos e arrecadação dos parcelamentos concedidos, além das condições de financiamento que eles teriam acesso, possibilitaria melhor compreensão e predição do comportamento dos contribuintes em débito, assim como para avaliação do custo-benefício da política pública de cobrança adotada.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLINGHAM, Michael G.; SANDMO, Agnar. Income tax evasion: a theoretical analysis. **Journal of Public Economics**, Amsterdam, v. 1, n. 3-4, p. 323-338, 1972.

ALM, James; MARTINEZ-VAZQUEZ, Jorge. **Tax morale and tax evasion in Latin America**. Atlanta: International Studies Program, Georgia State University, 2007. Working Paper, n. 07-32.

BECKER, Gary. Crime and punishment: an economic approach. **Journal of Political Economy**, Chicago, v. 76, n. 2, 1968, p. 169-217.

CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Almedina, 2018.

GEMMELL, Norman. **An Allingham-Sandmo Tax Compliance Model with Imperfect Enforcement**. Wellington: Victoria Business School, 2016. Working Papers in Public Finance.

GEMMELL, Norman; RATTO, Marisa. **The Effects of Penalty Information on Tax Compliance: Evidence from a New Zealand Field Experiment**. Wellington: Victoria Business School, 2017. Working Papers in Public Finance.

HERRON, Richard; NAHATA, Rajarishi. Corporate Tax Avoidance and Firm Value Discount. **The Quarterly Journal of Finance**, [s. l.], v. 10, n. 2, 2050008, 1 June, 2020. DOI: 10.1142/S2010139220500081.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Indicador de Custo do Crédito– ICC – Conjuntos de dados. Brasília, DF, [2021]. Disponível em: <https://dadosabertos.bcb.gov.br/dataset/25351-indicador-de-custo-do-credito---icc>. Acesso em: 29 nov. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE ECONOMIA. Comitê de Datação de Ciclos Econômicos. **Comunicado de Início de Recessão**. Rio de Janeiro: Codace, ago. 2015. Disponível em: [https://portalibre.fgv.br/sites/default/files/2020-03/comite-de-datacao-de-ciclos-economicos-comunicado-de-4\\_8\\_2015.pdf](https://portalibre.fgv.br/sites/default/files/2020-03/comite-de-datacao-de-ciclos-economicos-comunicado-de-4_8_2015.pdf). Acesso em: 29 nov. 2021.

LUITEL, Hari S. **Is Tax Amnesty a Good Tax Policy?** Evidence from State Tax Amnesty Programs in the United States. Lanham: Lexington Books, 2014.

PAES, Nelson Leitão. Os efeitos dos parcelamentos sobre a arrecadação tributária. **Estudos Econômicos**, São Paulo, v. 44, p. 323-350, jun. 2014.

SANDMO, Agnar. The Theory of Tax Evasion: A Retrospective View. **National Tax Journal**, Chicago, v. 58, n. 4, p. 643-663, 1 Dec. 2005.

SÃO PAULO (Estado). **Lei Complementar nº 1270, de 25 de agosto de 2015**. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2015/lei.complementar-1270-25.08.2015.html>. Acesso em: 10 set. 2024. Acesso em: 30 set. 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 58.811, de 27 de dezembro de 2012**. Institui o Programa Especial de Parcelamento - PEP do ICMS no Estado de São Paulo, para a liquidação de débitos fiscais relacionados com o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias - ICM e com o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2012/decreto-58811-27.12.2012.html>. Acesso em: 27 set. 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 60.444, de 13 de maio de 2014**. Institui o Programa Especial de Parcelamento - PEP do ICMS no Estado de São Paulo, para a liquidação de débitos fiscais relacionados com o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias - ICM e com o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2014/decreto-60444-13.05.2014.html#:~:text=Institui%20o%20Programa%20Especial%20de,sobre%20Presta%C3%A7%C3%B5es%20de%20Servi%C3%A7os%20de>. Acesso em: 27 set. 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 61.625, de 24 de junho de 2015**. Institui o Programa Especial de Parcelamento - PEP do ICMS no Estado de São Paulo e dispõe sobre o cancelamento de débitos fiscais relacionados com o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias - ICM e com o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS no âmbito do Programa Nacional de Governança Diferenciada das Execuções Fiscais. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2015/decreto-61625-13.11.2015.html>. Acesso em: 27 set. 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 62.709, de 19 de julho de 2017**. Institui o Programa Especial de Parcelamento - PEP do ICMS no Estado de São Paulo, para a liquidação de débitos fiscais relacionados com o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias - ICM e com o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Disponível em: Acesso em: 27 set. 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 64.564, de 05 de novembro de 2019**. Institui o Programa Especial de Parcelamento - PEP do ICMS no Estado de São Paulo, para a liquidação de débitos fiscais relacionados com o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias - ICM e com o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2019/decreto-64564-05.11.2019.html>. Acesso em: 27 set. 2024.

SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral- do Estado de São Paulo: PGE/SP. **Programa Especial de Parcelamento**. Governo do Estado de São Paulo. São Paulo. Disponível em: <https://www.pepdoicms.sp.gov.br/pep/pages/legislacao/convenio.jsf?param=239>. Acesso em: 1 mar. 2024.

SHEVLIN, Terry; URCAN, Oktay; VASVARI, Florin P. Corporate Tax Avoidance and Debt Costs. **Journal of the American Taxation Association**, [s. l.], v. 42, n. 2, p. 117-143, 12 Oct. 2019. DOI: [doi.org/10.2308/atax-52605](https://doi.org/10.2308/atax-52605).

SIMON, Carl P; BLUME, Lawrence. **Matemática para economistas**. Trad. Claus Ivo Doering. Porto Alegre: Bookman, 2004.

SIQUEIRA, Marcelo Lettieri; RAMOS, Francisco S. A economia da sonegação: teorias e evidências empíricas. **Revista de Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 555-581, Dec. 2005.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Rational Choice and the Framing of Decision. **Journal of Business**, Chicago, v. 59, n. 4, p. 251-278, Oct. 1986.

YITZHAKI, Shlomo. A note on Income Tax Evasion: A Theoretical Analysis. **Public Finance Quarterly**, [s. l.], v. 15, n. 2, 1974, p. 123-137.

## ANEXO

Tabela 3

PARCELAMENTOS	PEP I	PEP II	PEP III	PEP IV	PEP V
<b>ADESÕES</b>	49.365	32.554	12.621	17.753	15.039
<b>VALOR ADESÕES SEM BENEFÍCIO</b>	R\$ 24.661.955.106,91	R\$ 10.032.252.116,00	R\$6.477.237.020,99	R\$ 8.808.005.398,11	R\$ 11.340.184.932,67
<b>VALOR ADESÕES COM BENEFÍCIOS</b>	R\$ 16.431.071.509,44	R\$ 9.151.248.172,56	R\$ 6.053.072.179,83	R\$ 6.796.595.644,03	R\$ 7.726.373.837,89
<b>PARCELA ÚNICA</b>	R\$ 5.750.475.935,48	R\$ 1.148.044.033,99	R\$ 970.681.045,06	R\$ 1.227.935.460,89	R\$ 2.691.115.029,59
<b>2 A 24 PARCELAS</b>	R\$ 336.106.982,48	R\$ 194.229.422,20	R\$ 261.926.320,23	R\$ 324.889.781,63	R\$ 210.379.806,04
<b>25 A 60 PARCELAS</b>	R\$ 1.615.408.338,47	R\$ 1.112.032.218,02	R\$ 1.675.836.763,38	R\$5.243.770.401,51	R\$ 4.824.879.002,26
<b>61 A 120 PARCELAS</b>	R\$ 8.729.080.253,01	R\$ 6.696.942.498,35	R\$ 3.144.628.051,16	-	-
<b>TOTAL ARRECADADO</b>	R\$ 9.680.077.057,75	R\$ 3.440.760.020,25	R\$ 2.722.407.005,40	R\$ 3.749.618.355,64	R\$ 3.915.293.172,57
<b>VALOR DOS PEPS ROMPIDOS</b>	R\$ 7.559.325.447,74	R\$ 6.022.727.186,16	R\$ 3.199.866.750,72	R\$ 2.985.553.653,57	R\$ 1.644.453.882,90
<b>TOTAL DE DESCONTOS</b>	R\$ 8.230.883.597,47	R\$ 881.003.943,44	R\$ 424.164.841,16	R\$ 2.011.409.754,08	R\$ 3.613.811.094,78
<b>VALOR MÉDIO DOS DÉBITOS COM DESCONTO</b>	R\$ 332.848,61	R\$ 281.109,79	R\$ 479.603,22	R\$ 382.842,09	R\$ 513.755,82
<b>VALOR MÉDIO DOS DÉBITOS SEM DESCONTO</b>	R\$ 499.583,82	R\$ 308.172,64	R\$ 513.211,08	R\$ 496.141,80	R\$ 754.051,79
<b>VALOR MÉDIO DÉBITO PARCELA ÚNICA</b>	R\$ 195.607,73	R\$ 67.927,58	R\$ 254.972,69	R\$ 261.485,40	R\$ 549.543,60
<b>VALOR MÉDIO DÉBITO 2 A 24 PARCELAS</b>	R\$ 54.456,74	R\$ 34.243,55	R\$ 75.374,48	R\$ 64.436,69	R\$ 55.744,52
<b>VALOR MÉDIO DÉBITO 25 A 60 PARCELAS</b>	R\$ 284.352,81	R\$ 264.203,43	R\$ 514.533,85	R\$ 654.244,59	R\$ 757.675,72
<b>VALOR MÉDIO DÉBITO 61 A 120 PARCELAS</b>	R\$ 1.075.804,81	R\$ 1.160.246,45	R\$ 1.510.388,11	-	-

Fonte: elaborado pelo autor



# A CONTRATAÇÃO PÚBLICA DE GESTÃO DE FACILITIES SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO E ECONOMIA

*Public contracting facilities management from the perspective of Law and Economy*

Thais Priscila de Sousa e Silva Depieri<sup>1</sup>

## SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Gestão de *Facilities* na administração pública; 2.1. Jurisprudência do TCU e primeiras experiências; 2.2. Lei nº 14.011/2020; 2.3. Desafios operacionais e de controle; 3. Análise Econômica do Direito (AED); 3.1. A eficiência sob a perspectiva da AED; 3.2. AED nas contratações públicas; 3.2.1. Custos de transação; 3.2.2. Assimetria de informação; 3.2.3. Seleção adversa; 3.2.4. Risco moral; 3.2.5. Administração refém; 4. Metodologia; 5. Resultados; 5.1. A eficiência da Lei nº 14.011/2020 sob a perspectiva da AED; 5.2. Custos de transação na contratação pública de Gestão de *Facilities*; 5.3. Principais problemas das contratações públicas de Gestão de *Facilities* sob a perspectiva da AED; 5.3.1. Inclusão de obras no contrato de Gestão de *Facilities*; 5.3.2. Dificuldades para a definição do objeto de contratação e manutenção de histórico de dados; 5.3.3. Restrição à competitividade na licitação; 5.3.4. Valor da contratação muito abaixo do estimado; 5.3.5. Má qualidade na prestação dos serviços; 5.4. Classificação dos editais de Gestão de *Facilities* da Administração Direta do Estado de São Paulo; 6. Conclusão; Referências bibliográficas.

## RESUMO

O presente trabalho teve por objetivo avaliar a contratação pública de Gestão de *Facilities* sob a perspectiva do Direito e Economia, a partir da identificação das ineficiências e da aplicação das ferramentas fornecidas pela Análise Econômica do Direito aos contratos públicos de Gestão de *Facilities*, além da análise dos primeiros editais publicados pela Administração Direta do Estado de São Paulo. Para a pesquisa, classificada como aplicada, descritiva, qualitativa e de natureza exploratória, foram utilizadas fontes primárias e secundárias. A partir dos resultados obtidos concluiu-se que a contratação de serviços de gestão integrada para ocupação de prédios públicos (art. 7º da Lei nº 14.011/2020) pode ser considerada eficiente, de acordo com o conceito de Kaldor-Hicks, mas que as ineficiências identificadas podem resultar em aumento nos custos de transação, caso não sejam adotadas salvaguardas contratuais.

**Palavras-chave:** Gestão de *Facilities*. Contratação pública. Análise Econômica do Direito. Custos de Transação. Lei nº 14.011/2020.

## ABSTRACT

The present work aimed to evaluate the public contracting of Facilities Management, from the perspective of Law & Economics, based on the identification of inefficiencies and the application of the tools provided by the Economic Analysis of Law to Facilities Management contracts, besides the analysis of the first public notices published by the Direct Administration of the State of São Paulo. This is an applied, descriptive, qualitative research, of an exploratory nature, using primary and secondary sources. From the results obtained, it was concluded that the contracting of integrated management services for the occupation of public buildings (art. 7, Law Nº 14.011/2020)

<sup>1</sup> Executiva Pública da Secretaria de Desenvolvimento Regional do Estado de São Paulo. Mestre em Agronomia pela Escola Superior de Agricultura “Luiz de Queiroz” – ESALQ – USP. Especialista em Gestão Pública pela Universidade Federal do Estado de São Paulo – UNIFESP. Especialista em Direito & Economia pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo – ESPGE. Bacharel em Engenharia Agrônoma pela Escola Superior de Agricultura “Luiz de Queiroz” – ESALQ-USP.

can be considered efficient, according to the Kaldor-Hicks concept, but that the identified inefficiencies can result in an increase in transaction costs, if contractual safeguards are not adopted.

**Keywords:** Facilities management. Facility management. Economic analysis of law. Transaction costs. Law N° 14.011/2020.

## 1. INTRODUÇÃO

A Lei Federal n° 14.011, de 10 de julho de 2020, resultado da conversão da Medida Provisória (MP) n° 915/2019, cujo objetivo central é o aprimoramento dos procedimentos de gestão e alienação dos imóveis da União, alterou diversas leis, bem como trouxe dispositivos próprios, com forte repercussão no cuidado com o patrimônio imobiliário público. Em seu artigo 7º, incluiu a possibilidade de contratação de serviços integrados com gerenciamento, compra de insumos e execução de obra em um único contrato, com o objetivo de inovar e garantir maior eficiência na ocupação de prédios públicos, inclusive como alternativa à alienação<sup>2</sup>.

Trata-se da possibilidade de adoção no setor público da Gestão de *Facilities*, modelo utilizado pelo setor privado no Brasil desde o início deste século, estando hoje bem estabelecido, principalmente nas grandes empresas. Neste tipo de contratação, busca-se a integração de pessoas, serviços e estrutura, visando o alcance de metas quanto à qualidade da prestação dos serviços, satisfação dos clientes, conservação do imóvel, economia de água e energia, além da redução de custos diretos, gerada pelo ganho de economia de escala.

Ainda que antes da MP n° 915/2019 fosse possível realizar a contratação pública integrada de serviços (Acórdão n° 1.214/2013 – Tribunal de Contas da União – TCU – Plenário, Acórdãos n° 929/2017 – Plenário – e n° 10.264/2018 – 2ª Câmara), a Lei n° 14.011/2020 trouxe a segurança jurídica para a adoção do modelo pela Administração Direta dos entes federativos da União<sup>3</sup>.

Diante das vantagens apresentadas, da segurança jurídica e da necessidade de o gestor público administrar os recursos públicos de forma eficiente, a expectativa

<sup>2</sup> BRASIL. Presidência da República. **Lei n° 14.011, de 10 de junho de 2020**. Conversão da Medida Provisória n° 915 de 2019. Aprimora os procedimentos de gestão e alienação dos imóveis da União; altera as Leis n° 6.015, de 31 de dezembro de 1973, n° 9.636, de 15 de maio de 1998, n° 13.240, de 30 de dezembro de 2015, n° 13.259, de 16 de março de 2016, e n° 10.204, de 22 de fevereiro de 2001, e o Decreto-Lei n° 2.398, de 21 de dezembro de 1987; revoga dispositivos das Leis n° 9.702, de 17 de novembro de 1998, n° 11.481, de 31 de maio de 2007, e n° 13.874, de 20 de setembro de 2019; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L14011.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14011.htm). Acesso em: 10 mar. 2020.

<sup>3</sup> FORTINI, Cristiane; OLIVEIRA, Rafael Sérgio. A Lei n° 14.011/2020 e a contratação de facilities pela administração pública. 27 de julho de 2020. **InfraFM**, São Paulo, 27 jul. 2020. Disponível em: <https://infrafm.com.br/Textos/1/21095/A-Lei-n-140112020-e-a-contratacao-de-facilities-pela-administracao-publica>. Acesso em: 12 jun. 2021.

é que a Gestão de *Facilities* se torne o modelo mais comum de contratação de serviços de manutenção e conservação predial na Administração Pública. No entanto, por obedecer a legislação específica, a contratação pública apresenta características que a diferem do setor privado, gerando custos de transação elevados. Os trabalhos que avaliam a eficiência da Gestão de *Facilities* no setor público até então publicados, analisaram os ganhos com a redução de custos diretos e a satisfação dos usuários. No entanto, artigos específicos que incluíssem os custos de transação referentes ao processo de contratação e manutenção contratual na avaliação da eficiência do modelo, não foram localizados na literatura. O estudo dos custos de transação, bem como das possíveis soluções para sua redução, são fundamentais para contribuir para a eficiência na implantação da Gestão de *Facilities* na Administração Pública.

Esse trabalho tem por objetivo avaliar a contratação pública de Gestão de *Facilities* sob a perspectiva do Direito e Economia, a partir do levantamento dos principais problemas das contratações públicas e da aplicação das ferramentas fornecidas pela Análise Econômica do Direito aos contratos de Gestão de *Facilities*, além de analisar editais já publicados pela Administração Direta do Estado de São Paulo.

O presente trabalho foi estruturado em três partes: introdução, desenvolvimento e conclusões. O desenvolvimento foi dividido em três seções: referencial teórico, subdividido nos dois temas fundamentais para a discussão do trabalho: Gestão de *Facilities* e Análise Econômica do Direito; metodologia adotada para o delineamento da pesquisa e para a coleta de dados e resultados, sessão em que os dados foram analisados; E por fim, na terceira parte do artigo, foram levantadas as principais conclusões e as limitações verificadas na pesquisa.

## 2. GESTÃO DE FACILITIES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A contratação de Gestão de *Facilities* é uma prática do mercado contemporâneo, em que se busca o desenvolvimento de soluções integradas com o objetivo de reduzir as redundâncias, aumentar a sinergia entre as equipes de trabalho e facilitar a gestão contratual. Trata-se da reunião de serviços relacionados à manutenção predial e de apoio administrativo (*facilities services*), com inclusão de gerenciamento, visando a integração de pessoas, ambientes, processos e tecnologia em contrato único de prestação de serviços<sup>4</sup>.

Os ganhos esperados com esse modelo de contratação nas empresas incluem: concentração de energia em atividades fim; transformação de custos de

---

<sup>4</sup> GUIMARÃES, Ivana Maria Rozzo; GONÇALVES, Renato Erdmann. Introdução do modelo de facilidades na Administração Pública: estratégia para redução de custos e otimização de recursos. Painel 43/003: Ajuste Fiscal: Ações Inovadoras Para Redução Permanente de Gastos. In: CONGRESSO CONSAD DE GESTÃO PÚBLICA, 9., 8-10, jun. 2016, Brasília, DF. *Anais* [...]. Brasília, DF: Consad, 2016. Disponível em: <http://consad.org.br/wp-content/uploads/2016/06/Painel-43-03.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2021.

infraestrutura de fixo para variável, racionalização de custos globais, combinação dinâmica  $x$  custos  $x$  qualidade; custos apropriados aos níveis de qualidades possíveis; serviços executados por profissionais devidamente qualificados; transparência nos processos; geração de informações baseadas em pareceres técnicos para validar decisões da gestão operacional; elaboração de Planos de Manutenção Operacional e Controle (PMOC); garantia de conforto ambiental, confiabilidade e facilidades aos usuários; rentabilidade, liquidez e aumento da vida útil das instalações<sup>5</sup>.

As primeiras experiências de Gestão de *Facilities* (*Facility Management*) datam dos anos 1950 nos Estados Unidos. Em 1980, foi criada a National Facility Management Association (NFMA), renomeada em 1982 para Internacional Facility Management Association (IFMA). A IFMA, juntamente com outras associações, apresentou crescimento relativamente rápido. As causas científicas atribuídas por alguns pesquisadores para o desenvolvimento da Gestão de *Facilities* foram: a transparência dos custos imobiliários e a utilização de tecnologia e automação, que facilitaram o sucesso da implantação do modelo em muitos países, como Alemanha, Brasil, Grã-Bretanha e EUA<sup>6</sup>.

No Brasil, na década de 1990, teve início a contratação conjunta e integrada dos serviços por parte do setor privado. Por volta do ano 2000, o conceito de serviços de Gestão de *Facilities* foi introduzido, consolidando-se com a criação da Associação Brasileira de Facilities (Abrafac) em 2004. Enquanto no setor privado as práticas de Gestão de *Facilities* eram adotadas, o setor público estava iniciando uma reestruturação administrativa e operacional, momento em que inicia seu processo de terceirização, adotando o modelo tradicional, com a contratação distinta para cada frente de serviços<sup>7</sup>.

## 2.1. Jurisprudência do TCU e primeiras experiências

De forma diversa ao que ocorre no setor privado, as contratações públicas precisam atender à legislação específica. A adoção do modelo de contratação integrada de serviços pela Administração Pública apresentava como entrave o parágrafo 1º do art. 23 da Lei nº 8.666/1993, que privilegia o parcelamento das obras, serviços e compras em quantas parcelas se comprovarem técnica e economicamente viáveis,

<sup>5</sup> GUIMARÃES, Ivana Maria Rozzo; GONÇALVES, Renato Erdmann. *Op. cit.*

<sup>6</sup> WEISE, Andreas Dittmar; SCHULTZ, Charles Albino; ROCHA, Rudimar Antunes da. *Facility Management*?: contextualização e desenvolvimento. **Latin American Real Estate Society (LARES)**, [s. l.], 2011, p. 543-738. Disponível em: <https://ideas.repec.org/p/lre/wpaper/lares-2011-543-738-1-rv.html>. Acesso em: 3 set. 2024.

<sup>7</sup> GUIMARÃES, Ivana Maria Rozzo; GONÇALVES, Renato Erdmann. Introdução do modelo de facilidades na Administração Pública: estratégia para redução de custos e otimização de recursos. Painel 43/003: Ajuste Fiscal: Ações Inovadoras Para Redução Permanente de Gastos. In: CONGRESSO CONSAD DE GESTÃO PÚBLICA, 9., 8-10 jun. 2016, Brasília, DF **Anais** [...]. Brasília, DF: Consad, 2016. Disponível em: <http://consad.org.br/wp-content/uploads/2016/06/Painel-43-03.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2021.

sem perda da economia de escala, com o objetivo de garantir a competitividade nos certames. Embora não houvesse uma proibição clara na lei, o parcelamento dos serviços contínuos relacionados à manutenção predial passou a ser a regra, principalmente a partir da Súmula 247 do TCU, situação mantida até nova orientação dada no Acórdão nº 1.214/2013 – TCU – Plenário<sup>8</sup>.

A partir do Acórdão nº 1.214/2013, tem início a experiência da contratação de serviços integrados (*facilities services*) na Administração Pública. Primeiramente como uma aglutinação de serviços de baixa complexidade, os chamados *soft services* e, na sequência, com inclusão de serviços de maior complexidade, os chamados *hard services* (Acórdão nº 9.750/2016 – TCU – Segunda Câmara). Finalmente, com permissão para contratação de serviços de gerenciamento no mesmo contrato de serviços integrados (Acórdãos nº 929/2017 – Plenário e nº 10264/2018 – 2ª Câmara), fica caracterizada a adoção do modelo de Gestão de *Facilities* pelo setor público, evidenciada em projetos da Caixa Econômica Federal, Petrobrás e Sabesp<sup>9</sup>.

Destacam-se os cuidados que o gestor precisa considerar na contratação de *facilities*, apontados pelo TCU, presentes nos dois principais acórdãos sobre o tema.

Acórdão TCU nº 929/2017 – Plenário:

[...] 1. A contratação de serviços de conservação e manutenção de infraestrutura predial, com a inclusão de serviços variados, na modelagem conhecida como contratação de *facilities*, não configura, por si só, afronta à lei de licitações.

2. Somente é permitida a licitação na modelagem de contratação de *facilities* quando as condições do certame assegurarem o atendimento aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da motivação, da eficiência e da competitividade.

3. A motivação da contratação de *facilities* deve ser previamente formalizada e expressar, de forma clara e inequívoca, os benefícios potenciais, advindos dessa modelagem, com destaque para a quantificação das vantagens econômicas e financeiras e dos ganhos advindos da economia de escala [...] <sup>10</sup>.

<sup>8</sup> OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. Mais algumas notas sobre a contratação de *facilities* nos termos da Lei nº 14.020/2020. **Portal L&C Licitações e Contratos**, [s. l.], 15 nov. 2020. Disponível em: [http://www.licitacaocontrato.com.br/assets/artigos/artigo\\_download\\_73.pdf](http://www.licitacaocontrato.com.br/assets/artigos/artigo_download_73.pdf). Acesso em: 25 nov. 2021.

<sup>9</sup> FORTINI, Cristiane; OLIVEIRA, Rafael Sérgio. A Lei nº 14.011/2020 e a contratação de *facilities* pela administração pública. 27 de julho de 2020. **InfraFM**, São Paulo, 27 jul. 2020. Disponível em: <https://infrafm.com.br/Textos/1/21095/A-Lei-n-140112020-e-a-contratacao-de-facilities-pela-administracao-publica>. Acesso em: 12 jun. 2021.

<sup>10</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 929/2017**. Plenário. Relator: Ministro José Mucio Monteiro. Sessão de 10/5/2017. Brasília, DF: TCU, 2017. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-2258409/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-2258409/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse). Acesso em: 4 jan. 2022.

Acórdão TCU nº 10.264/2018 – 2ª Câmara:

[...] 9.3.1. a elaboração de estudos técnicos preliminares tendo por objetivo assegurar a viabilidade técnica da contratação e embasar a elaboração do termo do planejamento/projeto básico e o plano de trabalho constitui etapa indispensável do planejamento de uma contratação e que sua não realização poderá caracterizar o cometimento de falta grave e sujeitar os responsáveis às sanções previstas no art. 58 da Lei 8.443/1992.

[...]

9.3.4. em licitações de serviços diversos em contrato único (Facilities Full), a permissão de formação de consórcios e a possibilidade de subcontratação de serviços são meios que podem amenizar a restrição à concorrência decorrente da junção de inúmeros serviços em único objeto [...]¹¹.

As primeiras experiências da Gestão de *Facilities* no setor público foram verificadas em empresas públicas, tendo destaque o caso da Caixa Econômica Federal, analisado pelo Acórdão nº 929/2017 – Plenário. Nesse processo, em que a empresa defendeu a utilização do modelo de gestão integrada de serviços demonstrando sua economicidade, através de ganhos financeiros reais obtidos em experiências anteriores, e apresentando as seguintes vantagens: interdependência entre os serviços; perda de sinergia na contratação por frente de serviço, que resulta em perda de economicidade; potencialização de ganhos de escala; agilidade em função de uma única empresa ser responsável por todos os serviços; facilidade na imputação de responsabilidade por danos causados às instalações da contratante; simplificação das atividades de gestão contratual¹².

Guimarães e Gonçalves¹³ analisaram a adoção de Gestão de *Facilities* em um projeto piloto da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (Sabesp), tendo verificado que o modelo, alinhado à identidade e diretrizes estratégicas da organização, gerou redução de custos da ordem de 24%, ganhos de produtividade, otimização dos serviços e transparência dos contratos.

¹¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 10.264/2018**. 2ª Câmara. Relatora: Ministra Ana Arraes. Sessão de 23/10/2018. Brasília, DF: TCU, 2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/10264%252F2018%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUACORDAOINT%2520desc/0%2520>. Acesso em: 4 jan. 2022.

¹² BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 929/2017**. Plenário. Relator: Ministro José Mucio Monteiro. Sessão de 10/5/2017. Brasília, DF: TCU, 2017. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-2258409/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-2258409/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse). Acesso em: 4 jan. 2022.

¹³ GUIMARÃES, Ivana Maria Rozzo; GONÇALVES, Renato Erdmann. Introdução do modelo de facilidades na Administração Pública: estratégia para redução de custos e otimização de recursos. Painel 43/003: Ajuste Fiscal: Ações Inovadoras Para Redução Permanente de Gastos. In: CONGRESSO CONSAD DE GESTÃO PÚBLICA, 9., 8-10 jun. 2016, Brasília, DF **Anais** [...]. Brasília, DF: Consad, 2016. Disponível em: <http://consad.org.br/wp-content/uploads/2016/06/Painel-43-03.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2021.

Mais recentemente, Barbosa *et al.*<sup>14</sup>, investigando a importância da Gestão de *Facilities* para uma instituição de ensino superior – Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) –, especificamente no âmbito da manutenção predial, obtiveram resultados que demonstraram que a gestão de facilidades é essencial para a manutenção do bem público, ainda que não fosse realizada de maneira adequada pela instituição, ocorrendo falha de alinhamento das equipes internas (Administradores, técnicos, gestor e fiscais) e externa (empresa terceirizada).

Embora no Acórdão nº 929/2017 já estivesse presente, a possibilidade de adoção do modelo de Gestão de *Facilities*, desde que motivada e demonstrada sua vantagem no processo de contratação, ainda havia insegurança jurídica e o modelo mais complexo (*soft + hard services + gerenciamento*) ficou praticamente restrito a poucas empresas públicas. A Lei nº 14.011/2020 positivou no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de adoção da Gestão de *Facilities* pela Administração Pública, e inclusive, trouxe inovações, que a tornaram mais próxima das práticas do mercado<sup>15</sup>.

## 2.2. LEI Nº 14.011/2020

A Lei Federal nº 14.011, de 10 de julho de 2020, cujo objetivo central é o aprimoramento dos procedimentos de gestão e alienação dos imóveis da União, alterou diversas leis, bem como trouxe dispositivos próprios, com forte repercussão no cuidado com o patrimônio imobiliário federal, estadual, distrital e municipal. Em seu artigo 7º incluiu a possibilidade de contratação de serviços integrados, com gerenciamento, compra de insumos e execução de obra em um único contrato, com o objetivo de inovar e garantir a gestão de ocupação dos prédios públicos como alternativa, inclusive, à alienação dos imóveis.

[...]

Art. 7º A administração pública poderá celebrar contrato de gestão para ocupação de imóveis públicos, nos termos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 1º O contrato de gestão para ocupação de imóveis públicos consiste na prestação, em um único contrato, de serviços de gerenciamento e manutenção de imóvel, incluído o fornecimento dos equipamentos, materiais e outros serviços necessários ao uso do imóvel pela administração pública, por escopo ou continuados.

<sup>14</sup> BARBOSA, Ana Maria da Silva; JERÔNIMO, Taciana de Barros; RAMOS, Patrícia Tatiana Ferreira; SANTOS, Juliana Karla Rodrigues de Souza. A gestão de *facilities* na manutenção de uma instituição pública. **Revista Gestão Industrial**, Ponta Grossa, v. 16, n. 3, p. 129-146, jul./set. 2020. Disponível em: <https://periodicos.utfrpr.edu.br/revistagi/article/view/8968/7901>. Acesso em: 1 out. 2021.

<sup>15</sup> FORTINI, Cristiane; OLIVEIRA, Rafael Sérgio. A Lei nº 14.011/2020 e a contratação de *facilities* pela administração pública. 27 de julho de 2020. **InfraFM**, São Paulo, 27 jul. 2020. Disponível em: <https://infrafm.com.br/Textos/1/21095/A-Lei-n-140112020-e-a-contratacao-de-facilities-pela-administracao-publica>. Acesso em: 12 jun. 2021.

§ 2º O contrato de gestão para ocupação de imóveis públicos poderá:

- incluir a realização de obras para adequação do imóvel, inclusive a elaboração dos projetos básico e executivo; e
- ter prazo de duração de até 20 (vinte) anos, quando incluir investimentos iniciais relacionados à realização de obras e o fornecimento de bens.

§ 3º (VETADO).

§ 4º Na hipótese de que trata o § 2º deste artigo, as obras e os bens disponibilizados serão de propriedade do contratante.

[...]¹⁶.

Sérgio Oliveira, Procurador Federal, atuando junto à Escola de Administração Pública (ENAP), considera a Lei nº 14.011/2020 como verdadeira norma geral, no sentido do art. 22, XXVII, da Constituição Federal de 1988, razão pela qual aplica-se a todos os entes federativos, incluindo estados e municípios, destacando sua relevância pela cristalização no ordenamento jurídico da possibilidade de contratação da Gestão de *Facilities* e pelo aprimoramento na modelagem pela admissão legal expressa de inclusão de equipamentos, materiais e obras no escopo do contrato. O autor também entende que a referida lei não restringe a possibilidade de utilização do artigo 7º apenas em contratos para ocupação de prédios de propriedade pública, mas também em imóveis locados, ainda que, nesse caso, sua utilização seja parcial, pois não permitiria a inclusão de obras no contrato¹⁷.

Fortini e Oliveira entendem que o art. 7º da Lei nº 14.011/2020 trouxe um grande avanço, uma vez que a possibilidade de reunir em contrato único serviços, materiais, equipamentos e obras necessários para gerenciamento, uso e manutenção do imóvel considera a necessidade de integração entre pessoa, processos, equipamentos, tecnologia e edificação¹⁸.

<sup>16</sup> BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 14.011, de 10 de junho de 2020**. Conversão da Medida Provisória nº 915 de 2019. Aprimora os procedimentos de gestão e alienação dos imóveis da União; altera as Leis nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, nº 9.636, de 15 de maio de 1998, nº 13.240, de 30 de dezembro de 2015, nº 13.259, de 16 de março de 2016, e nº 10.204, de 22 de fevereiro de 2001, e o Decreto-Lei nº 2.398, de 21 de dezembro de 1987; revoga dispositivos das Leis nº 9.702, de 17 de novembro de 1998, nº 11.481, de 31 de maio de 2007, e nº 13.874, de 20 de setembro de 2019; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L14011.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14011.htm). Acesso em: 10 mar. 2020.

<sup>17</sup> OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. Mais algumas notas sobre a contratação de facilities nos termos da Lei nº 14.020/2020. **Portal L&C Licitações e Contratos**, [s. l.], 15 nov. 2020. Disponível em: [http://www.licitacaocontrato.com.br/assets/artigos/artigo\\_download\\_73.pdf](http://www.licitacaocontrato.com.br/assets/artigos/artigo_download_73.pdf). Acesso em: 25 nov. 2021.

<sup>18</sup> FORTINI, Cristiane; OLIVEIRA, Rafael Sérgio. A Lei nº 14.011/2020 e a contratação de facilities pela administração pública. 27 de julho de 2020. **InfraFM**, São Paulo, 27 jul. 2020. Disponível em: <https://infrafm.com.br/Textos/1/21095/A-Lei-n-140112020-e-a-contratacao-de-facilities-pela-administracao-publica>. Acesso em: 12 jun. 2021.

Segundo Sérgio Oliveira, a inclusão de obras no contrato de Gestão de Facilities não é o ponto central da Lei nº 14.011/2020, mas, sem dúvida, é um dos pontos mais inovadores, considerando que muitos imóveis públicos precisam de intervenções e que os recursos do Estado são limitados. Nesse caso, os investimentos feitos pela contratada, previstos já no projeto e descritos no edital, poderão ser diluídos nas prestações mensais. O inciso II do § 2º do artigo 7º previu uma extensão no prazo de vigência dos contratos de Gestão de Facilities em até 20 anos, quando contar com investimento inicial da contratada para realização de obras e/ou fornecimento de bens em geral<sup>19</sup>.

### 2.3. Desafios operacionais e de controle

A inclusão de obras na contratação de Gestão de Facilities, com previsão de extensão de prazo de vigência contratual em até 20 anos para a diluição do investimento da contratada, é o ponto mais inovador, segundo Crepaldi, diretor da Abrafac, por, inclusive, não ter paralelo no setor privado. O diretor da Abrafac entende que o setor público, ao incluir essa possibilidade, atuará como indutor do mercado, ampliando as atividades das empresas que trabalham com Facilities<sup>20</sup>. Fortini e Oliveira consideram que o modelo previsto pela Lei nº 14.011/2020 para a gestão da ocupação de prédios públicos exige elevado grau de qualificação dos agentes de contratação do Poder Público, além de planejamento e gerenciamento dos riscos principalmente no caso de previsão de obras<sup>21</sup>.

Ricardo Crepaldi, diretor da Abrafac, considera como desafio a ser enfrentado pela Administração Pública a definição do objeto a ser contratado, especificamente, a opção pela modelagem a ser contratada, em função da ausência de um histórico de dados sobre a manutenção do prédio e da falta de capacitação dos servidores públicos em Gestão de Facilities. Uma vez estabelecido o contrato, Crepaldi destaca a importância da construção/organização de uma base de dados a partir de relatórios periódicos a serem disponibilizados pela contratada ao longo da execução contratual, que

<sup>19</sup> OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. Mais algumas notas sobre a contratação de facilities nos termos da Lei nº 14.020/2020. **Portal L&C Licitações e Contratos**, [s. l.], 15 nov. 2020. Disponível em: [http://www.licitacaocontrato.com.br/assets/artigos/artigo\\_download\\_73.pdf](http://www.licitacaocontrato.com.br/assets/artigos/artigo_download_73.pdf). Acesso em: 25 nov. 2021.

<sup>20</sup> CREPALDI, Ricardo. Painel 1 – Gestão de facilities na prática. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. **Anais** [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022.

<sup>21</sup> FORTINI, Cristiane; OLIVEIRA, Rafael Sérgio. A Lei nº 14.011/2020 e a contratação de facilities pela administração pública. 27 de julho de 2020. **InfraFM**, São Paulo, 27 jul. 2020. Disponível em: <https://infrafm.com.br/Textos/1/21095/A-Lei-n-140112020-e-a-contratacao-de-facilities-pela-administracao-publica>. Acesso em: 12 jun. 2021.

fornecerão as informações para as adequações durante a execução contratual (revisão de metas, por exemplo) e para as próximas contratações<sup>22</sup>.

A ampliação da competição, através da previsão de consórcios e subcontratação nos editais para a contratação de Gestão de *Facilities*, é fator determinante quanto à garantia da legalidade do certame, inclusive estando presente nas orientações do Tribunal de Contas da União – Acórdão TCU nº 10.264/2018 – 2ª Câmara<sup>23</sup>. Essa exigência é necessária, visto que há muitas empresas no mercado que trabalham de forma isolada com cada item de serviços<sup>24</sup>. Além disso, as exigências quanto à qualificação técnica e econômica das empresas, necessárias para a seleção de empresas que apresentem melhor desempenho no mercado, também podem restringir a competitividade, problema que pode ser resolvido pela previsão de consórcios e subcontratação expressa no edital de contratação<sup>25</sup>.

A reunião de todos os serviços em um único contrato pode resultar em muitos prejuízos, caso a contratada não apresente desempenho adequado. Um desafio a ser enfrentado é a mudança de cultura. É necessário trazer a lógica do setor privado para o setor público, fazendo as adequações. No caso específico, migrar da gestão de serviços (modelagem anterior) para a gestão com foco nos resultados<sup>26</sup>. A contratação de Gestão de *Facilities* deve ser feita com Acordo de Nível de Serviço (ANS), instrumento em que a Administração Pública monitora e avalia a prestação do serviço não pelas especificações, mas pelos resultados, com previsão de aplicação de descontos para qualidade inadequada<sup>27</sup>. Magalhães, gerente da Petrobrás, empresa

<sup>22</sup> CREPALDI, Ricardo. Painel 1 – Gestão de facilities na prática. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. **Anais** [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022.

<sup>23</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 10.264/2018**. 2ª Câmara. Relatora: Ministra Ana Arraes. Sessão de 23/10/2018. Brasília, DF: TCU, 2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/10264%252F2018/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 4 jan. 2022.

<sup>24</sup> OLIVEIRA, Léa Marques. Contratação de Facilities: experiências e aprendizados. Painel 2 – Perspectiva jurídica e de controle. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. **Anais** [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022.

<sup>25</sup> CREPALDI, Ricardo. *Op. cit.*

<sup>26</sup> CREPALDI, Ricardo. *Op. cit.*; MAGALHÃES, Felipe Pinheiro. Contratação de Facilities: experiências e aprendizados. Painel 1 – Gestão de facilities na prática. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. **Anais** [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022; OLIVEIRA, Léa Marques. *Op. cit.*

<sup>27</sup> MAGALHÃES, Felipe Pinheiro. Contratação de Facilities: experiências e aprendizados. Painel 1 – Gestão de facilities na prática. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. **Anais** [...]. Brasília,

pública que iniciou o processo de *facilities* em 2009, afirma que é necessário melhorar os indicadores de qualidade e simplificar a especificação: reduzir o número de indicadores-chaves de desempenho (KPI: *key performance indicators*), centralizando em dois pontos: 1. número de ordens de serviço emitidas (preventivas e corretivas); e 2. satisfação do usuário (pesquisa de satisfação)<sup>28</sup>.

Os problemas apontados anteriormente e outros decorrentes da contratação pública de serviços, caso não sejam tratados de maneira adequada, poderão comprometer a implantação da Gestão de *Facilities* pela Administração Pública e resultar em perda da eficiência esperada. O conhecimento de ferramentas da Análise Econômica do Direito aplicada aos contratos administrativos pode ser de grande utilidade como instrumento para o aprimoramento da gestão pública e sua normatividade.

### 3. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)

A Análise Econômica do Direito (AED), neste trabalho considerada como sinônimo de Direito e Economia (*Law and Economics*), surge nos Estados Unidos na década de 1960, nas Universidades de Chicago e Yale, como uma retomada a um movimento anterior ocorrido na Europa Ocidental. É impulsionada principalmente por Ronald Coase, que publica em 1960 o artigo “*The Problem of Social Cost*”, e por Guido Calabresi, com sua obra “*Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*”. Richard Posner, em *Economic Analysis of Law* (1973), aprofunda a AED e abre caminho para que outros economistas da Escola de Chicago deem continuidade a seus trabalhos e desenvolvam a teoria. Outras escolas passam a abordar o tema e novas correntes contribuem para seu enriquecimento e transformação<sup>29</sup>.

---

DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022; OLIVEIRA, Léa Marques. Contratação de *Facilities*: experiências e aprendizados. PAINEL 2 – Perspectiva jurídica e de controle. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. **Anais** [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022; RESENDE FILHO, Evaldo. Contratação de *Facilities*: experiências e aprendizados. PAINEL 1 – Gestão de *facilities* na prática. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. **Anais** [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022; ZAGATTO, Thiago Anderson. Inovação nos serviços de limpeza na administração pública – idealismo ou necessidade? **Revista do Tribunal**, n. 133, 2015, p. 88-95. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1309>. Acesso em: 10 jan. 2022.

<sup>28</sup> MAGALHÃES, Felipe Pinheiro. Contratação de *Facilities*: experiências e aprendizados. PAINEL 1 – Gestão de *facilities* na prática. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. **Anais** [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022.

<sup>29</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

Mas o que é Análise Econômica do Direito? Nas palavras de Liborio e colaboradores:

[...]

Em síntese, a AED é uma abordagem abrangente que combina conceitos, técnicas, métodos e teorias de diferentes áreas do conhecimento e tem pelo menos quatro características principais. Primeira, tem o objetivo de compreender, explicar e antever a eficiência de alterações do ordenamento jurídico no comportamento dos agentes (Gico Júnior, 2012). Segunda, parte do princípio de que as instituições são determinantes para o desempenho econômico (North, 1990). Terceira, considera a presença e a relevância dos custos de transação nas organizações (Coase, 1960, 1995; Williamson, 1979, 2007, 1989, 1991). Quarta, entende que a ineficiência, no sentido de desperdício, é incompatível com a justiça. Em outras palavras, entende-se na AED que uma sociedade justa é uma sociedade eficiente (Alvarez, 2006) ou uma sociedade injusta e ineficiente é uma sociedade que desperdiça seus recursos escassos (Gico Júnior, 2012) [...]<sup>30</sup>.

Salama destaca duas dimensões da disciplina Direito e Economia (Análise Econômica do Direito): a dimensão descritiva (Direito e Economia Positivo) e a dimensão prescritiva (Direito e Economia Normativo), distintas e independentes. O Direito e Economia Positivo trata das repercussões do Direito sobre o mundo real dos fatos e o Direito e Economia Normativo estuda de que forma as noções de justiça se comunicam com os conceitos de eficiência econômica, maximização da riqueza e maximização de bem-estar<sup>31</sup>.

No item a seguir, o conceito de eficiência é abordado na visão da AED, que não descarta o conceito vindo da economia, mas torna-o mais amplo, para o alcance das finalidades pretendidas.

### 3.1. A EFICIÊNCIA SOB A PERSPECTIVA DA AED

O termo “eficiência” apresenta várias definições. A mais comum é aquela relacionada à maximização da riqueza e do bem-estar e a redução dos custos sociais, sendo considerada eficiente uma situação em que não é possível aumentar os benefícios, sem aumentar os custos. No entanto, para a Análise Econômica do

<sup>30</sup> LIBÓRIO, Matheus Pereira; BERNARDES, Patrícia; EKEL, Petr; GICO JÚNIOR, Ivo. A abordagem da Análise Econômica do Direito em contratações públicas: uma revisão sistemática da literatura do Brasil. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, DF, v. 12, n. 2, p. 110-144, maio/ago. 2021, p. 112. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/12054/pdf>. Acesso em: 3 jan. 2022.

<sup>31</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia? In: TIMM, Luciano B. (org.). *Direito e Economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Disponível em: [https://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/16/](https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/16/). Acesso em: 5 jul. 2021.

Direito, os conceitos de eficiência paretiana e eficiência de Kaldor-Hicks mostram-se mais interessantes<sup>32</sup>.

A eficiência de Pareto é um conceito que foi criado pelo italiano Vilfredo Pareto, que considera eficiente apenas a alocação de recursos a partir da qual não seja possível nova realocação sem que a situação de qualquer participante seja prejudicada. A eficiência de Pareto pode ser resumida à eficiência da unanimidade. Ao se introduzir uma nova legislação, por exemplo, ela só será considerada Pareto Eficiente se todos os agentes afetados estiverem em situação melhor ou pelo menos igual, não havendo perdas para nenhum deles. A eficiência paretiana é restrita, uma vez que dificilmente uma situação que está em equilíbrio poderá ser modificada sem que ao menos um dos agentes sofra perdas<sup>33</sup>.

Já a eficiência de Kaldor-Hicks é mais ampla, pois considera o resultado final para a sociedade quanto à maximização da riqueza e/ou aumento do bem-estar social, confrontando os benefícios e os custos sociais de uma norma. Diferentemente da eficiência de Pareto, a eficiência de Kaldor-Hicks admite perdas para agentes envolvidos desde que os ganhos sejam superiores e haja a possibilidade de compensação àqueles negativamente afetados, ainda que essa compensação não ocorra efetivamente<sup>34</sup>.

A AED utiliza a eficiência de Kaldor-Hicks, justamente por ser mais ampla e aliar o conceito de eficiência ao crescimento econômico da sociedade, que, por ser complexa, apresentará a cada mudança perdas para alguns agentes, compensadas por ganhos maiores para a totalidade<sup>35</sup>.

No contexto das contratações públicas, a eficiência inclui não apenas o preço, mas também a celeridade do processo e a qualidade do produto ou da prestação do serviço. Entendida dessa maneira, a maximização da eficiência nas contratações públicas é fundamental para otimizar o orçamento, para reduzir o desperdício de dinheiro público e os custos de transação<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em Direito & Economia**: micro, macro e desenvolvimento. Curitiba: Editora Virtual Gratuita – EVG, 2017. E-book. Disponível em: obra-completa-estudos-em-direito-economia.pdf. Acesso em: 8 jul. 2021.

<sup>33</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010; TABAK, Benjamin, M. A análise econômica do direito: proposições legislativas e políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, n. 502, 2015, p. 321-345. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/509955>. Acesso em: 30 dez. 2021.

<sup>34</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Op. cit.*; TABAK, Benjamin, M. *Op. cit.*

<sup>35</sup> DIAS, M. T. F. Análise Econômica do Direito nas contratações públicas: estudo de casos da legislação e experiência brasileira. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE COMPRAS PÚBLICAS: PARA UM CRESCIMENTO DA ECONOMIA ASSENTE NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL, INTELIGENTE E INOVADORA, 2., 16-18 nov. 2016, Luanda. **Anais [...]**. Braga: NEDIP, 2016. Disponível em: [https://www.up.edu.pe/UP\\_Landing/alcade2017/papers/50-Law-economics-public-contracts.pdf](https://www.up.edu.pe/UP_Landing/alcade2017/papers/50-Law-economics-public-contracts.pdf). Acesso em: 10 set. 2021.

<sup>36</sup> OLIVEIRA, Jacqueline do Socorro Neri Rodrigues; LOBÃO, Fernando Peixoto Fernandes de. A utilização da Análise Econômica do Direito como ferramenta para o aperfeiçoamento do regime de

### 3.2. AED nas contratações públicas

As contratações públicas apresentam problemas já verificados e discutidos na literatura especializada, destacando-se: dificuldade de partilha de risco entre as partes contratantes; assimetrias de informação entre os participantes das licitações; fragilidade das regras contratuais de renegociação, que são mais favoráveis ao setor público; ineficiência de instrumentos de controle. Tais problemas geram alguns dos efeitos estudados pela Análise Econômica do Direito, ignorados nos processos públicos, tais como: “custos de transação”; “seleção adversa” da parte contratante; efeito do “risco moral” (*moral hazard*); e “Administração refém” (*hold up*)<sup>37</sup>.

#### 3.2.1. Custos de transação

Os custos de transação são aqueles que existem para o estabelecimento das trocas. Em uma relação contratual, são os custos necessários para a concretização do ajuste (custos de transação *ex ante*) e para a sua manutenção (custos de transação *ex post*). Na fase pré-contratual, os principais custos de transação podem ser verificados na elaboração do contrato, na definição do seu objeto e nas negociações para a obtenção das melhores condições para a contratação. Após a celebração do contrato, os custos de transação relacionam-se à fiscalização do contrato, à solução dos conflitos e à repactuação das condições inicialmente acordadas<sup>38</sup>.

De acordo com Dias, na contratação pública, os custos de transação são significativos, porém pouco avaliados, principalmente na fase interna (preparatória) da contratação. Nessa fase, os custos de transação consistem na necessidade de estudos e pesquisas que o poder público precisa realizar com o objetivo de garantir a descrição correta do objeto da contratação e da elaboração do edital do certame, de acordo com a legislação. A autora inclui também como custo de transação a própria manutenção de um aparato administrativo capacitado e permanente para o acompanhamento de cada etapa do processo: licitação, contratação, execução e fiscalização dos contratos<sup>39</sup>.

---

contratações públicas brasileiro. Cap. 7. In: VASCONCELOS, A. W. S. (org.). **Cidadania, poder e desenvolvimento no estado democrático de direito 3**. Ponta Grossa: Atena, 2020, p. 88-103. Disponível em: <https://www.atenaeditora.com.br/post-artigo/39807>. Acesso em: 20 dez. 2021.

<sup>37</sup> NOBREGA, Marcos. Análise econômica do Direito Administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 404-416.

<sup>38</sup> WILLIAMSON, Oliver Eaton. **The Economic Institution Of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting**. New York: The Free Press, 1985. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3806114/mod\\_resource/content/1/Williamson.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3806114/mod_resource/content/1/Williamson.pdf). Acesso em: 15 dez. 2021.

<sup>39</sup> DIAS, M. T. F. Análise Econômica do Direito nas contratações públicas: estudo de casos da legislação e experiência brasileira. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE COMPRAS PÚBLICAS: PARA UM CRESCIMENTO DA ECONOMIA ASSENTE NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL, INTELIGENTE E INOVADORA, 2., 16-18 nov. 2016, Luanda. **Anais [...]**. Braga: NEDIP, 2016. Disponível em: [https://www.up.edu.pe/UP\\_Landing/alacde2017/papers/50-Law-economics-public-contracts.pdf](https://www.up.edu.pe/UP_Landing/alacde2017/papers/50-Law-economics-public-contracts.pdf). Acesso em: 10 set. 2021.

De acordo com Williamson, os custos de transação ocorrem devido a fatores comportamentais dos agentes: racionalidade limitada e oportunismo e a fatores estruturais das transações: frequência, incerteza e especificidade dos ativos<sup>40</sup>.

A racionalidade limitada pressupõe que, embora os agentes queiram agir de forma racional, ou seja, tenham essa intenção, a racionalidade de que dispõem não é integral, pois a capacidade humana é limitada tanto em processar informações como em transmiti-las. Não é possível conhecer todas as variáveis envolvidas em uma questão e muito menos estabelecer todas as suas relações. Nesse contexto, fica difícil tomar decisões acertadas, que venham a garantir a eficiência necessária<sup>41</sup>.

A impossibilidade de prever todos os acontecimentos futuros que envolvem uma transação, decorrente da racionalidade limitada, resulta na incompletude contratual. O reconhecimento desse fato e a necessidade de redução dos seus efeitos justifica a presença das usuais salvaguardas nos contratos. Faria, Ferreira e Gonçalves investigaram os fatores de riscos potencializados pela utilização do pregão eletrônico nas contratações públicas e concluíram que os órgãos públicos devem criar salvaguardas contra atitudes oportunistas<sup>42</sup>.

Por sua vez, o oportunismo é um comportamento humano que leva o agente, movido pelo autointeresse, a transmitir de forma intencional informação distorcida, promessas que se sabe de antemão que não serão cumpridas. O oportunismo pode surgir da assimetria informacional que existe entre contratante e contratada na fase pré-contratual, levando aquele que detém mais informações a usar dessa vantagem para obter renda<sup>43</sup>.

Assim como a racionalidade limitada e o oportunismo (fatores comportamentais), a frequência, a incerteza e a complexidade de ativos (fatores estruturais) também influenciam os custos de transação<sup>44</sup>.

A frequência está relacionada à quantidade de vezes que uma transação ocorre, tendo relação inversa com os custos de transação: quanto maior a frequência, menores os custos de transação. Se uma frequência for alta, os agentes procurarão não gerar perdas à outra parte, considerando-se que uma ação oportunista pode implicar

---

<sup>40</sup> WILLIAMSON, Oliver Eaton. *Op. cit.*

<sup>41</sup> NOBREGA, Marcos. Análise econômica do Direito Administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 404-416.

<sup>42</sup> FARIA, Evandro Rodrigues de; FERREIRA, Marco Aurélio Marques; GONÇALVES, Márcio Augusto. Avaliação dos riscos do pregão eletrônico: uma abordagem pela Teoria da Nova Economia Institucional. **Revista de Ciências da Administração**, Santa Catarina, v. 15, n. 37, p. 211-227, dez. 2013. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=273530345016>. Acesso em: 22 nov. 2021.

<sup>43</sup> NOBREGA, Marcos. Análise econômica do Direito Administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 404-416.

<sup>44</sup> WILLIAMSON, Oliver Eaton. **The Economic Institution Of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting**. New York: The Free Press, 1985. Disponível em: [https://disciplinas.usp.br/pluginfile.php/3806114/mod\\_resource/content/1/Williamson.pdf](https://disciplinas.usp.br/pluginfile.php/3806114/mod_resource/content/1/Williamson.pdf). Acesso em: 15 dez. 2021.

interrupção da transação com conseqüente prejuízo. Além disso, quanto maior a frequência, mais fácil se dá a construção de confiança e de reputação. Nas contratações públicas, a Administração não pode escolher o contratado, uma vez que a contratação se dá através de certame. Nesse caso, para haver frequência, as empresas terceirizadas devem fazer os esforços para contratar com determinado órgão<sup>45</sup>.

A fonte de incertezas nas instituições decorre da racionalidade limitada que reduz a capacidade dos agentes de se adaptarem a alterações no ambiente, mas também impede que o comportamento oportunista possa ser identificado pelo agente. No estudo de Padilha, Araújo e Souza, os autores verificaram que a base das incertezas nas contratações públicas realizadas por intermédio do pregão eletrônico é a racionalidade limitada dos requisitantes e do comportamento oportunista dos fornecedores, e concluíram que a descrição adequada dos produtos e serviços, aliada à capacitação dos servidores, deve aumentar a eficiência para a instituição estudada.

Quanto à especificidade dos ativos, as transações que envolvem ativos altamente específicos determinam uma relação de dependência mútua entre as partes, sendo o rompimento contratual desvantajoso para ambos. Isso acaba por estimular o desenvolvimento de complexas instituições e salvaguardas contratuais que sustentem a integridade das transações e a maior duração dos contratos<sup>46</sup>.

### 3.2.2. Assimetria de informação

As assimetrias de informação entre os participantes das licitações (licitantes e setor público) geram ineficiência no processo de contratação, uma vez que o desconhecimento das informações necessárias pelas partes poderá levar à má execução do contrato. De acordo com Dias, as assimetrias de informação ocorrem principalmente em função de: falhas de descrição dos objetos a serem contratados; ausência de informações adequadas por parte do setor público sobre a capacidade operacional das empresas no mercado e da estrutura de custos da empresa vencedora do certame<sup>47</sup>.

Por parte da Administração Pública, a assimetria informacional referente à estabilidade da empresa no mercado, às condições econômicas de arcar com a proposta no decorrer do contrato e à própria capacidade de executar o contrato com a qualidade requerida pode levar à seleção adversa. Os documentos que comprovam

<sup>45</sup> PADILHA, Angélica; ARAÚJO, Everton Coimbra de; SOUZA, José Paulo de. Influência das incertezas nas contratações públicas por intermédio do pregão eletrônico. **Revista Brasileira de Planejamento e Desenvolvimento**, Curitiba, v. 7, n. 1, p. 67-84, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://periodicos.utfpr.edu.br/rbpd/article/view/7127>. Acesso em: 25 nov. 2021.

<sup>46</sup> PADILHA, Angélica; ARAÚJO, Everton Coimbra de; SOUZA, José Paulo de. *Op. cit.*

<sup>47</sup> DIAS, M. T. F. Análise Econômica do Direito nas contratações públicas: estudo de casos da legislação e experiência brasileira. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE COMPRAS PÚBLICAS: PARA UM CRESCIMENTO DA ECONOMIA ASSENTE NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL, INTELIGENTE E INOVADORA, 2., 16-18 nov. 2016, Luanda. **Anais [...]**. Braga: NEDIP, 2016. Disponível em: [https://www.up.edu.pe/UP\\_Landing/alacde2017/papers/50-Law-economics-public-contracts.pdf](https://www.up.edu.pe/UP_Landing/alacde2017/papers/50-Law-economics-public-contracts.pdf). Acesso em: 10 set. 2021.

a qualificação técnica e econômica da empresa exigidos na fase da habilitação pela legislação não são suficientes, uma vez que são documentos burocráticos que não revelam, necessariamente, as condições reais da empresa, podendo resultar em descumprimento contratual ou execução com baixa qualidade<sup>48</sup>.

### 3.2.3. Seleção adversa

A seleção adversa ocorre quando, por erros na definição do objeto e/ou falta de informações no contrato, é selecionado aquele que vai gerar prejuízos. Um exemplo prático de seleção adversa que ocorre no setor privado é o contrato de seguro de um veículo. Caso o valor seja muito alto, deverá selecionar apenas aqueles usuários que não têm cuidado com o veículo, o que ocasionará perdas para a seguradora. Por sua vez, o usuário cuidadoso, após celebrar contrato de seguro, pode não mais se preocupar em função de estar assegurado. Nesse caso específico, é possível oferecer um leque de modelos de contratos para que o contratante escolha aquele que mais combine com seu perfil<sup>49</sup>.

No caso da contratação pública, só é possível oferecer um único modelo de contrato, cuja minuta já está publicada, juntamente com o edital. Nessa situação, caso haja falhas na fase preparatória da licitação, quando as demandas administrativas e o objeto do contrato são definidos, poderá resultar na incompletude e deficiência dos editais, gerando contratos mal elaborados, e culminando na seleção adversa do contratado. O contratado, por sua vez, por ter mais informações que o contratante (assimetria de informação antes da celebração do contrato) e poderá usar das falhas contratuais para executar o contratado de forma inadequada ou ainda pleitear uma repactuação, visando garantir o reequilíbrio econômico do contrato<sup>50</sup>.

A modalidade de licitação tipo pregão favorece a seleção adversa da contratada por parte da contratante, devido ao fato de se tratar de procedimento que tem como critério único a seleção do menor preço, que quando associado a um edital que não contém especificações claras do objeto, poderá resultar em proposta vencedora que não atende às necessidades da Administração<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> OLIVEIRA, Jacqueline do Socorro Neri Rodrigues; LOBÃO, Fernando Peixoto Fernandes de. A utilização da Análise Econômica do Direito como ferramenta para o aperfeiçoamento do regime de contratações públicas brasileiro. Cap. 7. In: VASCONCELOS, A. W. S. (org.). **Cidadania, poder e desenvolvimento no estado democrático de direito** 3. Ponta Grossa: Atena, 2020, p. 88-103. Disponível em: <https://www.atenaeditora.com.br/post-artigo/39807>. Acesso em: 20 dez. 2021.

<sup>49</sup> NOBREGA, Marcos. Análise econômica do Direito Administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 404-416.

<sup>50</sup> DIAS, M. T. F. Análise Econômica do Direito nas contratações públicas: estudo de casos da legislação e experiência brasileira. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE COMPRAS PÚBLICAS: PARA UM CRESCIMENTO DA ECONOMIA ASSENTE NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL, INTELIGENTE E INOVADORA, 2., 16-18 nov. 2016, Luanda. **Anais** [...]. Braga: NEDIP, 2016. Disponível em: [https://www.up.edu.pe/UP\\_Landing/alcacde2017/papers/50-Law-economics-public-contracts.pdf](https://www.up.edu.pe/UP_Landing/alcacde2017/papers/50-Law-economics-public-contracts.pdf). Acesso em: 10 set. 2021.

<sup>51</sup> OLIVEIRA, Jacqueline do Socorro Neri Rodrigues; LOBÃO, Fernando Peixoto Fernandes de. *Op. cit.*

Ferreira e Vasconcelos analisaram contratos de serviços contínuos realizados via pregão eletrônico pela Caixa Econômica Federal e verificaram que os contratos estabelecidos por valor inferior a 25% do estimado, apresentam maior percentual de rescisão antecipada por ineficácia na prestação dos serviços<sup>52</sup>.

De acordo com Nóbrega, a incompletude contratual pode ser intrínseca e extrínseca. A intrínseca decorre do fato de a Administração não ser capaz de definir de forma adequada o objeto do contrato, e a extrínseca, da racionalidade limitada, problemas cognitivos ou mesmo custos para a elaboração do contrato<sup>53</sup>.

Para que se obtenha a proposta mais vantajosa, é necessária a especificação do produto/serviço adequada às reais necessidades da Administração e a formulação de exigências de qualificação técnica e econômico-financeira que não restrinjam a competição e propiciem a obtenção de preços compatíveis com os de mercado, mas que afastem empresas desqualificadas do certame<sup>54</sup>.

A seleção adversa é falha contratual identificada antes da celebração do contrato, em função da assimetria de informações entre as partes. Quando a assimetria de informação é identificada após a celebração do contrato, gerando oportunismo na execução contratual, temos o problema de risco moral (*moral hazard*), que será descrito a seguir.

### 3.2.4. Risco moral

O risco moral (*moral hazard*) é muitas vezes caracterizado em situações de ineficácia contratual, em que a execução do contrato não está de acordo com as necessidades da contratada. Por exemplo, uma empresa começa a executar um contrato de forma adequada, mas em função de comportamento oportunista, vai reduzindo a qualidade dos insumos, com o objetivo de minimizar seus custos e aumentar seus lucros<sup>55</sup>.

A adequada fiscalização pode identificar o problema de má qualidade na prestação dos serviços e, através da aplicação de glosas e/ou sanções, desestimular a manutenção da situação, garantindo que a contratada atenda as condições estabelecidas no contrato. Por sua vez, a precariedade na fiscalização dos contratos resultará em aumento do risco moral, na medida em que a contratada percebe a ausência de

<sup>52</sup> FERREIRA, Cristiane; VASCONCELOS, Marco. A eficácia da prestação de serviços contínuos licitados pela modalidade pregão contratados pelo menor preço. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CUSTOS, 21., 17-19 nov. 2014, Natal. **Anais** [...]. São Leopoldo: Associação Brasileira de Custos, 2014. Disponível em: <https://anaiscbc.emnuvens.com.br/anais/article/view/3767/3768>. Acesso em: 12 dez. 2021.

<sup>53</sup> NOBREGA, Marcos. Análise econômica do Direito Administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 404-416.

<sup>54</sup> CRUZ, Márcio Motta Lima da. Efeitos das exigências do Acórdão TCU-Plenário nº 1.214/2013 nas licitações realizadas pelo Tribunal de Contas da União. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4579, 14 jan. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45725/efeitos-das-exigencias-do-acordao-tcu-plenario-n-1214-2013-nas-licitacoes-realizadas-pelo-tribunal-de-contas-da-uniao>. Acesso em: 15 jan. 2022.

<sup>55</sup> NOBREGA, Marcos. *Op. cit.*

fiscalização. No caso, o conhecimento por parte da empresa das falhas na fiscalização constitui informação privilegiada, que poderá inclusive ser utilizada em uma próxima licitação realizada pelo mesmo órgão<sup>56</sup>.

### 3.2.5. Administração refém

Problemas como incompletude contratual, assimetria de informações e ausência/ineficiência da fiscalização, podem gerar a distorção contratual da Administração refém (*hold up*), em que uma das partes é tomada como refém, o que ocorre principalmente em contratos de longa duração como concessões e Parcerias Público-Privadas (PPP), em que a rescisão contratual pode ser desproporcionalmente mais danosa para uma das partes<sup>57</sup>.

## 4. METODOLOGIA

A pesquisa desenvolvida para o artigo é classificada como aplicada, descritiva, qualitativa, de natureza exploratória. A metodologia utilizada para a coleta de dados foi descrita por Vergara, sendo utilizadas fontes primárias e secundárias de informações: pesquisa documental e pesquisa bibliográfica, respectivamente<sup>58</sup>.

Buscou-se na literatura artigos científicos que incluíssem os dois termos principais do objeto deste trabalho: “Análise Econômica do Direito” e “Gestão de Facilities”, incluindo outras denominações (Gestão de Ocupação; *Facility Management*). Não foi localizado artigo científico que apresentasse os dois termos conjuntamente, optando-se, desta forma, pela pesquisa bibliográfica de cada um dos termos separadamente, sempre com foco nas contratações realizadas pelo setor público. Foram utilizados tanto artigos científicos como também artigos publicados em revistas, conferências do tipo *webinar* e *blogs* da internet, além de jurisprudência: acórdãos que antecederam à Lei nº 14.011/2020. Para a revisão bibliográfica sobre Análise Econômica do Direito aplicada às contratações públicas, foram utilizados principalmente os autores Nobrega, Dias e Oliveira e Lobão<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> OLIVEIRA, Jacqueline do Socorro Neri Rodrigues; LOBÃO, Fernando Peixoto Fernandes de. A utilização da Análise Econômica do Direito como ferramenta para o aperfeiçoamento do regime de contratações públicas brasileiro. Cap. 7. In: VASCONCELOS, A. W. S. (org.). **Cidadania, poder e desenvolvimento no estado democrático de direito 3**. Ponta Grossa: Atena, 2020, p. 88-103. Disponível em: <https://www.atenaeditora.com.br/post-artigo/39807>. Acesso em: 20 dez. 2021.

<sup>57</sup> DIAS, M. T. F. Análise Econômica do Direito nas contratações públicas: estudo de casos da legislação e experiência brasileira. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE COMPRAS PÚBLICAS: PARA UM CRESCIMENTO DA ECONOMIA ASSENTE NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL, INTELIGENTE E INOVADORA, 2., 16-18 nov. 2016, Luanda. **Anais [...]**. Braga: NEDIP, 2016. Disponível em: [https://www.up.edu.pe/UP\\_Landing/alcacde2017/papers/50-Law-economics-public-contracts.pdf](https://www.up.edu.pe/UP_Landing/alcacde2017/papers/50-Law-economics-public-contracts.pdf). Acesso em: 10 set. 2021.

<sup>58</sup> VERGARA, Sylvia Constant. **Projetos e relatórios de pesquisa em administração**. São Paulo: Atlas, 1997, p. 46.

<sup>59</sup> DIAS, M. T. F. Análise Econômica do Direito nas contratações públicas: estudo de casos da legislação

Para a pesquisa documental foram coletados dados de editais publicados pela Administração Direta do Estado de São Paulo para a contratação de Gestão de *Facilities*, via pregão eletrônico pela Bolsa Eletrônica de Compras (BEC). A busca foi realizada no site da BEC, utilizando as palavras chaves: “*Facilities*”, “Gestão de Instalações” e “serviços integrados”. Em seguida, foi utilizado o código que consta do Catálogo de Serviços da Bolsa Eletrônica de Compras para este tipo de contratação (218677 – Serviço de Gestão, Administração e Gerenciamento – Gestão de Serviços Terceirizados Prediais – Gestão de *Facilities*). O intervalo temporal utilizado para a pesquisa foi de janeiro de 2019 (data da publicação da MP nº 915/2019, que deu origem a Lei nº 14.011/2020) a setembro de 2021 (data de finalização da busca).

## 5. RESULTADOS

### 5.1. A eficiência da Lei nº 14.011/2020 sob a perspectiva da AED

Diante da segurança jurídica trazida pela Lei nº 14.011/2020, no seu art. 7º e das vantagens apresentadas, a opção pelo modelo de contratação de Gestão de *Facilities* deverá gradativamente substituir a contratação distinta para cada frente de serviços na maioria dos prédios ocupados pela Administração Pública. Quando uma nova lei altera uma situação estabelecida, ela será considerada eficiente se for possível melhorar a situação de um agente, sem causar prejuízo a outro (eficiência de Pareto) ou se o benefício gerado para um agente suplantar em valor a perda sofrida pelo outro com a possibilidade de compensação para aquele que sofreu a perda (eficiência de Kaldor-Hicks)<sup>60</sup>.

Na contratação pública de Gestão de *Facilities* é possível identificar os seguintes agentes: a Administração Pública (contratante) e o setor privado (licitantes). A Administração Pública será beneficiada, pois estabelecerá contratos com valores mais baixos, devido à economia de escala, além dos outros benefícios apresentados. As empresas que já trabalham com Gestão de *Facilities* serão beneficiadas, pois contratos de gestão de serviços integrados são mais interessantes que contratos individuais (os primeiros apresentam valores altos). As empresas que não trabalham com Gestão de *Facilities*, mas que atuam em ramos específicos, como por exemplo, prestadoras

---

e experiência brasileira. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE COMPRAS PÚBLICAS: PARA UM CRESCIMENTO DA ECONOMIA ASSENTE NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL, INTELIGENTE E INOVADORA, 2., 16-18 nov. 2016, Luanda. **Anais** [...]. Braga: NEDIP, 2016. Disponível em: [https://www.up.edu.pe/UP\\_Landing/alcade2017/papers/50-Law-economics-public-contracts.pdf](https://www.up.edu.pe/UP_Landing/alcade2017/papers/50-Law-economics-public-contracts.pdf). Acesso em: 10 set. 2021; NOBREGA, Marcos. Análise econômica do Direito Administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 404-416; OLIVEIRA, Jacqueline do Socorro Neri Rodrigues; LOBÃO, Fernando Peixoto Fernandes de. A utilização da Análise Econômica do Direito como ferramenta para o aperfeiçoamento do regime de contratações públicas brasileiro. Cap. 7. In: VASCONCELOS, A. W. S. (org.). **Cidadania, poder e desenvolvimento no estado democrático de direito 3**. Ponta Grossa: Atena, 2020, p. 88-103. Disponível em: <https://www.atenaeditora.com.br/post-artigo/39807>. Acesso em: 20 dez. 2021.

<sup>60</sup> TABAK, Benjamin, M. A análise econômica do direito: proposições legislativas e políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, n. 502, 2015, p. 321-345. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/509955>. Acesso em: 30 dez. 2021.

de serviços de manutenção de elevadores, deixarão de contratar diretamente com o setor público, porém poderão ser subcontratadas pela empresa vencedora (perda com possibilidade de compensação). As empresas menores que se ocupam de algumas das atividades mais simples que compõem o contrato de Gestão de *Facilities* serão prejudicadas, caso não consigam participar de consórcio ou não haja essa previsão no edital de contratação. No entanto, existe a possibilidade de compensação: a economia gerada para a Administração Pública na nova situação poderá ser utilizada em políticas de benefícios a pequenas empresas, por exemplo.

A partir do que foi apresentado, a Lei nº 14.011/2020, referente à possibilidade de contratação de gestão integrada de serviços com gerenciamento (Gestão de *Facilities*), pode ser considerada como eficiente pelo critério de Kaldor-Hicks.

## 5.2. Custos de transação na contratação pública de Gestão de *Facilities*

A contratação de Gestão de Ocupação de Prédios Públicos, prevista pela Lei nº 14.011/2020, consiste na reunião de vários serviços de manutenção e conservação predial e outros relacionados, com possibilidade de inclusão de gerenciamento, bem como de insumos e equipamentos, além da inovadora possibilidade de inclusão de obras para adequação. Por ser um contrato de grande complexidade, em comparação às múltiplas contratações por frente de serviço, apresentará maiores custos de transação *ex ante*, devido à necessidade de capacitação, estudo e dedicação de servidores para as atividades de planejamento, definição da modelagem e elaboração de termo de referência. Os quantitativos de insumos deverão ser estimados e todos os equipamentos necessários deverão ser listados. No entanto, desde que a fase pré-contratual seja cumprida de forma adequada, espera-se que haja redução dos custos de transação *ex post*, principalmente porque o contrato será único e as negociações serão realizadas com uma só empresa, principal responsável pelo contrato. Além disso, a previsão no contrato de disponibilização de equipamentos e insumos pela contratada reduzirão os custos de transação referentes a processos de aquisição pela Administração Pública que nem sempre apresentam a celeridade necessária.

Em adição, a contratação de Gestão de *Facilities* pela Administração Pública resultará em redução substantiva do número de licitações e de contratos relativos à manutenção e conservação predial, permitindo a diminuição do número de servidores que desempenham atividades meio nas instituições. A redução do aparato administrativo capacitado e permanente destinado ao processo de contratação pública também pode ser considerado como redução dos custos de transação, segundo Dias<sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup> DIAS, M. T. F. Análise Econômica do Direito nas contratações públicas: estudo de casos da legislação e experiência brasileira. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE COMPRAS PÚBLICAS: PARA UM CRESCIMENTO DA ECONOMIA ASSENTE NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL, INTELIGENTE E INOVADORA, 2., 16-18 nov. 2016, Luanda. *Anais* [...]. Braga: NEDIP, 2016. Disponível em: [https://www.up.edu.pe/UP\\_Landing/alcacde2017/papers/50-Law-economics-public-contracts.pdf](https://www.up.edu.pe/UP_Landing/alcacde2017/papers/50-Law-economics-public-contracts.pdf). Acesso em: 10 set. 2021

No entanto, a contratação pública de serviços pela Administração Pública, através de procedimento licitatório do tipo pregão eletrônico, apresenta características que podem gerar ineficiências, cujos efeitos resultam em aumento dos custos de transação. No caso de contratação de Gestão de *Facilities*, por se tratar de contrato de serviços mais complexos, os problemas decorrentes dessas ineficiências podem ganhar maiores proporções e implicar em perdas que comprometam a eficiência almejada com a adoção do modelo. No próximo item, será feita uma discussão sobre esses problemas e seus efeitos sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito (AED).

### 5.3. Principais problemas das contratações públicas de Gestão de Facilities sob a perspectiva da AED

A partir das informações obtidas na pesquisa bibliográfica referentes aos principais problemas na contratação pública de serviços e, especificamente, de Gestão de *Facilities* e das ferramentas fornecidas pela Análise Econômica do Direito aplicada a contratos, buscou-se neste estudo estabelecer relações entre as situações práticas e o conhecimento teórico, a fim de se obter aprofundamento sobre o tema.

Destacou-se para o estudo os seguintes problemas para a adoção de Gestão de *Facilities* pela Administração Pública: inclusão de obras em contratos de serviços contínuos; dificuldade para a definição do objeto<sup>62</sup>; restrição à competitividade na licitação<sup>63</sup>; contratos celebrados por valor muito abaixo do referencial<sup>64</sup>; e má qualidade na prestação dos serviços<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> CREPALDI, Ricardo. Painel 1 – Gestão de facilities na prática. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. *Anais* [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022; FORTINI, Cristiane; OLIVEIRA, Rafael Sérgio. A Lei nº 14.011/2020 e a contratação de facilities pela administração pública. 27 de julho de 2020. *InfraFM*, São Paulo, 27 jul. 2020. Disponível em: <https://infrafm.com.br/Textos/1/21095/A-Lei-n-140112020-e-a-contratacao-de-facilities-pela-administracao-publica>. Acesso em: 12 jun. 2021; OLIVEIRA, Léa Marques. Contratação de Facilities: experiências e aprendizados. Painel 2 – Perspectiva jurídica e de controle. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. *Anais* [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022.

<sup>63</sup> CREPALDI, Ricardo. *Op. cit.*; OLIVEIRA, Léa Marques. *Op. cit.*

<sup>64</sup> FERREIRA, Cristiane; VASCONCELOS, Marco. A eficácia da prestação de serviços contínuos licitados pela modalidade pregão contratados pelo menor preço. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CUSTOS, 21., 17-19 nov. 2014, Natal. *Anais* [...]. São Leopoldo: Associação Brasileira de Custos, 2014. Disponível em: <https://anaiscbc.emnuvens.com.br/anais/article/view/3767/3768>. Acesso em: 12 dez. 2021; OLIVEIRA, Jacqueline do Socorro Neri Rodrigues; LOBÃO, Fernando Peixoto Fernandes de. A utilização da Análise Econômica do Direito como ferramenta para o aperfeiçoamento do regime de contratações públicas brasileiro. Cap. 7. In: VASCONCELOS, A. W. S. (org.). *Cidadania, poder e desenvolvimento no estado democrático de direito* 3. Ponta Grossa: Atena, 2020, p. 88-103. Disponível em: <https://www.atenaeditora.com.br/post-artigo/39807>. Acesso em: 20 dez. 2021.

<sup>65</sup> CREPALDI, Ricardo. *Op. cit.*; MAGALHÃES, Felipe Pinheiro. Contratação de Facilities: experiências e aprendizados. Painel 1 – Gestão de facilities na prática. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA

Foram utilizados para a discussão os efeitos estudados pela Análise Econômica do Direito que podem comprometer a eficiência do processo: custos de transação, seleção adversa da parte contratante, risco moral (*moral hazard*) e Administração refém (*hold up*)<sup>66</sup>. Também foram utilizados na discussão os conceitos de racionalidade limitada, assimetria informacional, oportunismo e incompletude contratual.

No Quadro 1 a discussão foi resumida, destacando-se os efeitos dos problemas das contratações públicas de Gestão de Facilities sob a perspectiva da AED, bem como as salvaguardas contratuais identificadas na pesquisa bibliográfica.

### Quadro 1 – Efeitos dos problemas das contratações públicas sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito e indicação de salvaguardas contratuais para redução das ineficiências

<b>Problemas na contratação pública de Gestão de Facilities</b>	<b>Efeitos dos problemas das contratações públicas sob a perspectiva da AED</b>	<b>Salvaguardas contratuais que podem reduzir as ineficiências</b>
Inclusão de obras	Administração refém ( <i>hold up</i> )	Claúsula contratual com definição para o pagamento do valor da obra restante em caso de rescisão contratual antecipada.
Dificuldade para a definição do objeto de contratação	Seleção adversa	Instrumentos para acompanhamento, controle e acesso de dados para adequações na execução contratual e para utilização na próxima contratação.
Restrição da competitividade	Seleção adversa	Permissão de subcontratação/consórcios.
Contratos celebrados por valor inexecutável	Seleção adversa	Exigência de apresentação no Edital de planilha detalhada de composição de preços.
Má qualidade na prestação dos serviços	Risco moral	Instrumentos para fiscalização e monitoramento.

Fonte: Elaborado pela autora com base nos resultados do trabalho.

PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. *Anais* [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022; OLIVEIRA, Léa Marques. *Op. cit.*; ZAGATTO, Thiago Anderson. Inovação nos serviços de limpeza na administração pública – idealismo ou necessidade? *Revista do Tribunal*, n. 133, 2015, p. 88-95. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1309>. Acesso em: 10 jan. 2022.

<sup>66</sup> NOBREGA, Marcos. Análise econômica do Direito Administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 404-416.

### 5.3.1. Inclusão de obras no contrato de Gestão de Facilities

Por se tratar de uma inovação da Lei nº 14.011/2020, a inclusão de obras no contrato de Gestão de Facilities constitui um desafio, visto que a necessidade da diluição do valor investido pela contratada em parcelas mensais poderá estender a vigência do contrato por até 20 anos. No caso, uma rescisão antecipada do contrato poderia gerar complicações quanto ao pagamento do valor restante referente à execução da obra. Essa situação, se não for adequadamente definida, poderá levar à ocorrência do efeito Administração refém (*hold up*), em que uma das partes se torna refém da outra e, por isso, precisa se submeter às condições a ela impostas, já que teria grandes perdas com o rompimento contratual.

### 5.3.2. Dificuldades para a definição do objeto de contratação e manutenção de histórico de dados

Por se tratar da implantação de nova modelagem de gestão de serviços para ocupação de prédios públicos, a Administração Pública ainda não tem a experiência do setor privado, principalmente verificada nas grandes empresas. Além disso, como pontua Crepaldi, muitos órgãos públicos não mantêm um histórico de dados referentes à manutenção do prédio, o que dificulta a definição por parte dos agentes da modelagem adequada às reais necessidades<sup>67</sup>. Aliada à escassez de informações, a falta de capacitação em Gestão de Facilities reduz a capacidade dos agentes, que já é limitada (racionalidade limitada), gerando contratos incompletos (incompletude contratual), que, por apresentarem falhas, favorecem atitudes oportunistas por parte dos licitantes. As empresas do mercado que trabalham com Gestão de Facilities têm muito mais informações que a contratante (assimetria de informação) e podem usar o conhecimento das lacunas do edital como vantagem para obterem maiores rendas (oportunistismo), o que pode resultar na seleção adversa por parte da contratante.

Uma vez estabelecido o contrato, Crepaldi destaca a importância da construção/organização de uma base de dados a partir de relatórios periódicos a serem disponibilizados pela contratada ao longo da execução contratual, que fornecerão as informações para as adequações durante a execução contratual (revisão de metas, por exemplo) e para as próximas contratações<sup>68</sup>.

### 5.3.3. Restrição à competitividade na licitação

A reunião de vários serviços em um único contrato pode reduzir a competitividade no certame, principalmente quando inclui os serviços mais complexos (*hard*

<sup>67</sup> CREPALDI, Ricardo. Painel 1 – Gestão de facilities na prática. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. *Anais* [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022.

<sup>68</sup> CREPALDI, Ricardo. *Op. cit.*

services). Outras exigências específicas quanto à qualificação técnica e econômica também podem ser fatores limitantes para a participação de empresas menores no pregão eletrônico. A diminuição da competitividade, traduzida como número reduzido de participantes em uma licitação, é fator preocupante, uma vez que pode resultar em contratações celebradas por valor superior ao que seria obtido em ambiente de ampla concorrência.

De acordo com a orientação dada pelo Acórdão TCU nº 10.264/2018 – 2ª Câmara, a ampliação da competitividade, através da previsão de consórcios e/ou subcontratação nos editais para a contratação de Gestão de Facilities, é fator determinante quanto à garantia da legalidade do certame<sup>69</sup>. Lea Marques de Oliveira destaca que essa exigência é necessária visto que há muitas empresas no mercado que trabalham de forma isolada com cada item de serviços<sup>70</sup>. Além disso, as exigências quanto à qualificação técnica e econômica das empresas, necessárias para a seleção de empresas que apresentem melhor desempenho no mercado, também podem restringir a competitividade, caso não haja previsão de consórcios expressa no edital de contratação, com divisão de responsabilidades entre as empresas consorciadas<sup>71</sup>. Em situações específicas, como em cidades menores e mais afastadas de grandes centros, a inclusão no edital de exigências quanto à qualificação técnica e econômica das empresas sem a previsão de possibilidade de subcontratação e/ou consórcio pode ter como consequência licitação fracassada, situação prejudicial à Administração Pública em que ocorre aumento de custos de transação.

#### 5.3.4. Valor da contratação muito abaixo do estimado

A Gestão de Facilities, na modelagem em que não há inclusão de obras, é serviço considerado comum e, portanto, a contratação ocorre via pregão eletrônico. Nessa modalidade de licitação, também chamada de leilão reverso, os licitantes ofertam lances dentro de um período de tempo e a vencedora do certame será aquela que der o lance de menor valor, desde que sua proposta não seja desclassificada.

<sup>69</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 10.264/2018**. 2ª Câmara. Relatora: Ministra Ana Arraes. Sessão de 23/10/2018. Brasília, DF: TCU, 2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/10264%252F2018/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUACORDAOINT%2520desc/0%2520>. Acesso em: 4 jan. 2022.

<sup>70</sup> OLIVEIRA, Léa Marques. Contratação de Facilities: experiências e aprendizados. Painel 2 – Perspectiva jurídica e de controle. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. **Anais** [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022.

<sup>71</sup> CREPALDI, Ricardo. Painel 1 – Gestão de facilities na prática. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. **Anais** [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022.

Existem casos em que o valor da proposta vencedora na etapa de lances encontra-se muito abaixo do valor referencial, obtido pela Administração Pública na fase anterior à publicação do edital.

Quando isso acontece, cabem as três situações a seguir: o valor orçado pela Administração foi superestimado; a licitante dispõe de situação que justifica redução nos seus custos; ou a licitante apresentou proposta cujo valor será insuficiente para a adequada execução contratual. Nos dois primeiros casos, não haverá prejuízo para a Administração; entretanto, se a situação for o subdimensionamento dos custos na elaboração da proposta apresentada pela contratada, os prejuízos deverão ocorrer ao longo da execução contratual, uma vez que, diante da necessidade de garantir seu lucro, a contratada poderá reduzir seus custos sem o comprometimento com a manutenção da qualidade da prestação dos serviços.

Se considerarmos uma situação hipotética em que a empresa diminuiu o valor da sua proposta para vencer o certame, mesmo sabendo que o valor não seria suficiente para atender às exigências contidas no edital, e que a Administração aceitou como exequível a proposta ofertada, por não ter conhecimento dos custos pertinentes à atividade desempenhada pela empresa (racionalidade limitada), temos a assimetria de informação entre os dois polos da contratação. Na fase de execução contratual, a empresa contratada utilizará o comportamento oportunista para garantir o lucro, deixando de cumprir obrigações contratuais e reduzindo a qualidade da prestação de serviços. Dessa forma, a assimetria de informação resultará na seleção adversa por parte da contratante, em que o sistema de escolha ficou restrito ao menor preço, mas não selecionou a proposta mais vantajosa para a Administração.

Isso levará ao aumento dos custos de transação *ex post* por parte da Administração, que, além de aplicar as penalidades previstas, não poderá prorrogar o contrato ou, ainda, deverá pedir sua rescisão antecipada.

Uma possível solução para esse problema seria constar no edital a exigência de apresentação da planilha de composição de preços detalhada, com a descrição de todos os custos, a ser entregue juntamente com a proposta. A equipe do pregão, por sua vez, precisa estar qualificada para identificar subdimensionamentos de custos e, a partir da constatação, sentir-se segura para a desclassificação da proposta.

### 5.3.5. *Má qualidade na prestação dos serviços*

A qualidade da prestação dos serviços contínuos relacionados à manutenção e conservação predial pode ter grande impacto na produtividade dos setores que trabalham com as atividades finalísticas da organização. Um ambiente adequado para o desenvolvimento do trabalho, higienizado e em pleno funcionamento, é fundamental para as interações entre os servidores, para o desenvolvimento de suas potencialidades, e satisfação dos usuários que utilizam o espaço para obtenção dos serviços públicos de que necessitam.

Desta forma, a reunião de todos os serviços em um único contrato pode resultar em muitos prejuízos, caso a contratada não apresente desempenho adequado, uma vez que no modelo Gestão de Facilities com gerenciamento, um desempenho sofrível da contratada terá impacto não só em único serviço, mas provavelmente em vários, senão todos<sup>72</sup>.

A má qualidade da prestação dos serviços pode ser resultante de um comportamento denominado efeito de risco moral (*moral hazard*), em que uma empresa começa a executar um contrato de forma adequada, mas em função de comportamento oportunista vai baixando a qualidade dos insumos, com o objetivo de reduzir seus custos e aumentar seus lucros<sup>73</sup>.

Caso ocorra deficiência na fiscalização do contrato, essa informação privilegiada da contratada poderá resultar em diminuição progressiva da qualidade na execução dos serviços em função de aumento do risco moral<sup>74</sup>. Em uma próxima licitação do mesmo órgão para o mesmo objeto, a empresa que detém a informação privilegiada sobre a fiscalização deficiente utilizará dessa assimetria de informação em relação aos demais contratantes para garantir a oferta de proposta de menor valor, o que resultará em provável seleção adversa por parte da contratante.

Para a redução do problema é necessário que o setor público passe a focar nos resultados ao invés de se debruçar nas especificações e procedimentos<sup>75</sup>, sendo

---

<sup>72</sup> OLIVEIRA, Léa Marques. Contratação de Facilities: experiências e aprendizados. Painel 2 – Perspectiva jurídica e de controle. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. *Anais* [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022.

<sup>73</sup> NOBREGA, Marcos. Análise econômica do Direito Administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 404-416.

<sup>74</sup> OLIVEIRA, Jacqueline do Socorro Neri Rodrigues; LOBÃO, Fernando Peixoto Fernandes de. A utilização da Análise Econômica do Direito como ferramenta para o aperfeiçoamento do regime de contratações públicas brasileiro. Cap. 7. In: VASCONCELOS, A. W. S. (org.). **Cidadania, poder e desenvolvimento no estado democrático de direito 3**. Ponta Grossa: Atena, 2020, p. 88-103. Disponível em: <https://www.atenaeditora.com.br/post-artigo/39807>. Acesso em: 20 dez. 2021.

<sup>75</sup> CREPALDI, Ricardo. Painel 1 – Gestão de facilities na prática. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. *Anais* [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022; MAGALHÃES, Felipe Pinheiro. Contratação de Facilities: experiências e aprendizados. Painel 1 – Gestão de facilities na prática. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. *Anais* [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022; OLIVEIRA, Léa Marques. Contratação de Facilities: experiências e aprendizados. Painel 2 – Perspectiva jurídica e de controle. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. *Anais* [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022.

importante incluir nos contratos indicadores e metas associadas para o pagamento, de acordo com a qualidade da prestação dos serviços<sup>76</sup>.

#### 5.4. Classificação dos editais de Gestão de Facilities da Administração Direta do Estado de São Paulo

Como descrito na Metodologia deste trabalho, foi realizada uma busca no site da BEC, tendo sido encontrados cinco editais destinados à contratação de Gestão de Facilities no recorte temporal de 1 ano e 9 meses: janeiro de 2020 a setembro de 2021.

Uma possibilidade para o número reduzido de editais para a contratação de Gestão de Facilities pela Administração Direta do Estado de São Paulo é que, embora o modelo já fosse admitido para o setor público nos acórdãos (Acórdão nº 1.214/2013 – TCU – Plenário, Acórdãos nº 929/2017 – Plenário e nº 10.264/2018 – 2ª Câmara), somente com a publicação da Lei nº 14.011/2020 houve segurança jurídica para que os gestores optassem pelo modelo de contratação<sup>77</sup>.

Com o objetivo de verificar a presença de salvaguardas contratuais para a redução das ineficiências do processo, identificadas no item 5.3 deste trabalho, os editais foram classificados de acordo com os critérios: 1. Complexidade do modelo adotado para a contratação. 2. Instrumentos para acompanhamento, controle e acesso de dados de gerenciamento. 3. Instrumentos que garantam o pagamento por resultado. 4. Inclusão da permissão para subcontratação/consórcio. 5. Exigência de apresentação de planilha detalhada da especificação dos custos/composição de preços.

Critério 1. Complexidade do modelo adotado para a contratação. Para a classificação quanto à complexidade do modelo, foram atribuídos conceitos às possibilidades de contratação estabelecidas pela Lei nº 14.011/2020 (art. 7º): “baixa” para aglutinação de serviços (limpeza predial, recepção, portaria e outros) em um único contrato sem contratação de gerenciamento; “média” para a contratação de serviços de facilities de baixa e alta complexidade (“soft” e “hard services”) com gerenciamento (Gestão de Facilities); “alta” para a contratação de Gestão de Facilities, com inclusão de materiais/equipamentos/insumos para reposição e “máxima” para a contratação de

<sup>76</sup> MAGALHÃES, Felipe Pinheiro. Contratação de Facilities: experiências e aprendizados. Paine 1 – Gestão de facilities na prática. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. *Anais* [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022; RESENDE FILHO, Evaldo. Contratação de Facilities: experiências e aprendizados. Paine 1 – Gestão de facilities na prática. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. *Anais* [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022.

<sup>77</sup> FORTINI, Cristiane; OLIVEIRA, Rafael Sérgio. A Lei nº 14.011/2020 e a contratação de facilities pela administração pública. 27 de julho de 2020. *InfraFM*, São Paulo, 27 jul. 2020. Disponível em: <https://infrafm.com.br/Textos/1/21095/A-Lei-n-140112020-e-a-contratacao-de-facilities-pela-administracao-publica>. Acesso em: 12 jun. 2021.

Gestão de *Facilities*, com inclusão de materiais/equipamentos/insumos para reposição e contratação de obras para adequação ao modelo.

Esse critério, isoladamente, não nos fornece informações sobre ineficiências, uma vez que a definição da modelagem é discricionária ao gestor público, devendo ser motivada e justificada no processo. No entanto, é importante a classificação quanto a esse critério em função de uma relação direta entre a complexidade da contratação e as possibilidades de ocorrência de ineficiências, sendo necessário planejamento ainda mais cuidadoso nas contratações mais complexas para evitar/reduzir as incompletudes contratuais.

A complexidade do modelo adotado para a Gestão de *Facilities* pelos órgãos estudados foi considerada “média” em três dos cinco editais analisados, pois incluíram o gerenciamento, além da reunião de vários serviços. Em um edital, a contratação foi considerada de média/alta complexidade, pois incluiu alguns insumos como material de higiene, café, açúcar e outros no contrato de Gestão de *Facilities*. Somente um edital trouxe a previsão de fornecimento de insumos e equipamentos, o que proporciona uma maior agilidade ao processo, recebendo a classificação “alta” para a complexidade da contratação.

Como são projetos pilotos, é possível que em próximas contratações, haja previsão para esse aprimoramento do modelo adotado: inclusão de materiais, equipamentos e insumos, já que a implantação do modelo de Gestão de *Facilities* proporciona o melhor acompanhamento e acesso a dados para a estimativa de consumo.

Critério 2. Instrumentos para acompanhamento, controle e acesso de dados de gerenciamento. Para a classificação quanto à presença/ausência de mecanismos para acompanhamento, controle e acesso de dados de gerenciamento, considerou-se a previsão nos editais da exigência de apresentação periódica por parte da contratada de relatórios, cópia de banco de dados ou disponibilização de *software* que permita o acesso pela contratante aos dados de gerenciamento, consumo de insumos e outros.

Apenas um edital não previu a entrega periódica de dados pela contratante. Em dois editais foi incluída a contratação de “*software*” de gerenciamento para o envio de dados, o que garante disponibilização das informações pela contratada assim que o sistema é alimentado, sem a necessidade de aguardar a emissão de relatórios.

Critério 3. Instrumentos que garantam o pagamento por resultado. Para a classificação quanto à presença/ausência de mecanismos para pagamento por resultado, considerou-se a inclusão nos editais de possibilidades de aplicação de glosas não apenas para o serviço não prestado, mas também para o serviço prestado com qualidade inferior à almejada: Acordo de Nível de Serviço (ANS); Índice de Medição de Resultados (IMR); e outros, com indicadores de qualidade/resultados.

Esse critério foi identificado na revisão bibliográfica como determinante para garantir a adequada prestação dos serviços e para reduzir os custos de transação caso a qualidade não esteja dentro de parâmetros aceitáveis. O desconto (glosa) mensal, definido no edital, dá celeridade ao gestor do contrato que tem um instrumento

imediatamente para corrigir deficiências. Caso o desconto não esteja previsto no edital, restará ao gestor do contrato propor sanções à contratada, incorrendo em maiores custos de transação.

Dos cinco editais selecionados, três apresentam a possibilidade de pagamento em função da qualidade da prestação dos serviços, sendo que em dois deles são citados indicadores de desempenho com metas pré-determinadas. Em dois editais não constam os instrumentos para o pagamento em função dos resultados, ainda que em um deles exista a menção do procedimento no edital.

Critério 4. Inclusão da permissão para subcontratação/consórcio. De acordo com a orientação dada pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 10.264/2018 – 2ª Câmara, em licitações de serviços diversos em contrato único, a possibilidade de subcontratação e estabelecimento de consórcios para a contratação de Gestão de *Facilities* é fundamental para amenizar a restrição à concorrência decorrente da junção de inúmeros serviços em um único objeto<sup>78</sup>.

Caso sejam incluídas exigências de qualificação técnica e econômica mais específicas, a inclusão expressa no edital de permissão para consórcio é necessária, de forma que empresas menores possam se agrupar para atender às exigências do edital.

Todos os editais selecionados apresentam previsão de subcontratação e/ou consórcio em percentuais que dependem do modelo de contratação adotado, bem como do nível de complexidade dos serviços reunidos. A presença desse item em todos os editais mostra que as orientações do Tribunal de Contas da União foram seguidas, garantindo-se a competitividade e ampla participação das empresas na contratação direta ou indiretamente.

Critério 5. Exigência de apresentação de planilha detalhada da especificação dos custos/composição de preços. A solicitação da planilha detalhada de composição de preços que justifica a proposta apresentada pela licitante não é obrigatória, porém é instrumento fundamental para que o pregoeiro tenha a segurança requerida para a desclassificação de proposta que apresenta valor muito abaixo do referencial. Considerar uma proposta como inexecutable baseado apenas no percentual de redução diante do valor estimado pela Administração Pública pode ser considerado subjetivo, já que não permite que a licitante apresente de forma clara seus custos. Além disso, sempre há a possibilidade de o preço referencial estar acima dos valores praticados no mercado. A apresentação da planilha com todos os custos da licitante e do lucro e sua análise criteriosa pela Administração é instrumento que possibilita critério objetivo para desclassificação de propostas com subdimensionamentos não justificados.

Dos cinco editais selecionados, três incluíram de forma expressa a exigência de apresentação de planilha de composição de custos/preços, sendo oferecido

---

<sup>78</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 10.264/2018**. 2ª Câmara. Relatora: Ministra Ana Arraes. Sessão de 23/10/2018. Brasília, DF: TCU, 2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/10264%252F2018/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 4 jan. 2022.

inclusive um modelo para utilização das licitantes. Nos outros dois editais, embora não houvesse a exigência, havia a possibilidade de solicitação para fins de aceitabilidade da proposta. No entanto, após consulta da ata do pregão eletrônico, verificou-se que a planilha de composição de custos/preços não foi solicitada.

A classificação dos editais quanto aos critérios mencionados anteriormente foi resumida no Quadro 2.

## Quadro 2 – Classificação dos editais de contratação de Gestão de Facilities quanto à presença de mecanismos para redução de ineficiências

Oferta de compra	UC	Complexidade do modelo	Instrumentos para fiscalização/ controle	Mecanismos para pagamento por resultados	Permissão para subcontratação/ consórcio	Exigência expressa no edital de apresentação da planilha de composição de preços
0300300000 120190C00140	FED-TRIBUNAL DE JUSTIÇA	Média	Software de gerenciamento com envio mensal de relatórios.	Avaliação da qualidade dos serviços e indicadores de desempenho.	Presente – consórcio, subcontratação	Presente (Anexo I-D do Edital)
0923010905720210C00633	H. CLÍNICAS, SAO PAULO	Alta	Software de gerenciamento	Avaliação da qualidade dos serviços e indicadores de desempenho.	Presente – consórcio e subcontratação	Presente (modelo no Edital)
1300330000 120200C00064	FED- ADM. COORD. DEFESA AGROPECUARIA	Média	Envio mensal de relatórios	Não consta, embora previsto pagamento por resultado no edital.	Presente – subcontratação	Presente (Anexo II.1 do Edital)
2901180000 120210C00040	SUBSECR. CONVÊNIOS COM MUNIC. N. GOVERNAMENTAIS	Média/Alta	Não consta	Não consta.	Presente – subcontratação	Ausente – planilha detalhada de composição de custos não foi solicitada.
102105105 820180C00079	USP- FACULDADE DE MEDICINA	Média	Software de gerenciamento com envio mensal de relatórios	Avaliação da qualidade dos serviços e indicadores de desempenho (ANS).	Presente – subcontratação	Ausente – planilha detalhada de composição de custos não foi solicitada.

Fonte: Elaborado pela autora com base nos resultados do trabalho.

A partir da classificação realizada, verificou-se que os editais para a contratação de Gestão de Facilities pela Administração Direta do Estado de São Paulo ainda estão em fase de experimentação, considerando que as contratações surgiram como projetos pilotos. Dos cinco editais selecionados, destaca-se o do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que apresentou todos os itens cuja presença foi considerada

importante no decorrer deste estudo para reduzir possíveis ineficiências, o que indica que a equipe responsável pela preparação do edital teve grande dedicação à etapa de planejamento da contratação. Dois dos editais selecionados apresentam incompletude contratual significativa que podem gerar ineficiências e resultar em rescisão antecipada ou não prorrogação do contrato, e conseqüentemente, aumento dos custos de transação.

## 6. CONCLUSÃO

1. A contratação de serviços de gestão integrada para ocupação de prédios públicos (Gestão de *Facilities*), que consta do art. 7º da Lei nº 14.011/2020, pode ser considerada como eficiente, utilizando-se o conceito de Kaldor-Hicks.
2. A adoção do modelo de Gestão de *Facilities* pela Administração Pública reduz custos de transação *ex ante* (redução do número de processos de contratação) e *ex post* (negociações pós-contratuais realizadas com uma única contratada).
3. A aplicação das ferramentas da Análise Econômica do Direito à contratação pública de Gestão de *Facilities* permitiu a previsão de conseqüências que as ineficiências podem gerar.
4. A contratação de Gestão de *Facilities* pela Administração Direta do Estado de São Paulo está na fase inicial, tendo sido localizados na Bolsa Eletrônica de Compras (BEC) apenas cinco editais publicados.
5. A inclusão de salvaguardas no contrato (fase pré-contratual) é essencial para minimizar problemas na fase pós-contratual.
6. É necessário mudar a cultura de contratação de serviços contínuos, que deverá migrar de uma contratação por especificação para uma contratação por resultados, em que o pagamento só deverá ser feito mediante Acordo de Nível de Serviços (ANS), com estabelecimento de metas a serem cumpridas.
7. Este trabalho apresenta limitações devido à escassez de informações sobre Gestão de *Facilities* no setor público brasileiro, mas poderá ser o ponto de partida para futuros estudos que se aprofundem no tema.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Ana Maria da Silva; JERÔNIMO, Taciana de Barros; RAMOS, Patrícia Tatiana Ferreira; SANTOS, Juliana Karla Rodrigues de Souza. A gestão de facilities na manutenção de uma instituição pública. **Revista Gestão Industrial**, Ponta Grossa, v. 16, n. 3, p. 129-146, jul./set. 2020. Disponível em: <https://periodicos.utfpr.edu.br/revistagi/article/view/8968/7901>. Acesso em: 1 out. 2021.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. **Instrução Federal Normativa nº 5/2017, de 26 de maio de 2017**. Dispõe sobre as regras e diretrizes

do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, DF: Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-5-de-26-de-maio-de-2017-Atualizada>. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 14.011, de 10 de junho de 2020**. Conversão da Medida Provisória nº 915 de 2019. Aprimora os procedimentos de gestão e alienação dos imóveis da União; altera as Leis nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, nº 9.636, de 15 de maio de 1998, nº 13.240, de 30 de dezembro de 2015, nº 13.259, de 16 de março de 2016, e nº 10.204, de 22 de fevereiro de 2001, e o Decreto-Lei nº 2.398, de 21 de dezembro de 1987; revoga dispositivos das Leis nº 9.702, de 17 de novembro de 1998, nº 11.481, de 31 de maio de 2007, e nº 13.874, de 20 de setembro de 2019; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L14011.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14011.htm). Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 929/2017**. Plenário. Relator: Ministro José Mucio Monteiro. Sessão de 10/5/2017. Brasília, DF: TCU, 2017. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-2258409/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-2258409/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse). Acesso em: 4 jan. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1214/2013**. Plenário. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Sessão de 22/05/2017. Brasília, DF: TCU, 2013. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo\\*/NUMACORDAO%253A1214%2520ANOACORDAO%253A2013%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A1214%2520ANOACORDAO%253A2013%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0). Acesso em: 30 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 9.750/2016**. Plenário. Relator: Ana Arraes. Sessão de 23/08/2017. Brasília, DF: TCU, 2016. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo\\*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2098330/NUMACORDAOINT%20asc/0](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2098330/NUMACORDAOINT%20asc/0). Acesso em: 30 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 10.264/2018**. 2ª Câmara. Relatora: Ministra Ana Arraes. Sessão de 23/10/2018. Brasília, DF: TCU, 2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/10264%252F2018%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 4 jan. 2022.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CREPALDI, Ricardo. Painel 1 – Gestão de facilities na prática. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. **Anais [...]**. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022.

CRUZ, Márcio Motta Lima da. Efeitos das exigências do Acórdão TCU-Plenário nº 1.214/2013 nas licitações realizadas pelo Tribunal de Contas da União. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4579, 14 jan. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45725/efeitos-das-exigencias-do-acordao-tcu-plenario-n-1214-2013-nas-licitacoes-realizadas-pelo-tribunal-de-contas-da-uniao>. Acesso em: 15 jan. 2022.

DIAS, M. T. F. Análise Econômica do Direito nas contratações públicas: estudo de casos da legislação e experiência brasileira. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE COMPRAS PÚBLICAS: PARA UM CRESCIMENTO DA ECONOMIA ASSENTE NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL, INTELIGENTE E INOVADORA, 2., 16-18 nov. 2016, Luanda. **Anais [...]**. Braga: NEDIP, 2016. Disponível em: [https://www.up.edu.pe/UP\\_Landing/alacde2017/papers/50-Law-economics-public-contracts.pdf](https://www.up.edu.pe/UP_Landing/alacde2017/papers/50-Law-economics-public-contracts.pdf). Acesso em: 10 set. 2021.

FARIA, Evandro Rodrigues de; FERREIRA, Marco Aurélio Marques; GONÇALVES, Márcio Augusto. Avaliação dos riscos do pregão eletrônico: uma abordagem pela Teoria da Nova Economia Institucional. **Revista de Ciências da Administração**, Santa Catarina, v. 15, n. 37, p. 211-227, dez. 2013. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=273530345016>. Acesso em: 22 nov. 2021.

FERREIRA, Cristiane; VASCONCELOS, Marco. A eficácia da prestação de serviços contínuos licitados pela modalidade pregão contratados pelo menor preço. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CUSTOS, 21., 17-19 nov. 2014, Natal. **Anais [...]**. São Leopoldo: Associação Brasileira de Custos, 2014. Disponível em: <https://anaiscbc.emnuvens.com.br/anais/article/view/3767/3768>. Acesso em: 12 dez. 2021.

FORTINI, Cristiane; OLIVEIRA, Rafael Sérgio. A Lei nº 14.011/2020 e a contratação de facilities pela administração pública. 27 de julho de 2020. **InfraFM**, São Paulo, 27 jul. 2020. Disponível em: <https://infrafm.com.br/Textos/1/21095/A-Lei-n-140112020-e-a-contratacao-de-facilities-pela-administracao-publica>. Acesso em: 12 jun. 2021.

GUIMARÃES, Ivana Maria Rozzo; GONÇALVES, Renato Erdmann. Introdução do modelo de facilidades na Administração Pública: estratégia para redução de custos e otimização de recursos. Painel 43/003: Ajuste Fiscal: Ações Inovadoras Para Redução Permanente de Gastos. In: CONGRESSO CONSAD DE GESTÃO PÚBLICA, 9., 8-10 jun. 2016, Brasília, DF. **Anais [...]**. Brasília, DF: Consad, 2016. Disponível em: <http://consad.org.br/wp-content/uploads/2016/06/Painel-43-03.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2021.

LIBÓRIO, Matheus Pereira; BERNARDES, Patrícia; EKEL, Petr; GICO JÚNIOR, Ivo. A abordagem da Análise Econômica do Direito em contratações públicas: uma revisão sistemática da literatura do Brasil. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, DF, v. 12, n. 2, p. 110-144, maio/ago. 2021. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/12054/pdf>. Acesso em: 3 jan. 2022.

MAGALHÃES, Felipe Pinheiro. Contratação de Facilities: experiências e aprendizados. Painel 1 – Gestão de facilities na prática. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA

PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. **Anais** [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022.

NOBREGA, Marcos. Análise econômica do Direito Administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 404-416.

OLIVEIRA, Jacqueline do Socorro Neri Rodrigues; LOBÃO, Fernando Peixoto Fernandes de. A utilização da Análise Econômica do Direito como ferramenta para o aperfeiçoamento do regime de contratações públicas brasileiro. Cap. 7. In: VASCONCELOS, A. W. S. (org.). **Cidadania, poder e desenvolvimento no estado democrático de direito 3**. Ponta Grossa: Atena, 2020, p. 88-103. Disponível em: <https://www.atenaeditora.com.br/post-artigo/39807>. Acesso em: 20 dez. 2021.

OLIVEIRA, Léa Marques. Contratação de Facilities: experiências e aprendizados. Pannel 2 – Perspectiva jurídica e de controle. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. **Anais** [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. Mais algumas notas sobre a contratação de facilities nos termos da Lei nº 14.020/2020. **Portal L&C Licitações e Contratos**, [s. l.], 15 nov. 2020. Disponível em: [http://www.licitacaocontrato.com.br/assets/artigos/artigo\\_download\\_73.pdf](http://www.licitacaocontrato.com.br/assets/artigos/artigo_download_73.pdf). Acesso em: 25 nov. 2021.

PADILHA, Angélica; ARAÚJO, Everton Coimbra de; SOUZA, José Paulo de. Influência das incertezas nas contratações públicas por intermédio do pregão eletrônico. **Revista Brasileira de Planejamento e Desenvolvimento**, Curitiba, v. 7, n. 1, p. 67-84, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://periodicos.utfrpr.edu.br/rbpd/article/view/7127>. Acesso em: 25 nov. 2021.

RESENDE FILHO, Evaldo. Contratação de Facilities: experiências e aprendizados. Pannel 1 – Gestão de facilities na prática. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. **Anais** [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em Direito & Economia**: micro, macro e desenvolvimento. Curitiba: Editora Virtual Gratuita – EVG, 2017. *E-book*. Disponível em: obra-completa-estudos-em-direito-economia.pdf. Acesso em: 8 jul. 2021.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia? In: TIMM, Luciano B. (org.). **Direito e Economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Disponível em: [https://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/16/](https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/16/). Acesso em: 5 jul. 2021.

TABAK, Benjamin, M. A análise econômica do direito: proposições legislativas e políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, n. 502, 2015, p. 321-345. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/509955>. Acesso em: 30 dez. 2021.

VERGARA, Sylvia Constant. **Projetos e relatórios de pesquisa em administração**. São Paulo: Atlas, 1997.

WEISE, Andreas Dittmar; SCHULTZ, Charles Albino; ROCHA, Rudimar Antunes da. Facility Management”: contextualização e desenvolvimento. **Latin American Real Estate Society (LARES)**, [s. l.], 2011, p. 543-738. Disponível em: <https://ideas.repec.org/p/lre/wpaper/lares-2011-543-738-1-rv.html>. Acesso em: 3 set. 2024.

WILLIAMSON, Oliver Eaton. **The Economic Institution Of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting**. New York: The Free Press, 1985. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3806114/mod\\_resource/content/1/Williamson.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3806114/mod_resource/content/1/Williamson.pdf). Acesso em: 15 dez. 2021.

ZAGATTO, Thiago Anderson. Inovação nos serviços de limpeza na administração pública – idealismo ou necessidade? **Revista do Tribunal**, n. 133, 2015, p. 88-95. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1309>. Acesso em: 10 jan. 2022.

# A NOTIFICAÇÃO ELETRÔNICA DO AUTO DE INFRAÇÃO DE TRÂNSITO: UMA ABORGADEM D&E DO § 1º DO ART. 284 DO CTB

*Electronic traffic infraction report: a D&E approach to the § 1º of art. 284 of the CTB*

Vanessa Faleiros da Cunha<sup>1</sup>

## SUMÁRIO

1. Introdução; 2. O sistema de notificação eletrônica; 2.1. Da adesão à notificação eletrônica; 2.2. Da notificação eletrônica e em papel; 3. Da análise do art. 284, § 1º do CTB; 4. Os benefícios, os custos e a eficiência da notificação eletrônica do auto de infração de trânsito; 5. Conclusão; Referências bibliográficas.

## RESUMO

Este trabalho de pesquisa aborda a análise econômica do direito do cidadão à notificação eletrônica do auto de infração de trânsito, disciplinado no § 1º do artigo 284 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB). O Sistema de Notificação Eletrônica não é obrigatório para o cidadão, portanto, este deve manifestar sua vontade por meio da adesão ao sistema, a fim de obter, além da comunicação eletrônica com a Administração Pública, o benefício econômico sobre o valor da penalidade de trânsito. Cabe ao cidadão analisar racionalmente o custo e o benefício da proposta oferecida pela lei para que possa fazer a melhor escolha, obtendo seu trade off. A penalidade de trânsito é dupla, portanto, a estratégia do jogador é fundamental. Elenca-se no trabalho os benefícios, os custos, especialmente a questão orçamentária, e a eficiência da notificação eletrônica do auto de infração, reconhecendo que a eficiência do serviço é alcançada quando se busca a sua qualidade.

**Palavras-chave:** Notificação eletrônica. Teoria dos Jogos. Benefício. Custo. Eficiência.

## ABSTRACT

This research work addresses the economic analysis of the citizen's right to electronic notification of traffic violation notice, regulated in § 1 of article 284 of the Brazilian Traffic Code. The Electronic Notification System is not mandatory for citizens, therefore, they must express their will by adhering to the system, in order to obtain, in addition to electronic communication with the Public Administration, the economic benefit on the value of the traffic penalty. Citizen must analyze rationally the cost and benefit of the proposal offered by the law so that they can make the best choice, obtaining their trade off. The traffic penalty is double, so the player's strategy is essential. The work lists the benefits, costs, especially the budgetary issue, and the efficiency of electronic notification of the infraction notice, recognizing that the efficiency of the service is achieved when its quality is sought.

**Keywords:** Electronic notification. Game theory. Benefit. Cost. Efficiency.

---

<sup>1</sup> Executiva Pública. Especialista em Direito & Economia pelo Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

## 1. INTRODUÇÃO

As inovações tecnológicas não estão restritas somente ao particular, mas é notório que atingem também a área pública, especialmente a Administração Pública em todos os seus órgãos e autarquias. Um exemplo é o Departamento Estadual de Trânsito (Detran/SP), que, na busca por aprimorar gradativamente a gestão gerencial, visa atingir eficiência e melhor qualidade nos serviços de trânsito que presta à sociedade, em oposição aos problemas da escassez dos recursos e diminuição de custos necessários cada vez mais.

Em decorrência do acesso à internet e dos movimentos de governo eletrônico ocorrido no mundo, o Brasil tornou-se signatário da Carta Ibero-americana de Governo Eletrônico, possibilitando à legislação interna, especialmente ao Código de Trânsito Brasileiro, aprimorar e instituir o Sistema de Notificação Eletrônica, em vigor desde 12 de abril de 2021, para o Sistema Nacional de Trânsito (SNT)<sup>2</sup>.

Dentre os órgãos e entidades do trânsito que compõem o Sistema Nacional de Trânsito, interessa para o trabalho o Departamento Nacional de Trânsito (Denatran), órgão pertencente à União, responsável por supervisionar, coordenar, controlar e fiscalizar a política do trânsito nos Detrans dos estados e do Distrito Federal, e o Detran/SP, transformado em autarquia pela Lei Complementar nº 1.195/2013, com personalidade jurídica de direito público e autonomia administrativa, financeira e patrimonial, tendo entre seus objetivos a realização de suas atividades com qualidade, eficiência e transparência, contribuindo para a defesa da vida e da cidadania.

Dos atos de comunicação administrativa que compõem o Sistema de Notificação Eletrônica (SNE), interessa ao trabalho a notificação eletrônica do auto de infração de trânsito, regulada no artigo 284, § 1º do Código de Trânsito Brasileiro, por atender aos critérios da análise econômica do direito.

O trabalho foi desenvolvido em três partes. No capítulo 2 se contextualiza a legislação do trânsito para a criação do Sistema de Notificação Eletrônica, cujo documento impulsionador foi a Carta Ibero-americana de Governo Eletrônico, assinada pelo Brasil em 2007, reconhecendo a existência do governo eletrônico e declarando o direito do cidadão de se relacionar eletronicamente com a Administração Pública, assegurando-lhe melhora na qualidade do serviço público.

A Lei nº 14.071/2020 alterou o Código de Trânsito Brasileiro para incluir o artigo 282-A, instituindo o Sistema de Notificação Eletrônica, também regulado pelas Resoluções do Conselho Nacional de Trânsito (Contran) nº 622/2016 e nº 636/2016 e a

---

<sup>2</sup> CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO. IX Conferência Ibero-Americana de Ministros da Administração Pública e Reforma do Estado. **Carta Ibero-Americana de Governo Eletrônico**. Pucón: CLAD, 2007. Disponível em: <https://segib.org/wp-content/uploads/CartaIberoamericanadeGobiernoElectronicoPort.pdf>. Acesso em: 21 maio 2021.

Deliberação nº 152, destacando que a adesão pelo cidadão ao referido Sistema é ato próprio, tornando-o agente proativo junto ao Detran/SP.

No capítulo 3, aborda-se a proposta apresentada no artigo 284, § 1º do Código de Trânsito Brasileiro, cujos benefícios e custos podem variar conforme a estratégia pessoal do jogador ante a situação fática no momento que recebe a notificação eletrônica do auto de infração de trânsito, pois a penalidade administrativa de trânsito não é apenas econômica, mas afeta também o direito de dirigir do cidadão por meio das pontuações na Carteira Nacional de Habilitação (CNH), levando-o a racionalização da melhor escolha.

Discorre-se, no capítulo 4, os benefícios e os custos da notificação eletrônica do auto de infração de trânsito sob o enfoque da eficiência que almeja melhorar a qualidade dos serviços, tornando a Autarquia mais gestora, transparente e acessível eletronicamente aos cidadãos, por meio das Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC).

No momento, entretanto, que o Estado se transformou no grande Estado social e econômico do século XX, assumindo um número crescente de serviços sociais — a educação, a saúde, a cultura, a previdência e a assistência social, a pesquisa científica — e de papéis econômicos — regulação do sistema econômico interno e das relações econômicas internacionais, estabilidade da moeda e do sistema financeiro, provisão de serviços públicos e de infraestrutura —, o problema da eficiência tornou-se essencial<sup>3</sup>.

Dentre os economistas, o trabalho aborda as ideias de Pareto, cujo ótimo de Pareto desencadeia na Economia do Bem-Estar; e de Haldor-Hicks, com a tese da compensação. A crítica a esses autores vem de Amartya Sen por defender a maximização da distribuição do Bem-Estar. Entre os contemporâneos, o trabalho traz Paulo Modesto, que, com fundamentos econômicos, entende a eficiência que é atingida quando o serviço possui qualidade<sup>4</sup>.

O trabalho contempla os critérios de atualidade e da análise econômica do direito e para sua elaboração utilizou-se da pesquisa bibliográfica, norteadas pela análise de textos normativos, levantamento de dados explicativos nos sites do Detran/SP, do Denatran e da Secretaria da Fazenda e Planejamento do Estado de São Paulo, fichamentos de leitura de teses, dissertações, monografias e demais publicações sobre o tema, com o objetivo de efetuar uma pesquisa descritiva e interpretativa.

---

<sup>3</sup> PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, vol. 47, n. 1, p. 7-40, jan./abr. 1996, p. 11. Disponível em: <https://revista.ensp.gov.br/index.php/RSP/article/view/702>. Acesso em: 31 maio 2021.

<sup>4</sup> MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, vol. 51, n. 2, p. 105-120, abr./jun. 2000. Disponível em: <https://revista.ensp.gov.br/index.php/RSP/article/view/328/334>. Acesso em: maio/junho 2021.

## 2. O SISTEMA DE NOTIFICAÇÃO ELETRÔNICA

As inovações tecnológicas, especialmente a partir da década de 1990, trouxeram mudanças na comunicação entre os cidadãos e a Administração Pública, tanto que, em 2007, foi elaborada e assinada pelo Brasil, a Carta Ibero-americana de Governo Eletrônico, aprovada pela IX Conferência Ibero-americana de Ministros da Administração Pública e Reforma do Estado, na qual se declarou o direito do cidadão de se relacionar com a Administração Pública de maneira eletrônica.

Um dos objetivos da Carta Ibero-americana é promover o desenvolvimento de TIC, com a finalidade de diminuir a exclusão social originária das desigualdades sociais, promovendo a inclusão e a igualdade de oportunidades para seus cidadãos, mediante a participação e o acompanhamento nas tomadas de decisões públicas, proporcionando melhoria na qualidade do serviço público com mais eficiência, eficácia, maior transparência e controle da corrupção<sup>5</sup>.

A intenção do documento não é fazer uso, simplesmente, das tecnologias inovadoras e disponíveis no mercado, mas alcançar as necessidades e contribuir para o desenvolvimento das sociedades, consolidando a governabilidade democrática. As TIC demandam uma reestrutura jurídica e institucional, em substituição do modelo burocrático, exigindo um comportamento proativo do gestor público e do cidadão, com foco nos resultados a longo prazo e que permita a Administração Pública antecipar as demandas e tendências sociais, com o auxílio das novas tecnologias<sup>6</sup>.

A Carta Ibero-americana traz uma nova reflexão sobre os conceitos de cidadão e da Administração Pública, compreendendo, o primeiro, como qualquer pessoa física ou jurídica que necessite se relacionar com a Administração Pública, estando esse dentro ou fora do território nacional, permitindo-lhe participação na tomada de decisão da coisa pública. Assim, cidadão não é somente aquele que está no território fixo de um país, mas é aquele capaz de se relacionar com o governo, independentemente do local em que se encontra no planeta.

O termo Administração Pública é entendido pela Carta como sinônimo de governo eletrônico, pois ambos, no uso das TIC, buscam melhorar as informações e os serviços prestados aos cidadãos, sendo regidos pelos princípios da igualdade, da legalidade, da conservação, da transparência e acessibilidade, da proporcionalidade, da responsabilidade e da adequação tecnológica.

<sup>5</sup> CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO. IX Conferência Ibero-Americana de Ministros da Administração Pública e Reforma do Estado. **Carta Ibero-Americana de Governo Eletrônico**. Pucón: CLAD, 2007. Disponível em: <https://segib.org/wp-content/uploads/CartaIberoamericanadeGobiernoElectronicoPort.pdf>. Acesso em: 21 maio. 2021.

<sup>6</sup> CARVALHO, Lucas Borges de. Governo digital e direito administrativo: entre a burocracia, a confiança e a inovação. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 279, n. 3, p. 115-148, 29 dez. 2020, p. 129. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82959/78898>. Acesso em: 2 jun. 2021.

Para implementação da Carta Ibero-americana de Governo Eletrônico, no âmbito da legislação de trânsito, no ano de 2014, o Contran emitiu a Resolução nº 488, para regular o artigo 282 do Código de Trânsito Brasileiro, definindo a caixa postal eletrônica oficial (e-CPO) como meio hábil para remessa das notificações.

Em 4 de maio de 2016, a Lei nº 13.281 incluiu no Código de Trânsito Brasileiro o artigo 282-A e o parágrafo primeiro do artigo 284, determinando que a notificação eletrônica seria possível, desde que o órgão ou entidade pública pertencente ao Sistema Nacional de Trânsito aderisse ao serviço eletrônico, permitindo, portanto, o acesso ao cidadão. Tratava-se de uma faculdade da Administração Pública e de uma dependência do cidadão a escolha pública para ter acesso ao serviço.

No dia 6 de setembro de 2016, a Resolução nº 622, alterada pela Deliberação nº 152, em 9 de novembro de 2016, ambas do Contran, revogou a Resolução nº 488/2014 e centralizou a remessa de postagem eletrônica dos entes do Sistema Nacional de Trânsito ao Departamento Nacional de Trânsito, por meio da instituição do Sistema de Notificação Eletrônica. No mesmo ano, em 30 de novembro, o Contran emitiu a Resolução nº 636, referendando a Deliberação nº 152 e alterando a Resolução nº 622, com o fim de aprimorar o Sistema de Notificação Eletrônica.

Em 13 de outubro de 2020, o Código de Trânsito Brasileiro sofreu novas alterações pela Lei nº 14.071, no artigo 282-A e no § 1º do artigo 284, tornando obrigatória a disponibilidade aos cidadãos do serviço de notificação eletrônica. Assim, o Sistema de Notificação Eletrônica vigora desde abril de 2021, constituindo uma comunicação virtual entre os órgãos de trânsito e os cidadãos para o envio e o recebimento de informações, comunicados e documentos em formato digital, sob a administração e o gerenciamento do Denatran, mediante adesão prévia dos órgãos autuadores das infrações de trânsito.

## **2.1. Da adesão à notificação eletrônica**

Para o Detran/SP, a adesão ao Sistema de Notificação Eletrônica é onerosa e obrigatória, sendo efetuada no site do Governo do Brasil ([www.gov.br/servicos/aderir-sne-sistema-de-notificacao-eletronica](http://www.gov.br/servicos/aderir-sne-sistema-de-notificacao-eletronica)). Para os cidadãos, a adesão é gratuita e facultativa, por meio dos sites do Detran/SP ([www.detran.sp.gov.br](http://www.detran.sp.gov.br)), e do Poupatempo ([www.poupatempo.sp.gov.br](http://www.poupatempo.sp.gov.br)).

Ao efetuar a adesão ao Sistema de Notificação Eletrônica, o cidadão deve estar ciente de que não receberá mais a notificação via papel. A Autarquia gerencia e disponibiliza o envio da notificação do auto de infração via papel e eletrônica, permitindo a escolha entre uma e outra, pois não são cumulativas as formas de notificação para o cidadão, ou seja, uma via exclui a outra.

A notificação eletrônica alcança todos os veículos cadastrados em nome do aderente/proprietário, mediante uso da base de dados do Registro Nacional de Veículos Automotores (Renavam), gerenciada pelo Denatran. É de responsabilidade do

cidadão atualizar o cadastro de propriedade dos veículos em seu nome, podendo incluir e excluir os veículos no seu cadastro, a qualquer tempo, de forma individualizada ou em lote.

O cidadão proprietário de veículos que não possui Carteira Nacional de Habilitação, como os portadores de necessidades especiais, que se utilizam de motorista para conduzir seu veículo, podem aderir ao Sistema de Notificação Eletrônica mediante o cadastro do veículo com o Renavam.

Observa-se que o condutor habilitado e não proprietário dos veículos não consegue efetuar a adesão ao Sistema de Notificação Eletrônica tendo somente a Carteira Nacional de Habilitação. Esse será alcançado pelo sistema se cometer infração de trânsito na via pública com veículo de terceiro, desde que o proprietário faça a indicação do condutor, mediante preenchimento do Formulário de Identificação do Condutor Infrator, conforme os artigos 5º, inciso VII, e 11 da Resolução Contran nº 636/2016.

O cancelamento da adesão pelo cidadão pode ser efetuado a qualquer tempo, ressaltando que não basta a desinstalação do aplicativo, sendo também necessário acessar os sites indicados e solicitar o cancelamento. Dessa forma, o cidadão volta a receber suas informações e comunicados via papel.

## **2.2. Da notificação eletrônica e em papel**

Cometida a infração de trânsito e tornando-se conhecida pelo Detran/SP, por meio de declaração da autoridade de trânsito ou agente, aparelho eletrônico ou equipamento audiovisual, reações químicas ou qualquer outro meio tecnologicamente disponível e regulado pelo Contran, conforme artigo 280, § 2º do Código de Trânsito Brasileiro, é efetuada a lavratura do auto de infração pela autoridade ou agente de trânsito, no exercício do poder de polícia da Administração Pública, iniciando o processo administrativo de trânsito.

O auto de infração lavrado segue para análise de regularidade e consistência. Se for julgado irregular ou inconsistente, será arquivado, ou se for homologado pela autoridade de trânsito, proceder-se-á à notificação da autuação, no prazo de 30 dias, sob pena de sofrer novo arquivamento, segundo artigo 281 do Código de Trânsito Brasileiro.

A notificação do auto de infração é o primeiro ato de comunicação entre o cidadão/infrator e o Detran/SP no processo administrativo de trânsito que poderá se desenvolver pela via papel ou eletrônica, porém, ambas possuem a mesma finalidade:

[...] órgão de trânsito deve proceder à expedição da notificação da autuação, cuja finalidade é dar ciência ao cidadão autuado da existência do AIT e possibilitar a apresentação de defesa da autuação, no exercício do direito

ao contraditório e ampla defesa. Esse é o ato de chamamento do interessado ao processo [...] <sup>7</sup>.

Se o cidadão/infrator não tiver aderido ao Sistema de Notificação Eletrônica, receberá via papel a notificação, por meio dos Correios, através de Franqueamento Autorizado de Cartas (FAC), cujo quantitativo mínimo para a postagem em lote não é exigido. Esse é o modo de comunicação adotado pelo Detran/SP, tendo sido objeto de ação judicial, com reconhecimento de legitimidade e validade pelo Superior Tribunal de Justiça (STF), no Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei nº 372 (PUIL):

Como se vê, a legislação especial é imperativa quanto à necessidade de garantir a ciência do infrator ou responsável pelo veículo da imposição da penalidade, seja por remessa postal (telegrama, sedex, cartas etc) ou “qualquer outro meio tecnológico hábil” que assegure o seu conhecimento, mas não obriga ao órgão de trânsito à expedição da notificação com Aviso de Recebimento (AR).

Da interpretação dos arts. 280, 281 e 282 do CTB, conclui-se que é obrigatória a comprovação do envio da notificação da autuação e da imposição da penalidade, mas não se exige que tais expedições sejam acompanhadas de aviso de recebimento <sup>8</sup>.

O teor da notificação da autuação consta além dos incisos do artigo 280 do Código de Trânsito Brasileiro, do termo de indicação do condutor, caso o infrator não seja o proprietário do veículo, da data limite para a apresentação de defesa ou recurso e da data do pagamento da penalidade com o desconto, que no caso da notificação via papel, é de 20% sobre o valor, segundo artigo 284, *caput* do Código de Trânsito Brasileiro.

Se, porém, o cidadão/infrator aderiu ao Sistema de Notificação Eletrônica, receberá a notificação do auto de infração no *e-mail* cadastrado, imediatamente após o registro do auto de infração no sistema, com o teor semelhante ao da notificação via papel, porém, o desconto sobre o valor da penalidade é de 40%.

Aplica-se quanto ao recebimento da notificação eletrônica pelo cidadão/infrator o mesmo entendimento do Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei (PUIL) 723, ou seja, para o Detran/SP, basta a comprovação da emissão do

---

<sup>7</sup> DIEFENTHAELER, Morgana Garibaldi. **As formas de remessa das notificações no processo administrativo de imposição de penalidade de multa de trânsito**. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018, p. 132. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/184203>. Acesso em: 2 maio 2021.

<sup>8</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei – PUIL 723/SP. Processo: 2017/0173205-8. Ementa: Processual Civil e Administrativo. Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei. Juizado Especial da Fazenda Pública. Código de Trânsito Brasileiro. Auto de Infração. Notificação. Remessa Postal. Aviso de Recebimento. Previsão Legal. Ausência. Cerceamento de Defesa e Ofensa ao Contraditório. Descaracterização. Súmula 312 do STJ. Violação. 1ª Seção; Rel. Ministro Gurgel de Faria; julgado 11/03/2020. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 27 mar. 2020.

comunicado ao infrator, não importando se recebeu ou não a notificação ou se o cadastro está desatualizado.

A diferença dos meios de notificação disponibilizados pelo Detran/SP abrange três aspectos. Na via papel, o infrator pode pagar a multa com o respectivo desconto e apresentar a defesa ou recurso, um não exclui o outro. Caso o julgamento do recurso seja de improcedência, com o cancelamento da penalidade, será devolvido o valor ao infrator, inteligência dos artigos 284, § 2º e 286, § 2º do Código de Trânsito Brasileiro. Na via eletrônica, o desconto sobre o valor da penalidade exclui a apresentação de defesa ou recurso.

A via eletrônica é mais rápida, permitindo ao infrator identificar com mais exatidão o cometimento ou não da infração, enquanto que a via papel é lenta, depende da burocracia de passar pelas mãos dos servidores da Autarquia e dos Correios.

Por fim, a questão econômica, ou seja, o desconto sobre o valor da penalidade é mais vantajoso para o cidadão/infrator se optar pela notificação eletrônica: 40%, enquanto que a comunicação via papel admite apenas 20% de desconto. Ressalta-se que não se admite o parcelamento da multa de trânsito, qualquer que seja o meio de notificação escolhido pelo cidadão/infrator.

Atualmente, o sistema de notificação do Detran/SP compõe-se da via papel (FAC), por meio dos Correios, e eletrônico, mediante adesão do cidadão ao Sistema de Notificação Eletrônica (SNE), podendo optar entre um e outro, conforme o acesso à internet e a preferência de cada cidadão.

### 3. DA ANÁLISE DO ART. 284, § 1º DO CTB

Recebida a notificação do auto de infração, cabe ao condutor/proprietário do veículo escolher se pagará ou não o valor cobrado, no prazo indicado. Se não for pago, torna-se devedor da Fazenda Pública. Se por outro lado, escolher efetuar o pagamento da penalidade, deverá avaliar as opções que melhor atendem a sua situação fática, optando entre o direito de resposta no processo administrativo ou o pagamento imediato da multa com desconto de 40% sobre seu valor.

Assim, estabelece o Código de Trânsito Brasileiro, artigo 284:

§ 1º - Caso o infrator opte pelo sistema de notificação eletrônica, conforme regulamentação do Contran, e opte por não apresentar defesa prévia nem recurso, reconhecendo o cometimento da infração, poderá efetuar o pagamento da multa por 60% (sessenta por cento) do seu valor, em qualquer fase do processo, até o vencimento da multa<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Código de Trânsito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9503.htm). Acesso em: 4 set. 2024.

Percebe-se que o texto legal trata somente da questão econômica, porém a penalidade de trânsito pela infração cometida também atinge o direito de dirigir, pois o Código de Trânsito Brasileiro adota o sistema de pontuação na CNH do condutor, disciplinada no artigo 259. Atingidos os pontos limites de 40, para aqueles que não possuem infrações gravíssimas, 30, para quem possui apenas uma infração de natureza gravíssima, e 20 pontos, para quem possui duas ou mais infrações gravíssimas, perderá o titular da CNH o direito de conduzir veículo automotor, conforme a lei de trânsito.

O condutor/proprietário de veículo que esteja com a pontuação na sua habilitação acima do limite dos pontos permitidos, deverá analisar se elaborar a defesa prévia ou recurso não seria melhor escolha para evitar uma pena de suspensão ou de cassação na CNH, cujos danos econômicos seriam maiores que o desconto proposto no § 1º do artigo 284 do Código de Trânsito Brasileiro.

O dilema do condutor/proprietário de veículo enquadra-se na teoria dos jogos simultâneos, no qual os jogadores não conhecem a decisão um do outro, porém é necessário estruturar uma estratégia pessoal para obter o máximo de utilidade. Como exemplo dos jogos simultâneos tem-se a aposta de Pascal, em que se propõe ao ser humano fazer escolhas tendo por premissa: viver como se Deus existisse ou não.

Se o indivíduo apostar na existência de Deus, tendo uma vida regrada, sem se entregar aos prazeres mundanos, e existindo Deus, terá o benefício da salvação pela eternidade ao custo de uma perda moderada, durante sua vida terrena, que é finita, caso Deus não exista. Por outro lado, se o indivíduo viver como se Deus não existisse, se entregando às suas paixões, terá o custo da perdição de sua alma, se Deus existir, ao benefício de uma vida terrena e finita cheia de prazeres, caso Deus não exista.

Assim, a questão que aí se coloca é justamente a de que, dada a incerteza, deve-se determinar quais são as esperanças de cada jogador e qual comportamento é mais razoável ou mais rentável. Isso na prática compele ao homem: perante a tantas incertezas verificar qual comportamento é mais razoável, qual é aquele que traz mais esperança de algum ganho<sup>10</sup>.

Dentre os elementos do jogo, quais sejam, jogadores, estratégia e *playoffs*, a que mais interessa aos jogos simultâneos é a estratégia, entendida como “[...] ações possíveis dentro do campo de decisão de cada jogador. Em cada tomada de decisão, os agentes se confrontam com x opções dentre as quais devem escolher”<sup>11</sup>.

A estratégia elaborada pelo condutor/proprietário de veículo versa em torno do que a legislação de trânsito permite e para cada escolha há um benefício e um custo,

<sup>10</sup> FERNANDES, Felipe. Razão e apologia no argumento da Aposta de Pascal. **Cadernos Espinosanos**, São Paulo, n. 31, 2014, p. 144-155. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/epinosanos/article/view/83346/97381>. Acesso em: 10 nov. 2021.

<sup>11</sup> PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2020, p. 117.

ou seja, optando por aderir ao SNE, terá o benefício do desconto de 40% sobre o valor da multa ao custo de reconhecer-se culpado e não apresentar defesa ou recurso.

Se escolher, por outro lado, renunciar ao incentivo financeiro, poderá questionar a culpa e apresentar defesa ou recurso, invertendo aqui as opções de benefícios e custo. O benefício será a defesa apresentada ao custo do pagamento do valor integral da multa.

As opções entre o benefício e o custo variarão conforme as estratégias adotadas pelo condutor/proprietário do veículo para alcançar o máximo de utilidades – *trade off* desejada ante as propostas que lhe são oferecidas. Na formação das estratégias, o jogador é norteado por uma análise racional das escolhas, entendida essa como a somatória de crenças, valores, desejos e ações adquiridas ao longo da vida ou por experiências enfrentadas pelo jogador que se relacionam de forma particular, dando a esse a capacidade de compreender o mundo e as informações que estão à sua disposição.

Para Porto e Garoupa, a teoria da escolha racional parte do pressuposto de que o indivíduo é um ser racional e suas crenças e valores estão estruturadas em cinco elementos<sup>12</sup>. O primeiro é a comensurabilidade, em que o indivíduo é capaz de preferir a opção A e rejeitar a opção B, sabendo mensurar economicamente que a opção A apresenta maior utilidade que à opção B. O elemento da transitividade consiste na capacidade de comparar as opções e escolher a preferida. O terceiro, é a coerência ou invariância, ou seja, é a fidelidade à opção escolhida. O cancelamento, como quarto elemento, explica-se pelas características iguais nas opções se cancelarem, levando o indivíduo a perceber o que é determinante na sua escolha. E por último, o elemento da dominância, em que a opção escolhida apresenta um conjunto de características globais melhores que as opções rejeitadas.

Será necessário ao condutor/proprietário de veículo efetuar uma análise racional, já que os benefícios do § 1º do artigo 284 do Código de Trânsito Brasileiro vão além da vantagem meramente financeira. Com apenas uma notificação eletrônica, o cidadão resolve, perante a Autarquia, o problema da penalidade de trânsito de forma rápida e dinâmica, pois o processo administrativo é mais célere. Porém, ressalta-se a importância de o condutor/proprietário de veículo incluir em sua análise racional a questão da pontuação da CNH para definir e escolher quais são os melhores ganhos e os custos a serem suportados.

#### **4. OS BENEFÍCIOS, OS CUSTOS E A EFICIÊNCIA DA NOTIFICAÇÃO ELETRÔNICA DO AUTO DE INFRAÇÃO DE TRÂNSITO**

Dentre os benefícios do Sistema de Notificação Eletrônica encontrados na literatura, destacam-se:

---

<sup>12</sup> *Ibidem*.

- (i) Atende as recomendações da Carta Ibero-Americana de Governo Eletrônico, assegurando o direito ao cidadão de se comunicar de maneira eletrônica com a Administração Pública.

Ressalta-se que o referido documento coloca o Brasil e países signatários no cenário mundial. O primeiro movimento que impulsionou o governo eletrônico foi o americano, conhecido como Reinvention of Government, em 1993, cujo objetivo era oferecer melhores serviços com custos menores, utilizando a Tecnologia da Informação (TI). Em 1994, foi a vez da Europa, que, por meio da Comissão Europeia, elaborou o primeiro documento chamado de Relatório de Bangemann, no qual reconheceu, dentre outros aspectos, que a TI melhora a qualidade de vida da população.

- (ii) Permite ao Detran/SP relacionar-se com os cidadãos brasileiros dentro e fora do território nacional, aumentando sua confiança e sua segurança na Administração Pública. Consequentemente, gera um cidadão mais participativo e ativo, conforme o grau de responsabilidade e atuação nos atos administrativos, através da atualização dos cadastros pessoais e de propriedade de veículos, melhorando o serviço público em eficiência e eficácia.
- (iii) Emissão apenas da notificação do auto de infração, dispensando a notificação da penalidade, o que torna a Autarquia mais moderna e menos burocrática, solucionando com rapidez e agilidade seus conflitos.
- (iv) Simplifica os atos administrativos, tornando o processo administrativo de trânsito mais célere, pois dispensa trâmites hierárquicos desnecessários, distribui melhor a força de trabalho do servidor público e diminui a quantidade de processos de trânsito.
- (v) Redução no uso do papel e insumos (toner, clips, grampos etc.), assim como das despesas com malote e serviços de postagem, beneficiando toda a população brasileira pela dimensão ambiental que proporciona.
- (vi) Acompanhamento online pelo cidadão da movimentação dos atos administrativos e informações, fortalecendo a transparência da Administração Pública e o controle social dos atos de gestão.
- (vii) Interação entre os órgãos municipais, estaduais e federais de trânsito, desenvolvendo a comunicação e o diálogo entre as esferas administrativas do trânsito, gerando maior integração e controle sobre o setor de trânsito no país.

A percepção de entidades públicas distintas e sem comunicação começa a se modificar, já que agora existem grupos de transações, em vez de grupos de entidades, que é o que interessa para o cidadão<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> TELLO, Diana Carolina Valencia; LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. A administração pública nas sociedades da informação e do conhecimento. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 262, p. 145-177, jan./abr. 2013, p. 171. Disponível em: <https://repository.uorosario.edu.co/bitstream/handle/10336/28319/8903-19555-1-PB.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 nov. 2021.

A centralidade para o gerenciamento das informações e dos dados do Sistema de Notificação Eletrônica pelo Denatran facilita o diálogo do Detran/SP com os demais órgãos de trânsito em todas as esferas, facilitando a vida do cidadão cujos interesses ultrapassam os limites dos órgãos administrativos. Um sistema integrado com entidades governamentais interconectadas com fluxo de informações melhora a eficiência do serviço público, com a conseqüente melhora na qualidade de vida do cidadão.

Dentre os principais custos encontrados que afetam a Autarquia Estadual estão o pagamento pelo acesso às informações contidas na plataforma do Denatran; a possibilidade de baixa adesão dos proprietários de veículos ao Sistema de Notificação Eletrônica, pois o mesmo não é obrigatório e o sucesso do serviço eletrônico dependerá da quantidade de cadastrados; e ainda, a falta ou a dificuldade de acesso à internet e do seu manuseio por parcela da população brasileira<sup>14</sup>.

Há o custo pela perda de receita oriunda do desconto sobre o valor das multas de trânsito. Sabe-se que os recursos são escassos e que a economia deve ser entendida como a gestão da escassez, portanto, necessário buscar escolhas racionais sob o método do custo e do benefício, que, pelo limite orçamentário, deve-se priorizar os mais necessitados coletivamente e evitar o desperdício<sup>15</sup>.

Ressalta-se que a finalidade da penalidade de trânsito possui caráter pedagógico de inibir as más condutas no trânsito, pois sua natureza jurídica é de sanção administrativa pecuniária e não tributária, imposta pelo agente autuador aos proprietários/condutores de veículos que desobedeçam a lei do trânsito<sup>16</sup>. E é justamente o valor pecuniário da multa que integra o orçamento público.

1.9.0.0000.0 - Outras Receitas Correntes: são os ingressos de receitas correntes provenientes de outras origens, não classificáveis nas anteriores, tais como indenizações, restituições, ressarcimentos, multas administrativas, contratuais e judiciais, previstas em legislações específicas, entre outras.

<sup>14</sup> MESQUITA, Kamila. Evolução do governo eletrônico no Brasil e a contribuição das TIC na redefinição entre governo e sociedade. **Comunicologia**, Brasília, DF vol. 12, n. 2, p. 174-195, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RCEUCB/article/view/10900>. Acesso em: 26 nov. 2021, p. 177.

<sup>15</sup> GONÇALVES, Everton das Neves; SILVA, Marco Aurélio Souza da. A judicialização do direito à saúde no constitucionalismo brasileiro: escassez, custo e eficiência econômico-social. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v 13, n. 1, p. 238-264, 2018, p. 251. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/29084-155276-1-PB.pdf>. Acesso em 08/06/2021.

<sup>16</sup> OLIVEIRA FILHO, Rubens Martins de. **O desvirtuamento da natureza jurídica das multas de trânsito: a ilegalidade da exigência do pagamento como requisito para o licenciamento dos veículos e o aumento do caráter monetário em detrimento da função pedagógica**. 2014. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2014, p. 14. Disponível em: [https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/27675/1/2014\\_tcc\\_rmoliveirafilho.pdf](https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/27675/1/2014_tcc_rmoliveirafilho.pdf). Acesso em: 6 jan. 2022.

1.9.1.0000.0 - Multas Administrativas, Contratuais e Judiciais: Agrega receitas decorrentes de multas de caráter punitivo aplicadas por órgãos ou entidades; [...]¹⁷.

As multas de trânsito são gerenciadas conforme os órgãos ou entidades a que estão vinculadas por meio do sistema de Multas por Infração à Legislação de Trânsito (MILT), que gerencia as multas oriundas do estado de São Paulo pela Polícia Rodoviária Estadual, pelo Detran/SP, pela Polícia Militar e pelos municípios conveniados; e o sistema de Registro Nacional de Infrações de Trânsito (Renainf), de responsabilidade do Denatran, que gerencia as multas originárias da União, outros estados e municípios¹⁸.

A perda de receita impacta diretamente no financiamento da gestão do trânsito, que possui um custo alto¹⁹. A dinâmica correta seria menos arrecadação com multas para um trânsito mais seguro, porém, a realidade é o inverso, tem-se mais arrecadação com multas para um trânsito cheio de problemas.

O trânsito seguro é direito fundamental do cidadão e necessita ser olhado sob o aspecto humanista, haja vista que a análise do trânsito sob o foco da engenharia, da administração, do policiamento e do comportamento humano não estão contribuindo para deixá-lo mais seguro²⁰.

A prioridade no trânsito deve ser a vida do cidadão e não a arrecadação. A multa atingiu seu *trade off* no aspecto econômico, porém quanto à sua finalidade de reeducar o condutor/infrotor, seu *trade off* será alcançado no momento em que menos multas forem aplicadas. É necessário que o Detran/SP busque uma fonte de receita exclusiva junto ao orçamento público, como ocorre com a educação e a saúde, e não atrelada às multas, para se obter o trânsito seguro²¹.

---

¹⁷ BRASIL. Secretaria da Fazenda e Planejamento. Coordenadoria Administração Financeira. Departamento de Finanças do Estado. Centro de Previsão e Acompanhamento da Receita Orçamentária do Estado. **Receita Orçamentária: conceitos, codificação e classificação**. Brasília, DF: Secretaria da Fazenda e Planejamento, 2018, p. 7. Disponível em: [https://www.fazenda.sp.gov.br/SigeoLei131/Paginas/ArquivosLC/LC\\_131\\_Receitas2019.pdf](https://www.fazenda.sp.gov.br/SigeoLei131/Paginas/ArquivosLC/LC_131_Receitas2019.pdf). Acesso em: 7 jan. 2022.

¹⁸ SÃO PAULO. Secretaria da Fazenda e Planejamento do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://portal.fazenda.sp.gov.br/servicos/ipva/Paginas/Multas-de-transito-MILT-e-Renainf.aspx>. Acesso em: 20 set. 2024.

¹⁹ SILVA, Regis Rafael Tavares da. **Contribuição à tomada de decisão para a integração dos Municípios brasileiros ao Sistema Nacional de Trânsito**. 2007. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Transportes) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2007, p. 76. Disponível em: [https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/1814/1/2007\\_dis\\_rtsilva.pdf](https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/1814/1/2007_dis_rtsilva.pdf). Acesso em: 7 jan. 2022.

²⁰ MARQUES, Érico Veras; MACHADO, Marco Aurélio. Identificação dos fatores relevantes na decisão da alocação dos recursos econômicos visando um trânsito seguro. **Revista de Administração Pública – RAP**, Rio de Janeiro, v. 44, n. 6, p. 1379-1404, nov./dez. 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/txbdW8rCcjRBkhj9zdMhRXq/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 7 jan. 2022, p. 1383.

²¹ *Ibidem*, p. 1384-1385.

Por outro lado, para compensar o custo do Detran/SP, o desconto no valor da multa fomenta o pagamento, diminuindo os casos de inadimplimento do cidadão; o momento da arrecadação é antecipado para a primeira notificação, não precisando aguardar até o final do processo administrativo para arrecadar; e há a diminuição de gastos com os Correios e com o papel e os insumos, já comentados.

O desafio do Detran/SP, como da Administração Pública em geral, é de prestar o serviço público de qualidade para o cidadão com o menor custo possível. Como se chegar ao ponto ótimo de eficiência ante a escassez dos recursos? Acredita-se que TIC desenvolvidas no setor público, como o Sistema de Notificação Eletrônica, contribuem para sanar a pergunta elaborada.

Assim, na análise econômica do direito, Pareto entende a eficiência quando ocorre ganho para um indivíduo sem causar prejuízos ou perdas para os demais. Os critérios usados por Vilfredo Pareto para alcançar o ótimo de Pareto são a avaliação do bem-estar social e da maximização da riqueza.

–o bem-estar social associado a um estado  $x$  é maior que o de um outro estado  $y$  se e somente se há, em  $x$ , pelo menos um indivíduo com bem-estar maior do que em  $y$  e não há outro indivíduo que tenha um nível de bem-estar inferior; ou seja, um estado é superior a outro se é possível aumentar o bem-estar de pelo menos um indivíduo sem prejudicar os demais (Superioridade de Pareto);

–o bem-estar de uma sociedade é máximo se não existe outro estado tal que seja possível aumentar o bem-estar de um indivíduo sem diminuir o bem-estar dos demais; isto é, não há forma de melhorar a situação de um, sem prejudicar a situação dos outros (Ótimo de Pareto).

Em última instância, o critério proposto por Pareto revelou os limites entre os quais é possível estabelecer comparações de bem-estar social, sem o recurso a valores morais. Aplicado esse critério, a Eco-nomia Política preservaria, enquanto ciência, sua neutralidade ética<sup>22</sup>.

Em Kaldor-Hicks, tem-se a eficiência como uma compensação, ou seja, os autores admitem a existência da eficiência mesmo quando alguns têm seu bem-estar social diminuído, porém recebem uma compensação pela perda.

Amartya Sen critica as teorias utilitaristas dos economistas citados anteriormente por compreender que não atendem aos critérios da distributividade, ou seja,

---

<sup>22</sup> GARCIA, Fernando. Os Economistas. In: PARETO, Vilfredo. **Manual da Economia Política**. Tradução de João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 12-13. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1268541/mod\\_resource/content/1/pareto%20%281996%29%20manual%20de%20economia%20politica.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1268541/mod_resource/content/1/pareto%20%281996%29%20manual%20de%20economia%20politica.pdf). Acesso em: 13 dez. 2021.

Pareto e Kaldor-Hicks buscam a maximização do bem-estar e não a maximização da distribuição do bem-estar total<sup>23</sup>.

[...] questões administrativas pressupõe regramentos econômicos, a eficiência de seus atos é ponto essencial para auferir sua aplicabilidade. A conveniência de sua destinação para o alcance de sua finalidade sempre deverá ser objeto de apreciação no processo de escolha da ferramenta que melhor se adequa ao alcance da finalidade pública<sup>24</sup>.

Paulo Modesto compreende que a ação da atividade administrativa conjuga dois aspectos para atingir a eficiência: a racionalização e otimização no uso dos meios e a satisfação dos resultados da Administração Pública. A ideia principal do primeiro aspecto é da economicidade. Já o segundo aspecto traz em destaque a preocupação com a qualidade do agir administrativo, pois irá refletir na satisfação ou não do cidadão com o serviço prestado.

Assim, a eficiência é compreendida como qualidade em dois aspectos, no sentido da economicidade, para se alcançar o máximo de utilidade com o recurso disponível, e no sentido de se obter resultados satisfatórios ou excelentes para o cidadão<sup>25</sup>.

Na administração gestora não é cabível mais o mero legalismo, a eficiência tornou-se fundamental para se alcançar o ponto ótimo no serviço público, como é a disponibilidade do serviço de notificação eletrônica do auto de infração de trânsito. Os benefícios do SNE para o cidadão e para o Detran/SP compensam os seus custos.

## 5. CONCLUSÃO

Verificou-se no trabalho que o Sistema de Notificação Eletrônica é fruto de tecnologias novas em comunicação e informação que culminaram nas mudanças normativas, desde a Carta Ibero-americana e o Código de Trânsito Brasileiro até várias normas administrativas do Contran. A Carta Ibero-americana não visa o uso da tecnologia em si, mas em utilizá-la como meio para diminuir as desigualdades sociais, promovendo a inclusão digital e a igualdade de condições aos cidadãos.

<sup>23</sup> NIED, Paulo Sérgio. O conceito de eficiência econômica e a ruptura do contrato de sociedade. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 21., 2012, Uberlândia. *Anais* [...]. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 4297-4314. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=21be9a4bd4f81549>. Acesso em: 27 dez. 2021.

<sup>24</sup> DIAS, Jean Carlos; COIMBRA, Felipe Augusto Hanemann. Análise econômica do direito administrativo brasileiro: considerações sob a perspectiva da formulação de políticas públicas. *Meritum* – Revista de Direito da Universidade FUMEC, Belo Horizonte, v. 13, n. 2, p. 420-444, jul./dez. 2018, p. 440. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/6570>. Acesso em: 3 jun. 2021.

<sup>25</sup> MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. *Revista do Serviço Público*, Brasília, DF, vol. 51, n. 2, p. 105-120, abr./jun. 2000, p. 113. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/328/334>. Acesso em: maio/junho 2021.

As TIC mudaram as relações, possibilitando o surgimento do direito do cidadão de se comunicar de maneira eletrônica com a Administração Pública, direito reconhecido e declarado na Carta Ibero-americana, que alcança o cidadão dentro e fora do território nacional, e ainda trouxe o conceito de governo eletrônico, entendido como sinônimo de Administração Pública.

Verificou-se que a acessibilidade do cidadão ao Sistema de Notificação Eletrônica decorre da obrigatoriedade da adesão dos órgãos ou entidades do Sistema Nacional de Trânsito aos dados do sistema gerenciados e administrados pelo Denatran. O Detran/SP disponibiliza os sites da própria Autarquia e do Poupatempo para conceder acesso amplo aos cidadãos do Estado.

O Detran/SP não eliminou a notificação em papel, permanecendo inalterada sua comunicação com aqueles que não têm acesso à internet ou que optaram por não aderir ao Sistema de Notificação Eletrônica. Ressalta-se que, embora a entidade administre dois tipos de notificação, eletrônica e papel, para o cidadão a forma de comunicação será apenas uma. Optando pela notificação eletrônica, cessará as notificações em papel. Se, a qualquer tempo, cancelar a notificação eletrônica, retornará a recebê-la em papel. Para o cidadão os tipos de notificação não são cumulativos, deve-se escolher entre uma e outra forma de comunicação com a Autarquia.

Conclui-se que as diferenças entre as notificações eletrônica e em papel são, especialmente, o tempo para solucionar o conflito, o desconto e o direito de apresentar defesa ou recurso. Enquanto a via papel é morosa e burocrática, a eletrônica é rápida e dinâmica; o desconto na penalidade pela notificação em papel corresponde a 20%, podendo o infrator apresentar defesa ou recurso; já na via eletrônica, o desconto é de 40%, desde que o infrator se reconheça culpado e renuncie ao direito de apresentar defesa ou recurso.

A adesão é feita com o número do Renavam e alcança todos os veículos cadastrados em nome do proprietário. Aqueles que possuem CNH e não são proprietários de veículos não conseguem efetuar a adesão ao Sistema de Notificação Eletrônica. Nesses casos, o acesso dependerá que o proprietário do veículo, ao receber a multa, indique o condutor por formulário próprio.

Constatou-se que o benefício do § 1º do artigo 284 do Código de Trânsito Brasileiro trata somente do aspecto econômico da penalidade de trânsito, não exigindo nenhum critério quanto aos pontos acumulados pela CNH. Caberá ao infrator notificado eletronicamente elaborar a melhor estratégia diante de sua situação fática, caracterizando na análise econômica do direito a teoria dos jogos simultâneos.

O cenário compõe-se da situação de fato do infrator com seu histórico de pontos na sua CNH e a proposta legal do desconto no valor da multa. A escolha ou jogada de um infrator/jogador não interferirá na jogada de outro. Cada um buscará, pela análise racional, chegar à melhor escolha que lhe garanta o máximo de utilidades.

Assim, o desconto e a renúncia ao direito de apresentar defesa ou recurso poderá ser um benefício ou um custo dependendo da escolha estratégica adotada

pelo cidadão, pois como a penalidade de trânsito tem natureza dúplice: multa e sistema de pontos que afetam o direito de dirigir, o cidadão somente chegará ao seu *trade off* se conjugar esses dois aspectos da multa.

Quanto aos benefícios apontados no trabalho, conclui-se que apresentam mais vantagens que os custos levantados. Dentre os benefícios apontados, destaca-se a interação entre os órgãos e as entidades do Sistema Nacional de Trânsito, sendo prescindível a comunicação e a partilha de dados entre os entes públicos para o sucesso e a qualidade do Sistema de Notificação Eletrônica.

Entre os custos, apurou-se que o valor das penalidades de trânsito integra o orçamento público. Quanto mais multas forem autuadas, menos seguro é o trânsito, porém, essa arrecadação financia o seu custo elevado, já que inexistente verba pública destinada especificamente para o trânsito. A visão arrecadatória e não humanista da multa contraria sua finalidade de reeducar o condutor/infrator.

Constatou-se no trabalho que os economistas também buscam o sentido da eficiência que melhor atenda aos serviços públicos. Destaca-se o entendimento de Paulo Modesto, em que eficiência é a qualidade do serviço, sendo esta compreendida pela economicidade e o agir da Administração Pública para satisfazer ao interesse do cidadão.

Conclui-se que a notificação eletrônica é meio de comunicação entre o cidadão e o Detran/SP de modo rápido, dinâmico, econômico e que satisfaz aos anseios dos cidadãos por solucionar os conflitos de modo célere e menos burocrático, sendo fruto das inovações tecnológicas de informação e de comunicação e das mudanças no ordenamento jurídico.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Maycon Costa; HAMDY, Nile William Fernandes. Análise do procedimento de notificação de autuação do Detran. **Multidebates**, Palmas, v. 4, n. 3, p. 51-66, 28 set. 2020. Disponível em: <http://revista.faculdadeitop.edu.br/index.php/revista/article/view/247/223>. Acesso em: 25 nov. 2021.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 2 maio. 2021.

BRASIL. **Departamento de Trânsito do Estado de São Paulo**. Disponível em: <https://www.detran.sp.gov.br/wps/portal/portaldetran/cidadao/infracoes/home#modal>. Acesso em: 2 maio. 2021.

BRASIL. **Departamento Nacional de Trânsito**. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/@@search?Subject%3Alist=DENATRAN>. Acesso em: 24 maio. 2021.

BRASIL. **Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos**. Disponível em: <https://m.correios.com.br/enviar/precisa-de-ajuda/arquivos/contratos-formalizados-ate-fevereiro-de-2020/anexo-franqueamento-autorizado-de-cartas-fac/view>. Acesso em: 2 maio. 2021.

BRASIL. Ministério das Cidades. Conselho Nacional de Trânsito. Resolução nº 622, de 06 de setembro de 2016. Estabelece o Sistema de Notificação Eletrônica. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 49, 08 set. 2016. Disponível em: [https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/23530361/do1-2016-09-08-resolucao-n-622-de-6-de-setembro-de-2016-23530252](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/23530361/do1-2016-09-08-resolucao-n-622-de-6-de-setembro-de-2016-23530252). Acesso em: 01 out. 2024.

BRASIL. Ministério das Cidades. Resolução nº 636, de 30 de novembro de 2016. Conselho Nacional de Trânsito. Altera a Resolução CONTRAN nº 622, de 6 de setembro de 2016, que estabelece o Sistema de Notificação Eletrônica –SNE. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, p. 75, 01 dez. 2016. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/servlet/INPDFViewer?jornal=1&pagina=75&data=01/12/2016&captchafield=firstAccess>. Acesso em: 01 out. 2024.

BRASIL. Ministério das Cidades. Deliberação nº 152, de 09 de novembro de 2016. Conselho Nacional de Trânsito. Altera a Resolução CONTRAN nº 622, de 6 de setembro de 2016, que estabelece o Sistema de Notificação Eletrônica - SNE. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, 10 nov. 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/transportes/pt-br/assuntos/transito/conteudo-contran/deliberacoes/deliberacao1522016.pdf>. Acesso em: 01 out. 2024.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Código de Trânsito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9503.htm). Acesso em: 4 set. 2024.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 14.071, de 13 de outubro de 2020**. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), para modificar a composição do Conselho Nacional de Trânsito e ampliar o prazo de validade das habilitações; e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/14071.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/14071.htm). Acesso em: 01 out. 2024.

BRASIL. **Secretaria da Fazenda e Planejamento do Estado de São Paulo**. Disponível em: <https://portal.fazenda.sp.gov.br/servicos/ipva/Paginas/Multas-de-transito-MILT-e-Renainf.aspx>. Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. Secretaria da Fazenda e Planejamento. Coordenadoria Administração Financeira. Departamento de Finanças do Estado. Centro de Previsão e Acompanhamento da Receita Orçamentária do Estado. **Receita Orçamentária**: conceitos, codificação e classificação. Brasília, DF: Secretaria da Fazenda e Planejamento, 2018. Disponível em: [https://www.fazenda.sp.gov.br/SigeoLei131/Paginas/ArquivosLC/LC\\_131\\_Receitas2019.pdf](https://www.fazenda.sp.gov.br/SigeoLei131/Paginas/ArquivosLC/LC_131_Receitas2019.pdf). Acesso em: 7 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei – PUIL 723/SP. Processo: 2017/0173205-8. Ementa: Processual Civil e Administrativo. Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei. Juizado Especial da Fazenda Pública. Código de Trânsito Brasileiro. Auto de Infração. Notificação. Remessa Postal. Aviso de

Recebimento. Previsão Legal. Ausência. Cerceamento de Defesa e Ofensa ao Contraditório. Descaracterização. Súmula 312 do STJ. Violação. 1ª Seção; Rel. Ministro Gurgel de Faria; julgado 11/03/2020. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 27 mar. 2020.

CARVALHO, Lucas Borges de. Governo digital e direito administrativo: entre a burocracia, a confiança e a inovação. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 279, n. 3, p. 115-148, 29 dez. 2020. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82959/78898>. Acesso em: 2 jun. 2021.

CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO. IX Conferência Ibero-Americana de Ministros da Administração Pública e Reforma do Estado. **Carta Ibero-Americana de Governo Eletrônico**. Pucón: CLAD, 2007. Disponível em: <https://segib.org/wp-content/uploads/CartalberoamericanadeGobiernoElectronicoPort.pdf>. Acesso em: 21 maio 2021.

DIAS, Jean Carlos; COIMBRA, Felipe Augusto Hanemann. Análise econômica do direito administrativo brasileiro: considerações sob a perspectiva da formulação de políticas públicas. **Meritum** – Revista de Direito da Universidade FUMEC, Belo Horizonte, v. 13, n. 2, p. 420-444, jul./dez. 2018. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/6570>. Acesso em: 3 jun. 2021.

DIEFENTHAELER, Morgana Garibaldi. **As formas de remessa das notificações no processo administrativo de imposição de penalidade de multa de trânsito**. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/184203>. Acesso em: 2 maio 2021.

FERNANDES, Felipe. Razão e apologia no argumento da Aposta de Pascal. **Cadernos Espinosanos**, São Paulo, n. 31, 2014, p. 144-155. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/espinosanos/article/view/83346/97381>. Acesso em: 10 nov. 2021.

GARCIA, Fernando. Os Economistas. In: PARETO, Vilfredo. **Manual da Economia Política**. Tradução de João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1996. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1268541/mod\\_resource/content/1/pareto%20%281996%29%20manual%20de%20economia%20politica.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1268541/mod_resource/content/1/pareto%20%281996%29%20manual%20de%20economia%20politica.pdf). Acesso em: 13 dez. 2021.

GONÇALVES, Everton das Neves; SILVA, Marco Aurélio Souza da. A judicialização do direito à saúde no constitucionalismo brasileiro: escassez, custo e eficiência econômico-social. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v 13, n. 1, 2018, p. 238-264. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/29084-155276-1-PB.pdf>. Acesso em 08/06/2021.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Princípio da eficiência econômico-social no direito brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. **Sequência**, Florianópolis, n. 68, p. 261-290, jun. 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/TrgnvCDbV5tPRJmRP8J673S/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 4 set. 2024.

GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar; GARCIA, Thiago. A eficiência como objeto de desenvolvimento. **Revista Jurídica da Ufersa**, Mossoró, v. 3, n. 5, p. 21-44, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufersa.edu.br/index.php/rejur/article/view/8565/10078>. Acesso em: 4 set. 2024.

LIMA, Daniel da Silva. **Consensualidade na Administração Pública**: um olhar sobre a aplicação de penas pela ocorrência das infrações ambientais em face de entes federativos, por órgãos pertencentes da Administração Pública do Estado de São Paulo, sobre o prisma da eficiência econômica. 2018. Monografia (Curso de Pós-Graduação Lato Sensu) – Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <http://201.20.9.72/cgi-bin/wxis.exe?IsisScript=phl83.xis&cipar=phl83.cip&lang=por>. Acesso em: 31 maio 2021.

MARQUES, Érico Veras; MACHADO, Marco Aurélio. Identificação dos fatores relevantes na decisão da alocação dos recursos econômicos visando um trânsito seguro. **Revista de Administração Pública – RAP**, Rio de Janeiro, v. 44, n. 6, p. 1379-1404, nov./dez. 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/txbdW8rCcJRBkhj9zdMhRXq/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 7 jan. 2022.

MEIRELES, Fernando. Teoria da escolha racional: limites e alcances explicativos. **Revista Eletrônica de Ciências Sociais – CAOS**, Salvador, v. 3, n. 22, p. 52-61, dez. 2012. Disponível em: <http://www.cchla.ufpb.br/caos/n22/7.%20teoria%20da%20escolha%20racional.%20fernando%20meireles.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2021.

MESQUITA, Kamila. Evolução do governo eletrônico no Brasil e a contribuição das TIC na redefinição entre governo e sociedade. **Comunicologia**, Brasília, DF, vol. 12, n. 2, p. 174-195, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RCEUCB/article/view/10900>. Acesso em: 26 nov. 2021.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, vol. 51, n. 2, p. 105-120, abr./jun. 2000. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/328/334>. Acesso em: maio/junho 2021.

MORAES, Fausto Cruzeiro de. **Processo Administrativo Eletrônico**: plano de implantação na Controladoria Geral do Estado de Goiás. 2016. Dissertação (Mestrado em Administração Pública em Rede Nacional) – Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2016. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/items/fb55b519-2c2e-4dbf-9312-033b33b6768f>. Acesso em: 4 set. 2024.

NIED, Paulo Sérgio. O conceito de eficiência econômica e a ruptura do contrato de sociedade. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 21., 2012, Uberlândia. **Anais** [...]. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 4297-4314. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=21be9a4bd4f81549>. Acesso em: 27 dez. 2021.

OLIVEIRA FILHO, Rubens Martins de. **O desvirtuamento da natureza jurídica das multas de trânsito**: a ilegalidade da exigência do pagamento como requisito para o licenciamento dos veículos e o aumento do caráter monetário em detrimento da função pedagógica. 2014. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2014. Disponível em: [https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/27675/1/2014\\_tcc\\_rmoliveirafilho.pdf](https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/27675/1/2014_tcc_rmoliveirafilho.pdf). Acesso em: 6 jan. 2022.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, vol. 47, n. 1, p. 7-40, jan./abr. 1996. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/702>. Acesso em: 31 maio 2021.

PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2020.

SÃO PAULO (Estado). **Lei Complementar nº 1.195, de 17 de janeiro de 2013**. Transforma o Departamento Estadual de Trânsito - DETRAN em autarquia, e dá providências correlatas. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2013. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2013/lei.complementar-1195-17.01.2013.html>. Acesso em: 01 out. 2024.

SILVA, Regis Rafael Tavares da. **Contribuição à tomada de decisão para a integração dos Municípios brasileiros ao Sistema Nacional de Trânsito**. 2007. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Transportes) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2007. Disponível em: [https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/1814/1/2007\\_dis\\_rrtsilva.pdf](https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/1814/1/2007_dis_rrtsilva.pdf). Acesso em: 7 jan. 2022.

TELLO, Diana Carolina Valencia; LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. A administração pública nas sociedades da informação e do conhecimento. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 262, p. 145-177, jan./abr. 2013. Disponível em: <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/28319/8903-19555-1-PB.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 nov. 2021.

WARPECHOWSKI, Ana Cristina Moraes. Racionalidade limitada: origem e evolução. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, Lisboa, ano 4, n. 4, 2018, p. 129-161. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/4/2018\\_04\\_0129\\_0161.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/4/2018_04_0129_0161.pdf). Acesso em: 20 nov. 2021.